

ISSN: 2175-5280

REVISTA LIBERDADES

SÃO PAULO, V. 11, N. 29, JAN./JUN. 2020

PERIODICIDADE SEMESTRAL

FLUXO CONTÍNUO

ibccrim.org.br



IBCCRIM

REVISTA LIBERDADES

SÃO PAULO, V. 11, N. 29, JAN./JUN. 2020

PERIODICIDADE SEMESTRAL

FLUXO CONTÍNUO

ibccrim.org.br



São Paulo
2020

Expediente

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta:

Eleonora Rangel Nacif

1º Vice-Presidente:

Bruno Shimizu

2º Vice-Presidente:

Helios Alejandro Nogués Moyano

1ª Secretária:

Andrea D'Angelo

2º Secretário:

Luís Carlos Valois

1º Tesoureiro:

Gabriel Queiroz

2º Tesoureiro:

Yuri Felix

DIRETORA NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Carla Silene Gomes

ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA

Jacqueline Sinhoretto

CONSELHO CONSULTIVO

Membros

Cristiano Maronna

Ela Wiecko

Geraldo Prado

Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-chefes dos
departamentos

Ações Antidiscriminatórias

Thayná Yaredy

Amicus Curiae

Maurício Stegmann Dieter

Biblioteca

Mariângela Gama de Magalhães
Gomes

BOLETIM

Luigi Giuseppe 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

Thiago Bottino

ESTUDOS SOBRE HABEAS CORPUS

Alberto Zacharias Toron

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Mariana Chies Santiago Santos

INICIAÇÃO CIENTÍFICA

André Lozano

JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Maria Carolina Amorim

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 ONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz

25º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Yuri Felix

GRUPO DE ESTUDOS
Grupo de Estudos Sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Grupo de Estudos Sobre Escolas Penais
Alice Quintela

EQUIPE DO IBCCRIM

Supervisão Geral
Paulo Cesar Malvezzi Filho
Equipe
Marilia Jahnell de Oliveira
Núcleo Administrativo

Supervisão
Fernanda Barreto
Equipe
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva

Núcleo Financeiro
Supervisão
Roberto Seracinskis
Equipe
Andrea Pereira dos Santos
Bruna Vargas

Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira
Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Lorraine Carvalho Silva
Equipe
Jonas Santos
Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello
Equipe
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira
Núcleo de Comunicação
Supervisão
Douglas Calixto

Equipe
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação
Supervisão
Andreza Martiniano da Silva
Equipe
Ana Paula da Silva

Andreia Rocha
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade
Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses
Equipe
Helen Christo
Rafael Vieira

REVISTA LIBERDADES

Coordenação Editorial Responsável

Prof. Doutor Bruno Cavalcante Leitão Santos (AL)
Prof. Mestre Francisco de Assis de França Júnior (AL)
Profª Metsra Paula Nunes Mamede Rosa (SP)
Graduanda Taynara Alves Lira (SP)

Contato

revistaliberdades@ibccrim.org.br

Equipe

Adrian Mikaelly Lima Carneiro
Roberto Barbosa de Moura

Diagramação

CBA Gráfica e Editora
vendas@cbagraficadigital.com.br

Editores-executivos

Helen Christo, Rafael Vieira e Willians Meneses

Conselho Editorial

Mestra Alichelly Ventura – Universidade Estácio de Sá (Estácio/ Manaus - AM)
<http://lattes.cnpq.br/1340522150660351>
<https://orcid.org/0000-0002-4042-572X>
Mestra Caroline de Queiroz Costa Vitorino - (MULTIVIX/ Vitória - ES)
<http://lattes.cnpq.br/3895878445703821>

<https://orcid.org/0000-0002-0434-652>
Mestre Fernando Calix - Universidade de São Paulo (USP/ São Paulo - SP)
<http://lattes.cnpq.br/8517329222766329>
<https://orcid.org/0000-0003-0805-1091>
Mestra Isabela Mustafá - Universidade de Coimbra/Portugal
<http://lattes.cnpq.br/3567594193181680>
<https://orcid.org/0000-0001-9140-5676>
Mestre José Paulo Micheletto Naves - Universidade de São Paulo (USP/ São Paulo - SP)
<http://lattes.cnpq.br/1529084983759916>
<https://orcid.org/0000-0003-0165-0059>
Mestra Letícia Galan Garducci – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/Rio de Janeiro - RJ)
<http://lattes.cnpq.br/4303217489559826>
<https://orcid.org/0000-0002-1504-3711>
Doutora Luciana de Souza Ramos – Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA/ Manaus - AM)
<http://lattes.cnpq.br/1023148491666492>
<https://orcid.org/0000-0002-4655-352X>
Mestre Luis Carlos Simionato Jr. - Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG/ Ponta Grossa - PR)
<http://lattes.cnpq.br/8048695607707641>
<https://orcid.org/0000-0001-7011-7026>
Doutora Marcela Purini Belém – Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR/ São Carlos - SP)
<http://lattes.cnpq.br/1162688517904699>
<https://orcid.org/0000-0001-7063-5325>
Doutor Plínio Leite Nunes – Universidade de São Paulo (USP/ São Paulo - SP)
<http://lattes.cnpq.br/7592237568823092>
<https://orcid.org/0000-0002-9823-9049>
Mestre Renato Gomes de Araujo Rocha - Universidade Cândido Mendes (UCAM/ Rio de Janeiro - RJ)
<http://lattes.cnpq.br/7888705242225127>
<https://orcid.org/0000-0002-2561-9737>

Mestre Rodrigo Barreto (UniCathedral/ Vale do Araguaia - RS)
<http://lattes.cnpq.br/6302261300284461>
<https://orcid.org/0000-0002-5791-807X>
Mestra Tayana Bordalo - Universidade de Coimbra/Portugal
<http://lattes.cnpq.br/0328268475810286>
<https://orcid.org/0000-0002-7129-3782>

Linha Editorial

A **Revista Liberdades**, uma publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, recebe, avalia (em dupla revisão cega por pares) e se dispõe a publicar textos ainda não publicados em nenhum outro periódico, provenientes de áreas como o Direito, a Criminologia, o Processo Penal, a Sociologia, a Psicologia, a Educação, a Antropologia, a Arquitetura e o Urbanismo, entre outras, desde que vinculadas à tentativa de compreensão da criminalidade. Sendo assim, o principal objetivo é o de proporcionar a publicação da rica produção realizada nos laboratórios e grupos de estudo mantidos pelo IBCCRIM e ainda por quaisquer outras instituições de ensino e o de fomentar a pesquisa acadêmica no Brasil e no exterior, desde que atendidas as melhores práticas editoriais.

Editorial

The Liberdades Journal, a publication of the Brazilian Institute of Criminal Sciences - IBCCRIM, receives, evaluates (by a double blind peer review process) and is willing to publish works not yet published in any other periodical, coming from areas such as Law, Criminology, Penal Process, Sociology, Psychology, Education, Anthropology, Architecture and Urbanism, among others, as long as they are dedicated to the attempt to understand criminality. Therefore, the main objective is to enable the publication of the rich production carried out in the laboratories and study groups maintained by IBCCRIM and by any other educational institutions

and promotion of academic research in Brazil and abroad, provided that the best editorial practices are met.

Corpo de Pareceristas (deste volume)

Adrian Barbosa e Silva - Universidade Federal do Pará (UFPA/Belém - PA)
Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS/ Porto Alegre - RS)
Adriana Ferreira Serafim de Oliveira - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP/São Paulo - SP)
Adriana Maria Gomes de Souza Spengler - Universidade do Minho/Portugal
Adson Rodrigo Silva Pinheiro - Universidade Federal Fluminense (UFF/Niterói - RJ)
Alexandre Moraes da Rosa - Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/ Florianópolis - SC)
Aline Maia Nascimento - Universidade Federal Fluminense (UFF/ Niterói - RJ)
Allyne Andrade e Silva - Universidade de São Paulo (USP/ São Paulo - SP)
Ana Carolina de Moraes Colombaroli - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP/ São Paulo - SP)
Ana Clara Gomes Costa - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ/ Rio de Janeiro - RJ)
Ana Cristina Gomes - Universidad de Salamanca/Espanha
Ana Luisa Leão de Aquino Barreto - Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ/Rio de Janeiro - RJ)
Anamaria Prates Barroso - Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP/ Brasília -DF)
Anderson Alexandre Ferreira - Universidade Estadual de Londrina (UEL/ Londrina - PR)
Anderson Real Soares - Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES/ Santos - SP)
André Luiz de Carvalho Matheus - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/Rio de Janeiro - RJ)

Anna Carolina Cunha Pinto - Universidade Federal Fluminense (UFF/ Niterói - RJ)
Antonio Baptista Gonçalves - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/ São Paulo - SP)
Brenno Moraes Miranda - Universidade Federal do Pará (UFPA/Belém - PA)
Bruna Marcelle Cancio Bomfim - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/São Paulo - SP)
Bruna Rachel de Paula Diniz - Universidade de São Paulo (USP/São Paulo - SP)
Bruna Schlindwein Zeni - Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/ Santa Cruz do Sul - RS)
Bruno Martins Torchia - Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC/ Belo Horizonte - MG)
Carolina Bessa Ferreira de Oliveira - Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB/Itabuna - BA)
Celeste Leite dos Santos - Universidade de São Paulo (USP/São Paulo - SP)
Christiane Heloisa Kalb - Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/ Florianópolis - SC)
Claudia de Oliveira Lozada - Universidade Federal de Alagoas (UFAL/ Maceió - AL)
Cristina Furuta de Moraes Tontini - Centro Universitário Internacional (UNINTER/São Paulo - SP)
Daniel Fonseca Fernandes da Silva - Universidade Federal da Bahia (UFBA/ Salvador - BA)
Davi Rodney Silva - Universidade de São Paulo (USP/ São Paulo - SP)
Douglas Carvalho Ribeiro - Universität Hamburg/ Alemanha
Douglas Sena Bello - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS/ Porto Alegre - RS)
Eduardo Baldissera Carvalho Salles - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS/ Porto Alegre - RS)
Frediano José Momesso Teodoro - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/ São Paulo - SP)
Gabriela Wolff - Universidade de Coimbra/Portugal
Igor Alves Noberto Soares - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG/ Belo Horizonte - MG)

Indaiá Lima Mota - Universidade Federal da Bahia (UFBA/Salvador - BA)

Isael Jose Santana - Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS/ Dourados - MS)

Jádia Larissa Timm dos Santos - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS/ Porto Alegre - RS)

José Manuel de Sacadura Rocha - Universidade Presbiteriana Mackenzie/ São Paulo - SP

Leilane Nascimento dos Reis Santos - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRJ/Rio de Janeiro - RJ)

Lucas Andreucci da Veiga - Universidade de São Paulo (USP/São Paulo - SP)

Lucas Vianna Matos - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ/ Rio de Janeiro - RJ)

Lúcio Alves de Barros - Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG/ Belo Horizonte - MG)

Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS/ Porto Alegre - RS)

Marcelo Santiago de Moraes Afonso - Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC/ Recife - PE)

Maria Paula Daltro Lopes - Universidade Nove de Julho (Uninove/ São Paulo - SP)

Matheus Gonçalves dos Santos Trindade - Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/ Porto Alegre - RS)

Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues - Universidade Federal de Alagoas (UFAL/ Maceió - AL)

Pedro Augusto Amaral Dassan - Universidade de Coimbra/Portugal

Pedro Paulo da Cunha Ferreira - Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/ Belo Horizonte - MG)

Rafhael Lima Ribeiro - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG/ Belo Horizonte - MG)

Raquel Helena Hernandez Fernandes - Universidade de São Paulo (USP/ São Paulo - SP)

Renan Antônio da Silva - Universidade Estadual Paulista (UNESP/ São Paulo - SP)

Renata Caroline Pereira Reis Mendes - Universidade Federal do Maranhão (UFMA/ São Luís - MA)

Renato Watanabe de Moraes - Universidade de Santo Amaro (UNISA/ Santo Amaro - SP)

Rhaysa Sampaio Ruas da Fonseca - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/ Rio de Janeiro - RJ)

Ricardo Gonçalves Vaz de Oliveira - Universidade de São Paulo (USP/ São Paulo - SP)

Victor Siqueira Serra - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP/ São Paulo - SP)

[Autores\(as\) \(deste volume\)](#)

André Rocha Sampaio - Centro Universitário Tiradentes (UNIT/ Maceió - AL)

Beatriz Corrêa Camargo - Universidade Federal de Uberlândia (UFU / Uberlândia-MG)

Bruna Gabriela Tavares e Azevedo - Centro Universitário do Triângulo (UNITRI/Uberlândia - MG)

Cezar Augusto de Oliveira Franco - Universidade de Brasília (UNB/ Brasília - DF)

Elaine Pimentel - Universidade Federal de Alagoas (UFAL / Maceió-AL)

Elita Isabella Moraes Dorvillé de Araújo - UNINASSAU e ESTÁCIO (Maceió-AL)

Érika Costa da Silva - Universidade Federal da Bahia (UFBA/ Salvador - BA)

Guilherme Lopes Felício - Pontifícia Universidade Católica (PUC/ São Paulo - SP)

Hugo Leonardo Rodrigues dos Santos - Universidade Federal de Alagoas (UFAL/Maceió - AL)

Iago Luiz da Silva - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS/ Porto Alegre - RS)

Isabela Tarquinio Rocha Câmara - Escola de Magistrados da Bahia (EMAB/ Salvador - BA)

José Flávio Ferrari Roehrig - Pontifícia Universidade Católica (PUC/ Londrina - PR)

Ludmila Luísa Tavares e Azevedo – Universidade de Brasília (UNB/Brasília)
Luís Antônio Francisco de Souza – Universidade de São Paulo (USP/ São Paulo - SP)
Mariana Tordin Boen – Universidade Estadual Paulista (UNESP/São Paulo - SP)
Michael Hiromi Zampronio Miyazaki - Universidade Regional de Blumenau (FURB/ Blumenau - SC)
Natália Coppini – Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC/ Videira -SC)
Natália Kieling Coninck – Centro Universitário União das Américas (UniAmérica - Foz do Iguaçu/PR)
Raphael Ferreira Lopez – Universidade Federal de Uberlândia (UFU / Uberlândia-MG)
Ricardo Emílio Zart – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/ Florianópolis - SC)
Rodrigo J. S. Amaral – Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ/ Rio de Janeiro - RJ)

Bases Indexadas

Google Acadêmico https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=revista+liberdades+ibccrim&oq=
Diadorim <https://diadorim.ibict.br/handle/1/1865>
Sumários de Revistas Brasileiras <https://www.sumarios.org/revista/revista-liberdades>

SUMÁRIO

Editorial.....	17
RESENHA: 13ª Emenda	21
<i>Luís Antônio Francisco de Souza</i>	
<i>Mariana Tordin Boen</i>	
MÉTODO APAC - ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS: uma alternativa ao sistema penitenciário brasileiro	31
<i>Cezar Augusto de Oliveira Franco</i>	
<i>Michael Hiromi Zampronio Miyazaki</i>	
<i>Natália Kieling Coninck</i>	
REFLEXÕES ACERCA DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL A PARTIR DO EXEMPLO DO BODE EXPIATÓRIO	67
<i>Rodrigo J. S. Amaral</i>	
O FEMININO, A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL E A (IN)EFETIVIDADE DA EXCLUSIVA TUTELA PENAL INIBITÓRIA	89
<i>Isabela Tarquinio Rocha Câmara</i>	
A EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DE INVESTIGAÇÃO: um olhar sóbrio, mas não pessimista	115
<i>André Rocha Sampaio</i>	
<i>Hugo Leonardo Rodrigues Santos</i>	
A LEI DO DEPOIMENTO ESPECIAL COMO FORMA DE GARANTIR PODER AO JUIZ INSTRUTOR	133
<i>Natália Coppini</i>	
<i>Ricardo Emílio Zart</i>	

HÁ LIMITES NO TRIBUNAL DO JÚRI? Breves considerações acerca do emprego de discursos jurídicos violadores de direitos das vítimas do feminicídio	173
<i>Érika Costa da Silva</i>	
SÚMULA 526 DO STJ: a demarcação de termo inicial para salvaguardar a imparcialidade do juiz	205
<i>José Flávio Ferrari Roehrig</i>	
COMPLIANCE E AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: o modelo espanhol como referência para o Brasil.....	243
<i>Guilherme Lopes Felício</i>	
ÉTICA, ECONOMIA E DIREITO: análise das normas de compliance no enfrentamento da corrupção	287
<i>Bruna Gabriela Tavares e Azevedo</i>	
<i>Iago Luiz da Silva</i>	
<i>Ludmila Luísa Tavares e Azevedo</i>	
DO LIVRE-ARBÍTRIO AO CIDADÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: breve introdução sobre o sentido material da culpabilidade no Direito Penal.....	323
<i>Beatriz Corrêa Camargo</i>	
<i>Raphael Ferreira Lopez</i>	
GÊNERO, VIOLÊNCIA E RACISMO: reflexões sobre violência contra as mulheres no Brasil a partir de uma perspectiva feminista e antirracista	361
<i>Elaine Pimentel</i>	
<i>Elita Isabella Moraes Dorvillé de Araújo</i>	
Normas de Publicação	385
Publication Standards.....	399
A comunicação e o processo de análise da quebra das regras de integridade científica	412

EDITORIAL

Desde que surgiu, no ano de 2009, um dos principais objetivos da **Revista Liberdades** tem sido a democratização do conhecimento, mantendo-se, como foco principal, o auxílio ao desenvolvimento e à disseminação de ideias que sejam de alguma forma úteis às tentativas de compreensão dos problemas vivenciados por *peessoas de carne e osso* na dinâmica social. A partir de reflexões críticas vinculadas aos mais variados ramos do conhecimento, nosso periódico, que pertence a uma das inúmeras iniciativas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBC-CRIM, não à toa, tem reunido textos (artigos, ensaios e resenhas) sempre preocupados com esse tipo de contextualização. Essa é, portanto, a expectativa nutrida pela equipe editorial. No entanto, até que se permita uma efetiva publicação do periódico científico, um conjunto de incontornáveis providências precisa ser observado.

Assim, receber o texto submetido à avaliação, identificar se o mesmo está no âmbito do escopo desejado, retirar a identificação de quem o tenha submetido para proporcionar uma avaliação às cegas pelos pareceristas escolhidos, tomar medidas preventivas contra eventual plágio (inclusive contra o autoplágio), distribuir o texto recebido aos pareceristas (no mínimo dois), observando-se a equivalência da titulação de quem submeteu e de quem vai emitir o parecer sobre a (ou não) possibilidade de publicação, e, logo na sequência, receber e avaliar a consistência dos pareceres emitidos, até que se consiga dar a esperada resposta de aprovação (com ou sem reparos) ou reprovação, vai um percurso muitas vezes tortuoso.¹ Resta evidente, portanto, que a equipe editorial de qualquer periódico científico possui respon-

¹ A esse respeito, por todos, recomenda-se: MENESES, Willians. Editoração científica e publicação em periódicos jurídicos: dicas e erros mais comuns. *Webinar realizada pela Comissão de Graduação, Pós-Graduação e Pesquisa da OAB/SP em 3.6.2020*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=St9sKJogtk>. Acesso em 11.7.2020.

sabilidades indeclináveis para com quem se submete ao seu crivo (e vice-versa).²

Tudo, aliás, com o intuito de ver prevalecer a exigida *integridade científica*, que é o que diferencia o periódico qualificado – e, portanto, reconhecido pelos órgãos de controle acadêmico e pela própria academia – de todos os demais. Nesse sentido, o que se espera é que os estágios da mencionada produção científica, pelos quais o periódico passa, sejam todos articulados com o máximo de imparcialidade possível, e que, acima de qualquer outra coisa, ostentem transparência e clareza naquilo que se apresenta como decisão. Esse tipo de providência, a propósito, ganha ainda mais relevância quando se percebe a consolidação de uma “cultura de periódicos”, em que o dinamismo imposto por esse tipo de veículo acadêmico, muito mais numerosos e controlados do que no processo de produção de livros, faz com que recorrentemente tenhamos que aprimorar as regras contra más práticas.³

Atenta às normatizações do campo acadêmico, para que continue sua trajetória com o êxito desejado, a **Revista Liberdades**, evidentemente, cumprirá, como sempre cumpriu, seu papel nesse cenário de exigências para uma qualificação formal, sendo que, agora, adotando todas as medidas necessárias para que, o mais breve possível, consiga atingir o estrato *Qualis B1*. Daí porque os critérios mínimos de classificação exigidos no *Relatório do Qualis Periódicos* (Área 26 – Direito) do ano de 2019 foram prontamente observados por nossa equipe. Tanto é que, na presente edição, contamos com doze textos, sendo cinco deles, atendendo o percentual mínimo exigido (de 30%), assinados por doutores. Além disso, mais da metade dos textos publicados provém de autores de fora de São Paulo, unidade

da federação onde está sediado o periódico, e nove deles (75%) passaram por dupla avaliação cega por pares.

Com uma periodicidade de publicação semestral e com o fluxo contínuo de recebimento de textos, é dessa maneira, portanto, que toda a equipe da **Revista Liberdades** (editores, conselheiros, pareceristas, revisores, diagramadores, etc.) vai continuar se esforçando para que reflexões qualificadas como as que ora são publicadas continuem a nos proporcionar as críticas necessárias rumo a uma sociedade substancialmente inclusiva, como deve ser próprio de uma democracia. Logo, aos autores e autoras que nos confiaram seus textos ficam aqui registrados, desde já, os nossos mais efusivos agradecimentos pela disposição de nos ajudar a enfrentar os percalços impostos pelo *estado de coisas injustas* tradicionalmente vigente, sobretudo quando o que se perspectiva é o sistema de controle e de punição.

São Paulo, julho de 2020

² Enumeradas em: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EDITORES CIENTÍFICOS – ABEC. Diretrizes do CSE para promover integridade em publicações de periódicos científicos – atualização de 2012. Trad. de Ana Maria Tomasevicius. São Paulo: ABEC Brasil, 2017. Disponível em https://www.abecbrasil.org.br/arquivos/whitepaper_CSE.pdf. Acesso em 12.7.2020.

³ Veja-se, por exemplo, a esse respeito: VASCONCELLOS. Vinicius. Como funciona uma revista científica? Panorama geral. Redação de artigos científicos e principais erros. *Webinar realizada pelo IDP sobre a Pesquisa em direito e publicação em revistas científicas em 8.7.2020.*

Bruno Cavalcante Leitão Santos

Doutor em Direito pela PUC-RS e Mestre em Direito Público pela UFAL;

Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL) e na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Maceió – Maceió/AL

<http://lattes.cnpq.br/9699629460607799>

<https://orcid.org/0000-0001-7556-2348>

Francisco de Assis de França Júnior

Doutorando (início em 2017) e Mestre pela Universidade de Coimbra (Portugal); Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL); Advogado de defesa

<http://lattes.cnpq.br/2739102277898461>

<https://orcid.org/0000-0002-6958-920X>

Paula Nunes Mamede Rosa

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (início em 2018); Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2017)

<http://lattes.cnpq.br/8159155017023458>

<https://orcid.org/0000-0003-0746-0686>

Taynara Alves Lira

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP).

<http://lattes.cnpq.br/5828958157418144>

<https://orcid.org/0000-0001-8355-4145>

REVIEW: 13th

Recebido: 16.04.2019

Aprovado: 24.06.2019

Luís Antônio Francisco de Souza

Mestrado (1992) e Doutorado (1998) em Sociologia na Universidade de São Paulo (USP/SP) com Estágio Sanduíche na Universidade de Toronto, Canadá (1995-1996).

Graduação (1987) e Licenciatura (1994) em Ciências Sociais na Universidade de São Paulo.

Professor Livre-Docente da Departamento de Sociologia e Antropologia e Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Unesp, campus de Marília.

lafraso@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/8152477449159336>

<https://orcid.org/0000-0002-9355-3936>

Mariana Tordin Boen

Mestranda em Ciências Sociais pela UNESP- São Paulo/SP

Especialista em Direito Penal e Criminologia.

Graduada em Psicologia pela Universidade São Francisco (2016).

marianatboen@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/8411901955988062>

<https://orcid.org/0000-0001-9873-3824>

O documentário “13ª emenda” (em inglês “13th”), distribuído pelo serviço de *stream Netflix* em 2016, foi dirigido por Ava DuVernay nos Estados Unidos e se popularizou rapidamente na internet, posteriormente recebendo uma indicação ao Oscar em 2017. O nome da obra faz referência à décima terceira emenda constitucional americana, a qual proíbe a escravidão mantendo uma importante exceção, explorada ao longo de toda a produção: a mesma emenda que garante liberdade, ou seja, nenhuma servidão involuntária para todos os americanos, também inclui “exceto como uma punição por crime do qual a parte deve ter sido devidamente condenada”.

A partir da delimitação da ressalva disposta pela constituição, o filme busca demonstrar como tal especificidade legalmente determinada permitiu – e segue permitindo até os dias atuais – a margi-

nalização e a opressão da população negra, resultando em um verdadeiro encarceramento em massa desses indivíduos. Através do delineamento da história americana, o documentário apresenta de que maneira passou-se a construir a imagem dos negros enquanto criminosos e ameaçadores, a partir de meios como o uso de produções culturais que se tornaram extremamente relevantes, tal qual o filme “Nascimento de uma Nação” de 1915, e do próprio conteúdo midiático, como os discursos jornalísticos.

Ao longo dos anos reforçou-se o negro enquanto figura responsável por todos os males da sociedade americana, a qual deveria, portanto, ser temida. Com isso, no decurso da história política do país, políticos recorreram legislações majoritariamente prejudiciais às pessoas negras, por consequência do pejorativo imaginário social constituído. Como um dos exemplos, o documentário cita a chamada “Lei Não Ceda Terreno” da Flórida, que torna o homicídio aceitável caso o executor alegue ter se sentido ameaçado pelo sujeito assassinado. Dentro de uma sociedade na qual o medo possui uma representação clara construída especialmente em torno dos homens negros, as consequências de tais legislação apresentam-se em um verdadeiro massacre dessa população.

Em sua composição, o filme conta com as falas e posicionamentos de políticos americanos, assim como de diversos profissionais acadêmicos das questões raciais – incluindo Angela Davis. Através dessa estrutura de construção da narrativa, na qual se apresenta cenas importantes relacionadas à história racial americana e os depoimentos oferecidos pelos profissionais para comentar cada argumento apresentado, o documentário constrói de forma bastante clara e linear de que maneira os Estados Unidos chegou a possuir 25% de toda a população carcerária mundial (ocupando hoje o primeiro lugar no ranking como primeira maior população carcerária do mundo⁴), sendo grande parte composta por homens afro-americanos.

⁴ Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-terceira-maior-populacao-carceraria-aprisona-cada-vez-mais/>>. Acesso em: 20/12/2018.

Ao final, o documentário levanta um questionamento referente à maneira pela qual essa estrutura de marginalização irá se reformular, mas não necessariamente se modificar: como bem apresentado, durante todos os anos passados alterou-se a maneira de oprimir e excluir, mas em momento algum deixou-se de realmente manter a população negra à margem da sociedade e no foco da discriminação. Possibilidades que se apresentam nos dias atuais, como as tornozeleiras eletrônicas, se propõem, em teoria, a buscar uma redução nas taxas de encarceramento, mas em sua raiz não alteram a lógica do funcionamento social, visto que se pautam em um deslocamento do aprisionamento por trás das grades das instituições prisionais, para o aprisionamento dos sujeitos em suas próprias comunidades, dentro de suas próprias casas.

Nesse sentido, constrói-se também a ligação que se desenvolveu entre o encarceramento em massa e os lucros produzidos pelo mesmo, o qual é atualmente parte fundamental da economia americana – contando com os interesses das corporações de privatizações, que lucram com o sistema punitivo atual e seguiriam lucrando com as propostas tornozeleiras eletrônicas. Em conjunto, apresenta-se o quanto tais corporações estão relacionadas ao sistema político do país e o como decisões legislativas foram e ainda são tomadas pautando-se nesses interesses privativos e capitalistas.

Como descrito, o documentário é rico em detalhes e nas informações que se propõe a transmitir ao telespectador. Dentre tais informações, as prisões e sua (real) função social são de imensa relevância: tornam-se verdadeiras máquinas de aniquilar sujeitos através da destruição da subjetividade, da saúde física e mental, e do isolamento social – todos os aspectos relacionados às consequências da institucionalização, mas também às violências sofridas pelos presos, tanto por parte dos internos, quanto por parte dos próprios agentes penitenciários.

Dessa forma, como evidenciado ao longo do filme, o encarceramento se apresenta como uma violência do Estado desde o momento em que “capta” o sujeito da sociedade – sendo uma im-

portante ferramenta de exclusão da população negra e periférica -, passando por todo o processo jurídico, que limita as possibilidades de decisão dos acusados praticamente obrigando-os a optar pelo encarceramento mesmo em caso de inocência, chegando por “fim” ao aprisionamento em si, este repleto de suas violências institucionais. Como exemplo, o documentário apresenta o caso de um jovem negro chamado Kalief Browder que se negou a negociar com a promotora para assumir um crime que alegava não haver cometido e, após conseguir liberdade depois de anos mantido na prisão, terminou por cometer suicídio.

O que Hannah Arendt diz a respeito dos campos de concentração utilizados pelos alemães contra os judeus durante o nazismo, abre portas para um comparativo com o que representam as prisões e seus impactos nos sujeitos que ali são literalmente depositados pelo Estado.

Os campos destinam-se não apenas a exterminar pessoas e degradar seres humanos, mas também servem à chocante experiência da eliminação, em condições cientificamente controladas, da própria espontaneidade como expressão da conduta humana e da transformação da personalidade humana numa simples coisa, em algo que nem mesmo os animais são (ARENDR, 1989, p. 449).

Segundo a autora, “[...] as pessoas perdem o desejo de viver” (ARENDR, 1989, p. 492) dentro dos campos de concentração. As realidades descritas, apesar de se apresentarem em contextos políticos bastante diferentes e específicos, se assemelham às realidades encontradas nas instituições prisionais - como bem apresentado pelo caso de Kalief. São campos de concentração que perduram em sua existência na atualidade, que seguem servindo como ferramentas para o extermínio da população negra (não apenas nos Estados Unidos, mas também no Brasil que ocu-

pa o terceiro lugar dentre as maiores populações carcerárias do mundo⁵).

Nesse sentido, todo o tema que se apresenta ao longo do documentário nos permite pensar sobre a perspectiva de biopoder apresentada por Michael Foucault, a qual se refere a um modelo de sociedade que converte os cidadãos em população, voltando-se portanto para a gestão populacional, na qual se propõe “fazer viver e deixar morrer” (FOUCAULT, 2005, p. 287). O racismo é indispensável para a existência do biopoder, pois é através dele que se deixa morrer, especificamente apenas aqueles que podem morrer.

Nas palavras do autor, “o que é o racismo? É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incubiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer” (FOUCAULT, 2005, p. 304). Essa ideia é ilustrada pelas palavras da ativista e educadora Liza Jessie Peterson, que se apresenta ao longo do documentário dizendo que “o complexo industrial presidiário, o sistema, a indústria, é um monstro. *Come negros e latinos no café da manhã, no almoço e no jantar*” [grifo meu], ou seja, devora - de forma praticamente literal, no sentido de mortes, assim como de forma metafórica, através da exclusão e da aniquilação da subjetividade - todos aqueles que podem e devem morrer na sociedade contemporânea.

Seguindo essa linha de raciocínio, como o filme apresenta, nos 80 ocorre o surgimento do crack nos Estados Unidos. Por se tratar de uma droga mais barata em comparação com a cocaína, a primeira passou a ser um problema nos bairros pobres, enquanto a segunda se espalhava nos bairros mais ricos. Consequentemente estabeleceu-se leis muito mais duras para o crack em comparação com as leis voltadas para a cocaína, de forma que negros, hispânicos e latinos - indivíduos marginalizados na sociedade americana - recebiam longas penas por posse da droga, ao contrário daqueles que faziam uso da cocaína em bairros nobres.

⁵ Cf. nota anterior.

Nas palavras do professor Khalil G. Muhammad, apresentadas ao longo do filme, “o que Regan [presidente americano] acaba fazendo é pegando o problema da desigualdade econômica, da hipersegregação nas cidades dos EUA e do abuso de drogas, e criminalizando tudo isso na forma da chamada guerra às drogas”. Muhammad é completado por Angela Davis, “de várias formas a guerra às drogas era uma guerra às pessoas de cor, às comunidades negras, às comunidades latinas”.

Como consequência, o que ocorreu foi um genocídio nas comunidades formadas por pessoas negras e pobres, uma verdadeira estratégia biopolítica através do discurso de combate às drogas, pautada na figura do que Giorgio Agamben (2002) chamou de “*homo sacer*”. Os negros, na sociedade americana, não fazem parte da mesma. São incluídos apenas a partir da exclusão – ou seja, a partir do encarceramento – e excluídos por essa mesma inclusão. Estão à margem da sociedade americana, nunca totalmente incluídos, são *homo sacers*. O *homo sacer*, portanto, representa a vida nua, àquele nunca totalmente inserido na sociedade, a figura daquele que é matável, mas não sacrificável, pois a sua morte não purga a sociedade. A sua morte – física ou simbólica – não é punível.

Em conjunto com o “problema das drogas” massivamente presente nos discursos dos noticiários, estes também representavam excessiva e repetitivamente os negros como criminosos perigosos, gerando um forte medo na população. Os termos “superpredadores” eram utilizados com frequência e de forma insistente pelos jornais e pelos especialistas – estes últimos figuras-chaves no desenvolvimento do próprio biopoder, especialmente as ciências médicas. As pessoas eram tomadas pelo medo e a ameaça obviamente possuía rosto e cor.

A partir disso, cria-se um contexto no qual, através da sensação de risco, torna-se possível justificar a morte, ou utilizando-se de palavras ditas no próprio documentário “justificar jogar as pessoas no lixo”. Essas justificativas caminham perfeitamente dentro do sistema de biopoder, o qual utiliza como uma das fun-

ções do racismo um argumento lógico de “antes ele do que eu”. Como apresentado por Foucault, se o outro deve morrer para que eu continue a viver, então a morte do outro é, de alguma forma, aceitável e até mesmo justificável. “A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior [...] é que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura” (FOUCAULT, 2005, p. 305).

Dessa forma, para biopolítica de Foucault o problema não são as mortes, mas sim a mortalidade. Se as mortes migram da periferia para o centro, para a classe média e alta, ela se torna um problema. Como o documentário demonstra, a figura do negro “estuprador”, “agressivo”, esteve permanentemente ligada ao negro como ameaça aos brancos, com maior destaque à segurança das mulheres brancas. Portanto, se o negro é agressivo, é violento, se o negro representa perigo, quanto mais pudermos eliminá-lo de nossa sociedade, melhor será a nossa vida. Sua eliminação equivale à segurança e especialmente a melhora da sociedade daqueles que realmente devem viver, uma limpeza dentro da própria espécie.

Por fim, com o foco em relação a própria terceira emenda, fundamental em toda discussão por se apresentar como base central do desenvolvimento do filme, evoca-se pensar a respeito do chamado estado de exceção, teoria também defendida por Giorgio Agamben. Os direitos que os indivíduos possuem não são conquistas, mas sim aqueles os quais o soberano os concede e, portanto, é o poder soberano quem decide sobre o estado de exceção.

Dessa forma, o direito está a serviço da biopolítica e ele próprio define suas exceções – como é o caso dos criminosos definidos pela décima terceira emenda constitucional americana. Todos são livres, exceto aqueles que o poder soberano determinar que não o são. Para Agamben (2002), o estado de exceção exerce um controle biopolítico sobre o sujeito, sendo o *homo sacer* é condição para esse estado de exceção. Tanto o *homo sacer* quanto o soberano se encontram fora, porém o soberano enquanto quem determina as exceções

do direito e o *homo sacer* enquanto exceção desse direito, aquele que, como dito, não pode ser legalmente matável, mas cujo a morte não será punida.

Nessa perspectiva é possível pensar com clareza o estado de exceção tanto na emenda constitucional, quanto em todas as outras leis originárias da mesma, citadas em diversos momentos do filme e que permitem ao Estado e aos próprios indivíduos prenderem e matarem a população negra, protegidas legalmente pelas exceções delimitadas e naturalizadas. Ao “ameaçarem”, no discurso dominante, a ordem social, os negros são colocados como alvos e consequentemente marginalizados e executados.

Dessa forma, as próprias prisões podem ser vistas como os campos nos quais essa exceção se realiza. Utilizando as palavras de Agamben a respeito dos campos de concentração, que bem resumem o encarceramento em massa da população negra, “o campo é, digamos, a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado normalmente” (AGAMBEN, 2002, p. 177).

Em termos gerais, trata-se de um documentário rico em possibilidades de discussão e análise, pois consegue construir com maestria o que se propõe: uma crítica à opressão racial nos Estados Unidos, pautando-se nos aspectos legais, históricos e especialmente culturais sobre os quais essa opressão se construiu e segue se desenvolvendo. Trata-se de um filme indispensável, não somente para fins acadêmicos, mas também para a população em geral, dado o fato de que a sua construção didática não limita a obra a um público específico.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte, Ed. Da UFMG, 2002.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

DÉCIMA TERCEIRA emenda. Direção: Ava DuVernay. Produção: Ava DuVernay; Ben Cotner. Estados Unidos: Netflix, 2016.

FOUCAULT, Michael. Aula de 17 de março de 1976. In: FOUCAULT, Michael. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 285-315.

MÉTODO APAC - ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS:
uma alternativa ao sistema penitenciário brasileiro

APAC METHOD - ASSOCIATION OF PROTECTION AND ASSISTANCE TO THE CONVICTED:
an alternative to the brazilian penitentiary system

Recebido: 26.03.2019

Aprovado: 11.11.2019

Cezar Augusto de Oliveira Franco

Doutor em Relações Internacionais pela UnB/Brasília - DF (2012). Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR (2005). Especialista em Marketing e Propaganda pela FAE (1989). Graduado em Direito pela PUCPR (1996). Graduado e Administração de Empresas pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (1989). Docente do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1999) - Campus Curitiba. Avaliador do Ensino Superior (INEP)

cezar.franco@pucpr.br

<http://lattes.cnpq.br/1960642787170677>

<https://orcid.org/0000-0003-2647-5840>

Michael Hiromi Zampronio Miyazaki

Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela FURB/Blumenau - SC (2000). Graduado em Direito pela UNIVALI (1998). Advogado Criminalista e Professor de Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Toledo

michael.miyazaki@pucpr.br

<http://lattes.cnpq.br/9818280695862877>

<https://orcid.org/0000-0003-2938-0302>

Natália Kieling Coninck

Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário União das Américas - UniAmérica / Foz do Iguaçu - PR (2020/2021). Pós-Graduada em Direito Registral e Notarial pela Universidade Anhanguera - UNIDERP/Campo Grande - MS (2020). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Toledo (2018). Advogada licenciada (OAB nº 96.833). Estagiária de pós-graduação na 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Toledo, do Ministério Público do Estado do Paraná

nkconinck@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/7247902915076515>

<https://orcid.org/0000-0002-5595-6670>

Resumo: O presente artigo trata a respeito do sistema penitenciário brasileiro, em relação a crise enfrentada por ele, visto principalmente sob a ótica da finalidade da pena. Tem como problema principal determinar se o método APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – é uma alternativa viável para substituir o atual sistema carcerário. Após a conclusão dos trabalhos, qual seja, a análise bibliográfica e de pesquisas pré-existentes, é possível inferir que a metodologia APAC cumpre de forma mais eficaz a finalidade da pena, sendo alternativa viável, não só sob este aspecto, mas também no viés econômico e social.

Palavras-chave: Sistema penitenciário brasileiro. APAC. Finalidade da pena. Ressocialização.

Abstract: The present article deals with the Brazilian penitentiary system, in relation to the crisis faced by him, seen mainly from the point of view of the purpose of the penalty. Its main problem is to determine if the APAC method is a viable alternative to replace the current prison system. After completing the work, which is, the bibliographic analysis and pre-existing research, it is possible to infer that the APAC methodology more effectively fulfills the purpose of the penalty, being a viable alternative, not only in this aspect, but also in the bias economic and social.

Keywords: *Brazilian penitentiary system. APAC. Purpose of the penalty. Resocialization.*

INTRODUÇÃO

Há muito que o sistema carcerário brasileiro, através de suas penitenciárias e cadeias públicas, vem sendo alvo de rebeliões de presos, os quais têm as mais diversas reivindicações, principalmente em relação a melhoria das condições dos locais em que eles estão obrigados a permanecer para, em tese, cumprir a penalidade que lhes foi imposta e serem ressocializados, para, ao final, poderem retornar ao convívio da sociedade.

A crise enfrentada pelo sistema penitenciário pátrio, o qual, além de estar superlotado, não cumpre suas funções e tampouco a finalidade da pena, já se arrasta há algum tempo, sem muitas expectativas de solução.

Nesta toada, ao longo dos anos, vários foram os sistemas que surgiram a fim de proporcionar a correta execução penal, destacando-se o método Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, como uma das alternativas ressocializadoras que vem sendo muito fomentada.

Para esmiuçar melhor a temática, analisar-se-á a finalidade da pena, os motivos que assolam a crise do sistema penitenciário brasileiro, bem como o que é o método APAC, como é aplicado e quais são seus objetivos, buscando responder, ao final, o seguinte questionamento: O método APAC é uma alternativa viável ao sistema penitenciário brasileiro atual?

A pertinência do presente estudo é a necessidade da revisão do sistema penitenciário. Isso, pois, além de ser um tema em voga, vislumbra-se que, em que pese os sistemas penitenciários do mundo existirem há mais de 300 anos, os índices de violência e criminalidade só vem aumentando. Ou seja, há alguma falha na forma como a execução penal está sendo aplicada no Brasil e no resto do mundo.

Neste ínterim, o método APAC surgiu há mais de 40 anos, e vem mostrando resultados muito positivos, ao mesmo passo que a implantação de suas unidades avança lentamente pelo Brasil e pelo mundo.

Destarte, surge a necessidade de avaliação da forma como a pena de prisão está sendo aplicada. Ademais, se não está sendo de forma correta, merece sua reavaliação, buscando-se efetivar a finalidade precípua, que é a de ressocializar. Ou seja, de fazer com que o homem que cometeu algum crime possa pagar pelos seus erros e, após, retornar para a sociedade lhe sendo proporcionada ao menos uma vida digna.

1. FINALIDADE DA PENA

Desde os primórdios da humanidade, e à medida em que a civilização foi se desenvolvendo, tanto o cometimento de delitos pelos seres humanos aumentou quanto os sistemas jurídicos a fim de penalizá-los desenvolveram-se e aprimoraram-se.

A história da criação das penas, conforme Beccaria⁶, contextualiza a propensão que os seres humanos têm de querer abusar de sua liberdade sem se preocupar se estão interferindo na dos demais.

Diante da necessidade de todos os povos de viver em comunidade, considerando a maior proteção que dali resulta, visualizou-se que se fazia indispensável a imposição de regras que limitassem o agir de cada um, para que a liberdade de todos fosse preservada. Por tal motivo, pode-se afirmar que o direito de punir se funda na ideia de liberdade.

Na época (pode-se dizer que atualmente também), tal necessidade traduzia-se em uma verdadeira questão de sobrevivência, na medida em que essa punição era destinada a impedir comportamentos que colocassem em risco a própria existência do grupo⁷.

Destarte, de maneira breve, surgiram a necessidade de punir e a finalidade da pena imposta aos condenados. Com base nessas ideias é que a maioria dos sistemas penitenciários, senão todos, surgiram, não sendo diferente com o sistema brasileiro.

⁶ BECCARIA, 2001.

⁷ GRECO, 2017, p. 84.

De início, a pena era tida como uma espécie de vingança coletiva, por vezes produzindo resultados muito piores do que os próprios delitos cometidos. Referido entendimento só foi profundamente alterado com o advento da importante obra *Dos Delitos e das Penas*, escrita por Cesare Beccaria, no ano de 1764.

Foucault⁸, em sua alentada obra *Vigiar e Punir*, também defendia que a pena, em tempos passados, era tida como uma vingança. Contudo, o autor ousava dizer que a vingança era pessoal do próprio soberano, pois infringindo leis o criminoso estaria afrontando o próprio Príncipe do Estado, vez que era da vontade deste que nasciam as ditas leis do Estado.

Desse modo, tendo em vista a afronta direta ao soberano, este precisava vingar-se, também com o objetivo de demonstrar aos demais que, caso infringissem leis, seriam punidos daquela forma grotesca e desumana.

Assim, somente a partir de 1764 é que essa visão foi atualizada, passando-se a defender que a finalidade precípua da penalização de condutas era a de prevenção. Ou seja, fazer com que o condenado aprendesse a não cometer um crime novamente, diante da penalidade que lhe era imposta⁹.

Ao mesmo tempo, era sabido que o tratamento degradante e cruel dispensado aos condenados não alcançaria tal objetivo, motivo pelo qual também passou-se a defender que as penas deveriam ser proporcionais aos delitos cometidos, conforme destaca Beccaria (2001, p. 86): “Quanto mais atrozes forem os castigos, tanto mais audacioso será o culpado para evitá-los. Acumulará os crimes, para subtrair-se à pena merecida pelo primeiro.”.

Alertou-se ainda para a hipocrisia da pena desproporcional, a qual causaria a impressão inversa, qual seja, legitimaria o criminoso a se valer de meios cruéis para o seu agir, ante o castigo degradante recebido, bem como que o que preveniria os crimes com maior se-

⁸ FOUCAULT, 1999.

⁹ GRECO, 2017, p. 105-113.

gurança seria a certeza do castigo, e não o rigor das penas que lhe eram impostas¹⁰.

Não bastasse, Beccaria¹¹ amparava o viés da punição que a pena deveria ter, considerando que o equilíbrio adequado para a aplicação de uma penalidade seria o meio que mais atingisse a sociedade, como repressão, e, ao mesmo tempo, fosse o menos cruel em relação ao próprio condenado e a seu corpo.

Destarte, foi através de suas palavras que se extraiu o teorema geral do que deve ser e conter a penalidade, senão vejamos: “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.” (BECCARIA, 2001, p. 201).

Contudo, suas ideias foram somente o início da mudança, o alarde inicial apontando a falha com que as penalidades impostas estavam sendo tratadas. É claro que, como toda mudança de hábito, foi difícil de incorporá-la.

Ainda no final do século XVIII, e até mesmo na primeira metade do século XIX, eram vistos os espetáculos de atrocidades que eram praticadas a título de penalização dos indivíduos¹², principalmente no que diz respeito às penas corporais aplicadas, inclusive os suplícios.

Um importante marco no pensamento punitivo foi o período iluminista, através do qual, mormente, o ser humano passou a ser tratado como uma pessoa e não mais um objeto, não sendo mais o alvo certo de toda a fúria do Estado. O processo penal, com todos os seus princípios, passou a ser defendido e posto em prática. Contudo, há quem dizia que o processo de evolução das penas passou das corporais para a punição das almas dos condenados, o que não significava menor punição.

¹⁰ BECCARIA, 2001, p. 113.

¹¹ BECCARIA, 2001, p. 85.

¹² FOUCAULT, 1999, p. 10.

Já no ano de 1975, Foucault¹³ defendeu algumas condições para que as penas pudessem funcionar efetivamente, considerando a ideia de proporcionalidade entre o delito e a pena, quais sejam: a) ser tão pouco arbitrárias quanto possível; b) diminuir o desejo que torna o crime atraente, aumentar o interesse que torna a pena temível; inverter a relação das intensidades, fazer que a representação da pena e de suas desvantagens seja mais viva que a do crime com seus prazeres; c) utilidade de uma modulação temporal; d) que o castigo atinja todos os culpados possíveis; e) a lição, o discurso, o sinal decifrável, a encenação e a exposição da moralidade pública como suportes do exemplo.

Ainda no contexto da evolução do processo penal, e consequentemente das penalidades aplicadas aos criminosos, surgiram e foram consolidados ao longo dos anos os mais variados princípios constitucionais penais, dentre os quais o da moderação das penas (também chamado de proporcionalidade), que se entrelaça com o da humanidade das penas.

Ambos são demasiadamente importantes para limitar o *ius puniendi* do Estado, sendo definida sua estreita relação da seguinte forma:

O princípio da proporcionalidade relaciona-se com todos os princípios constitucionais penais, já dissemos assim de outro modo e em outras passagens. Especificamente com o princípio da humanidade, como aqui considerado, guarda estreita relação, pois é pertinente ao equilíbrio entre a salvaguarda da coexistência, dos direitos fundamentais, dos direitos econômicos e sociais e dos direitos individuais, especialmente a vida, liberdade e incolumidade fisiopsíquica do agente condenado pelo Estado. (LIMA, 2012, p. 115).

¹³ FOUCAULT, 1999, p. 125-132.

O princípio da moderação das penas foi tão importante na história da evolução que Foucault¹⁴ chegava a dizer que ele representava um grito dos corpos que não suportavam mais as penalidades cruéis que lhes eram aplicadas.

Dada sua importância, ainda que não de forma explícita, foi incluído no rol dos princípios previstos constitucionalmente, sendo consectário lógico dos direitos e garantias penais previstos no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹⁵, entre outros dispositivos.

Já o princípio da humanidade, além de decorrer logicamente do princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III, CF/88), também tem base nos incisos III, XLVII, XLVIII, XLIX e L, do artigo 5º, do mesmo diploma¹⁶.

Seguindo a linha da proporcionalidade das penas, era necessário demonstrar que nem para todos os crimes a pena privativa de liberdade seria a mais adequada. Contudo, tal ideia ainda não foi completamente compreendida em nível mundial, visto que vários dos crimes existentes ainda são punidos com a prisão, e que o sistema carcerário, ao menos no Brasil, encontra-se abarrotado¹⁷.

Todavia, necessário destacar também que a pena de prisão não é tão velha quanto parece, pois data do final do século XVIII e início do século XIX, vindo a substituir os suplícios¹⁸. Anteriormente, sua maior utilidade era manter afastados da sociedade os criminosos que ainda não haviam sido julgados e condenados às suas penas horrendas¹⁹.

Por sua vez, delimitando-se a ideia do *ius puniendi* do Estado, ou seja, o seu poder/dever de punir o indivíduo que cometeu algum crime, Greco²⁰ ensina que o que se retira do condenado é tão somente o seu direito à liberdade, devendo ser preservados todos

os demais a todo custo, a exemplo da dignidade, intimidade, integridade física e moral, entre outros.

Foi também com a evolução da sociedade que se passou a defender os direitos naturais, inalienáveis e sagrados da pessoa humana, o que se estende à toda humanidade, independente do crime que o indivíduo venha a cometer. São os chamados Direitos Humanos.

Como tais, são reconhecidos como inerentes ao ser humano, existentes desde os primórdios da humanidade, tornando-se evidentes com o advento do cristianismo e possuindo diversos marcos históricos a título de seu reconhecimento, a exemplo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que data de 1789²¹.

Hoje os direitos humanos são tidos como direitos fundamentais, nos países em que suas Constituições os reconhecem, sendo fundamentos indispensáveis para o *ius puniendi*, senão vejamos sua definição:

Desse modo e sem embargo de sua necessária fundamentalidade formal e material, os direitos fundamentais devem ser entendidos, em última análise, como as reivindicações indeclináveis que correspondem a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade, ou mesmo no plano universal. Tais valores condizem com a liberdade, igualdade e solidariedade, tendo por base o princípio da suprema dignidade da pessoa humana. [...] Nessa perspectiva, os direitos fundamentais representam a base de legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam, como normas que são, toda atuação estatal, impondo-

¹⁴ FOUCAULT, 1999, p. 113.

¹⁵ BRASIL, 1988.

¹⁶ BRASIL, 1988.

¹⁷ GRECO, 2017, p. 233.

¹⁸ FOUCAULT, 1999, p. 249.

¹⁹ GRECO, 2017, p. 86.

²⁰ GRECO, 2017, p. 6.

²¹ GRECO, 2017, p. 16-21.

se-lhe o dever de sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 454/455).

Outros princípios que auxiliam na limitação do *ius puniendi* são os da legalidade, da igualdade, do acesso à Justiça, da liberdade, da intervenção mínima, da lesividade, da individualização das penas, da responsabilidade pessoal, da limitação das penas e da culpabilidade.

Greco²² leciona que outra função dos princípios supra elencados, além da finalidade já dita, é impedir a criação abusiva de tipos penais, além da aplicação equivocada das leis pelo Poder Judiciário.

Por fim, o histórico das penas chega ao século XX e ao início do século XXI, tempo em que efetivamente passou-se a defender a ressocialização, onde se busca oportunizar ao preso o retorno ao convívio da sociedade, após o cumprimento de sua pena²³.

Assim, após uma breve análise do contexto histórico das penas, podemos afirmar que sua finalidade precípua é a prevenção e a ressocialização. Busca evitar o cometimento de novos crimes tanto pela sociedade quanto pelo próprio preso, bem como preparar o condenado para retornar ao convívio social, para que tenha meios de permanecer longe da criminalidade.

Em que pese ser esta a finalidade da pena e o sistema prisional em muito ter avançado, não implica dizer necessariamente que aquela está sendo cumprida, sobretudo no que concerne ao sistema carcerário pátrio.

Do exposto, e para complementar o estudo, importante analisar a crise enfrentada pelo atual sistema penitenciário brasileiro, o que se dará no próximo capítulo.

²² GRECO, 2017, p. 82.

²³ GRECO, 2017, p. 105.

2. A CRISE ENFRENTADA PELO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Após uma breve descrição dos tipos de penas e de suas finalidades, necessário analisar exclusivamente o sistema penitenciário brasileiro, buscando averiguar se está em consonância com as finalidades expostas.

Pois bem. Denota-se que o sistema carcerário pátrio tem seus basilares em ideais e princípios que, em tese, assegurariam a finalidade da pena e a conseqüente diminuição da criminalidade.

A Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), e tantas outras, têm muitos de seus fundamentos na prevenção e na ressocialização, garantindo-se ao condenado a possibilidade de educação, profissionalização, dentre outras vantagens que lhe serão úteis para sua reinserção na sociedade após o período de reclusão.

Contudo, a realidade brasileira em cadeias, penitenciárias e presídios espalhados pelo Brasil parece nunca ter ouvido falar de tais bases e finalidades²⁴, somente acumulando presos em suas grades, deixando-os ociosos e preparando-os para a saída onde continuarão na sua vida repleta de criminalidade.

Muitos são os fatores que contribuem para esse colapso do sistema penitenciário, o qual está se agravando ao longo dos anos, o que vem, inclusive, sendo amplamente discutido pela doutrina brasileira.

Nesta toada, Bitencourt²⁵ elenca duas premissas que indicariam os motivos para a ineficácia da pena privativa de liberdade, quais sejam: a) o fato de o ambiente carcerário tornar-se um ambiente artificial, uma antítese da comunidade livre, e por isso não permitir que nenhum trabalho reabilitador seja realizado; e b) a falta de condições materiais e humanas com que a execução da pena se realiza, o que impossibilita a reabilitação.

Ressalta-se que a primeira premissa apontada é um tanto quanto radical, além de não ser objeto de estudo do presente trabalho, mo-

²⁴ ANDRADE; FERREIRA, 2015, p. 120.

²⁵ BITENCOURT, 2011, p. 161/162.

tivo pelo qual não será abordada. Os pontos aqui tratados serão em relação à segunda premissa, a qual será esmiuçada a seguir.

Nesse sentido, considerando a falta de condições materiais e humanas para a execução da pena como ela realmente deveria se dar, Bitencourt²⁶ ainda aponta que o cerne da questão está relacionado com a deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes, têm dispensado ao problema penitenciário, além da corrupção²⁷.

Na realidade, o problema tem início nas próprias raízes da sociedade em nível mundial, tendo em vista que a extrema desigualdade social do Brasil e de muitos países do mundo e a miséria a que o povo brasileiro é submetido (no que diz respeito à realidade local) têm influência direta no alto índice de criminalidade que permeia o Estado brasileiro e o mundo inteiro.

Os altos índices de miséria atrelados à ideia de tolerância zero contra o crime e de direito penal máximo, que teve início nos Estados Unidos da América e se espalhou ao redor do mundo²⁸, também são responsáveis pelo colapso do sistema penitenciário.

Isso porque o direito penal máximo faz surgir um fenômeno denominado de superinflação legislativa, com o qual diversos tipos penais são criados e dão, aos olhos da população, uma ideia de segurança.

Contudo, a quantidade exacerbada de tipos penais só aumenta a população carcerária, além de dificultar a subsunção do fato à norma na fase de investigação, visto a gama de dispositivos para se enquadrar determinada conduta.

Nesse sentido, o direito penal já não é mais a *ultima ratio*, sendo a *prima*, bem como não se analisa a efetiva finalidade da pena privativa de liberdade, visto que outras penas poderiam ser mais eficientemente aplicadas em alguns casos, devendo aquela ser aplicada somente em casos extremos.

²⁶ BITENCOURT, 2006, p. 31.

²⁷ GRECO, 2017, p. 182.

²⁸ WACQUANT, 1999, p. 18.

Desta feita, de uma maior atuação do direito penal, que tem como resposta para muitos de seus delitos a pena privativa de liberdade, por óbvio que o sistema carcerário ficou superlotado, o que dificulta a execução da pena como deve ocorrer, por conta da falta de espaço para a realização das atividades, de agentes que as supervisionem e da própria falta de orçamento para proporcionar a estrutura necessária²⁹.

A corrupção é outro fator que influencia negativamente na realidade do cárcere no Brasil, seja a de desvio de verbas (motivo pelo qual muitas vezes não se tem o orçamento necessário para atender as finalidades da pena de prisão, qual seja, desenvolvendo as atividades de profissionalização e educação, por exemplo), seja a própria corrupção dos agentes penitenciários, que, por serem muitas vezes despreparados e/ou mal remunerados, acabam cedendo aos luxos do dinheiro fácil, o que existe desde os cargos de supervisão até o próprio agente que faz a ronda nas celas³⁰.

Outrossim, os problemas do sistema penitenciário são tantos, que se faz necessário apontá-los em sua integralidade, conforme aguçá Bitencourt (2011, p. 163/164):

A literatura especializada tem-se ocupado frequentemente da crueldade e da desumanização existente no ambiente carcerário. Não são apenas obras escritas no início do século XX, pois muitas delas foram publicadas nas últimas décadas. (...) De modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: maus-tratos verbais (insultos, grosserias, etc.) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do orde-

²⁹ BITENCOURT, 2011, p. 230.

³⁰ GRECO, 2017, p. 181.

namento etc.); superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas etc.); condições deficientes de trabalho, que podem significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (em casos de delinquentes políticos ou dissidentes pode-se chegar a utilizar a psiquiatria como bom pretexto “científico” para impor determinada ordem ou para convertê-lo em um “castigo civilizado”); regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários, que permitem e até realizam o tráfico ilegal de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente lavam a pior os jovens reclusos recém-ingressos, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas de homossexualismo e onanismo; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte.

Num ambiente como o descrito acima, é visível que nenhum ingresso no sistema se ressocializará, mas tão somente sairá pior do que já entrou, nutrindo ainda o sentimento de vingança por ter sido submetido a essas condições subumanas.

Greco³¹ refere o contrassenso entre os direitos previstos em nossa Constituição Federal, o dever do Estado e o descaso com que o governo trata os reclusos no sistema prisional, privando-os da mais ínfima dignidade humana. Nesse sentido, demonstra-se mais um dos motivos do colapso existente:

(...) a privação da liberdade sem as garantidas de um mínimo existencial, sem atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, acaba por deturpar a personalidade do preso, transformando-o em um ser irreconhecível socialmente. São sabidos os efeitos criminalizantes do cárcere, sobretudo no que diz respeito à perda da sensibilidade. Fatos graves, na verdade horrorosos, passam a ser vistos com normalidade no ambiente carcerário. (GRECO, 2017, p. 136).

É certo que um ser humano assim tratado não se preocupa com sua ressocialização, importando-se somente com sua sobrevivência nesse ambiente e com a sua saída, seja por fuga ou pelo decurso do tempo.

Tal ambiente também influencia na ocorrência de rebeliões constantes, onde o ápice dos horrores acontece: mortes, tanto dos próprios presos quanto de agentes penitenciários; lesões das mais diversas; depredação dos locais onde estão encarcerados, dentre outras atrocidades.

Destas rebeliões, podemos citar como exemplo uma das maiores que ocorreu no país, qual seja, o massacre da Prisão de Carandiru, que se deu em 02/10/1992, onde 111 presos foram mortos por integrantes da Polícia Militar de São Paulo³².

Segundo informações dos próprios presos, foram mais de 250 vítimas, contando os que haviam sido feridos e nunca retornaram,

³¹ GRECO, 2017, p. 68.

³² GRECO, 2017, p. 169.

enquanto os números oficiais sequer fazem menção aos números de feridos³³.

Esse episódio de sangue na história brasileira é um grandioso exemplo do que a superpopulação carcerária faz com a finalidade precípua da pena, senão vejamos:

Esse complexo penitenciário foi criado na década de 1920, e projetado para abrigar 1.200 detentos. Durante aproximadamente vinte anos, esse presídio procurou cumprir com suas funções, sendo, inclusive, considerado padrão de excelência, razão pela qual atraía a visita de políticos, estudantes de Direito, autoridades estrangeiras, como juristas italianos, que vinham ao Brasil para conhecê-lo. Os detentos ficavam encarregados, basicamente, de todos os trabalhos necessários para a manutenção do presídio, desde a limpeza, passando pela cozinha, e, até mesmo, prestavam serviços na clínica e no hospital ali existentes, sem falar na lavoura, que supria parte da alimentação que ali era servida. A partir do ano de 1940, começaram a surgir os problemas no complexo do Carandiru, quando a penitenciária começou a abrigar detentos além da sua capacidade normal. A superlotação carcerária tornou-se um problema grave, que começou a corroer e a destruir toda uma estrutura que havia sido criada. (GRECO, 2017, p. 176).

O problema da superlotação carcerária é tão grave que a questão já foi discutida no Supremo Tribunal Federal – STF,

³³ VARELLA, 1999, p. 374.

tendo sido reconhecida a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, julgamento do qual resultou o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado diante da superlotação carcerária, com a conseqüente falta de condições minimamente humanas para a execução da pena, conforme se vê na ementa do referido RE:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. “Princípio da reserva do possível”. Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas

públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 - Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas - Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros - adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é

dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. (RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017). (BRASIL, 2017).

Outros fatores determinantes para a crise do sistema penitenciário brasileiro também foram detectados pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, a qual realizou diversas visitas em vários presídios espalhados pelo Brasil³⁴, dos quais podemos citar os seguintes exemplos: a insuficiência do número de profissionais habilitados para trabalhar com os detentos, a falta de contato com amigos e familiares (afastados muitas vezes pelas visitas vexatórias) e a mistura dos presos provisórios, condenados, primários, reincidentes e que cometeram os mais variados crimes.

Em verdade, vislumbra-se que, mesmo após mais de duzentos anos de existência da pena privativa de liberdade, as condições

³⁴ GRECO, 2017, p. 178/179.

de execução dessa pena permanecem as mesmas³⁵. Inclusive, destaca-se que, as condições do cárcere são tão ruins para homens quanto para mulheres e adolescentes infratores, bem como para as medidas de segurança aplicadas.

Diante desse cenário, em que o sistema, ao invés de ressocializar o preso, acaba por destruir sua personalidade, os índices de reincidência elevam-se, girando em torno de 70%³⁶, representando um dos maiores do mundo, sendo a terceira maior população carcerária³⁷³⁸.

Neste ínterim, o preso, que saiu pior do que quando entrou, será uma adversidade ainda maior para a sociedade, influenciando diretamente na questão da alta criminalidade e da falta de segurança pública.

Não bastasse, mesmo diante de toda essa falta de estrutura, os gastos do sistema penitenciário atual são altos, sendo uma média de 04 salários mínimos ao mês por detento³⁹. O elevado valor se deve à falta de prevenção, pois gasta-se muito com reparos, inclusive das rebeliões realizadas pelos próprios presos, além dos desvios de dinheiro público que, infelizmente, afetam todos os setores da administração.

Ante o exposto, é inequívoca a crise enfrentada pelo atual sistema prisional brasileiro, tendo em vista os inúmeros problemas apresentados. Nesse sentido, diversas metodologias surgiram na tentativa de fazer cumprir a finalidade da pena, sendo este o objetivo também do método APAC, o qual será esmiuçado a seguir.

3. MÉTODO APAC – ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS

O método APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - foi criado pelo advogado e jornalista Mário Ottoni

³⁵ GRECO, 2017, p. 116.

³⁶ IPEA, 2015.

³⁷ VERDÉLIO, 2017.

³⁸ VELASCO; REIS, 2019.

³⁹ ZENI, 2016, p. 9.

na cidade de São José dos Campos, no Estado de São Paulo, em 1972. Sua primeira unidade foi implantada também naquela cidade, mas somente no ano de 1974⁴⁰.

A APAC, cujo nome inicialmente significava Amando o Próximo Amarás a Cristo⁴¹ foi fundada em conceitos básicos cristãos, nos pilares da religiosidade e do amor ao próximo.

A associação é uma pessoa jurídica de direito privado, que auxilia o Estado na execução da pena, bem como é fomentada por ele⁴². Seus objetivos são basicamente recuperar o preso, proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a justiça restaurativa.

Podemos defini-la ainda, nas palavras de seu fundador, Mário Ottoni (2014, p. 35), como “órgão parceiro da Justiça, para ter o respaldo do Poder Judiciário e contar com o apoio do juiz competente na comarca em que estivesse atuando”.

De forma um tanto quanto audaz, pode-se comparar o sistema da APAC ao sistema de Montesinos, que vigorou na Espanha entre os anos de 1835 e 1854, idealizado pelo Coronel Manuel Montesino y Molina.

O sistema de montesinos pregava⁴³: a) a eliminação dos castigos corporais e infamantes; b) a implementação do trabalho remunerado do preso; c) a proibição do regime celular; d) a possibilidade de saídas temporárias dos presos; e) uma espécie de liberdade condicional; e f) a introjeção no preso da corresponsabilidade pela segurança do estabelecimento prisional.

Infelizmente referido sistema perdurou tão somente durante o comando do Coronel que o idealizou. Entretanto, seu fundador deixou sua marca, fazendo constar na porta de seu presídio a seguinte frase: “Aqui entra o homem; o delito fica na porta”, a qual inclusive é replicada em algumas APACs.

⁴⁰ FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (FBAC), 2016.

⁴¹ ZENI, 2016, p. 9.

⁴² GIORDANI; GUEDES; NOGUEIRA NETO, 2018.

⁴³ GRECO, 2017, p. 127.

Assim, muito se vê desse sistema no método APAC. Este rompe com o sistema penal vigente, preocupa-se com a humanização da execução da pena, acreditando realmente na finalidade dela, qual seja, a ressocialização, a reinserção do preso na sociedade após o cumprimento da penalidade, para que tenha novas oportunidades e não se obrigue a conviver no mundo da criminalidade por falta de recursos.

A filosofia da APAC resume-se na frase “Matar o criminoso e salvar o homem”, a qual busca se efetivar através de uma disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do sentenciado⁴⁴. Outra máxima importantíssima por ela pregada é que “Toda pessoa é maior que o seu próprio erro”.

Os recuperandos, assim chamados os presos que cumprem sua pena em alguma das unidades da APAC, são instigados a trilhar no caminho da espiritualidade a sua recuperação.

São-lhes impostas diversas responsabilidades, tais como a conservação da unidade, manutenção, trabalho interno diário, bem como a realização de trabalhos que visam à obtenção de renda para a manutenção da unidade, além de proporcionar o estudo, a profissionalização e, assim, efetivamente ressocializar o condenado.

Nas unidades APAC o preso é tratado como um ser humano deve ser, com respeito e dignidade, sendo-lhes dada total confiança, motivo pelo qual é desnecessário o uso de força policial, celas e algemas.

O método APAC tem por fundamento 12 elementos ditos essenciais para o êxito de sua aplicação, os quais estão dispostos no domínio eletrônico da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC⁴⁵ bem como são defendidos por Mário Ottoni⁴⁶ em sua obra *Vamos matar o criminoso?: método APAC*, e serão devidamente expostos a seguir.

⁴⁴ ZENI, 2016, p. 8.

⁴⁵ FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (FBAC), 2016.

⁴⁶ OTTOBONI, 2014, p. 66-102.

O primeiro deles é a participação da comunidade. De início, será ela que irá implantar referido método nos municípios do país. Sem a sua vontade, o método não será implantado. A associação muito se apoia em seus voluntários, que são justamente pessoas da comunidade. É papel dela também quebrar as barreiras do preconceito que infelizmente existe em nossa sociedade⁴⁷.

O segundo elemento é a ajuda do recuperando por outro recuperando. Deve-se difundir a ideia de que todos necessitam da ajuda uns dos outros. A cooperação dos próprios condenados melhora a disciplina, a segurança e a resolutividade dos problemas internos⁴⁸.

É neste elemento também que se funda o Conselho de Sinceridade e Solidariedade – CSS, que é composto somente pelos condenados, bem como a representação de cela, que objetiva disciplinar o atendimento aos internos.

O trabalho constitui o terceiro elemento do método APAC. É importante tanto para a profissionalização do apenado quanto para sua ocupação⁴⁹.

O quarto elemento do método é a espiritualidade. É importante não confundir este elemento com imposição de credo. Ao condenado é proporcionada a experiência de Deus, a oportunidade de ter uma religião, cabendo a ele próprio a escolha de seu credo, desde que o tenha⁵⁰. Em verdade, eles próprios compreendem a necessidade de uma religião para acompanhá-los. É um elemento de profunda importância, para trabalhar principalmente a questão da reciclagem de valores.

A assistência jurídica também é um dos elementos do método, a fim de proporcionar ao preso condenado a correta defesa de seus direitos, principalmente aos que não tenham condições de arcar com um advogado particular⁵¹.

⁴⁷ OTTOBONI, 2014, p. 66-68.

⁴⁸ OTTOBONI, 2014, p. 69-71.

⁴⁹ OTTOBONI, 2014, p. 71-79.

⁵⁰ OTTOBONI, 2014, p. 79-81.

⁵¹ OTTOBONI, 2014, p. 81-85.

O sexto elemento é a assistência à saúde, o que é essencial para a boa convivência de todos, sejam os internos ou os voluntários e funcionários da APAC⁵². O cuidado com a saúde deles também demonstra a importância com que estão sendo tratados.

A valorização humana é um dos elementos que consubstancia muito dos outros, visto que se seguidos, resultam nela. É o cuidado para com os presos, tanto cuidado médico quanto a própria assistência jurídica, bem como o oferecimento de educação e estudo. Em verdade, é atender as necessidades do apenado, o valorizando⁵³.

O oitavo elemento é muito importante e consiste na família do preso. O trabalho é feito para que o único que cumpra a pena, efetivamente, seja o condenado, e não sua família. Ao mesmo tempo, é instigado o contato frequente dele para com sua família, o que ajuda de forma tamanha em sua recuperação⁵⁴.

O trabalho realizado com a família do preso é um elemento importante, na medida em que é necessário alterar o local de onde ele emergiu, pois, em 98% dos casos a família é fator determinante da criminalidade⁵⁵.

O nono elemento compõe-se do voluntário e do respectivo curso necessário para sê-lo. A doação dele é importante para a recuperação dos presos, que veem esse ato de bondade humana, sem esperar nada em troca. Seu papel é reestruturar a visão que os condenados têm de papéis fundamentais para a vida em sociedade, visto que muitos deles não acreditam mais neles⁵⁶.

O décimo elemento constitui-se no Centro de Reintegração Social - CRS. É o estabelecimento onde o método APAC funciona, que deve ter uma estrutura adequada para que todos os elementos do método possam se concretizar. É necessário que ele se localize em uma zona urbana, de fácil acesso e inserida na comunidade, o que é essencial para o acesso dos voluntários e da família⁵⁷.

⁵² OTTOBONI, 2014, p. 85/86.

⁵³ OTTOBONI, 2014, p. 86/87.

⁵⁴ OTTOBONI, 2014, p. 88-90.

⁵⁵ OTTOBONI, 2014, p. 88.

⁵⁶ OTTOBONI, 2014, p. 91-96.

⁵⁷ OTTOBONI, 2014, p. 96-99.

O décimo primeiro elemento é o mérito. É o conjunto de tudo que o interno faz ou deixa de fazer dentro da unidade APAC. Não basta a mera disciplina e adoção do método, mas a sua verdadeira entrega e aceitação, pois só assim ele atingirá seu próprio mérito e protegerá a si mesmo e a sociedade⁵⁸.

É neste elemento que se visualiza a necessidade de uma Comissão Técnica de Classificação (CTC), composta de profissionais ligados à metodologia e das mais diversas áreas, para quando houver necessidade de avaliação e tratamento individualizado a um determinado preso.

Por fim, a Jornada de libertação com Cristo constitui o décimo segundo e último elemento do método APAC. É o ponto mais alto da metodologia. Traduz-se efetivamente em uma jornada de 03 (três) dias, a qual instiga a reflexão e interiorização. É necessário para instigar uma adoção de uma nova filosofia de vida nos condenados⁵⁹.

Defende-se ainda que o amor incondicional e a confiança sobrepõem-se a todos os doze elementos mencionados, devendo ser a base dos voluntários ao lidar com os apenados.

Quanto ao processo de adesão ao método pelos presos, este resume-se no seguinte procedimento, explicado pela Dra. Luciana Lopes do Amaral Beal, Juíza da Comarca de Toledo/PR, em entrevista à revista Versões (ZENI, 2016, p. 9): “O primeiro passo é o preso querer a ressocialização. Depois existe um estudo no campo jurídico, onde o promotor e o juiz analisam qual foi o crime e principalmente o perfil. Além de termos uma análise de profissional da área da psicologia e assistência social”.

Ainda, cabe mencionar que o método APAC somente é disponibilizado aos presos efetivamente condenados, ou seja, que já tiveram suas sentenças condenatórias devidamente passadas em julgado⁶⁰. Na prática, o preso que quer fazer parte daquela unidade deverá fazer a requisição, através de um advogado.

⁵⁸ FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (FBAC), 2015.

⁵⁹ OTTOBONI, 2014, p. 99-102.

⁶⁰ GIORDANI; GUEDES; NOGUEIRA NETO, 2018.

Ou seja, o condenado tem de estar presente no método por vontade própria, sendo certo que assume uma série de responsabilidades e compromissos. Contudo, caso não venha a cumpri-los, principalmente em caso de fugas, os benefícios ser-lhe-ão retirados gradualmente, até que não possam mais voltar para a unidade pela falta de adesão ao método.

Cabe destacar que a finalidade precípua da APAC é recuperar os presos, e não administrar presídios, através da aplicação de seu método que foi por longos anos estudado, desenvolvido e aprimorado.

Outrossim, além de trabalhar com os presos do regime fechado, há unidades que proporcionam o trabalho com os presos no regime semiaberto e aberto, através da fiscalização do cumprimento das obrigações impostas aos sentenciados em liberdade condicional, penas alternativas ou *sursis*. Importante mencionar também que existem tanto unidades masculinas quanto femininas⁶¹.

Por fim, necessário referir que as APACs nacionais são congregadas à Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados - FBAC, que é uma entidade jurídica de utilidade pública. A FBAC também presta auxílio às APACs do exterior⁶².

Essa entidade promove estudos referentes ao cumprimento da pena no Brasil, além de promover subsídios para aprimorar a legislação nacional na área da execução da pena, bem como prestar todo o apoio e fornecer diretrizes para a fundação de novas unidades.

A FBAC “é filiada à Prison Fellowship Internacional (PFI), órgão consultivo da ONU para assuntos penitenciários” (OTTOBONI, 2014, p. 170), o que demonstra a importância da APAC em nível mundial, considerando ainda o crescimento de suas unidades por diversos países, à exemplo de Equador, Costa Rica, Chile, Argentina, Estados Unidos, Noruega, entre outros⁶³.

⁶¹ FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (FBAC), 2015.

⁶² FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (FBAC), 2016.

⁶³ OTTOBONI, 2014, p. 97.

Assim, após a apresentação do método, ainda que em linhas gerais, necessário avaliar a sua viabilidade como substituto ao atual sistema penitenciário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise de todo o exposto é possível concluir, como dito anteriormente, que o sistema penitenciário brasileiro vem enfrentando uma grave crise, tanto pelas condições em que se encontra, diante de seus diversos problemas latentes e principalmente pela falta do cumprimento da finalidade da pena.

Neste diapasão, analisando o método APAC, vislumbra-se que este, diante de seus fundamentos, cumpre de maneira mais completa e eficiente a finalidade da pena, permitindo a punição do condenado, ao mesmo tempo em que proporciona a ressocialização.

Diz-se isso, pois, numa análise comparativa entre ambos, a diferença de dados quantitativos é gritante.

Enquanto o índice de reincidência do sistema penitenciário brasileiro atual gira em torno de 70%⁶⁴, representando um dos maiores do mundo e colocando o Brasil como a terceira maior população carcerária⁶⁵, o índice de reincidência da APAC “se manteve inferior a 5%, estatística confirmada recentemente pela Prison Fellowship International (PFI)” (OTTOBONI, 2014, p. 107).

A diferença considerável dos índices de ressocialização é um dos motivos mais promissores para a aplicação do método, o que já está sendo recomendado até mesmo pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ:

Acreditamos que o sistema prisional pode melhorar muito e que a Apac pode contribuir com essa melhora. O método é desenvolvido há

⁶⁴ IPEA, 2015.

⁶⁵ VERDÉLIO, 2017.

⁶⁶ VELASCO; REIS, 2019.

mais de quarenta anos e nunca houve um caso de grave violência no interior de suas unidades, nunca houve um homicídio e jamais ocorreu motim ou rebelião. A reincidência chega a ser 10 vezes inferior à convencional, e a manutenção dos centros de reintegração social é, em média, três vezes inferior ao custo do sistema comum. (VASCONCELLOS, 2014).

Além disso, economicamente, o método também é viável, visto que no sistema regular o custo é em média de 04 salários mínimos por detento ao mês. Já em uma unidade APAC, o custo por interno é de apenas 01 salário mínimo e meio por mês⁶⁷.

Outrossim, referido método está ganhando repercussão internacional, na medida em que, além das diversas unidades brasileiras (total de 120 unidades registradas no domínio eletrônico da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC, 2018), está despertando o interesse de outros países à adesão.

Ressalta-se que a FBAC é membro do *Prison Fellowship International* – PFI, entidade consultora da Organização das Nações Unidas – ONU⁶⁸.

Segundo Vasconcellos⁶⁹, a FBAC vem assessorando alguns países, à exemplo de Belize, Bulgária, Chile, Colômbia, Costa Rica, Alemanha, Hungria, Singapura e Estados Unidos, os quais já aplicam, ao menos de forma parcial, a metodologia APAC.

Outro dado relevante a ser destacado é que, conforme notícia o sítio eletrônico *Brasil El País*⁷⁰, a ONU considerou a metodologia APAC como o único modelo prisional que deu certo no país, principalmente considerando a gravidade de ser o terceiro com a maior população carcerária no mundo.

⁶⁷ ZENI, 2016, p. 9.

⁶⁸ VASCONCELLOS, 2014.

⁶⁹ VASCONCELLOS, 2014.

⁷⁰ EL PAÍS, 2017.

Nesse sentido, são visíveis os motivos que levam a crer na viabilidade da APAC em substituição ao atual sistema penitenciário, sendo um dos motivos muito positivos a questão da não superlotação da unidade.

Isso porque uns dos pilares da metodologia é a questão da descentralização penitenciária, pois, prega que cada comunidade deve assumir a sua população prisional⁷¹, principalmente por conta da importância da manutenção do contato do preso com a família e amigos.

Assim, as unidades devem ser de pequeno ou, no máximo, médio porte, evitando a sua superlotação, bem como a quantidade muito exagerada de apenados, o que inviabiliza o método.

Ottoboni⁷² defende ainda que a descentralização penitenciária proporciona a preservação dos elos afetivos do condenado, diminui ou até mesmo evita a ocorrência de crimes e rebeliões dentro da unidade, aumenta a segurança e o controle da população prisional, bem como melhora as próprias condições materiais da unidade, investindo o dinheiro em inovações e não apenas em reparos.

Além disso, por ser um dos maiores problemas do sistema penitenciário atual, a ausência de superlotação carcerária evita muitos outros problemas que têm contribuído para a grave crise do sistema atual, sobretudo no que atine à preservação dos direitos fundamentais do ser humano e da sua dignidade.

Outro fator muito importante é o efetivo trabalho do apenado que as unidades APAC proporcionam.

O trabalho do preso é frutífero para os mais variados fins. Em relação ao próprio interno, ocupando seu tempo e mente (o que inclusive evita a propagação do crime dentro da unidade e após sua saída), bem como ensinando-lhe um ofício para exercer após seu regresso a sociedade. Também para as empresas, aumentando a produtividade, a competição entre elas e diminuindo os custos da produção. E, principalmente, para a sociedade,

⁷¹ OTTOBONI, 2014, p. 57.

⁷² OTTOBONI, 2014, p. 58-60.

ao tempo que efetivamente ressocializa os apenados e previne a reincidência⁷³.

Não bastasse, algumas pesquisas desenvolvidas pelo Professor Pery Francisco Assis Shikida, economista que tem seus estudos voltados para a economia do crime, demonstram que os próprios presos suplicam pela tomada de atitudes que os salvem.

Assim, no desenvolvimento dessas pesquisas, para obtenção de dados, o referido professor teve contato direto com diversos detentos do sistema penitenciário brasileiro atual, dos mais variados estados do Brasil, sendo destaque para o presente estudo a seguinte pergunta que consta em seus questionários (os quais foram respondidos pelos próprios presos): Como o Estado pode recuperar o preso?

Com a palavra, os próprios detentos apontaram os seguintes fatores: a) no Estado do Paraná – trabalho (52%), estudo (33%) e medidas de ressocialização (10%)⁷⁴; b) no Estado do Rio Grande do Sul – trabalho (67%), estudo (12%), melhor tratamento/estrutura/sistema (12%), medidas de ressocialização (4%), prática religiosa (2%)⁷⁵.

Tais dados confirmam novamente o estado crítico em que se encontra o atual sistema penitenciário brasileiro, bem como indicam como uma boa solução a metodologia APAC, porquanto o que está sendo reivindicado pelos próprios detentos são basicamente os fundamentos do método APAC.

Por todo o contexto apresentado, vislumbra-se que o sistema carcerário brasileiro atual há muito vem enfrentando graves problemas, não cumprindo as finalidades mais básicas da pena, sendo certo que, em contrapartida, as unidades APAC vêm demonstrando um resultado muito positivo, sendo, assim, alternativa válida ao sistema atual.

Outrossim, ainda que de forma superficial, os dados aqui levantados também demonstraram a viabilidade da alternativa que representa a metodologia APAC tanto do ponto de vista econômico como do sociológico.

⁷³ SHIKIDA; BROGLIATTO, 2008, p. 128-154.

⁷⁴ SHIKIDA, 2017.

⁷⁵ SHIKIDA, 2018.

É certo que a efetiva substituição integral do atual sistema penitenciário pelas unidades APAC é um tanto quanto utópica, mas nada impossível. Isso pois, considerando a descentralização das penitenciárias pregada pela APAC, elegendo a comunidade local como responsável por seus detentos, é algo que viabilizaria a construção de mais unidades que efetivamente ressocializam o ser humano.

É um trabalho árduo, que exigirá esforços intensos da comunidade como um todo e levará anos para que produza resultados em nível de redução da criminalidade, violência e diminuição da população carcerária. Inclusive, é algo que merece atenção das mais diversas áreas do conhecimento, não cabendo tão somente ao presente estudo responder uma questão tão complexa.

Tais conclusões foram obtidas através da pesquisa bibliográfica realizada, tanto nos diversos livros e doutrinas que serviram de base para o presente trabalho, quanto nos artigos, documentários, entrevistas e pesquisas realizadas que tinham como foco o mesmo tema aqui trabalhado: o sistema penitenciário brasileiro e os métodos alternativos de aplicação da execução penal.

REFERÊNCIAS

A APAC: o que é? *Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC)*, Itaúna, 24 de janeiro de 2019. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/apac-o-que-e>. Acesso em: 03 fev. 2020.

ABNT NBR 10520, Informação e documentação □ Citações em documentos □ Apresentação.

ABNT NBR 6023:2018, segunda edição. Informação e documentação - Referências - Elaboração.

ANDRADE, Ueliton Santos de; FERREIRA, Fábio Félix. *Crise no Sistema Penitenciário Brasileiro: capitalismo, desigualdade social e prisão*. Revista Psicologia, Diversidade e Saúde, Salvador, v.3, n.1, p. 116-129, 2014. Disponível em: <https://www5.bahiana.edu.br/index.php/psicologia/article/view/471/390>. Acesso em: 03 fev. 2020.

As cadeias que, sem armas, derrubam as taxas de reincidência criminal no Brasil. EL país. Florianópolis, 30 de janeiro de 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/23/politica/1485198858_731977.html. Acesso em: 03 fev. 2020.

ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (APAC). *Regulamento Disciplinar dos Centros de Reintegração Social Dr. Franz de Castro Holzwarth*. Itaúna/MG, mar. 2014. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Mateiral_de_Apoio/APAC/Regulamento_Disciplinar_APACs.pdf. Acesso em: 03 fev. 2020.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: M. Claret, 2001. E-book.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. E-book.

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: 03 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 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: 03 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Recurso extraordinário representativo da*

controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. [...] 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. [...] Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 03 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000329792&base=baseAcordaos>. Acesso em 14 nov. 2018.

CLASSIFICAÇÃO das APACs. *Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC)*, Itaúna, 2015. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/classificacao-das-apacs>. Acesso em: 12 out. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. Salvador, BA: Editora JusPODIVM, 2015.

ELEMENTOS fundamentais do método APAC. *Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC)*, Itaúna, 11 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/metodo-apac>. Acesso em: 03 fev. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramalhe. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIORDANI, Rosselane; GUEDES, Amanda Caroline; NOGUEIRA NETO, Daniel Felício. *Etiquetados: a metamorfose da criminalidade*. 2018. 1 vídeo (29min55seg). Publicado pelo canal Amanda Guedes. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Hmz3Q6B-VoGc&app=desktop>. Acesso em: 03 fev. 2020.

GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011. E-book.

GRECO, Rogério. *Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 4.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÉRITO. *Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC)*, Itaúna, 23 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/metodo-apac/merito>. Acesso em: 03 fev. 2020.

OTTOBONI, Mário. *Seja solução, não vítima!: Justiça Restaurativa, uma abordagem inovadora*. São Paulo: Cidade Nova, 2004.

OTTOBONI, Mário. *Vamos matar o criminoso?: método APAC*. 4.ed. São Paulo: Paulinas, 2014.

QUEM somos? *Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC)*, Itaúna, 11 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/institucional/institucional>. Acesso em: 03 fev. 2020.

REINCIDÊNCIA Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>. Acesso em: 03 fev, 2020.

SACHS, Ligiane da S. C.; STANCIOLI, Leonardo Bechara. *A aplicação da justiça restaurativa no cumprimento da pena privativa de liberdade: Método APAC*. Curitiba: Escola da Magistratura do Estado do Paraná, 2015. Disponível em: <https://www.emap.com.br/wp-content/uploads/2019/11/Ligiane-Sachs.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2020.

SHIKIDA, Pery F. A.; BROGLIATTO, Sandra R. M. *O trabalho atrás das grades: um estudo de caso na Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu - PEF (PR)*. Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional, Taubaté, v. 4, n. 1, p. 128-154, jan./abr. 2008.

SHIKIDA, Pery F. A. *Economia do Crime: o crime compensa? In: ENCONTRO DOS ECONOMISTAS DA REGIÃO SUL - ENESUL, 22., 2017, Curitiba. Anais [...]. Curitiba, PR, 2017.*

SHIKIDA, Pery F. A. *Economia do crime: o crime compensa? In: Centro Universitário FAG - Fundação Assis Gurgacz, Cascavel, maio 2018.*

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. *E-book*.

VARELLA, Drauzio. *Carcereiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. *E-book*.

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. *E-book*.

VASCONCELLOS, Jorge. *CNJ recomenda expansão das APACs para a redução da reincidência criminal no país*. Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61552-cnj-recomenda-expansao-das-apacs-para-a-reducao-da-reincidencia-criminal-no-pais>. Acesso em: 10 out. 2018.

VELASCO, Clara; REIS, Thiago. *Com 335 pessoas encarceradas a cada 100 mil, Brasil tem taxa de aprisionamento superior à maioria dos países*

do mundo. G1, 28 de abril de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/28/com-335-pessoas-encarceradas-a-cada-100-mil-brasil-tem-taxa-de-aprisionamento-superior-a-maioria-dos-paises-do-mundo.ghtml>. Acesso em: 03 fev. 2020.

VERDÉLIO, Andreia. *Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo*. Agência Brasil, 08 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>. Acesso em: 03 fev. 2020.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução André Telles. Sabotagem, 1999. *E-book*.

ZENI, Jairo. *APAC: Amor e trabalho em vez de ódio e ociosidade*. Revista Versões. Toledo, v. 12, n. 137, p. 7-9, dez. 2016.

REFLEXÕES ACERCA DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL A PARTIR DO EXEMPLO DO BODE EXPIATÓRIO

REFLECTIONS ABOUT THE FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW FROM THE SCAPEGOAT EXAMPLE

Recebido: 10.03.2019

Aprovado: 28.06.2019

Rodrigo J. S. Amaral

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2020).
Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela mesma instituição (2018).

Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes - UCAM (2015).

rodrigoamaral2209@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/3052862536926698>

<https://orcid.org/0000-0002-0999-8060>

Resumo: A partir de exemplos hipotéticos de ocorrência de bode expiatório, empreende-se reflexões sobre as teorias da pena. Primeiramente, refletindo-se sobre por que o bode expiatório é injusto. A partir dessa construção, verifica-se as consequências para a elaboração de uma adequada teoria da pena. Por fim, expõe-se a ponto de partida necessário para uma teoria da pena que respeite postulados de justiça.

Palavras-chave: Punição; Bode Expiatório; Deontologia; Consequencialismo.

Abstract: From hypothetical examples of the occurrence of scapegoat, it is reflected on the penalty theories. First, reflecting on why the scapegoat is unfair. From this construction, the consequences for the elaboration of an adequate penalty theory are verified. Finally, it is exposed the necessary starting point for a penalty theory that respects postulates of justice.

Keywords: Punishment; Scapegoat; Deontology; Consequentialism.



“Se fosse possível os homens promoverem seus interesses transformando alguns semelhantes em bodes expiatórios e se me pedissem que me imolasse pelo bem de criaturas que querem sobreviver com meu sangue, se me pedissem para servir os interesses da sociedade separadamente dos meus, acima dos meus, em detrimento dos meus, eu me recusaria, rejeitaria essa possibilidade como o mal mais abjeto de todos, lutaria contra ela com todas as minhas forças, lutaria contra toda a humanidade, mesmo que só me restasse um minuto de vida antes de ser assassinado – lutaria na absoluta convicção de que estaria lutando com a justiça ao meu lado, de que um ser humano tem o direito de existir. Que não haja mal-entendidos a meu respeito. Se atualmente meus semelhantes, que se autodenominam “o público”, acreditam que para seu bem é necessário haver vítimas, então eu digo: o público que se dane, não contem com a minha colaboração!”⁷⁶.

A discussão sobre o papel do direito penal na sociedade é antiga. Muitas teorias acerca da função da pena já foram elaboradas, seja de um viés retributivo, seja de uma perspectiva orientada a fins preventivos, passando pelas teorias mistas e chegando nas correntes agnósticas e abolicionistas. A profundidade desse debate transcende as limitadas pretensões do presente estudo. Em vez de tentar resolver um problema complexo por intermédio

⁷⁶ RAND, Ayn. *A revolta de Atlas*. Trad. Paulo Henriques Britto. São Paulo: Arqueiro, 2017, p. 502-503.

de uma reflexão que não tem como corresponder a tal dimensão, opta-se, nesta sede, por um enfoque mais específico.

As linhas de pensamento denominadas funcionalistas, que têm predominado no moderno debate do direito penal, caracterizam-se por conferir um viés preventivo à tutela penal⁷⁷. Delinea-se um norte e orienta-se os institutos das teorias do delito e da pena com vistas ao objetivo traçado. O motivo que gera essa linha de pensamento é de ordem lógica: a tutela penal deve justificar-se perante os cidadãos, respondendo por que os recursos do contribuinte devem ser direcionados à movimentação da máquina estatal pela via jurídico-penal. Além disso, é preciso dizer aos cidadãos os motivos do emprego de um instrumento altamente incisivo sobre as liberdades individuais. Portanto, as linhas preventivas sustentam que a intervenção estatal pela via penal deve ter um fundamento de utilidade. As teorias preventivas têm hoje tamanha força e receptividade, que chegam a ser o fundamento de institutos do direito contemporâneo, como, por exemplo, o da colaboração premiada⁷⁸.

Por outro lado, é preciso ter em mente a natureza qualificada da resposta penal: um indivíduo sofre uma pena. E por essa imposição de pena, o Estado não deve justificar tal resposta exclusivamente a partir de uma perspectiva coletiva, sendo ainda mais importante responder ao próprio apenado o porquê da sanção penal. Caso contrário, estar-se-ia instrumentalizando o indivíduo e, via de consequência, violando o postulado kantiano do homem como um fim em si mesmo.

⁷⁷ “O ponto de partida de toda teoria hoje defensável deve basear-se no entendimento de que o fim da pena só pode ser de tipo preventivo.” (Tradução livre). ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2ª ed. alemã: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 95.

⁷⁸ Fundamentando a colaboração premiada em considerações preventivas, SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana; ALENCAR, Matheus. Prêmio e castigo: ensaio político-criminal sobre o instituto da colaboração premiada. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 830-834.

Para refletir sobre as modernas proposições de viés preventivo, recorre-se à figura do bode expiatório⁷⁹. E é explorando o caráter indesejado da ocorrência de um bode expiatório que se pretende, nesta sede, desenvolver reflexões sobre os fins da pena, dando um especial enfoque às teorias da prevenção geral. Primeiramente, será apresentado um exemplo-base de ocorrência de bode expiatório com o fim de, em seguida, fazer sucessivas alterações no caso, visando a refletir sobre o problema à luz das teorias preventivas da pena (2). Após, será exposto o conteúdo do injusto de um bode expiatório (3), para, assim, concluir as consequências das reflexões anteriores à teoria da pena (4). Por fim, serão dedicadas algumas linhas ao ponto de partida que deve guiar uma adequada teoria da pena: o individualismo normativo (5).

1. O CASO EXAMINADO

O presente estudo parte de um ponto de partida intuitivo: a injustiça dos casos de bode expiatório e, por conseguinte, que tais hipóteses são indesejadas e devem ser evitadas. O caráter intuitivo de tal premissa não pode constituir *per se* uma falha de método. Em realidade, ocorre o inverso, pois tal ponto de partida proporciona um duplo ganho: a oportunidade de falsear a hipótese inicial e, ao mesmo tempo, refletir sobre os fins da pena.

Para isso, é preciso um exemplo-base e, partindo da premissa de que a ocorrência de um bode expiatório é algo indesejado, serão deduzidas as razões que podem fundamentar esse pressuposto. Será preciso incrementar paulatinamente a complexidade do problema, motivo pelo qual haverá variações do exemplo-base, que serão apresentadas em ordem crescente de complexidade.

⁷⁹ A origem do termo vem da tradição hebraica. Descrito em Levíticos, os hebreus realizavam um ritual no chamado Dia da Expição, a fim de purificar o povo. Para tal, utilizava-se dois bodes. O primeiro era sacrificado junto com um touro. O segundo era transformado no “bode expiatório” e tinha como função carregar todos os pecados da sociedade. Convencionou-se, assim, a chamar alguém de bode expiatório quando o indivíduo em questão sofre sozinho as consequências de um fato quando ele não era ou, ao menos, não era sozinho, o culpado pelo infortúnio.

O exemplo-base é simples: X, Y e Z, funcionários da Empresa P, estão sendo investigados no bojo do programa de *compliance* da citada empresa. X e Y são detentores de cargos importantes para a atividade do ente coletivo, enquanto Z realiza um trabalho fungível e facilmente substituível. Por esse motivo, os agentes de *compliance* da empresa decidem simular uma investigação, com o fim de proteger os interesses de P, apresentando uma notícia-crime ao Ministério Público somente contra Z, blindando, assim, X e Y.

1.1. VARIAÇÃO 1: O BODE EXPIATÓRIO É INOCENTE

Na primeira variação do exemplo-base, ocorre que o bode expiatório Z é *inocente*. Ele não participou de nenhuma atividade delituosa, tampouco tinha ciência de quaisquer irregularidades, realizando suas atividades laborais sem gerar prejuízos. Z foi escolhido como bode expiatório exclusivamente por motivações de utilidade: era a escolha menos onerosa para a Empresa P, nos cálculos de seus agentes de *compliance*. Com as evidências deturpadas, o Ministério Público fora induzido a erro, oferecendo denúncia contra Z, que, ao final do processo, foi condenado.

Aqui, o caso é simples, pois a injustiça é evidente, ocorrendo a hipótese que causa mais arrepios a um jurista: a condenação e punição de um inocente⁸⁰. Mas não só tal situação é odiosa, como também prejudicial a partir do ponto de vista consequencialista⁸¹: não somente um inocente foi punido, como também os verdadeiros culpados permaneceram impunes. Isso significa que também é possível negar a legitimidade desse cenário a partir de pressupostos de prevenção: não se puniu os verdadeiros autores da atividade

⁸⁰ Cf. GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 263-279, que afirma: “Ainda que a paz social e a existência da sociedade, o bem estar e a vida de vários indivíduos esteja em jogo, não parece correto sacrificar os direitos da inocência, o principal dos quais é o de nunca sofrer uma punição.”

⁸¹ Para os fins deste trabalho, entende-se por *consequencialista* o método através do qual valorase uma ação como positiva ou negativa tendo como parâmetro as consequências dessa ação.

delituosa, assim como não se conseguiu fazer nada para que tal atividade cessasse. Além disso, pode-se arguir que há o risco de posterior descoberta da responsabilidade dos outros agentes e do esquema criminoso, o que colocaria em xeque a crença, no plano fático, na vigência da norma. O fim preventivo, dessa forma, não foi atingido.

Aparentemente, já há motivos suficientes para confirmar o ponto de partida intuitivo deste trabalho: na variação 1, a ocorrência de bode expiatório não pode ser defendida. Em resumo, este hipotético caso possui, então, um *duplo desvalor*: o Estado falhou tanto da perspectiva deontológica⁸² quanto do ponto de vista consequencialista. No entanto, esse cenário ainda não é apto para esgotar *per se* o assunto, sendo preciso alterar a narrativa.

1.2. VARIAÇÃO 2: O BODE EXPIATÓRIO É CULPADO

Desta vez, o bode expiatório Z é *culpado*. Isso significa que o indivíduo punido participou da empreitada criminosa em conjunto com os agentes encobertos pelo programa de *compliance* da Empresa P. Disso deriva a constatação de que o desconforto gerado por esse cenário não está motivado pela condenação de Z isoladamente, mas sim pela não punição concomitante dos agentes X e Y. Portanto, pode-se retirar da avaliação a injustiça inerente à condenação de um inocente.

Por outro lado, um observador que se guie a partir de premissas de prevenção ainda pode arguir a inadequação do fato aos fins perseguidos: todos os pressupostos consequencialistas inerentes à não realização (ou potencial não realização) das finalidades preventivas do sistema penal continuam presentes. Dessa forma, o defensor de um direito penal puramente preventivo ainda pode queixar-se desse cenário de bode expiatório.

⁸² Por deontológico entende-se, nesta sede, todo método que valora uma ação como certa ou errada tendo como parâmetro considerações morais de respeito a partir de um juízo *a priori*, ou seja, que não se guia a partir das consequências do ato.

1.3. VARIAÇÃO 3: A ATIVIDADE CRIMINOSA NO BOJO DA EMPRESA É ENCERRADA

Agora é o momento de incrementar significativamente a complexidade do exemplo. Não só o bode expiatório é culpado, mas X e Y decidem cessar permanentemente com a atividade criminosa, temerosos dos riscos de serem descobertos numa hipotética investigação futura. Os agentes, tendo em vista o fato de não terem sido responsabilizados somente por causa do bode expiatório, decidem não mais assumir riscos e prosseguir com uma atividade profissional sem delitos.

Neste exemplo, pode-se arguir que um certo fim preventivo foi, de fato, alcançado: não há mais delitos da mesma natureza ocorrendo na empresa P. É possível, portanto, afirmar algum êxito preventivo no caso concreto, apesar da ocorrência de um bode expiatório. Entretanto, o defensor de um direito penal preventivo ainda poderia alegar os riscos de descobrimento futuro dos fatos criminosos de X e Y, o que poderia violar a confiança do cidadão na vigência da norma. Além disso, poder-se-ia questionar se as pessoas que tiveram ciência desse fato se sentiriam estimuladas a fazer o mesmo, desde que pudessem repetir as mesmas circunstâncias que ocorreram nessa variação do exemplo. Assim, ainda pode-se defender a inadequação do bode expiatório sob a ótica da prevenção.

1.4. VARIAÇÃO 4: TODAS AS PROVAS FORAM ELIMINADAS

Agora, além de todas as variações já ocorridas, não há mais o risco de descoberta futura: todas as provas foram devidamente eliminadas. O tempo passou tanto que todos os agentes, assim como eventuais testemunhas, já faleceram, com a exceção de X e Y. Considere-se, ainda, que o fato ainda não se encontra prescrito. Não há a possibilidade de os cidadãos descobrirem a ocorrência do bode expiatório⁸³.

⁸³ É evidente que tal hipótese está sendo pensada somente para fins de argumentação. No plano da vida concreta, se não for possível saber que o bode expiatório ocorreu, isso não chegará a ser um problema prático. Entretanto, sob o ponto de vista do dever ser argumentativo, é preciso pensar nessa possibilidade como um observador externo, a fim de testar verdadei-

Se tudo isso ocorrer e nenhum óbice de natureza consequencialista for possível, o defensor de um direito penal puramente preventivo não terá outra opção senão aceitar a ocorrência do bode expiatório como algo adequado neste caso. Ou seja, aqui há três opções: uma primeira é tomar um posicionamento contra a intuição inicial da injustiça da ocorrência de bode expiatório e aceitar hipóteses em que este possa acontecer. Os outros dois caminhos têm um ponto em comum: rejeitar um direito penal puramente preventivo. Um deles, mais radical, será optar por excluir do direito penal *qualquer* viés de prevenção. Um segundo, mais moderado, será reconhecer que o direito penal persegue fins de prevenção, mas que tais fins não podem ser absolutos, ou seja, não se pode aceitar um sistema penal *exclusivamente* preventivo.

2. SOBRE A INJUSTIÇA DO BODE EXPIATÓRIO

O primeiro passo a partir de agora será demonstrar por que a ocorrência de um bode expiatório é algo injusto e deve ser absolutamente indesejado. Logicamente, devido ao caráter categórico da posição tomada contra o bode expiatório, os fundamentos precisarão ter tamanha força argumentativa de modo a sustentar a pretensão de vigência universal dessa assertiva⁸⁴. Em outras palavras, os fundamentos, aqui, não podem estar suscetíveis às contingências do mundo.

Ou seja, o bode expiatório não é indesejado por ser *inútil*, mas por ser *injusto*. Em primeiro lugar, o juízo de utilidade de algo dependerá sempre do fim visado. Por exemplo, uma carroça será útil para transportes terrestres, mas inútil para transportes marítimos. Além disso, a aferição de utilidade está suscetível a gradações, isto é, pode haver medidas mais ou menos úteis. Assim, a mesma carroça, apesar de ser útil para transportes terrestres, não é tão útil quan-

amente a força teórica de um posicionamento, não importando se a possibilidade de seu acontecimento é remota. Se um fato tem 0,0001% de chance de se concretizar, este ainda é possível e, portanto, deve ser considerado.

⁸⁴ Observando o alerta feito por Greco em sua análise sobre a crítica do utilitarista John Stuart Mill ao paternalismo. Cf. GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 4, n. 7, p. 81-92, 2012.

to um carro ou um caminhão. Por outro lado, um conceito deontológico de justiça estará insuscetível a essas variações. Em outras palavras, ou algo é justo, ou *não é*.

Para o caso em exame, é preciso ter ciência de que uma ocorrência de bode expiatório inocente é mais grave que uma de bode expiatório culpado. E isso pela razão já exposta acima: a punição do inocente já é intrinsecamente injusta *per se*, violando o princípio da culpabilidade. Mas, então, qual é o conteúdo do injusto do bode expiatório culpado? Em outras palavras, o que fundamenta o juízo negativo sobre a ocorrência do bode expiatório naquelas hipóteses em que o indivíduo de fato mereceria a resposta penal? A resposta, aqui, está intimamente ligada à concepção liberal de que o poder estatal deve estar *justificado*. Assim, não pode o Estado agir com abuso de poder, devendo respeitar a certos imperativos de justiça.

E é por questões de justiça que desde, ao menos, o Código de Hamurabi, é pacífica a concepção segundo a qual a punição deve ser *exclusivamente individual*. Dessa forma, a cada um cabe carregar o fardo da própria culpa. Inclusive, um dos preceitos do direito romano, *suum cuique tribuere*, pode ser aqui aplicado de forma principiológica: deve-se dar a cada um o que lhe pertence⁸⁵. Nos casos de bode expiatório, esse preceito é violado, pois submete-se alguém ao fardo de uma culpa que não lhe é própria. Nos casos de bode expiatório inocente isso fica especialmente acentuado, mas também nos casos de bode expiatório culpado isso ocorre, tendo em vista que se impõe a alguém a culpa que pertence também a outros e, portanto, será uma culpa *per definitionem* mais intensa do que o limite do justo.

⁸⁵ O princípio romano *suum cuique tribuere*, elaborado por Ulpiano como base do direito civil romano, não possuindo relação direta com o direito penal. Cf. BÖTTCHER, Carlos Alexandre. O Legado ético e universalista do Direito Romano. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 108, p. 155-167, 2013, p. 159: “Para Savigny, com *alterum non laedere*, quis Ulpiano atender ao respeito devido aos direitos absolutos ou originários, que são os direitos fundamentais, ao passo que com *suum cuique tribuere*, teve em vista o respeito aos direitos relativos ou adquiridos. Donelo, por sua vez, acreditava que *alterum non laedere* abrangia as regras atinentes aos direitos das pessoas e *suum cuique tribuere* referia-se ao direito das coisas”. Dessa forma, é preciso ressaltar que aqui se recorre a um uso análogo, de forma que o postulado “dar a cada um o que é seu” não se limite somente ao direito das coisas.

Pode-se perceber que o disposto até aqui é capaz de fundamentar também um dos fundamentos do moderno Estado de Direito, o princípio da *isonomia*⁸⁶: não pode o Estado tratar iguais de modo desigual. Na hipótese do bode expiatório inocente, inclusive, ocorre o inverso: quem deveria ser responsabilizado restou impune, enquanto que quem não poderia ser afetado foi punido. A isonomia está ligada intrinsecamente aos fundamentos de um Estado de Direito que se pretenda legítimo. Aqui, a ideia básica é que um Estado que exerce poder em nome de todos os cidadãos não pode fazê-lo senão de forma a poder justificar-se perante cada indivíduo. A isonomia, assim, prescreve não só a *igualdade de tratamento*, mas também que esse tratamento seja sempre adequado às circunstâncias concretas e conforme padrões universais, sem atos discriminatórios, objetivando-se evitar o abuso de poder. Dessa forma, chega-se à já consagrada fórmula do tratamento igual aos iguais, que significa, considerando-se as circunstâncias relevantes da situação concreta, que os indivíduos que ostentarem os mesmos predicados deverão receber a mesma resposta. Consequentemente, a outra faceta da isonomia é o tratamento desigual aos desiguais, ou seja, tratar-se de forma diferente aqueles que possuem predicados diversos⁸⁷.

3. CONSEQUÊNCIAS PARA A TEORIA DA PENA

Com a conclusão que a ocorrência de bode expiatório é algo injusto, aparentemente recai sobre os partidários de teorias pre-

⁸⁶ Sobre as linhas gerais do princípio, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157-158, que fazem uma importante observação: “vale lembrar, com Forstthoff, que o Tribunal Constitucional da Alemanha, repetidas vezes, afirmou que o princípio da igualdade, como regra jurídica, tem um caráter suprapositivo, anterior ao Estado, e que mesmo se não constasse no texto constitucional, ainda assim teria de ser respeitado.”

⁸⁷ A esse respeito, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101-102, cuja explicação é didática: “Essa diferenciação somente adquire relevo material na medida em que se lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve. Duas pessoas podem ser iguais ou diferentes segundo o critério da idade: devem ser tratadas de modo diferente para votar nalguma eleição, se uma tiver atingido a maioria não alcançada por outra; devem ser tratadas igualmente para pagar impostos, porque a concretização dessa finalidade é indiferente à idade.”

ventivas da pena um grande ônus argumentativo. Isso porque, conforme visto *supra*, nem sempre será possível dizer que o bode expiatório frustra as pretensões preventivas do direito penal. Dizer simplesmente que as hipóteses em que isso ocorre são demasiadamente improváveis ou que se dariam numa proporção muito pequena de casos é insuficiente. Isso porque seria simplesmente aceitar passivamente uma teoria só porque ela resolve a maioria dos casos, deixando o restante, mesmo que em pequena quantidade, sem resolução.

Uma adequada teoria da pena, que tem a importância de influenciar a dogmática da teoria do delito e da execução penal, deve dar conta de todas as hipóteses possíveis, não havendo espaço para lacunas. Por outro lado, o exposto até aqui está longe de ser um golpe fatal nas teorias preventivas, tendo em vista que não necessariamente uma teoria da pena precisa atender a pressupostos *exclusivamente* preventivos. Dessa forma, somente os defensores de considerações puramente preventivas terão dificuldades em explicar por que se deve evitar casos de bode expiatório quando razões preventivas não forem suficientes para tanto.

A título exemplificativo, os problemas inerentes à possibilidade de injustiças em nome da prevenção contribuíram para o ressurgimento das teorias da retribuição no âmbito anglo-saxão. Teixeira⁸⁸ aponta que duas foram as objeções principais às teorias preventivas – denominadas utilitárias na doutrina anglo-saxã –: (i) as teorias preventivas puras permitiriam, por uma questão lógica, o castigo de um inocente e (ii) violariam o princípio da não instrumentalização do homem, formulado por Kant⁸⁹.

⁸⁸ TEIXEIRA, Adriano. Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo. In: *En letra: derecho penal*, Buenos Aires, ano IV, n. 7, p. 35-77, 2019, em especial p. 41-43.

⁸⁹ Segundo Kant, o ser humano é dotado de dignidade, que é o atributo do que é um *fin em si mesmo*, o contrário daquilo que possui preço. O que possui dignidade não pode ser objeto de finalidades alheias a si mesmo, por não ser objeto de razões de conveniência. Dessa forma, Kant chega ao seu imperativo categórico do respeito à dignidade humana, que leva à proibição de instrumentalização do homem. Sobre isso, cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 76-77.

Ao que parece, a questão principal aqui é que a natureza consequencialista da linguagem puramente preventiva desconhece limitações deontológicas à atuação estatal. Em outras palavras, num Estado de Direito toda atuação estatal é limitada por considerações de respeito ao ser humano e a fundamentação da pena precisa considerar esse fator, sendo insuficiente o puro argumento da prevenção. No caso brasileiro, o dispositivo mais emblemático é o art. 5º, CRFB, que lista um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Qualquer pretensão preventiva precisa atender a limitações dessa natureza se o Estado pretende exercer um poder *justificado*.

A título exemplificativo, cabe listar alguns exemplos do que se chama, nesta sede, de *teorias preventivas impuras*, ou seja, de teorias da pena que conhecem não somente razões de prevenção, mas também considerações de respeito ao ser humano. É possível verificar, nesse sentido, dois caminhos diferentes: (i) defender-se uma teoria preventiva limitada, o que significa dizer que o direito penal deve atender a um determinado fim preventivo, mas que esse fim é limitado por considerações de natureza diversa; ou (ii) defender uma teoria mista, ou seja, sustentar que o direito penal não atende somente ao fim de prevenção, mas também de retribuição do delito.

Veja-se, por exemplo, Roxin⁹⁰, que sustenta uma teoria da prevenção positiva (geral e especial), porém defendendo que o grau de culpabilidade é o limite da medida da pena. Em outras palavras, o direito penal atenderia a finalidades preventivas, porém esse fim não poderia gerar um *quantum* de pena que excedesse a medida da culpabilidade do agente. Sem entrar no mérito do conteúdo em si dessa construção, pode-se perceber que o princípio da culpabilidade é aplicado como critério limitador das pretensões preventivas. Portanto, pode-se observar em Roxin um primeiro exemplo de teoria que não se rege somente por razões de prevenção.

⁹⁰ Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* op. cit., p. 95-103; Idem. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Reus, 1981, p. 46-48.

Outro exemplo de construção nesse sentido pode ser observado no pensamento de Greco⁹¹: aqui, o fim da cominação de tipos penais deve ser conferir *razões prudenciais* para a não realização de crimes, com o objetivo de assim prevenir futuras violações a bens jurídicos. Em outras palavras, trata-se de uma teoria da pena que gira em torno do conceito de prevenção geral negativa. Entretanto, o autor defende que a atuação estatal deve estar limitada por razões morais de respeito ao ser humano. A premissa de seu pensamento é que o Estado não pode limitar a atuação do indivíduo por razões meramente morais (amoralismo individual), mas que a atuação estatal em si deve estar limitada por razões morais (moralismo estatal)⁹². Essa gama de restrições, evidentemente, também limita a atuação em sede jurídico-penal e, conseqüentemente, quaisquer pretensões preventivas.

Como dito acima, outro caminho possível é a adoção de teorias mistas, ou seja, da defesa de considerações preventivas e retributivas na aplicação da lei penal. É o exemplo de Welzel⁹³, que sustenta que o direito penal tem como missão a proteção de bens jurídicos por meio do reforço dos valores ético-sociais aprovados pela sociedade⁹⁴. O autor sustenta que, para que um determinado bem jurídico tenha suas chances de proteção maximizadas, convém que o valor que torna imperativo o seu respeito esteja devidamente estabilizado socialmente. Em outras palavras, veja-se o exemplo do homicídio: para que a vida humana tenha mais chances de proteção, o valor que estabelece que matar é errado deve estar devidamente consolidado na cabeça dos cidadãos. Assim, previne-se futuros delitos quando o valor que determina o seu não cometimento é recepcionado pelos indivíduos. Aqui, pode-se dizer que Welzel sustenta

⁹¹ Cf. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 205-397.

⁹² *Ibidem*, p. 109.

⁹³ Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 1-13.

⁹⁴ “É missão do direito penal a proteção dos bens jurídicos mediante o amparo dos valores ético-sociais elementares da ação.” (*Em tradução livre*). *Ibidem*, p. 6.

uma prevenção geral tanto positiva (afirmação do valor ético-social) quanto negativa (evitação de violações futuras). Entretanto, o mesmo autor defende que a medida da pena deve ser a exata retribuição do grau de culpabilidade do agente, enquanto que as medidas de segurança devem atender somente a pressupostos de prevenção⁹⁵. Assim, chega Welzel a uma teoria da pena de caráter misto.

Por outro lado, conforme já explicitado, teorias preventivas puras não conseguem justificar por que não se pode permitir, em nenhuma hipótese, a ocorrência de bode expiatório. O exemplo mais simbólico dessa concepção é a teoria da pena do funcionalismo sistêmico. Partindo-se da premissa geral de que a sociedade é feita de comunicações e que a vigência das expectativas de ação é um pressuposto de existência de relações sociais⁹⁶, sustenta-se que o crime é a defraudação de uma certa expectativa normativa⁹⁷. Em outras palavras, o delito acarretaria uma lesão à teia comunicativa social, pois consistiria numa espécie de comunicação do autor de que a norma não tem vigência. Com isso, a resposta adequada ao delito seria a pena, funcionando como uma espécie de “negação da negação”, em termos que se aproximam, nesse ponto, à teoria hegeliana da pena⁹⁸.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 11-12.

⁹⁶ “Mas, desde que uma das partes da situação originária age, várias consequências advêm daí: rompe-se a dupla contingência mediante a redução de complexidades, fazendo surgir expectativas ou pautas de previsão num sistema social que se tornou possível, não pela intervenção exterior de um demiurgo ou em virtude de princípios apriorísticos emanados de necessidades ontológicas, mas graças à ‘fatalidade do acaso’ (die fatalität des Willkürlichen), prefigurada aqui pela ação realizada, ou seja, pela seleção de uma possibilidade dentre várias, onde se contém implícita uma primeira opção à outra parte: conformar-se ou não à seleção feita, à pauta unilateralmente estabelecida. Mas qualquer que seja a resposta, com ela ter-se-á criado uma nova opção seletiva, uma nova pauta, uma nova expectativa, em face da qual poder-se-á reagir também em chave binária, aceitando-a ou não. É assim, segundo LUHMANN, que opera o componente central de toda estrutura social: expectativas compartilhadas.” ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 51-52.

⁹⁷ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência a norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 230.

⁹⁸ Cf. o afirmado pelo próprio Jakobs, primeiro pensador do funcionalismo sistêmico em âmbito penal: “Em Hegel a teoria absoluta recebe uma configuração que em pouco se diferencia da prevenção geral positiva aqui representada.” (tradução livre). *Idem*. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. cor. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 22-23.

Conforme visto acima, a partir do exemplo do bode expiatório, uma teoria preventiva pura não responde satisfatoriamente quando a punição (ou não punição) é injusta, porém é conveniente no aspecto preventivo. Um teórico do funcionalismo sistêmico poderia refutar afirmando que mesmo um caso não descoberto significaria uma violação à teia comunicativa da sociedade. Entretanto, essa concepção, que seria demasiadamente formalista, afastar-se-ia dos pressupostos gerais da teoria sistêmica, que, sendo uma teoria sociológica, baseia-se na comunicação como um fator real, e não presumido. Em segundo lugar, essa própria tentativa de defesa formalista da teoria enfraqueceria a sua força argumentativa, pois subtrairia o que há de mais relevante no bojo da teoria sistêmica. Isso porque Jakobs parte da premissa de que seria de interesse das próprias pessoas o estabelecimento de um ordenamento jurídico que viabilize a liberdade e o bem-estar de seus integrantes⁹⁹. Em outras palavras, a vantagem do pensamento seria o ganho real advindo da confirmação da vigência da norma: a ciência do cidadão de que as expectativas sociais de ação ainda são válidas e os ganhos de liberdade de ação daí decorrentes.

Por outro lado, Hans Achenbach¹⁰⁰ argumenta a favor da prevenção pura, sustentando que a teoria da prevenção geral positiva só possui idoneidade naqueles casos em que haja uma aceitação social da sanção. Dessa forma, o autor aduz que somente a pena que se repute como justa pelo cidadão pode ser capaz de motivar o cidadão a respeitar o valor protegido pelo tipo penal correspondente. Assim, aparentemente, a finalidade preventiva do direito penal só seria possível respeitando-se os imperativos de justiça do caso concreto.

A reflexão acima pode ser contestada por três vias. Primeiramente, e isso é reconhecido pelo próprio autor¹⁰¹, essa ideia de que a

⁹⁹ *Idem*. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. 1ª ed. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 2003, p. 54.

¹⁰⁰ ACHENBACH, Hans. Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. In: SCHÜNE-MANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del derecho penal*. Madri: Tecnos, 1991, p. 140-142.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 142.

prevenção geral positiva só funcionaria caso as pessoas reputassem a punição como justa é uma proposição de natureza empírica que de nenhuma forma está devidamente comprovada. Em segundo lugar, ao defender valores de justiça no bojo de uma concepção preventiva, a teoria abandona, dessa forma, a prevenção pura, que, como já dito, é de natureza consequencialista. Em terceiro lugar – e esse é o ponto mais delicado –, o fundamento do autor está dirigido à aparência de justiça, e não à justiça em si. Em outras palavras, o autor conseguiu, ao mesmo tempo, deturpar tanto o conceito de justiça, quanto o de utilidade. Isso porque, ao asseverar que o importante é que as pessoas vejam a punição como justa, seu argumento não é capaz de dar conta da variação 4¹⁰², ou seja, de responder por que evitar o bode expiatório nessas circunstâncias é um dever.

Assim, qualquer teoria da pena deve dar conta dos imperativos deontológicos que limitam o poder estatal. Por outro lado, argumentos puramente consequencialistas, característicos da linguagem preventiva, não dão conta dos problemas inerentes à necessidade de justiça do ato¹⁰³. Dessa forma, uma teoria preventiva da pena só terá a possibilidade de ter sucesso se não for defendida de forma pura. Isso significa que a moderna tendência funcionalista do direito penal não pode ignorar os limites ao poder estatal que emergem do imperativo mais importante para um Estado de Direito: o respeito ao indivíduo.

4. O INDIVIDUALISMO NORMATIVO

Um leitor mais exigente pode não estar satisfeito com o explicado até aqui, exigindo o esclarecimento de uma questão: por que não se pode punir, de forma alguma, um inocente? Se, afinal de contas, fosse necessário sacrificar os direitos da inocência em prol do bem comum, por que não relativizar esse direito? A resposta reside

¹⁰² Cf. *supra*, item 1.4.

¹⁰³ Ross chega a afirmar, corretamente, que, à luz de um argumento de utilidade para o bem da comunidade, a punição de um culpado não se diferencia da punição de um inocente. ROSS, David. *The right and the good*. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 56.

no fato de que não existe, de fato, um “bem comum”, no sentido de um bem universalmente aplicável a todos ao mesmo tempo. Uma sociedade é composta de indivíduos, com vontades, objetivos, valores e desejos próprios, independentes uns dos outros¹⁰⁴. Por isso, Rawls¹⁰⁵ tem razão ao afirmar que o utilitarismo não leva a sério o fato de que as pessoas são diferentes. Assim, quando se menciona o termo “sociedade” ou “social”, faz-se menção a um conjunto de pessoas que, todavia, não se confundem. Dessa forma, usar uma pessoa em nome de um “bem comum” significa sacrificá-la em nome de terceiros, o que acarreta na violação do imperativo categórico kantiano da proibição de instrumentalização do homem¹⁰⁶.

Sacrificar direitos individuais em nome de uma mera utilidade geral só estaria em harmonia com um *coletivismo normativo*, o que, numa sociedade que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana¹⁰⁷, é manifestamente inadequado. Se o homem é um ser dotado de dignidade¹⁰⁸, não pode servir de mero objeto para fins alheios a ele mesmo. Portanto, o ponto de partida obrigatório para uma adequada teoria da pena deve ser o *individualismo normativo*¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Cf. NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. Oxford: Blackwell, 1999, p. 30-33.

¹⁰⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 30.

¹⁰⁶ Ao que parece, incrivelmente, Beccaria parece ter incorrido nessa contradição, aproximando o conceito de justiça ao de utilidade. Por exemplo: “mesmo que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e ao fim que se lhes atribui, o de impedir os crimes, bastará provar que essa crueldade é inútil, para que se deva considerá-la como odiosa, revoltante, contrária a toda justiça e à própria natureza do contrato social”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3ª ed. Leme/SP: EDIJUR, 2015, p. 18-19. Curiosamente, todavia, o autor parte de uma noção individualista, afirmando que nenhum indivíduo doa uma porção da própria liberdade visando ao bem público, afirmando, inclusive que concepções dessa natureza “só se encontram nas novelas”. *Ibidem*, p. 15.

¹⁰⁷ Art. 1º, III da *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

¹⁰⁸ “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.”. KANT, Immanuel. Op. cit., p. 77. Dessa passagem pode-se observar a ideia kantiana de que todo ser racional é dotado de dignidade, que é um valor absoluto, decorrente da capacidade de autolegislação de um ser racional. Disso decorre que todo homem é um fim em si mesmo. Sobre isso cf. SEELMANN, Kurt. Dignidad humana y las formulaciones segunda y tercera del imperativo categórico. Diagnóstico kantiano y función actual. Trad. Gastón Chaves Hontou. In: SEELMANN, Kurt. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 27-38.

¹⁰⁹ Cf. PFORDTEN, Dietmar von der. Individualismo normativo e o Direito. Trad. Saulo Monteiro de Matos. In: *Revista Direito Público*, v. 11, n. 60, p. 172-197, 2014.

A ideia fundamental aqui é que toda política pública deve ser apta a fundamentar-se em razões referentes aos indivíduos, principalmente àqueles afetados diretamente, não sendo suficiente a menção a termos abstratos referentes a entes coletivos. Em suma, nenhum sacrifício em prol do bem comum pode ser imposto a alguém. Isso significa, para o debate acerca dos fundamentos do direito penal, que uma teoria da pena que não busca justificar ao próprio apenado o motivo da aplicação da pena é manifestamente ilegítima. Nunca será justificado, portanto, a aplicação de uma pena injusta a pretexto de uma suposta vantagem social.

Um utilitarismo baseado na ideia de maximização de ganhos e minimização de danos não pode sobrepor-se a direitos individuais. Em razão de todo ser humano ter um valor intrínseco, de ser uma pessoa independente, isto é, de ser um *indivíduo*, é um imperativo categórico (isto é, incondicionado) a não violação de certos direitos fundamentais. É por esse motivo, por exemplo, que está vedada a tortura¹¹⁰, uma série de penas¹¹¹ e tribunais de exceção¹¹². Além disso, é justamente por essa razão que é inviolável a vida privada¹¹³ e que o direito penal está limitado à mais estrita noção de legalidade¹¹⁴.

Num Estado de Direito não se admite sacrifícios humanos. É por esse motivo que não se pode punir o inocente ou fazer de alguém bode expiatório. Não importa se haveria ou não hipotéticos ganhos, haja vista que um indivíduo, por seu valor intrínseco, é único, indivisível e insubstituível. Só a partir do individualismo normativo é possível respeitar, portanto, os direitos fundamentais, o que coopera para a garantia de que um Estado não se tornará uma quadrilha de ladrões¹¹⁵.

¹¹⁰ Art. 5º, III, CRFB/88.

¹¹¹ Art. 5º, XLVII, CRFB/88.

¹¹² Art. 5º, XXXVII, CRFB/88.

¹¹³ Art. 5º, X, CRFB/88.

¹¹⁴ Art. 5º, XXXIX e XL, CRFB/88 e arts. 1º e 2º do Código Penal.

¹¹⁵ A questão da diferença entre um Estado e uma quadrilha de ladrões foi colocada primeiramente por Santo Agostinho e repetida por Greco (GRECO, Luís. *Lo vivo... op. cit.*, p. 114), que conclui, corretamente, que a diferença reside no fato de que o Estado tem a pretensão de exercer não qualquer tipo de poder, mas um *poder justificado*. Dessa forma, um Estado que se diferencia de um exercício arbitrário de poder deve estar limitado a considerações deontológicas de justiça.

Com relação à pena, isso significa o respeito não só dos citados princípios da culpabilidade e da isonomia, mas também ao da *proporcionalidade*. Sobre este último, é importante notar alguns pontos. O primeiro deles é que na medida em que a definição de proporcionalidade é invariável, isto é, a ideia do conceito é fixa, a noção do que concretamente é proporcional aparenta variar ao longo do tempo¹¹⁶. Isso significa que dificilmente será possível afirmar taxativamente que uma pena concreta é proporcional ou desproporcional independentemente dos valores dominantes em determinado período. É por essa razão que a noção de proporcionalidade estará condicionada ao tempo e lugar em que a pena será aplicada¹¹⁷. Entretanto, apesar de não ser possível calcular a exata medida da noção metafísica do justo, pode-se exigir uma coerência interna do sistema de penas, de modo que os delitos mais graves sejam apenados de forma mais intensa e os menos graves de forma menos intensa¹¹⁸. Nesses termos, é possível, inclusive, fazer um controle constitucional da intensidade da pena cominada por meio do princípio da proporcionalidade (proibição do excesso)¹¹⁹. Veja-se que, por se tratar de uma avaliação em que não é possível derivar um *quantum* certo de pena de imperativos de justiça, parece não ser possível impedir que considerações de necessidade empírica tenham lugar nesse sopesamento. O importante, aqui, é que as razões conferidas ao indivíduo apenado sejam suficientes

¹¹⁶ “Há, nos valores, um aspecto variante e um invariante. A prudência, como invariante, é uma virtude que faz evitar a tempo as inconveniências e os perigos. Mas o senhor feudal era prudente quando se armava, o burguês, hoje, é prudente quando se cerca de bons documentos, etc. Este é o aspecto variante.”. SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e cosmovisão*. 1ª ed. São Paulo: É Realizações, 2018, p. 113-114.

¹¹⁷ “A extensão em que são aplicadas devem variar tão infinitamente quanto variam os diferentes sentimentos morais e físicos, que diferem em diferentes locais e épocas. Aquilo que pode ser chamado de crueldade em um caso pode ser exigido por necessidade em outro. Incontestavelmente certo é: uma vez garantida igual eficiência, o sistema de penas torna-se mais perfeito à medida que se torna mais brando.”. HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Trad. Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004, p. 302-303.

¹¹⁸ Nesse sentido, HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the Philosophy of Law*. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 162.

¹¹⁹ Conforme brevemente afirmado em AMARAL, Rodrigo. Proibição do excesso? Reflexões sobre o princípio da proporcionalidade como instrumento de controle de legitimidade da criação de tipos penais. In: *Cognitio Juris*, João Pessoa, ano VIII, n. 23, p. 183-208, 2018, p. 201-202.

para respeitá-lo como um ser único, indivisível, insubstituível e, portanto, dotado de dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão da breve investigação aqui empreendida, pode-se observar que a hipótese do bode expiatório é um clássico exemplo de imperativo categórico estatal de não fazer. Há, assim, uma obrigação estatal de não submeter ninguém a essa condição, por razões deontológicas de justiça. Por outro lado, teorias da pena exclusivamente preventivas só conhecem argumentos consequencialistas que, por sua natureza contingencial, não são capazes de responder à questão da vedação categórica do bode expiatório. Dessa forma, em virtude de o ordenamento jurídico estar também limitado por razões de respeito aos indivíduos, não se pode defender uma teoria da pena exclusivamente preventiva, sem ter em vista os limites deontológicos à atuação estatal.

A melhor forma de evitar esse tipo de erro é partir do ponto de vista metodológico do *individualismo normativo*. Isso porque, considerando as pessoas como seres independentes entre si, impede-se o erro coletivista do cometimento de injustiça a pretexto de estar satisfazendo o bem comum. Em outras palavras, nenhuma utilidade geral está apta a dispensar a necessidade de justificar a pena ao próprio apenado, bem como também não justifica o cometimento de injustiças por parte do Estado.

REFERÊNCIAS

- ACHENBACH, Hans. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del derecho penal*. Madri: Tecnos, 1991, p. 134-146.
- ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- AMARAL, Rodrigo. *Proibição do excesso? Reflexões sobre o princípio da proporcionalidade como instrumento de controle de legitimidade da criação de tipos penais*. In: *Cognitio Juris*, João Pessoa, ano VIII, n. 23, p. 183-208, 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3ª ed. Leme/SP: EDIJUR, 2015.
- BÖTTCHER, Carlos Alexandre. *O Legado ético e universalista do Direito Romano*. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 108, p. 155-167, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 ago. 2019.
- GRECO, Luís. *A crítica de Stuart Mill ao paternalismo*. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 4, n. 7, p. 81-92, 2012.
- _____. *A ilha de Kant*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 263-279.
- _____. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the Philosophy of Law*. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Trad. Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. cor. Madri: Marcial Pons, 1997.
- _____. *O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência a norma?* In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara

(orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 207-232.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.* 1ª ed. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PFORDTEN, Dietmar von der. *Individualismo normativo e o Direito.* Trad. Saulo Monteiro de Matos. In: *Revista Direito Público*, v. 11, n. 60, p. 172-197, 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSS, David. *The right and the good.* Oxford: Clarendon Press, 2002.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Reus, 1981.

_____. *Derecho penal: parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Trad. da 2ª ed. alemã: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e cosmovisão.* 1ª ed. São Paulo: É Realizações, 2018.

SEELMANN, Kurt. *Dignidad humana y las formulaciones segunda y tercera del imperativo categórico. Diagnóstico kantiano y función actual.* Trad. Gastón Chaves Hontou. In: SEELMANN, Kurt. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal.* Madri: Marcial Pons, 2013, p. 27-38.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana; ALENCAR, Matheus. *Prêmio e castigo: ensaio político-criminal sobre o instituto da colaboração premiada.* In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro.* 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 821-845.

TEIXEIRA, Adriano. *Las teorías retributivas en el pensamiento anglo-americano contemporáneo.* In: *En letra: derecho penal*, Buenos Aires, ano IV, n. 7, p. 35-77, 2019.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general.* Trad. Carlos Fontán Bailestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

O FEMININO, A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL E A (IN)EFETIVIDADE DA EXCLUSIVA TUTELA PENAL INIBITÓRIA

THE FEMININE, DOMESTIC VIOLENCE IN BRAZIL AND THE (IN)EFFECTIVENESS OF AN EXCLUSIVE PENAL LAW RESPONSE

Recebido: 20.02.2019

Aprovado: 10.04.2019

Isabela Tarquinio Rocha Câmara

Especialista em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM e IDPEE.
Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau.
Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia / Salvador - BA
Advogada Criminalista.
isabelacamara@fsadvocaciacriminal.com.br
<http://lattes.cnpq.br/8646002316375584>
<https://orcid.org/0000-0002-5401-1878>

Resumo: Doze anos após a edição da Lei Maria da Penha ainda se evidencia crescente a violência contra a mulher, orquestrada por um ódio de gênero, que pretende reafirmar valores patriarcais obsoletos e que se pensavam ultrapassados. O presente artigo tem por escopo investigar o verdadeiro alcance e efetividade da tutela penal como fator de controle da violência doméstica no Brasil, a partir de ampla revisão bibliográfica em cotejo com pesquisas oficiais na área, em face de recente alteração legislativa, com a edição da Lei 13.641/2018, e que importou em criação de uma nova figura típica, transformando em ilícito penal o descumprimento de medida protetiva de urgência, punida com pena de detenção de 03 meses a 02 anos. O questionamento que se coloca à discussão diz respeito menos à necessidade da alteração legislativa, do que à sua natureza, de viés nitidamente simbólico e pouco prático, porque em completa desarmonia com o ordenamento vigente. Enquanto mulheres são vítimas de violência bárbara e cada vez mais crescente, acena-se,

à guisa de resposta e controle, com solução legislativa simplista e pouco eficaz.

Palavras-chave: Lei Maria da Pena. Violência doméstica. Violência de gênero. Tutela penal efetiva. Direito Penal Simbólico.

Abstract: Twelve years have drifted since the Brazilian Congress passed bill nº 12.403/2006, known as “Lei Maria da Pena”, and yet an increasing rate of gender based crimes have exposed an extremely conservative and patriarchal agenda thought to be outdated and obsolete. The present article, through specific literature review, along with data obtained from official surveys on domestic violence, hence the recent passing of the bill 13.641/2018, aims to discuss the effectiveness of the penal law protection as an answer to violence control policies, as if it were a problem of mere legal provision, especially when confronted by the recent legislative ruling regarding the criminalization of the aggressor’s noncompliance to protective measures imposed under the Law, now sanctioned with imprisonment ranging from 03 months to 02 years of detention. The question remains, less regarded to the necessity of the criminalization than to its symbolic nature, and it highlights its incoherence regarding the Brazilian legal system. Whereas tons of women are constantly and brutally victimized, the only potential violence control tool offered as an answer is a piece of legislation which clearly lacks efficiency.

Keywords: Maria da Pena Law. Domestic violence. Gender violence. Efetive penal protection. Symbolic criminal legislation.

INTRODUÇÃO

Qualquer análise estatística e mesmo crítica sobre a escalada da violência doméstica e de gênero se revela como porta-voz de uma obviedade cotidianamente vivenciada na sociedade brasileira. Recente estudo publicado pelo Senado Federal (Observatório da Mulher contra a Violência, 2018) aponta o aumento dos casos de abusos registrados pelo Sistema de Saúde Nacional entre os anos de 2011 e 2016, muito após a vigência da Lei 11.340/2006, portanto.

O número de mulheres vítimas de violência física subiu de 43.559 (2011) para 101.218 (2016), mantendo-se praticamente inalterado o percentual de mulheres assassinadas em razão do gênero nesse período. Escalada que se mostrou sempre crescente não apenas em face de agressões corporais, subindo de 22.726 (2011) para 50.955 (2016) os casos de violência psicológica ou moral, com incremento, ainda, de 14.237 (2011) para 27.059 (2016) o volume de agressões de natureza sexual e, por fim, elevação dos casos de violência patrimonial de 1.527 (2011) para 3.055 casos (2016). Eis o mapa estatístico oficial “comemorativo” dos doze anos de vigência da Lei Maria da Pena.

Não se pretende, por isso, evidenciar nada além do que se coloca à nossa vista como óbvio, sendo forçoso concluir, todavia, que a obviedade do discurso não se reproduz na retidão dos comportamentos, ou no respeito a valores que se reputam superiores e, portanto, deveriam nortear nossa sociedade.

Antes, contudo, mister esclarecer o recorte dado ao tema, abstraído-se, por hora, questões relacionadas à identidade ou adequação de gênero, muito menos de orientação sexual. O que se busca, numa simbiose necessária entre o direito e filosofia, é acessar o feminino, enquanto característica ou qualidade que afeta a todos - homens e mulheres, cisgêneros ou não, hetero ou homossexuais.

A primeira obviedade que se deve declarar: atribui-se à mulher, ainda hoje, a pecha do “pecado original”; impõe-se-lhe, por

isso, a “obrigação” de carregar o fardo de séculos de submissão, resguardo, recato; dura pena a suportar, pelo simples fato de ser biologicamente determinada (assim dizem) à subserviência. Supõem fraqueza, descontrole, sensibilidade extremada, dramaticidade, como alguns dos apodos que parecem aderir indissociavelmente à “mulher”. São reflexões que levam a identificar uma segunda obvedade, a de que o feminino vem sempre apresentado com intensa carga de negatividade.

É preciso que se diga que nos encontramos, enquanto sociedade, décadas após a dita emancipação feminina. Somos produto dessa «conquista» do direito à igualdade (embora surjam, fundadas dúvidas quanto ao alcance desta façanha). Dúvida que se faz presente ainda nos dias atuais, quando nos deparamos com repetidos e brutais ataques contra o feminino, ressurgindo com força assustadora, ao menos com o silêncio complacente da parcela dita “esclarecida” da sociedade, dando ensejo ao velho discurso patriarcal de submissão, de desprezo mesmo pelo que ele representa.

Essa inquietação funda-se numa indagação ainda hoje pertinente, atual: há aproximação possível entre feminino e liberdade? tem-se um padrão de igualdade de gênero a ser atingido? qual o modelo paradigma? A resposta a tais questões, para onde quer que nos debrucemos, parece conduzir à certeza de que se tem sempre o “masculino” como parâmetro. A luta pela emancipação feminina ainda não escapou de uma certa equiparação ao modelo viril, entendido como sinônimo de masculinidade.

Eis a razão, guardadas as devidas proporções, pela qual se ousa reduzir a esfera da liberdade do feminino na sociedade contemporânea, em relação aos tempos que nos precederam. Hodiername, a mulher é tão mais live e autônoma quanto mais próxima se encontra de um inalcançável modelo de “perfeição”. Não à do caráter e da honradez, a que todo ser humano está obrigado. Enquanto mulher, cobra-se um espelho do que se costumou designar socialmente por “feminino”, compelida a suportar esse fardo à completude.

Pois ainda pesa sobre a “mulher contemporânea” a responsabilidade de administrar, com maestria, os afazeres domésticos, os cuidados com os filhos e companheiro(a), os desafios de uma carreira profissional, além de um engajamento sócio-político. E tudo isso “sem descer do salto”! Ousar contrariar padrões socialmente admitidos expõe-na a sanção difusa... pois, para além de todas essas atribuições, há a exigência de satisfação aos padrões masculinos de prazer e aceitabilidade, como se fossem eles os verdadeiros destinatários da existência do feminino.

O que se vê, ainda em tempos contemporâneos, é a permanência, notadamente no Brasil, de uma violenta cultura que nos estupra por segundo, violando não apenas o corpo, mas, principalmente nosso direito à identidade e ao respeito.

Lições aprendidas desde muito cedo moldam o comportamento e o conteúdo do “feminino” na sociedade. Para além de qualquer discussão mais aprofundada, por ora, de questões de gênero e de identidade sexual, toda pessoa que se identifica com o feminino, em alguma medida, conhece a verdade presente no pensamento de Simone de Beauvoir¹²⁰, de que **nos tornamos mulheres ao longo da vida...** e podemos extrair dessa máxima, que aprendemos, aos poucos, quais os comportamentos aceitáveis, os sentimentos que nos cabem, o limite das nossas reações e as barreiras impostas ao nosso desenvolvimento, pessoal e profissional, sem maior questionamento. Os chavões são muitos, o que torna desnecessária a repetição.

Ressalta-se a importância da contínua discussão acerca desta temática, enaltecendo as guerreiras que, diuturnamente, não se deixam abater, não se resignam a um papel de coadjuvante, quebram paradigmas, enfim, se fazem ouvir num mundo desenhado por e para homens. Foi essa coragem, a luta dessas mulheres, que evidenciou a discriminação de gênero; a violência física e psicológica a que somos submetidas e ganhou visibilidade, transformando-se em bandeira de luta, **e ainda há muito a ser conquistado.**

¹²⁰ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo. Vol. 2. A experiência vivida*. 5ª edição. Tradução: Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

Indaga-se: até que ponto a tutela do direito penal se mostra efetiva ou eficaz nessa luta? E qual o seu papel? Esses são os questionamentos que ora se propõem.

1. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: BREVES DADOS HISTÓRICOS

Estudo elaborado pela Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública do Senado Federal em 2005¹²¹, antes portanto da edição da Lei 11.340 (Lei Maria da Penha), concluiu pela importância da criação de uma legislação específica para a proteção da mulher em nossa sociedade - algo como um Estatuto da Mulher, medida apoiada por 95% do público entrevistado, a demonstrar não apenas uma desejada intervenção estatal nesta seara, mas a obrigação do Estado Brasileiro em tornar efetivo o compromisso internacional assumido, dentro outros, a partir da adesão à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher, ratificada pela ONU em 1979 e promulgada no Brasil em 2002; Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos às Mulheres, promulgada em 1952; Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, promulgada em 1963 e também às conclusões apresentadas na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, assinada em 1995.

Outros dados extraídos deste relatório se mostram relevantes para a discussão que se propõe, pois, embora os pesquisados reclamassem uma efetiva atuação estatal no controle da chamada violência doméstica, apenas 17% das entrevistadas declarou **já ter sofrido** algum tipo de agressão, sendo curioso, no entanto, que mais de 40% tenha afirmado **já ter presenciado** abusos contra mulheres. Dentre as que se reconheceram como vítimas, os relatos foram sempre no sentido de evidenciar **práticas abusivas de caráter recorrente**.

¹²¹ SENADO FEDERAL. *Violência Doméstica contra a Mulher*. Secretaria Especial de Comunicação Social. Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública. Relatório de Pesquisa - SEPO 02/2005. Brasília, 2005. Disponível no endereço eletrônico: https://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher-2005.pdf

Em 2006 foi então editada a Lei nº 11.340, Lei Maria da Penha. Poderíamos pensar, não estivéssemos inseridos na triste realidade brasileira, que os números indicativos desta violência teriam diminuído ou teria havido resposta efetiva contra os abusos perpetrados contra as mulheres no nosso país, ao menos no que tange à violência doméstica. Mas as manchetes dos noticiários nos lembram, a todo o momento, a fragilidade da “condição humana feminina”, sem a necessidade de ficarmos aqui a repetir exemplos, de tão conhecidos que são eles.

Algo soa paradigmático: após doze anos da edição da lei, em pleno século XXI, que tenha sido necessário evidenciar, em um texto normativo, a preservação da dignidade feminina, precisando dizer a lei, no seu art. 2º, 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”, exortando-se o Poder Público, no art. 3º, a promover medidas assecuratórias para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, enfim, a uma existência digna.

Deus então não nos fizera, a todos, à sua imagem e semelhança? A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em 1948, não incluía as mulheres como sujeitos de direito, legitimamente detentoras de todas as prerrogativas de humanidade, que habita em cada uma de nós?

Pois bem; cinco anos após a Lei Maria da Penha, em 2011, nova pesquisa foi realizada pelo DATASENADO¹²², revelando, todavia, a **percepção de aumento dos casos de violência doméstica e familiar** (66% das mulheres), **ao mesmo tempo em que se propalava a “melhoria na proteção legal conferida às mulheres”?**

Contradição intransponível e não enfrentada pela pesquisa é a de que **a grande maioria das mulheres ainda não denuncia os abusos de que são vítimas**, não pela ausência de punição prevista, mas pelo medo do agressor, aliado à dependência financeira, e até

¹²² SENADO FEDERAL. DataSenado. Pesquisa: *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Senado Federal: Brasília, 2011. Disponível no endereço eletrônico: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/mulheres-acham-que-violenciadomestica-cresceu-e-a-protecao-legal-tambem>.

para proteger os filhos havidos da relação abusiva. Quadro idêntico aparece nas pesquisas dos anos subsequentes.

O desrespeito ao feminino, nas relações sociais em geral, foi evidenciado por 35.3% e 43% das entrevistadas, respectivamente em 2013¹²³ e 2015¹²⁴, com percepção de aumento da violência para 63% das mulheres ouvidas em ambas as pesquisas. Estarrecedora é a constatação de que, para 30% (2013) e 33.3% (2015) das entrevistadas, as leis brasileiras **não protegem as mulheres contra violências**. Ou seja, o esforço legislativo não parece ter atingido sua finalidade precípua.

Parcela considerável da doutrina lança olhares distintos aos números apresentados, interpretando-os menos como aumento real da chamada violência de gênero do que como casos de subnotificação das agressões impingidas às mulheres no passado. O argumento é válido e não deve ser descartado de plano, até porque a questão é complexa e demanda investigação abrangente e multidisciplinar.

A organização patriarcal da sociedade brasileira e o machismo que a sustenta, compõem a própria tessitura das nossas relações e, em alguma medida, molda a nossa constituição enquanto indivíduos, responsável por adequar-nos aos papéis a serem desempenhados. Tendo por cenário histórico o profundo escárnio pelo feminino, a violência de gênero, fosse ela física ou psicológica, não era publicizada, debatida ou denunciada porque naturalizada como prerrogativa varonil.

Parece óbvio, dentro dessa perspectiva, que a reivindicação por igualdade de direitos, por autonomia e liberdade, fruto da luta feminista, encontrando eco também em terras brasileiras, tenha conduzido, nos anos imediatamente subsequentes à edição da Lei Maria da Penha, à diminuição da chamada cifra negra da

violência de gênero, como reflexo do aumento, não do número de episódios, mas sim da notificação oficial às autoridades competentes.

A validade do argumento, todavia, haveria de refletir curva distinta desta evidenciada a partir dos estudos estatísticos oficiais. O estímulo à denúncia, reflexo direto da implementação de rede de proteção às mulheres, tal com previsto na lei, ainda que criando a falsa ideia de aumento dos casos de violência, haveria, gradativamente, de ceder lugar a um significativo decréscimo no número de abusos reportados e, eventualmente, à sua estabilização.

Mas não é isso o que se nota, como mostram as pesquisas apontadas. Daí porque ser difícil atribuir ao argumento sobrevida suficiente para justificar os números apontados mesmo **décadas** após a edição da lei. Só em 2018, segundo relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça¹²⁵, os Tribunais de Justiça processaram mais de 4.000 casos de feminicídio, estando pendentes de julgamento, ainda, mais de 1 milhão de processos envolvendo alguma forma de violência doméstica e familiar contra mulheres, tendo sido decretadas, nesse período, aproximadamente 340.000 medidas protetivas de urgência.

O que, de fato, mudou com a edição da Lei Maria da Penha? Não parece possível extrair dos dados apresentados um panorama de decréscimo significativo dos casos de violência, nem pelo temor da punição ou do rigor das sanções impostas aos infratores a partir de 2006; nada parecer motivar a alteração desse quadro, ou não se veria, nos anos imediatos à edição da norma, e também nos subsequentes, crescer o número de casos de violência contra o feminino, alguns perpetrados com requintes de crueldade, valendo, a título de ilustração, a morte da estudante Louise Ribeiro, em 2016, obrigada a ingerir 200ml de clorofórmio¹²⁶, e a tentativa de homicídio, em

¹²³ SENADO FEDERAL. DataSenado. Pesquisa: *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Senado Federal: Brasília, 2013. Disponível no endereço eletrônico: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/a-violencia-domestica-contra-amulher>

¹²⁴ SENADO FEDERAL. DataSenado. Pesquisa: *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Senado Federal: Brasília, 2015. Disponível no endereço eletrônico: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/brasileiras-sabem-da-lei-mariada-penha-mas-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres-persiste>.

¹²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA*. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Secretaria de Comunicação Social. Ano 2018. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/06/2df3ba3e13e95bf17e33a9c10e60a5a1.pdf>

¹²⁶ *Notícia originalmente publicada no periódico Correio Braziliense*, em 11/03/2016. Disponível no endereço eletrônico: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2016/03/11/inter-na_nacional,742651/estudante-que-matou-ex-namorada-com-cloroformio-concede-entrevista-col.shtml

fevereiro de 2019, da fisioterapeuta Isabela Oliveira Conde, atingida com 68 golpes de faca¹²⁷, ambos motivados pela insatisfação dos parceiros com o término do relacionamento.

Intrinsecamente arraigado à vivência em comunidade, o fenômeno da violência revela, ao longo da história, a objetificação da pessoa humana, em especial da mulher, sempre relegada a uma posição subalterna. A revolução feminista engendrada na década de 70 do século passado conferiu novo status à mulher, não mais se admitindo qualquer espécie de violência contra si perpetrada. Fenômeno social que compeliu todos os Estados modernos a conformar-se a uma pauta afirmativa de direitos e garantias visando erradicar a violência e a discriminação de gênero (GUIMARÃES e MOREIRA, 2007. p. 15/16). A edição da Lei Maria da Penha, no Brasil, é uma das etapas de implementação desta “diretiva global” pelo respeito à dignidade feminina.

Impossível contentar-se com o mero efeito de marcador sociológico atribuído à Lei Maria da Penha sendo certo que o objetivo primordial da edição da Lei foi a preservação dos direitos humanos das mulheres, para, a partir da identificação dos fatores sociais da violência de gênero, estabelecer medidas de controle e erradicação de toda e qualquer forma de dano à mulher, seja ele físico, psíquico ou patrimonial. Desmistificar o conto de fadas da vida conjugal como destino inafastável da mulher, expurgando o patriarcado rançoso que impregna as práticas e relações sociais, eis o escopo da norma em tela. É de Maria Berenice Dias o alerta de que é a lei 11.340/2006 tem o mérito de evidenciar o histórico da submissão feminina, identificando a violência doméstica como germe da violência social, justamente porque naturalizada como agressão tolerada, mas isso com o objetivo de propor medidas eficazes e efetivas para a erradicação das desigualdades e para a promoção da proteção da população feminina (DIAS, 2007. p. 15/16).

¹²⁷ Reportagem publicada no site do jornal *Correio da Bahia*, disponível no endereço eletrônico: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/ele-ja-planejava-minha-morte-diz-fisioterapeuta-atingida-por-68-facadas-a-mando-de-ex/>

Marco no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei Maria da Penha dispõe sobre os direitos humanos das mulheres a fim de promover a igualdade de gênero, reprimindo toda e qualquer forma de discriminação, a partir da criação de importantes mecanismos de proteção e prevenção à violência, inclusive com a previsão de medidas de natureza assistencial, de modo a garantir oportunidades para uma vida livre de agressões (SANTOS E SILVA, 2018. p.15/17).

A só produção legislativa, isoladamente considerada, não se mostrou suficiente para garantir, de fato, o protagonismo de nossa própria existência, não obstante se difunda a necessidade de certa dependência de norma legislada; de texto formal de lei, como resposta e solução para todos os problemas, notadamente na esfera penal. Se não é, de fato, a melhor resposta, ou mesmo a única, faz-se necessária constante investigação sobre o tema, que guarda, para nós, mulheres, inegável carga aflitiva.

A pretensão não é o descrédito da legislação de regência, nem o seu descarte como se estivesse ela revestida de inutilidade. A tutela estatal da vida e da integridade física e psicológica do feminino é premente e necessária, mas ela não pode ancorar-se apenas em estatutos com carga sancionatória, impositivos de um código coercitivo de inibição dos comportamentos e paixões humanas, pois estas são realidades fenomênicas que sempre resistiram à coarctação compulsória. Não fosse assim, viveríamos seguramente o melhor dos mundos, pois que os diversos diplomas legais vigentes no país seriam suficientes para a regulamentação pacífica da vida em sociedade. Não é o que a realidade demonstra, contudo.

De acordo com os dados coletados pelo DataSenado, o móvel das agressões dirigidas às mulheres, independentemente da natureza, além do ciúmes/infidelidade/separação (40.5% em 2013 e 27% em 2015), é o uso de drogas, lícitas, ou não, (28% em 2013 e 23% em 2015). Dados que revelam a intensa carga cultural presente na dita violência de gênero. É a embolorada noção de propriedade, reduzindo o feminino à categoria de mera mercadoria, que, saindo da

esfera de tutela do pai, é transferida aos filhos, na ausência daquele, e posteriormente ao marido, pela convolação de núpcias.

Realidade ainda presente na estrutura da sociedade contemporânea e que naturaliza o descarte de corpos femininos, evidenciando total despreocupação pela incidência coativa da norma legislada. Violência que não se esconde e da qual não se envergonha, visto a ausência de pudor em praticá-la ao alcance de câmeras de segurança, ou mesmo na sua divulgação em redes sociais, como troféus a serem exibidos e comemorados.

Enraizada na sociedade, e sustentáculo de uma massacrante cultura sexista, está a ideia de uma masculinidade que só sobrevive pela força e que depende, para afirmar-se, da completa subjugação do feminino. Masculinidade que, de tão frágil, não suporta a exposição pública de suas próprias fraquezas e limitações; que repudia e que enxerga a infidelidade, a rejeição e a autonomia ou a independência da sua “vítima” como ataques diretos à sua afirmação. Masculinidade que não coexiste em igualdade, porque não reconhece os privilégios seculares de que é detentora e, para afirmar-se, deve negar tudo o que de feminino lhe habita.

Aprendemos, com Simone de Beauvoir, que o homem só se pensa pensando o Outro, apreendendo o mundo sob o signo da dualidade e é justamente nesta categoria do Outro, que a mulher é incluída historicamente. A ela se atribui, como papel exclusivo, a fecundidade. Na medida em que a mulher ocupa o lugar do Outro absoluto, faz-se precisamente impossível encará-la como sujeito. Escrava ou ídolo, a mulher possuiu sempre uma força precária, nunca lhe sendo permitido escolher seu destino (Beauvoir, 1980. p. 89-91).

É bastante significativo, assim, que o desenvolvimento da criminologia, enquanto ciência, tenha por marco inaugural, conforme referido por Soraia da Rosa Mendes, a edição do *Mallus Maleficarum*, instrumento canônico de legitimação da perseguição e punição dos hereges durante a santa inquisição. Conhecido como “martelo das bruxas”, o documento estabelecia uma rela-

ção direta entre a feitiçaria e a mulher, embasado nas escrituras sagradas, reputando-as como propensas à perversidade, à malícia, à fraqueza física e mental, portanto inferiores, porque impuras. A caça às bruxas, assim, ainda segundo a autora, é elemento histórico marcante enquanto prática misógina de perseguição, representando a perfeita aliança entre os discursos jurídico, médico e teológico, em favor do encarceramento da mulher no recinto doméstico ou no convento¹²⁸.

Mesmo após as revoluções liberais, a adesão das mulheres ao estatuto igualitário se deu sempre em caráter relativo, nunca como sujeito autônomo de direitos, mas sempre referida a partir de um determinado papel social, fosse o de mãe, filha ou esposa, a fim de manter estáveis as relações de poder então vigentes, por razão de Estado, como ressaltou Stuart Mill¹²⁹, para quem, já no século XIX, “o princípio que regula as relações sociais entre os dois sexos - a subordinação legal de um sexo ao outro - é errado em si mesmo”.

Pretender que o Direito, e a suposta pureza da sua produção normativa, atenda a tais demandas sem uma profunda reforma do tecido que molda a sociedade, é desconhecê-lo como realidade descritiva da qual depende a prescrição de comportamentos social e culturalmente adequados, reveladores de sua atividade precípua. Kelsen já advertia que a identificação do direito como uma ciência social normativa, não significa que ela estabeleça normas para a conduta humana, mas apenas que ela descreve normas enquanto postas por atos humanos e reveladoras de relações através delas criadas. A sua tarefa, pois, não é regulamentar a sociedade humana, mas conhecê-la e compreendê-la. (Kelsen, 1998. p.96).

¹²⁸ MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista - Novos paradigmas*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 28

¹²⁹ MILL, John Stuart. *A sujeição das mulheres*. Revista Gênero. Vol. 06, n.02, vol. 07, n. 01. Niterói: Programa de Estudos Pós-Graduados em Política Social da Universidade Federal Fluminense, 2006.p. 181-202. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/view/351/263>

2. A LEI 13.641/18 E A CRIMINALIZAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. SOLUÇÃO OU FRACASSO?

Idêntica reflexão pode ser feita, também, em face da mais recente alteração da legislação de regência, com a edição da Lei 13.641/18, que introduziu na Lei Maria da Penha, uma figura típica, sob o *nomen iuris* de “**crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência**”, **punível com pena que varia entre insignificantes 03 meses e 02 anos de detenção**.

Previstas na redação original da Lei 11.340/2006, as medidas protetivas de urgência configuram importante mecanismo de tutela da integridade física e psicológica das vítimas de violência doméstica, fazendo cessar, de imediato, os abusos contra elas perpetrados, pois determinam, na grande maioria das vezes, o afastamento físico do agressor, impondo-se-lhe, ainda, restrições outras que impedem a perpetuação das ofensas. Providências “de caráter urgente e provisório que se revelam necessárias não apenas para garantir a segurança da ofendida, mas também para assegurar a eficácia do processo e escoreita apuração do fato criminoso” (SANTOS e SILVA, 2018. p. 89).

Também dispõe a lei que em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor (art. 20), decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, se sobrevierem razões que a justifiquem; ademais, para a garantia da efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz, na forma da lei, requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial, tudo a indicar que a imposição de tais medidas não impedem a aplicação de outras já previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem.

A esta previsão legal, somou-se a inclusão de nova hipótese de decretação de custódia cautelar, inserindo-se no art. 313 do Código de Processo Penal, como motivo suficiente para a segregação, a

necessidade de garantir a execução de medidas protetivas impostas em razão da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (inciso III, acrescentado pela Lei 12.304/2011). Significa dizer, nesse particular, que apenas o descumprimento de medidas protetivas de urgência, independentemente da natureza ou espécie da pena cominada ao crime perpetrado com violência doméstica contra a mulher, enseja a decretação da medida extrema, como *ultima ratio*, a fim de compelir o agressor ao cumprimento das condições previamente impostas (SANTOS e SILVA, 2018. p. 101).

O cenário até então vigente autoriza dizer que havia mecanismos para a garantia de efetividade das medidas protetivas de urgência, bem como para a tutela efetiva da integridade física e psicológica da vítima, dada a possibilidade de segregação cautelar do agressor, sendo imperioso recordar, que, ressalvada apenas a alegação de excesso prazal, em virtude da razoável duração do processo, a custódia provisória nem se submete a prazo estanque, podendo perdurar enquanto necessária, mas também com a previsão de tutela efetiva da vítima através da inclusão em programas governamentais de caráter assistencial e de proteção.

Na prática, a conclusão é que não se mostrou suficientemente efetiva a instituição das medidas protetivas de urgência, fato agora explicitamente evidenciado pela edição da Lei 13.641/18, com a tipificação (des)necessária de um tipo especial de “crime de desobediência” previsto no art. 24-A. Normatização meramente simbólica, por reconhecer que esse modelo de tutela penal, de viés popularesco e midiático, não atende, com a eficácia desejada, os anseios de proteção ao bem jurídico, como política criminal efetiva.

Esta alteração legislativa revela a constatação de que nem mesmo a ameaça de decretação da prisão preventiva, que vinha de antes, repita-se, segregação sem prazo definido, serviu para garantir o exato cumprimento da decisão judicial impositiva das medidas de urgência.

A constrição da liberdade do agressor, ainda que de caráter cautelar, já se afigurava possível e seu “efeito intimidatório” até

mais imediato que a possibilidade de imposição de uma pena futura, na ação penal, por eventualidade.

Significa dizer: a intimidação, como motivo para refrear condutas violentas estaria mais evidenciado no imediato recolhimento ao cárcere, pela prisão preventiva, que na eventual imposição de uma pena privativa de liberdade: evidenciado o descumprimento da medida protetiva, por simples comunicação da ofendida, segue-se a possibilidade imediata de decretação de prisão preventiva.

Por outro lado, a imposição e cumprimento de pena depende do esgotamento de todos os recursos inerentes ao exercício da ampla defesa no Estado Democrático de Direito; ou seja, aplicação de pena privativa de liberdade, em caráter definitivo, vinculada, portanto, ao trânsito em julgado de sentença condenatória, é só “ameaça”, que perde força coercitiva quanto mais se protraia no tempo sua efetiva imposição.

Há outro problema, que é reflexo direto de uma produção normativa pouco ou nada reflexiva: louva-se a alteração legislativa porque, agora, se faz possível a decretação da prisão em flagrante, sem possibilidade de arbitramento imediato da fiança pela autoridade policial.

Dois questões precisam ser enfrentadas. Em primeiro lugar, é preciso levar em conta que prisão cautelar demanda a constatação do estado de flagrância, com requisitos ligados, de modo geral, à imediatidade da lesão, o que, a meu ver, afasta a eficácia da própria medida. Ora; a só comunicação do fato à autoridade policial não é suficiente para estabelecer o dito estado de flagrância, conforme preceitua o art. 302 do Código de Processo Penal.

A uma porque não haverá perseguição imediatamente subsequente à prática delitiva, sem solução de continuidade; a duas porque dificilmente estar-se-á diante de situação de captura em circunstâncias que façam presumir a autoria delitiva, em face do inegável lapso temporal decorrido a partir do registro da ocorrência policial.

E mais: a regulamentação da audiência de custódia, cuja realização não deve distar da constrição cautelar em mais de 24h, possi-

bilita que o agressor seja posto em liberdade, mediante arbitramento de fiança pela autoridade judicial que preside o ato, cumulada, ou não, com outras medidas cautelares. O certo é que se afigura possível a não constrição da liberdade do suposto agressor, esvaziando-se a *ratio*, do comando normativo em evidência.

Pontua-se, como parte desse panorama muito geral, que a Lei 11.340/2006 afasta a incidência da Lei 9.099/95 nos casos de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, em dispositivo cuja constitucionalidade é debatida na doutrina, ora apontando-se usurpação de competência constitucional, em razão da alteração de regra absoluta de competência, porque estabelecida em razão da matéria, ora afirmando-se fiel observância do texto maior, com reconhecimento de que compete à norma infraconstitucional determinar quais sejam as infrações de menor potencial ofensivo.

Contudo, independentemente da constitucionalidade ou não da vedação legal, o certo é que a restrição pode não se aplicar, na prática, na hipótese desta nova figura típica, pois a *ratio* da tipificação é a tutela e o respeito à decisão judicial e, embora sejam aplicadas em face de conduta que importe prática de violência doméstica, nem sempre o descumprimento de certas medidas protetivas de urgência pode importar em violência ou grave ameaça contra a mulher. Nada justificaria, então, ao menos em tese, o afastamento da Lei 9.099/95, não obstante a vedação da Lei Maria da Penha, quanto à aplicação dos seus institutos despenalizadores.

E mais. Tendo em vista que a muitos dos crimes perpetrados no âmbito das relações domésticas e familiares possuem penas máximas que não ultrapassam os quatro anos de reclusão, é possível, preenchidos os demais requisitos autorizadores (art. 44, do CP), a substituição da constrição da liberdade por pena restritiva de direito, sendo certo que a Lei 11.340/2006 veda, tão somente, a substituição por sanção de natureza exclusivamente patrimonial (art. 17).

Se o que se pretende, por fim, e em verdade, é a tutela da ofendida, evitando que volte a ser atingida na sua integridade física ou psicológica, e a nova tipificação, mais uma vez, pode mostrar-

-se inócua, pois, eventual condenação, mesmo aplicada no máximo cominado, também possibilitaria a aplicação e SURSIS, evitando o encarceramento.

Daí porque esta alteração legislativa apenas lança luzes sobre a (in)efetividade da tutela penal inibitória da violência, fincada sob pressupostos pedagógicos aos quais o direito penal, em particular, é alheio. Pretender, por meio de lei apenas, educar a população, construir senso crítico e uma consciência coletiva de respeito pelas individualidades é tarefa que parece utópica.

As causas das constantes violências contra a mulher são culturais e históricas, como bem pontuou Simone de Beauvoir¹³⁰, desde o século passado. Não há um determinismo biológico que justifique a submissão de um sexo por outro, o que há é uma estrutura econômico-social concebida para garantir a supremacia patriarcal na construção das nossas relações interpessoais.

Imersa, necessariamente, em redes e relações sociais estabelecidas, com Foucault¹³¹, a partir da lógica dos jogos de poder institucionalizados, a construção da subjetividade não escapa de refletir essas estruturas, pois delas extrai substrato e fundamento, sendo ela expressão do que a antiguidade cunhou como traço humano essencial, a saber: sua gregariedade. Animal político que é, o homem somente adquire consciência de si a partir do meio social, sem que tal afirmativa encerre, todavia, qualquer pretensão ou redução determinista da natureza humana. Pois que o homem se conserva livre, ainda com Foucault, justamente em razão do domínio lúcido sobre as regras do jogo social, que o torna, a um só turno, produto do seu tempo e agente transformador da realidade.

Trama constitutiva das relações sociais, a narrativa do poder, ainda segundo o pensamento do filósofo Francês, perpetuando um estado de desigualdade e subjugação, tende sempre ao domínio e à tirania, com sacrifício da autonomia e significativa redução da es-

¹³⁰ BEAUVOIR, Simone de. Op. Cit.

¹³¹ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Vol. 01. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 13a edição. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

fera de individualidade, resultando, no mais das vezes, da inteira objetificação do Outro.

A negação do feminino é parte indissociável desse discurso que molda a narrativa da verdade derredor da supremacia viril. Uma vez consciente da sua capacidade de moldar a natureza à sua conveniência, o homem se despe do temor reverencial ao sobrenatural, para afirmar-se como senhor da sua própria existência. A objetificação do mundo e do Outro seguiu-se como consequência direta. Mais presa à determinação da espécie, pela função reprodutora, a mulher, e o feminino que nela se encerra, preencheu o espaço desse Outro coisificado pela força e à força.

Alda Facio e Rosália Camacho, citadas por Soraia da Rosa Mendes¹³², esclarecem que a conformação das relações sociais, fincada numa epistemologia que sempre desconsiderou os enfoques de gênero, tomou como fato inquestionável, universal e paradigmático, apenas uma das variáveis da realidade humana, porque extraídos exclusivamente do mundo masculino das ciências sociais e que redundaram na negação da humanidade da mulher, para concluírem ser este o caminho para a concepção de mundo mais harmonioso, pacífico e enriquecedor.

Evidenciar os privilégios e lutar para destruí-los, reconhecendo os padrões de submissão histórico-social impostos às mulheres, como política educacional, tanto a formal quanto a doméstica, é caminho mais eficaz, porque permanente, de desconstrução da desigualdade, da violência, como resposta aparentemente afirmativa de masculinidade, e de uma ideologia que nos massacra sempre por ousarmos SER, em plenitude.

Existência que precisa ser afirmada sem comparativos ou paralelismos. A dignidade da mulher não deve ser “espelho” da dignidade conferida ao homem; mas ser afirmada em si e por si mesma, com suas especificidades reconhecidas. Ousa-se dizer que nenhum texto formal de lei, isoladamente, será capaz de fomentar as mudanças necessárias ao reconhecimento do feminino como ele-

¹³² MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista - Novos paradigmas*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p.19

mento indispensável na constituição de uma sociedade justa, isonômica e fiel ao ideal libertário e democrático inaugurado pela Carta Constitucional de 1988.

CONCLUSÃO: NECESSÁRIA RESSIGNIFICAÇÃO DO FEMININO

Deveria ser despidendo ter que afirmar a absoluta impropriedade de atribuição de qualquer função educativa ao Direito. Instrumento de consolidação e sustentação de relações de poder já estabelecidas, o Direito é predominantemente descritivo e não prescritivo.

O desenho social que tem o patriarcado como modelo, no qual cada mulher se encontra em lugar de submissão a algum homem é uma construção cultural, que as leis e sistemas políticos sempre reconheceram como legítimo, convertido em um direito legal, com a sanção da sociedade¹³³.

Significativas alterações legislativas, que importem ruptura de paradigmas culturais, para serem efetivas, devem resultar de comprometido processo de conscientização e profundo questionamento acerca dos valores e também dos preconceitos que se perpetuam como sustentáculo da nossa sociedade e, acabam por encontrar eco em uma mobilização social organizada. Desconstrução que não se faz sem luta, ou, ao menos, sem algum tipo de desconforto.

O quadro de verdadeiro alarme coletivo, característico de uma sociedade que se constitui, na atualidade a partir do paradigma no medo e do risco, é responsável pela difusão da ideia de um Direito, em especial de um Direito Penal, como solução suficiente à regulamentação das novas relações sociais. Propagam-se políticas públicas falaciosas, sob o slogan da “lei e da ordem”, mas que, em verdade, vendem a ilusão do endurecimento de normas incriminadoras, sempre acompanhadas da redução do espectro das liberdades públicas, como panaceia para todos os males.

¹³³ MILL, John Stuart. Op. cit. pg. 184.

O Direito Penal é chamado a assumir, equivocadamente, função que lhe é estranha, como se fora ele o único capaz de promover a ordem e o respeito aos princípios e valores estruturadores de relações sociais sadias.

O alargamento da esfera de incidência do Direito Penal, apenas evidencia a incapacidade de convivermos com nossas próprias limitações e a resistência em ultrapassarmos velhos dogmas culturais de subjugação do outro. Resistimos em vencer a barreira do machismo tóxico, nos contrapomos a modelos educacionais inclusivos, evitamos o debate crítico sobre designação de gênero, para nos confortarmos na falsa segurança de uma nova previsão de causa especial de aumento de pena ou de circunstância qualificadora, ou, ainda, na tipificação de novas condutas.

Longe de concretizar a utopia de uma paz social perene, de igualdade e respeito, a utilização do Direito Penal como instrumento puramente simbólico, voltado ao simples gerenciamento de perigos, mero garantidor de políticas administrativas, esvazia-o, por completo, conduzindo-o a total descrédito. Não por outra razão as pesquisas oficiais multireferidas referem o aumento da sensação de desproteção contra a violência de gênero.

Nessa ótica, imperioso concluir, com Vera Regina Pereira de Andrade, citada por Soraia da Rosa Medes, que o sistema de justiça criminal, tal como se encontra posto, é ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência, “pois, entre outras razões, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência e muito menos para a transformação das relações de gênero”¹³⁴.

Uma dado, porém, é incontestável: esta legislação de regência deu maior visibilidade à questão - com aumento dos casos oficialmente reportados de violência doméstica - e ganhou espaço no discurso cotidiano; pauta de discussões acadêmicas e políticas,

¹³⁴ MENDES, Soraia da Rosa. Op. cit. pg. 63.

notabilizou-se como tema relevante, a ponto de justificar a releitura dos processos culturais e históricos da nossa sociedade.

A desigualdade cultural que insiste em submeter o feminino à subserviência não pode ser combatida com o só discurso retórico ou texto frio da norma penal incriminadora, pois, conforme advertiu Stuart Mill, assentada sobre uma profusão de sentimentos populares enraizados que se acumulam em torno de velhas instituições e costumes, que se pretendem imunes a qualquer apelo da razão¹³⁵.

Ainda mais porque o crime não é um fenômeno ontológico, com existência autônoma ou pré-existente. Rechaçada, de há muito, a ideia de uma predisposição genética ou fenotípica ao crime, a criminologia crítica atual acena para a necessária interrelação entre o fenômeno do crime e as relações sociais, como resultado também da construção de uma narrativa que discrimina, categoriza e estigmatiza determinadas classes de pessoas.

A continuidade da luta pelo reconhecimento e tutela da dignidade da “mulher” deve estar muito mais imbuída de um conteúdo filosófico e sociológico, de efetiva tomada de consciência, que passa, necessariamente, pela resignificação do feminino, de modo que possamos ser quem somos, sem padrões ou modelos aos quais nos ajustar. Talvez assim conquistemos a liberdade e a igualdade com que as mulheres que nos precederam na luta tanto almejavam!

¹³⁵ MILL, John Stuart. op. citada. pg. 181.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Cristina Monereo y PEREZ, José Luis Monereo (COORD.). *Género y derechos fundamentales*. Colección Crítica del derecho. Sección Derecho vivo. Granada: D’Plácido, 2010.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. *O que refletimos nestes 10 anos: vulnerabilidade, hipossuficiência e proteção à dignidade sexual do gênero feminino*. In Lei Maria da Penha: comentários artigo por artigo e estudos doutrinários. Parte 2: estudos doutrinários. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 351-376.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Vol. 01: fatos e mitos. 6ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

_____. *O segundo sexo*. Vol. 2: A experiência vivida. 5ª edição. Tradução: Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA**. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Secretaria de Comunicação Social. Ano 2018. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/06/2df3ba3e13e95bf17e33a9c10e60a5a1.pdf>

Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos às Mulheres. OEA. Publicada em 2 de maio de 1948 na IX Conferência Internacional Americana. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 74, de 18.12.1951. Ratificada pelo Brasil em 15 de fevereiro de 1950. Promulgada pelo Dec. nº 31.643, de 23 de outubro de 1952. Disponível no endereço eletrônico: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-dedireitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntConcDirCi-vMul.html>

Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher. ONU. Publicada em 1979 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro 2002. Documento acessível no endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm.

Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher. ONU. Documento das Nações Unidas n. 135, de 31.3.1953. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 123, de 30.11.1955. Ratificada pelo Brasil em 13.8.1963. Em

vigor no Brasil em 11.11.1964. Promulgada pelo Decreto n.º 52476, de 12.9.1963. Publicação no DO de 17.9.1963. Disponível no endereço eletrônico: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvDirPolMulh.html>.

CRUPPI, Renata Lima de Andrade. *Conscientização do homem como forma de redução da violência doméstica e familiar*. In Lei Maria da Penha: comentários artigo por artigo e estudos doutrinários. Parte 2: estudos doutrinários. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 265-284.

DECARLI, Rodolfo Luiz. *Estudo sobre a (in)viabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de violência doméstica, bem como da (in)aplicabilidade da suspensão condicional do processo e da transação penal nas hipóteses de delitos sujeitos ao rito da Lei 11.340/2006*. In Lei Maria da Penha: comentários artigo por artigo e estudos doutrinários. Parte 2: estudos doutrinários. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 313-328.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Vol. 01. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 13ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. *História da sexualidade: o uso dos prazeres*. Vol. 02. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 8ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá e MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal*. 2ª edição - revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista - Novos paradigmas*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Feminicídio e violência doméstica: reflexões sobre as Leis nº 13.104/2015 e nº 13.505/2017*. In Lei Maria da Penha: comentários artigo por artigo e estudos doutrinários. Parte 2: estudos doutrinários. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 285-304.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O Novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça: a Lei Maria da Penha, a transação penal e a suspensão condicional do processo*. In Estudos Críticos sobre o Processo Penal Brasileiro e Outros Ensaios. Livro 2. Florianópolis/SC: Empório Direito, 2017. p. 129-140.

_____. *Delegados de polícia não só podem como devem fixar fiança nos casos de violência doméstica*. In Estudos Críticos sobre o Processo Penal Brasileiro e Outros Ensaios. Livro 3. Florianópolis/SC: Empório Direito, 2017. p. 121-124.

PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. *Descumprimento da medida protetiva de urgência prevista na Lei 11.340/2006 e sua consequência jurídico-processual-penal*. In Lei Maria da Penha: comentários artigo por artigo e estudos doutrinários. Parte 2: estudos doutrinários. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018 p. 217-250.

SANTOS, Cleopas Isaías e SILVA, Jaqueline Valadares da (ORG.). *Lei Maria da Penha: comentários artigo por artigo e estudos doutrinários*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SENADO FEDERAL. *Violência Doméstica contra a Mulher*. Secretaria Especial de Comunicação Social. Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública. Relatório de Pesquisa - SEPO 02/2005. Brasília, 2005. Disponível no endereço eletrônico: https://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher-2005.pdf

_____. Pesquisa realizada pelo DataSenado, intitulada *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Senado Federal: Brasília, 2011. Disponível no endereço eletrônico: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/mulheres-acham-que-violencia-domestica-cresceu.-e-a-protacao-legal-tambem>.

_____. Pesquisa realizada pelo DataSenado, intitulada *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Senado Federal: Brasília, 2013. Disponível no endereço eletrônico: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/a-violencia-domestica-contra-amulher>

_____. Pesquisa realizada pelo DataSenado, intitulada *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Senado Federal: Brasília, 2015. Disponível no endereço eletrônico: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/brasileiras-sabem-da-lei-mariada-penha-mas-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres-persiste>.

_____. *Panorama da violência contra as mulheres no Brasil [recurso eletrônico]: indicadores nacionais e estaduais*. N. 2 (2018). Observatório da Mulher contra a Violência. Senado Federal: Brasília, 2018. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR.pdf>.

_____. *Aprofundando o olhar sobre o enfrentamento à violência contra as mulheres*. Pesquisa OMV/DataSenado. Senado Federal: Brasília, 2018. Disponível no endereço eletrônico: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/conhecer-direitos-e-ter-rede-de-apoio-sao-pontos-de-partida-para-denunciar-agresao-e-interromper-ciclo-eviolencia>.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006. Comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais*. Curitiba: Juruá, 2007.

A EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DE INVESTIGAÇÃO: um olhar sóbrio, mas não pessimista¹³⁶

PHYSICAL EXCLUSION OF POLICE INVESTIGATION RECORDS: a sober but not pessimistic perspective

André Rocha Sampaio

Doutor em Ciências Criminais pela PUC/Porto Alegre - RS
Professor da UNIT/AL. Advogado
andrerochasampaio@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/0645556530168637>
<http://orcid.org/0000-0002-6288-5487>

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Doutor em Direito pela UFPE/ Recife - PE
Professor da UFAL e UNIT/AL
hugoleosantos@yahoo.com.br
<http://lattes.cnpq.br/6520668011243642>
<https://orcid.org/0000-0003-0139-0525>

Resumo: O recente advento da Lei 13.964/2019 trouxe importantes mudanças para o sistema processual penal brasileiro, propiciando, mais uma vez, uma readequação ao sistema acusatório. Entre elas destacamos o juiz de garantias e a consequente extração física do fascículo investigativo do processo principal. Tratam-se de modificações com o condão de preservar a imparcialidade judicial e estruturar um contraditório efetivo, mas para tal precisam superar obstáculos de ordem prática e legal. Em relação a estes últimos, apontamos o artigo 155 do CPP como o principal. O objetivo do presente texto é verificar sua compatibilidade diante da nova conformação processual. A metodologia se pautou em pesquisa teórica, de cariz qualitativo, tendo por base autores críticos de origem nacional, como Jacinto Coutinho e Aury Lopes Jr., e internacional, sobretudo italianos, de quem herdamos variadas estruturas processuais; entre esses destacamos Franco Cordero e Paolo Ferrua. Ao cabo percebe-

¹³⁶ Autores convidados. O presente artigo foi originalmente publicado em: CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri (orgs.). *Pacote anticrime: reformas processuais*. Florianópolis: Emais, 2020.

mos que se operou uma revogação tácita do artigo 155 sob pena de inutilizar o propósito político que engendrou a Lei 13.964/19.

Palavras-chave: sistema acusatório – exclusão – investigação.

Abstract: Recent edition of the law 13.964/2019 caused major changes in Brazilian criminal procedure, providing, once more, its readequation to the accusatory system. Among the innovations we highlight the judge of guarantees and the consequence of the police investigation records exclusion, extracted out of the main process. These modifications were made in order to protect judiciary impartiality and structure an effective contradictory, though for this purpose they need overcome some practical and legal obstacles. About these last cited, we point to article 155 of criminal procedure code as the main one. This paper aims to check its compatibility with the new procedural norms. Methodology was based on qualitative theoretical research, grounded on some critical authors from Brazil, such as Jacinto Coutinho and Aury Lopes Jr., and from other countries, especially Italians, from whom we inherit various procedural structures, such as Franco Cordero and Paolo Ferrua. In the end, we conclude that it happened a tacit revocation of the article 155 otherwise the political goal that inspired the law 13.964/2019 would be inutilized.

Keywords: Judge of guarantees. Police investigation. Records exclusion. Accusatory system.

INTRODUÇÃO

Este texto tem por objetivo tecer algumas reflexões sobre a regra atinente à exclusão física dos autos de investigação. Tais peças de informação, a partir da vigência da Lei nº 13.964/2019, passarão a ser suprimidas do caderno processual, a fim impossibilitar que o magistrado competente para decidir o mérito da ação criminal tenha conhecimento das informações produzidas na fase policial.

Para tanto, discutiremos as contingências políticas que se contrapõem ao esforço de décadas, de parte da doutrina, no sentido de promover um modelo processual penal mais democrático e acusatório. Desse modo, apontaremos as razões para crermos que a assunção de institutos processuais com esse intuito, na nova legislação, não obstante ser algo a ser comemorado – sobretudo por ser um fato inusitado, nestes tempos de autoritarismo mais desinibido –, não pode de forma alguma ser encarado com um ingênuo otimismo. Tais institutos enfrentarão a resistência – expressa ou implícita – de uma arraigada cultura inquisitória, que pode corromper ou mesmo obstar os esperados benefícios do novo paradigma.

Em seguida, faremos uma contextualização do instituto do juiz de garantias, mostrando que já é utilizado em outros países há bastante tempo, e que houve anteriormente infrutíferas tentativas de sua implantação no sistema legal brasileiro. Sobretudo, demonstraremos que sua adoção é essencial para a criação de mecanismos com o fito de evitar a contaminação psicológica do juiz criminal, a fim de que possa oferecer sua decisão a partir de um diálogo paritário entre as partes. Também indicaremos quais serão as repercussões da implantação do juiz de garantias para a democraticidade do processo penal.

Dentre tais consequências, daremos destaque à questão específica da exclusão das peças de informação policial dos autos processuais, com exceção apenas dos atos de investigação irrepetíveis, das provas cautelares ou antecipadas. Comentaremos como essa

(aparentemente) singela inovação no rito processual representa, na verdade, um enorme passo rumo ao tão almejado modelo acusatório. Quanto a pontos mais específicos dessa modificação legal, dissertaremos sobre possíveis saídas hermenêuticas para a antinomia entre os dispositivos do art. 3º-A e do 155, do código de processo penal. Ao final, para a resolução desse impasse, explicaremos por quais razões somente haveria um posicionamento capaz de evitar a fragilização do modelo acusatório, priorizado pela reforma processual.

1. MODELO PROCESSUAL-PENAL ACUSATÓRIO NO BRASIL E A INSTITUIÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS

A recente entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 colocou em pauta um cabedal de novos direcionamentos político-criminais, os quais afetam sensivelmente a estrutura normativa e as práticas relacionadas ao direito penal, processual penal, e à execução penal. No que diz respeito às alterações processuais penais, é possível destacar a bem-vinda – ainda que tardia – decisão política de impulsionar o sistema criminal rumo a um modelo processual de perfil mais acusatório, com a consequente criação e/ou aperfeiçoamento de institutos com esse desiderato. Essa opção legislativa por um processo acusatório pode ser percebida claramente por intermédio da observação da regra matriz inserida no novel art. 3º-A do 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”.

Apesar de muito comemorada por alguns juristas – alguns dos quais tendo achado a medida realmente surpreendente, em face do contexto político mais receptivo para inovações autoritárias no campo criminal –, não é possível conceber essa caracterização acusatória do sistema processual como algo inopinado, tampouco decorrente de uma mudança brusca nos anseios da doutrina especializada.

Em absoluto, há anos se discutia a necessidade de nos encaminharmos nessa direção. Nesse sentido, como resultado do amadurecimento desses debates, diversos países latino-americanos vêm modificando suas legislações, conformando-as com o código modelo de processo penal para a Ibero-América – apresentado em sua versão final já no ano de 1988, nas XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, no Rio de Janeiro. Como afirmado por Ada Pellegrini Grinover, aos poucos, o código modelo foi reverberando politicamente, influenciando no aprimoramento das normas processuais de países vizinhos, a exemplo do que ocorreu na Argentina, Chile, Uruguai, entre outros (GRINOVER, 2000, p. 43-45).

Não obstante, o processo penal brasileiro ainda se encontrava bastante atrasado nessa tendência, pois apresentava traços identitários de perfil inquisitório que terminavam por induzir a criação ou manutenção de problemas em seu funcionamento. Para entender melhor o porquê disso, não custa lembrar que o nosso código de processo penal foi criado em um momento histórico de excepcionalidade política, o que fez com que sua essência fosse demasiado autoritária (GLOECKNER, 2018) – e, portanto, distante dos contornos de um sistema jurídico democrático, próprio de um Estado de Direito.

Apesar de o modelo processual acusatório ter sido delineado inicialmente na própria Constituição Federal – o que, por si só, deveria ter motivado de imediato a adaptação das legislações processuais à carta política –, havia (há) bastante resistência às transformações mais profundas, tão necessárias à descaracterização das marcas inquisitórias do processo penal brasileiro. Para muitos atores processuais, a inserção de novas regras com esse intuito poderia atravancar o funcionamento dos ritos processuais, tornando o sistema processual menos efetivo (COUTINHO, 2002).

Essa opinião demonstra a existência de uma enorme má-compreensão, correspondente ao pensamento de que, para muitos, a efetividade processual não estaria em consonância com o respeito de direitos e garantias estatuídos, tampouco obedeceria ao devido

processo legal e à paridade de armas (ROBERTO, 2011). De onde se conclui que, muito mais que aprovar alterações normativas, cumpre enfrentarmos estrategicamente o discurso populista em favor de um punitivismo desenfreado, por meio do tensionamento da mal resolvida relação existente entre a sociedade e o sistema criminal e do questionamento do *habitus* dos sujeitos processuais, com respeito às práticas processuais desconformes com princípio acusatório. Em síntese, é mister constranger a formação inquisitória, própria das agências punitivas brasileiras (AMARAL, 2014, p. 334).

A estrita separação das funções de acusação e julgamento é um componente importante do modelo de processo penal acusatório, “cabendo ao juiz tão somente a reserva jurisdicional” (PRADO, 2006, p. 135). Sobre o tema, Afrânio Silva Jardim leciona que

a tendência de nossa legislação é purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não apenas precípuas, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, na medida em que o órgão julgador tem a sua neutralidade integralmente preservada (2007, p. 312).

Com a preocupação de aproximar-se mais da estrutura acusatória, muitas legislações processuais europeias – mesmo as dos países da tradição continental inquisitória – vêm estatuidando a delimitação normativa dessas funções, atribuindo os deveres de acusação a órgãos autônomos, apartados daquele que detém a incumbência de julgar o processo (DELMAS-MARTY, 2005, p. 516-518). Por sua vez, nosso código de processo penal ainda admitia, mesmo que excepcionalmente, a performance de funções persecutórias pelo magistrado, seja na atividade probatória ou mesmo no controle de arquivamento das investigações criminais, apenas para citar exemplos mais destacados. De fato, boa parte das alterações processuais

promovidas pelo advento da Lei nº 13.964/2019 vão ao encontro dessas purificações do sistema acusatório, referidas acima.

Vai ao encontro dessas pretensões a inovação concernente à adoção do instituto do juiz de garantias. Trata-se da designação de um magistrado que teria atuação excepcional na fase preliminar de investigação¹³⁷, salvaguardando os direitos individuais do investigado e controlando a legalidade do inquérito policial, conforme a redação do novo art. 3º-B, do código de processo penal. Nesse sentido, o juiz de garantias corresponderia à essência do modelo acusatório, pois “a separação e a especialização do agente judicial no tocante às fases de investigação e do processo representam a etapa de maior refinamento e de afirmação do sistema acusatório” (SILVEIRA, 2011, p. 250).

Contudo, a fim de assegurar a imparcialidade do magistrado que decidirá sobre a acusação imputada, além de garantir o respeito ao estado de inocência do réu, cumpre ir além da mera distinção entre os órgãos de acusação e julgamento. Com efeito, é preciso impedir que o sujeito que irá julgar o mérito da ação criminal tenha atuado como juiz na fase de investigação criminal, seja autorizando a produção de provas protegidas pela reserva jurisdicional, seja ainda decidindo medidas cautelares a ela relativas. Desse modo, a separação de funções tão característica do modelo acusatório é antecipada à fase policial, “evitando-se que o magistrado, cuja vocação precípua é a de decidir conflitos de interesses, imiscua-se na produção de elementos de convicção que serão, mais tarde, a ele mesmo dirigidos, quando da apreciação da viabilidade da ação penal” (CAVALCANTI, 2011, p. 38).

Ao agir desse modo, possibilita-se evitar a inexorável contaminação psicológica do magistrado, decorrente da sua aproximação com informações produzidas na fase de investigação – es-

¹³⁷ “(A) intervenção do órgão jurisdicional é contingente e excepcional. Isto porque o inquérito policial pode iniciar, desenvolver-se e ser concluído sem a intervenção do juiz. Ele não é um sujeito necessário na fase pré-processual e será chamado quando a excepcionalidade do ato exigir a autorização ou controle jurisdicional ou ainda quando o sujeito passivo estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa, à prova, acesso aos autos, etc. por parte do investigador” (LOPES JR., 2009, p. 261).

pecialmente, quando relacionadas às diligências autorizadas pelo julgador em questão. O fato de o juiz experienciar dessa forma os atos de investigação produzidos no inquérito policial conduz a um comprometimento, consciente ou não, da isenção que lhe é exigida para o julgamento do mérito da ação penal. É preciso que o magistrado que tenha atuado na fase prévia ao processo, portanto, compreenda que é mais prudente afastar-se do julgamento meritório da acusação, rechaçando de vez o mito da neutralidade¹³⁸ – a qual é impossível de ser alcançada por alguém envolvido com a coleta e processamento de informações que, mais à frente, repercutirão em sua decisão final.

A proposição da implantação do juiz de garantias já constava do código modelo para a Ibero-América - inspirado na legislação italiana (PONTES, 2000, p. 171) -, assim como no Projeto de Lei correspondente ao novo código de processo penal brasileiro (PLS nº 156/2009). Em boa hora, portanto, a legislação avançou nesse sentido – com as alterações produzidas pela entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 –, assumindo a relevância dessa mudança de paradigma, em prol de um processo penal mais democrático e acusatório. Por mais que ainda existam algumas importantes polêmicas a respeito do instituto, entendemos que os principais desafios – por vezes utilizados como ressalvas – à sua adoção são de ordem cultural e política, os quais deverão ser enfrentados energicamente por todos os órgãos envolvidos na persecução penal, a fim de dar efetividade ao modelo acusatório elaborado.

2. O JUIZ DE GARANTIAS COMO UM AVANÇO DEMOCRÁTICO E SUAS IMPLICAÇÕES

O advento do juiz de garantias tem criado um clima de ambivalência acadêmica: ao passo que muitos comemoram, por en-

¹³⁸ Nesse sentido, “exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinariedade” (COUTINHO, 2001, p. 48).

tender se tratar de mudança de suma importância para equalizar o Brasil (ao menos sob o plano legal) com os mais modernos regimes processuais penais do planeta, outros, mais céticos, alertam para a famigerada apropriação do instituto por uma mentalidade inquisitória (PRADO, 2017, p. 253 e ss.) (COUTINHO, 2018, p. 257-260) que, como de costume, tende a degenerá-la, situando-a como mais uma das engrenagens da máquina de moer pobre e preto, que é o sistema penal brasileiro.

Assim, abordar a temática aludida nos demandará o tracejar de uma mediatriz: almejamos, em última análise, alcançar um ponto médio que nos imunize ao mesmo tempo de euforias imprudentes e de pessimismos petrificantes. Por óbvio que a própria “imunização” aventada possui um profundo teor ilusório intrínseco, mas, como dito, é o almejado, apenas declarado para poder orientar o leitor em seu processo.

Como dito acima, há décadas boa parte da doutrina processual penal brasileira vem clamando pela urgência da implementação do juiz de garantias, com a conseqüente extração física dos autos investigativos dos da instrução e julgamento (LOPES JR., 2017). Ainda que muitos se calassem ante a essas possibilidades, os argumentos críticos não reverberavam e permaneciam confinados a setores mais ou menos delimitados.

Não que sua implementação não possibilite uma análise mais crítica, como no que tange ao custo, preparo dos atores do Judiciário, estrutura, tempo de implementação..., em sua grande maioria contornáveis, todavia em relação ao seu fundamento – qual seja, preservar a virgindade cognitiva do juiz do processo – ela é estéril longe dos redutos absolutamente colonizados pelo punitivismo mais cru, nos quais impera a visão de que quanto mais coincidente com a figura do xerife seja a do juiz melhor.

Em suma, por mais que não descartemos (e até aderimos a, comedidamente) certas críticas de ordem mais pragmática (sobretudo quando sua implementação implicar em tentativa de esvaziamento de seus fundamentos), o seu propósito se sintoniza com a

fina flor dos valores democráticos e republicanos: fornecer as condições necessárias para que o juiz que instruirá e julgará a causa não tenha tido sua cognição “contaminada” por sua atuação na fase que antecede ao processo ou até mesmo pela posse de informações sobre o caso desde seu nascedouro.

Obviamente que tal medida muito pouco resolveria, caso não viesse acompanhada de uma segunda de natureza lógica: a extração física dos elementos de informação provenientes da fase investigatória nos autos do processo principal, excepcionados os atos irrepetíveis, provas cautelares e antecipadas.

2.1. A TRADICIONAL ONIPRESENÇA INQUISITORIAL

Antes da atual Lei 13.964/19, nunca estivemos tão perto de afastar o juiz dos atos repetíveis da fase investigativa como durante as discussões para a grande reforma de 2008. O projeto original não previa a regra da exclusão, mas sim da vedação, com as mesmas exceções da redação atualmente em vigor.

Entretanto, após grande alarde, foi proposto em parecer datado de 12 de março de 2002, do então Deputado Luiz Antônio Fleury Filho, emenda cuja redação previa o oposto, a possibilidade de fundamentação da sentença exclusivamente com base nos elementos informativos da investigação preliminar, independentemente de sua categorização¹³⁹. Os argumentos para tamanho retrocesso eram de variadas ordens, sendo os principais a suposta introjeção de garantias na fase preliminar, dotando-a de maior credibilidade, e a tradição brasileira, de confiar no mesmo juiz da etapa anterior a possibilidade de se valer das informações lá presentes para se vencer.

¹³⁹ Em julho de 2007, a Associação Nacional dos Procuradores da República, com apoio do Deputado Flávio Dino, propusera modificação à redação do artigo 155 através de Emenda Modificativa que na prática corroborava com o parecer do Deputado Fleury Filho: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas, e aquelas submetidas a posterior contraditório.”

Passados mais de dez anos após a mencionada reforma, podemos hoje vislumbrar com maior clareza o quão ineficaz foi a suposta introjeção de garantias na fase investigativa, cujo mecanismo continua sendo regido pela baqueta do autoritarismo. Desde outro lado, tampouco ostenta robustez o argumento da “tradição” brasileira em dotar o juiz de grandes poderes; não que se trate de informação falsa (GLOECKNER, 2018), mas apenas de baixíssimo teor argumentativo, afinal de contas se se está pondo uma reforma em curso é justamente para mudar elementos indesejáveis, no caso da reforma em tela a adequação dos dispositivos inquisitórios do CPP/41 com a matriz de inclinação acusatória da CF/88.

A (falsa) solução salomônica encontrada engendrou a atual redação do artigo 155 do CPP, qual seja: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Ao cabo de muito pouco adiantou, no que tange à contenção de pulsões autoritárias, visto que uma inundação de fundamentações judiciais dotadas de alto teor de generalidade acabaram por redundar em verdadeiras “sentenças criptomotivadas”, criando óbice a qualquer debruçar mais clínico que visasse identificar qualquer tipo de violação da (frágil) fronteira instituída pelo 155.

A Lei 13.964/19, por sua vez, sustenta novamente o *sendero* de uma potencial guinada acusatória, visto que apresenta mudanças em três flancos, a saber: a disposição do sistema como acusatório, retirando do juiz a função substitutiva da atividade probatória da acusação (art. 3º-A), a instituição do juiz de garantias (art. 3º-B) e, por fim, a exclusão física do fascículo investigativo dos autos do processo (§ 3º do art. 3º-C).

2.2. POSSÍVEIS EFEITOS DA EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DA INVESTIGAÇÃO: É POSSÍVEL HARMONIZAR O ARTIGO 3-C, § 3º COM O 155?

Como já mencionado, a Lei 13.964/19 traz a necessidade de exclusão física do fascículo investigativo dos autos do processo, excepcionando os atos irrepetíveis, provas cautelares e antecipadas. Na prática a medida segue a linha adotada pelo sistema italiano há pelo menos 30 anos: se há atos repetíveis produzidos em sede de investigação estes servem exclusivamente ao oferecimento (ou não) da denúncia/queixa, devendo ser necessariamente repetidos em contraditório judicial (CORDERO, 2006).

As exceções são lógicas e necessárias: os atos irrepetíveis, dada sua natureza, devem se perpetuar – e inclusive em razão dela, destacamos, é que entendemos dever ser ampliada a dose de participação defensiva em sua produção –, as cautelares, dada sua urgência e irrepetibilidade, seguem a mesma lógica – neste caso sendo oferecida oportunidade à manifestação defensiva assim que encerrado o ato – e, por fim, as antecipadas, que já contemplam o contraditório judicial em seu bojo, não sendo óbice à implementação do sistema acusatório.

Entretanto, como conciliar o referido dispositivo com o ainda vigente artigo 155 do CPP? Parece-nos que duas opções se despontam: ou tratou-se de revogação tácita do artigo 155, de modo que o juiz da causa está proibido de fundamentar a sentença com base em atos de investigação repetíveis, ainda que não exclusivamente neles, como dispõe o artigo em comento; ou, segunda hipótese, o artigo 3º-C em seu parágrafo terceiro veda o juiz da causa de ter contato com os atos investigativos repetíveis, mas não impediria que qualquer das partes requeresse sua juntada.

A segunda opção carece de um mínimo de sustentáculo lógico, em relação à política processual implementada. Obstar o acesso a tais atos pelo juiz mas não impedir que a acusação ou defesa requeiram desde o primeiro momento sua juntada nos autos do

processo principal é fazer tábula rasa dos vetores que orientaram a atual reforma, criando, em última análise, apenas uma espécie de “*detour*”, por onde a pulsão inquisitória, em vez de ser escoada, daria a volta para regressar com toda a sua potência para dentro do processo penal.

Se de fato a orientação política da atual reforma foi de algum modo inspirada pelo modelo italiano, parece-nos que faltou regular um elemento a mais; no aludido sistema, *e.g.*, a regra exclusionária se opera da mesma forma que descreve o art. 3º-C, mas possibilita que as partes, e tão somente estas, possam estar de posse dos elementos excluídos a título de conferência com o que está sendo reproduzido em contraditório judicial. Todavia, complementando, em a parte destacando a incongruência entre os dois atos, o juiz não possui a possibilidade escolher dentre três opções – o que fora produzido em sede investigativa, o que está sendo produzido em sede processual ou nenhum dos dois –, a ele resta apenas optar por se valer do ato produzido e contraditório judicial ou não utilizar nenhum dos dois, o que deverá sempre ser devidamente fundamentado¹⁴⁰.

Nas palavras de Paolo Ferrua, o que aconteceu na Itália foi a redução de um trilema a um dilema, o que possui intenso potencial de estrangimento de pulsões autoritárias, visto que a cancela aberta para a intrusão de elementos informativos sempre criará as condições ideais para uma tomada de terreno pela inquisitorialidade, em virtude de seu caráter profundamente intuitivo, em contraponto à contraintuitividade que deve lastrear um processo penal orientado por valores democráticos (FERRUA, 2012, p. 6-7) (MARTINS, 2013, p. 100).

Assim sendo, para não correr o risco de esvaziamento das finalidades de modernização acusatória do nosso modelo (arcaico) de processo penal, a única conclusão possível é a de revogação tácita do artigo 155 do Código de Processo Penal (LOPES JR.; ROSA, 2020).

¹⁴⁰“In base all’interpretazione sistematica sembra doversi concludere che le dichiarazioni acquisite al fascicolo per il dibattimento valgono come prova, mentre quelle usate per le contestazioni, ma non acquisite, possono essere valutate solamente per stabilire la credibilità del testimone.” (destaques no original) (CONSO; BARGIS, 2014)

3. EVITANDO A PANACEIA

Em que pese toda a euforia em torno de mudanças que, ao menos sob o plano da lei, possuem o condão de propiciar uma verdadeira guinada democrática ao processo penal brasileiro, não somos ingênuos ao ponto de crer que meras modificações legais por si só serão responsáveis por tão almejadas mudanças. O texto de lei se situa na epiderme do dispositivo punitivo, a cultura autoritária que azeita as engrenagens da maquinaria processual inquisitória não será dissipada com um mero sancionar de lei.

A luta pela transformação se dá no campo, aqui empregado tal qual o faz Bourdieu; a modificação da lei reconfigura a disposição das armas. Não podemos nos deixar levar pelo entusiasmo e esquecer que neste exato momento certa força reacionária tenta reterritorializar o processo penal em seus velhos terrenos autoritários. Uma baixa de guarda terá a inexorável consequência de haver uma desidratação de todas as mudanças recém inauguradas ou, pior, sua captação a serviço do dispositivo penal, como insistem em fazer com todas as reformas de tendência acusatória (AMARAL, 2017).

Entretanto, não nos permitir sentir o frescor de ventos alvissareiros para renovar nossa luta por um processo penal democrático seria nos rendermos antes da batalha sob o argumento de que sempre perdemos e dessa vez não seria diferente. Não há vitória definitiva porque não há fim, e todo meio é território de conflito, mas há forças que podem ser canalizadas e devidamente geridas em prol da construção de um modelo processual penal minimamente resistente à mentalidade inquisitorial que desde sempre o regeu.

CONCLUSÃO

Em que pese nos encontrarmos em um cenário político profícuo para profascismos dos mais diversos jaezes, eis que surge a Lei 13.964/19, cujo escopo é propiciar a maior introjeção de elementos afeitos ao sistema acusatório no modelo processual penal

brasileiro. Entre as principais mudanças destacamos a instituição do juiz de garantias e a consequente necessidade de exclusão física dos autos da investigação do processo penal.

Tais medidas são conclamadas pela doutrina nacional há décadas e já surgem a reboque das reformas latino americanas, inclusive, mas não deixam de ser portadoras da potência de um modelo processual democrático. O juiz de garantias visa proteger o juiz do processo de qualquer espécie de preconceção que possa, ainda que inconscientemente, fazer com que ele inicie a fase processual com alguma inclinação presente. Para isso, excluir o que fora produzido preliminarmente, exceto atos irrepetíveis, provas cautelares e antecipadas, mostra-se fundamental para contribuir com um contraditório efetivo.

Entretanto, a continuidade da vigência do artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro põe em xeque a eficácia dessa proteção, pois certa interpretação, de encontro aos objetivos político criminais da Lei, diga-se de passagem, permite que o que fora expulso pela porta volte pela janela.

Assim sendo, entendemos ter se operado uma revogação tácita do referido artigo 155 por absoluta incompatibilidade com a novel sistemática processual ora instaurada. O surgimento da Lei 13.964/19 é um grande marco sob o prisma legal, mas é na práxis que deveremos guerrear para proteger as vigas acusatórias sedimentadas, sob pena de termos mais uma alteração de cunho democrático cooptadas pelas pulsões autoritárias que atuam nas engrenagens da máquina penal brasileira.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *O juiz de garantias na investigação preliminar criminal*. BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho (orgs). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. 7. Ed. Padova: Wolters Kluwer; CEDAM, 2014.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8. Ed. Milano: Giuffrè, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018.

_____. *O papel do novo juiz no processo penal*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais*. WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito penal e processo penal: em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 3. Ed. Bologna: Zanichelli, 2012

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, v. 1. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, 11ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal*, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>>, acesso em 22 de janeiro de 2020

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

PONTES, Evandro Fernandes de; ALBERNAZ, Flávio Böechat. *Contraditório e inquérito policial no direito brasileiro*. CHOUKR, Fauzi Hassan (org.). *Estudos de processo penal*. Campinas: Agá juris, 2000.

PRADO, Caio Fernando Ponczek do. *Processo penal e mentalidade inquisitória: a um passo da tortura institucionalizada*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*, vol. 2. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do código de processo penal*. BONATO, Gilson (org.). *Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A LEI DO DEPOIMENTO ESPECIAL COMO FORMA DE GARANTIR PODER AO JUIZ INSTRUTOR

THE LAW OF THE SPECIAL STATEMENT AS A WAY TO GUARANTEE POWER TO THE JUDGE TRAINER

Recebido: 11.02.2019

Aprovado: 18.11.2019

Natália Coppini

Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Campus de Videira.
natalia_coppini@hotmail.com
<http://lattes.cnpq.br/1603625115934828>
<https://orcid.org/0000-0001-8310-0952>

Ricardo Emílio Zart

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/Florianópolis - SC (2007).
Pós-Graduado em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR (2003).
Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2007) Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2002).
Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.
Advogado.
ricardo.zart@unoesc.edu.br
<http://lattes.cnpq.br/9807148429030975>
<https://orcid.org/0000-0001-6051-604X>

Resumo: O presente artigo analisa a atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro, com ênfase ao estudo da lei do depoimento especial (lei nº 13.431/2017), tudo sob a ótica do estado democrático de direito. Utilizou-se como método de estudo a análise comparativa e crítica entre a doutrina e jurisprudência acerca do tema. Constatou-se com a pesquisa que a atuação instrutória do juiz reflete muito dos anseios sociais (sistemas acusatório e inquisitivo), sendo que a sociedade instiga e busca, cada vez mais, uma conduta ativa do juiz na atividade probatória. Analisou-se a lei do depoimento especial, que por trás do princípio da proteção integral,

esconde facetas inquisitórias e contrárias ao ordenamento jurídico, tendo em vista que muitos artigos da lei autorizam que o Juiz seja o condutor da colheita da prova oral. O procedimento do depoimento especial trata o juiz como presidente da inquirição, sendo as partes (inclusive a vítima) meros objetos no processo, necessários para a produção da sentença condenatória. Buscou-se demonstrar que, a luz da Constituição Federal, o papel do juiz no processo é o de garantidor dos direitos das partes, não o de produtor da prova.

Palavras-chave: Atuação instrutória. Estado democrático de direito. Processo penal. Sistema acusatório. Lei do depoimento especial.

Abstract: This article analyzes the investigatory role of the judge in Brazilian criminal proceedings, with emphasis on the study of the law of special testimony (Law 13.431 / 2017), all from the point of view of the democratic state of law. The comparative and critical analysis between doctrine and jurisprudence on the subject was used as study method. It was found with the research that the instructional performance of the judge reflects much of the social yearnings (accusatory and inquisitive systems), being that society instigates and seeks, more and more, an active conduct of the judge in the probative activity. It was analyzed the law of special testimony, which behind the principle of integral protection, conceals facets inquisitorial and contrary to the legal system, since many articles of the law authorize the Judge to be the driver of the oral exam. The special testimony procedure treats the judge as the chair of the inquiry, the parties (including the victim) being mere objects in the process, necessary for the production of the conviction. It was sought to demonstrate that, in the light of the Federal Constitution, the role of the judge in the process is to guarantee the rights of the parties, not the producer of the evidence.

Keywords: Instructional performance. Democratic state. Criminal proceedings. Accusatory system. Law of special testimony.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elegeu como seu sistema processual penal, o acusatório. O sistema acusatório prevê a clara separação entre as funções das partes no processo, determinando que a tarefa de acusar e julgar fique em pessoas distintas, e principalmente, resguarda que a atividade probatória é tarefa que incumbe a acusação e a defesa.

Entretanto, a adoção do sistema acusatório, não depende somente do texto constitucional que o acolhe, “mas sim de uma autêntica motivação e um compromisso interno e pessoal em (re)construir a estrutura processual sobre os alicerces democráticos, nos quais o juiz rejeita a iniciativa probatória e promove o processo entre jogadores (acusação e defesa)”. (ROSA, 2017, p. 289).

Inobstante a isso, mesmo a Constituição Federal tendo adotado o sistema acusatório como modelo de processo penal brasileiro, muito se vê da atuação instrutória do juiz, retornando-se, cada vez mais, ao sistema inquisitório, marcado pela congregação de funções – acusar e julgar – na figura do juiz, tendo este uma postura instrutória na produção da prova.

A atuação instrutória do juiz está muito presente no ordenamento jurídico brasileiro, seja no Código de Processo Penal - que em muitos artigos autoriza ao juiz a diligenciar de ofício na produção da prova -, ou ainda em algumas leis, com ênfase na lei do depoimento especial, que entrou em vigor em 2018, e retoma, em vários aspectos a atuação instrutória do juiz.

A partir disso, evidencia-se que o processo penal é muito influenciado pelos anseios da sociedade e também pelas manipulações do poder político. A sociedade, dita moderna, instiga cada vez mais uma postura ativa do juiz na busca da prova.

A sensação de impunidade, a demora do judiciário em julgar as ações, a insuficiência das provas trazidas pelas partes ou mesmo a busca pela “justiça”, faz com que a sociedade reclame por uma

postura mais ativa do juiz criminal, instigando-o para que de ofício diligencie na busca de material probatório.

O artigo abordará a atuação instrutória do juiz à luz do sistema acusatório, bem como fará a análise da lei do depoimento especial (lei nº 13.431/2017), a qual apresenta em seu texto diversos dispositivos que confrontam com a Constituição Federal de 1988 e com o Código de Processo Penal.

2. O SISTEMA ACUSATÓRIO, INQUISITÓRIO E A POSIÇÃO DO JUIZ

Os sistemas processuais penais ao longo da história se amoldavam de acordo com as necessidades, principalmente do poder público, o que faz com que os sistemas – acusatório e inquisitivo – sejam reflexo das exigências do direito penal frente as necessidades estatais. (OLIVEIRA, 2014, p. 81).

O sistema acusatório foi adotado, mesmo que implicitamente, na Constituição Federal de 1988, resguardando a separação das funções de acusar e julgar mas, principalmente, retirou do juiz o papel de protagonista da instrução, atribuindo a responsabilidade pela produção da prova às partes, firmando-se em uma estrutura de processo penal acusatório e democrático (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 458).

O princípio da acusação é fundado na premissa de separação das funções do juiz em relação as partes, “não podendo se confundir as figuras, sob pena de violação da garantia de paridade de armas”, o que impõe que é proibido qualquer iniciativa probatória do julgador, salvo a complementar, como exemplo do previsto no artigo 212 do CPP. (ROSA, 2017, p. 288).

Com a separação das funções entre as partes – sendo estas responsáveis pela atividade probatória -, busca-se o afastamento do juiz e, conseqüentemente, a manutenção da sua imparcialidade.

Assim, o sistema acusatório pressupõe a atuação passiva do juiz, que não tem relação com a atividade instrutória, sendo as atividades de julgar e acusar ficam em pessoas distintas, não se admite a

denúncia anônima e nem processo sem acusador legítimo e idôneo, há o tratamento igualitário entre as partes, via de regra o procedimento é oral, possui contraditório, é público e não há provas tarifárias. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 119).

Ainda, acrescenta Aury Lopes Jr. que:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 119)

Conforme Fernando Capez, o sistema acusatório resguarda diversas garantias constitucionais, cita-se:

[...] da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII) (CAPEZ, 2016, p.118).

Ainda, Geraldo Prado explica que o sistema acusatório é a ausência de subordinação entre as partes e o magistrado, de modo que: “se o juiz tem o poder de decidir, as partes têm o direito de participar do processo e cooperar no sentido de que se produza a melhor (mais justa) decisão possível” (PRADO, 2005, p. 295).

Assim, o sistema acusatório tem como características a distinção entre as atividades de acusar e julgar, o juiz ser um terceiro imparcial e o procedimento é marcado pela oralidade, publicidade e contraditório (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 43).

Em contrapartida, no sistema inquisitório o juiz congrega, em relação a gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção da prova.

Acrescenta Alexandre Morais da Rosa que: “De outra face, no Inquisitório a liberdade do condutor do feito na sua produção é praticamente absoluta, no tempo em que no Acusatório a regulamentação é precisa, evitando que o juiz se arvore num papel que não é seu” (ROSA, 2017, p. 287).

O sistema inquisitivo surgiu para atender os interesses da igreja católica, com o objetivo de que o poder repressivo estivesse centralizado, se realizasse de ofício e independente da manifestação do lesionado. De modo que o magistrado tinha a função de encontrar a verdade do investigado, marcado pela ausência de contraditório, publicidade e com “cartas marcadas”. (ROSA, 2017, p. 287).

Quanto a separação entre o sistema processual inquisitório do acusatório, parte da doutrina prevê que o sistema inquisitório seria aquele em que as funções de acusar e julgar estão reunidas em uma só pessoa, já no acusatório há separação de funções em órgãos ou pessoas distintas. (PACELLI, 2017, p. 9)

Mas, principalmente, os grandes fundamentos do sistema acusatório são a separação das funções e gestão das provas conferida às partes, de modo que a imparcialidade do julgador esteja garantida. (LOPES JÚNIOR e GLOECKNER, 2013, p.61).

Logo, a melhor forma de diferenciar os sistemas processuais penais é com relação a produção da prova. Quando o juiz é inerte e não atua de forma instrutória, está-se diante do modelo acusatório, já quando está ativamente na busca pela prova caracteriza-se o sistema inquisitivo.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima assevera:

O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais (LIMA, 2018, p. 40).

Portanto, o sistema acusatório tem como fundamento a gestão da prova, atividade está que deve ser conferida às partes, ficando o juiz alheio a iniciativa probatória, fortalecendo o contraditório, e principalmente assegurando a imparcialidade do julgador.

3. O MODELO PROCESSUAL BRASILEIRO – SISTEMA INQUISITÓRIO COM RESQUÍCIOS ACUSATÓRIOS?

Antes da Constituição Federal de 1988, o processo penal brasileiro era nitidamente inquisitório e autoritário, dando extrema importância para a segurança pública. Entretanto, com a Constituição de 1988, o processo penal brasileiro surgiu com um novo viés, baseando-se no modelo acusatório, fundando-se em princípios como o contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 49).

Assim, o novel constitucional trouxe grandes avanços para o processo penal brasileiro, exigindo que o processo não fosse mais um mecanismo para aplicar a pena, mas sim um procedimento pautado na garantia do indivíduo face ao aparato estatal (PACELLI, 2016, p. 8). Ainda, a nova ordem constitucional buscou trazer mecanismos de igualdade entre os litigantes, tornando um processo justo em toda a persecução penal (PACELLI, 2016, p. 8).

Logo, a Constituição ao adotar o princípio da dignidade da pessoa humana, acabou por eleger o estado democrático de direito, de modo que, o sistema acusatório é o modelo que respeita os direi-

tos fundamentais do ser humano, afastando-se dos pressupostos do sistema inquisitorial, que transgredia direitos fundamentais.

Assim, a Constituição Federal de 1988, mesmo que de forma implícita, consagrou o sistema acusatório, sendo a sua eleição decorrência natural do princípio democrático.

Nesse sentido, explica Oliveira:

com o advento da Constituição de 1988, entre inúmeras garantias e direitos consagrados pelo novel texto constitucional que vieram a firmar os pilares para a estruturação de um novo regime político e social no país, notoriamente, resultou em uma nítida eleição pelo sistema acusatório (OLIVEIRA, 2014, p. 86).

Ocorre que, em dissonância com o texto constitucional, que adotou como modelo de processo penal o sistema acusatório, em muitos dispositivos do código de processo penal há a clara adoção do princípio inquisitivo.

Pode-se citar como exemplo de dispositivo que autoriza o juiz a diligenciar de ofício na busca de provas, o artigo 156 do CPP, que permite ao juiz ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas.

Esse dispositivo visivelmente viola o sistema acusatório e é inconstitucional, pois, a produção antecipada de prova só poderia ocorrer mediante provocação e não de ofício pelo juiz (ALVES, 2010, p. 321).

Mas a possibilidade de o juiz atuar de ofício na busca de provas não se detém no artigo 156 do CPP, pois há vários outros exemplos no código de processo penal. Pode-se citar o art. 310 do CPP, que prevê a possibilidade de o juiz, de ofício, converter a prisão em flagrante em preventiva - o que representa o mesmo que poder decretar a prisão de ofício -; o art. 127 do CPP, que prevê a possibilidade de determinar, de ofício, o sequestro de bens; o art. 242 do CPP,

que permite decretar a busca e apreensão; o art. 209 do CPP, que autoriza ouvir outras testemunhas além das arroladas pelas partes; o art. 385 do CPP que admite que o juiz condene ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição (art. 385); entre outros. (LOPES JÚNIOR, 2017, P. 64).

Todos esses dispositivos que autorizam a atuação instrutória do magistrado ferem com a imparcialidade do julgador. Assim, é por esse motivo - pela vasta possibilidade existente no código de processo penal de o juiz atuar de ofício - que muitos doutrinadores classificam o processo penal brasileiro como inquisitório, pois a fase processual não é acusatória, mas "inquisitória ou neoinquisitória", já que em muitos casos a gestão da prova está nas mãos do juiz. (LOPES, 2017, p. 47).

Nesse sentido, apesar da Constituição Federal ter consagrado o sistema processual brasileiro como acusatório - baseado na premissa de que a produção das provas deve estar com as partes -, o código de processo penal ainda apresenta uma vasta gama de possibilidades em que o juiz pode atuar de ofício na busca de provas.

Isso evidencia que não restam somente resquícios do sistema inquisitivo, mas sim, que a atuação instrutória do juiz está muito presente nos tribunais brasileiros, sendo essa faculdade utilizada sem nenhuma prudência, agindo os magistrados como se estivessem exercendo atividades inerentes a sua competência, o que demonstra um total descompasso com a Constituição Federal de 1988.

Inobstante a isso, a sociedade, através de discursos alarmistas, exige que o juiz se coloque em um lugar cada vez mais paranoico em busca da prova. Explica Alexandre Morais da Rosa que, o problema é que o juiz gosta de ocupar o lugar de que aparentemente sabe tudo:

Não fosse imaginário, ingênuo e fugaz. [...] É instrumentalizado e alienado. Parece ser uma perda de potência de gente habituada, no seu modo de ser, a dizer a Verdade no lugar do cajado, e este lugar sempre é empulhador, nos

mostrou Lacan. O lutar por reposicionar o juiz em lugar específico da estrutura, apartando-o da gestão da prova é a luta de todos os dias que demanda que ele retome as rédeas: assuma suas funções, paranoicas, de pontuar e buscar a Verdade Real. (ROSA, 2017, p. 877).

Assim, em que pese os esforços da Constituição Federal de 1988 em consagrar o princípio acusatório como modelo de processo penal brasileiro, há muito do princípio inquisitivo no ordenamento jurídico brasileiro, pois os juízes gostam de sua atuação “mais ativa” no processo penal.

4. DEPOIMENTO ESPECIAL E O RETORNO AO INQUISITISMO

4.1. DEFINIÇÃO E PROCEDIMENTO DEPOIMENTO ESPECIAL

O Depoimento especial, anteriormente denominado de Depoimento sem Dano (DSD), é definido como uma técnica humanizada para oitiva de menores vítimas e testemunhas de violência e abuso sexual, guiado por um profissional especializado (assistente social ou psicólogo), que prima pela proteção e redução da vitimização da criança e/ou adolescente durante o procedimento de escuta judicial.

O depoimento sem dano, assim designado naquele momento, surgiu no ano de 2003 através da iniciativa do Magistrado da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre-RS, sendo a partir de então adotado por outros Tribunais brasileiros.

Entretanto, foi somente no ano de 2010 que o Conselho Nacional de Justiça estatuiu a Resolução nº 33, que recomendou aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais.

Recentemente, entrou em vigor a lei nº 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente

vítima ou testemunha de violência. A referida lei tornou obrigatório o depoimento especial em todos os Tribunais brasileiros e definiu o procedimento a ser adotado durante a escuta judicial do menor.

O procedimento para a colheita do depoimento segue o rito do artigo 12 da lei nº 13.431/2017, que em síntese dispõe que os profissionais especializados – assistente social ou psicólogo – irão esclarecer a criança ou adolescente sobre a tomada do depoimento especial (inciso I); é assegurado à vítima ou adolescente o relato livre da situação de violência, podendo o profissional intervir quando necessário (inciso II); o depoimento será transmitido em tempo real para a sala de audiência (inciso III); findo o procedimento o juiz após consultar o Ministério Público, a defesa e o assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco (inciso IV); o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente (inciso V) e o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo (inciso VI).

Ademais, o artigo 10 da lei nº 13.431/2017 estatui que o depoimento especial será realizado em um ambiente diferente da sala de audiências, em um local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

A mensagem que a lei do depoimento especial busca transmitir é de que durante o procedimento de escuta judicial os direitos da criança estarão protegidos, compatibilizando o procedimento de inquirição da vítima menor com a Constituição Federal de 1988, principalmente no que tange ao dever do Estado de assegurar ao menor, o direito à vida, a dignidade e a proteção de qualquer forma de violência (art. 227, CRBF/1988).

Buscou-se também a harmonia com a Convenção sobre Direitos da Criança (decreto nº 99.710/90) e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/90), tendo em vista que as vítimas menores merecem proteção integral por serem pessoas em estágio de desenvolvimento (ORTEGA, 2018).

O propósito da lei do depoimento especial foi implantar um meio de escuta que protegesse a vítima, respeitando os direitos assegurados tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Estatuto da Criança e Adolescente e nas Convenções que tratam sobre o tema.

Essa é a mensagem que a “cruzada do bem” quer transmitir, de proteção a criança e ao adolescente. Porém, nem tudo são flores, e a lei tem um propósito bem mais obscuro e egoísta. Não prima somente pela proteção ao menor, mas sim pela produção da melhor prova para a condenação, que é o depoimento da vítima.

Conforme Alexandre Morais da Rosa: “a postura infla-se de um inquisitorialismo cego pelo qual se busca, em nome do ‘Bem’, as provas do que se crê como existentes, dado que os lugares, desde antes, estão ocupados: ‘vítima e agressor’” (ROSA, 2010, p. 152).

A partir de uma análise crítica da lei nº 13.431/2017, bem como com a sua (in)compatibilidade com o ordenamento jurídico, será possível verificar que pressupostos da lei do depoimento ultrapassam a fronteira da proteção à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência.

Pois, em busca de um “bem maior” - que seria a proteção da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência -, passa-se por cima de muitas garantias e pressupostos assegurados pela Constituição Federal e pelo próprio Código de Processo Penal.

4.2. DO DESRESPEITO AO ARTIGO 212 DO CPP

Uma das principais incompatibilidades da lei do depoimento especial com o sistema acusatório é o disposto pelo artigo 12, inciso IV, da lei nº 13.431/2017, in verbis:

“IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco”.

O artigo dispõe que, após o relato livre da criança ou adolescente sobre a violência, o juiz irá avaliar a pertinência das perguntas complementares feitas pelas partes.

Entretanto, faz-se necessário a análise conjunta do referido dispositivo (art. 12, IV, da lei nº 13.421/2017) com o artigo 212 do CPP, dispositivo este que estabelece o procedimento para a inquirição de testemunha, que se fará sem a necessidade de interferência do magistrado, in verbis:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.
Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

É importante ter como premissa que no ano de 2008, o artigo 212 do CPP foi alterado pela lei nº 11.690/2008, com o objetivo de compatibilizar o dispositivo ao sistema acusatório e com os fundamentos constitucionais.

Antes da reforma, o artigo 212 do CPP estabelecia que as perguntas seriam requeridas ao juiz, que as formulava à testemunha, sendo que “a presidência da atividade probatória era do magistrado-inquisidor” (ROSA, 2017, p. 815).

É inegável que o Código de Processo Penal de 1941 possui uma inspiração autoritária, baseada na leitura inquisitória e da verdade real, atribuindo ao juiz o papel de gestão da prova, com total protagonismo na iniciativa. Mas com a promulgação da Constituição de 1988, uma minoria de magistrados, demitiu-se da gestão da prova, reconhecendo o protagonismo do Ministério Público e da defesa, de acordo com a previsão constitucional (ROSA, 2017, p. 815).

Entretanto, foi somente com a lei nº 11.690/2008 ao alterar o artigo 212 do Código de Processo Penal, que retirou de vez a figura

do Juiz-Presidente, passando a prever que as perguntas devem ser formuladas pelas partes de forma direta à testemunha, não sendo necessária a interferência do magistrado.

Logo, a referida lei (Lei nº 11.690/2008) adotou visivelmente os pressupostos do sistema acusatório ao eleger as partes como protagonistas na fase de inquirição de testemunhas, reservando ao magistrado apenas a função supletiva, de esclarecimento dos depoimentos (PACELLI, 2017, p. 11).

Conforme bem preceitua Pacelli:

A alteração legislativa de 2008 no artigo 212 do CPP, buscou compatibilizar o dispositivo com o sistema acusatório, sistema este adotado pela Constituição Federal de 1988, na qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco de tornar-se o magistrado um substituto do órgão da acusação". (PACELLI, 2016, p. 429).

Nesse cenário, explica também Nucci, que cabe ao juiz:

indeferir a realização de reperguntas impertinentes ou inadequadas, mas deve usar esse poder com bom senso e de modo fundamentado. Afinal, o magistrado não pode ser o senhor absoluto da inquirição, desejando filtrar tudo aquilo que se passa na mente das partes, envolvendo-se na estratégia da acusação ou da defesa (NUCCI, 2014, p. 344).

Portanto, com a reforma no artigo 212 do CPP, "o juiz deixa de ter o papel de protagonista na realização da oitiva, para ter uma função completiva, subsidiária". (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 458).

Inegável que a reforma do ano de 2008 no artigo 212 do CPP buscou afastar o juiz da gestão da prova, não só pelo fato de que

as perguntas só podem ser indeferidas em casos específicos, mas principalmente, por não ser mais necessário que os questionamentos sejam direcionados ao juiz, para que este faça a pergunta à testemunha, resguardando que a gestão da prova fique com as partes, não com o juiz.

O juiz em uma audiência será responsável por controlar a atuação das partes, assegurando que a prova seja produzida nos limites legais e do caso penal. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 459).

Calha ressaltar o posicionamento do jurista Alexandre Morais da Rosa:

Para fim exemplificativo, ainda que o art. 212 do CPP exclua o juiz da gestão da prova, descabe o papel de jogador [...], parte significativa dos julgadores permanece atrelada ao modelo presidencialista e inquisidor. A atual redação não deixa dúvida acerca do papel do juiz no desenrolar da colheita da prova testemunhal, colocando-o no papel de complementar excepcional, com atribuição da carga probatória aos jogadores, primordialmente o jogador-acusação, para formulação direta das perguntas à testemunha (ROSA, 2017, p. 687).

Assim, o juiz ao abandonar a figura de Juiz-Presidente da colheita de prova testemunhal, deve ser o garantidor da forma da aquisição da prova oral, devendo controlar a atuação das partes, sendo as provas produzidas mediante as regras processuais penais (MOITINHO, 2016).

Portanto, o moderno processo penal brasileiro busca vedar a iniciativa probatória do julgador, salvo a complementar, resguardando a paridade entre as partes e a imparcialidade do juiz.

Nesse sentido é o posicionamento de Alexandre Morais da Rosa:

a garantia da separação representa, de um lado, condição essencial do distanciamento do juiz em relação aos jogadores, a qual é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, pressuposto da função da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias da Jurisdição (ROSA, 2017, p. 287).

Logo, o processo penal almejado é aquele em que a função do magistrado é de garantidor das regras processuais e não de agente que atua na gestão da prova.

Foi por essa razão que, desde o ano de 2008, buscou-se diminuir a atuação do juiz, de modo que as partes são as condutoras das provas, assegurando o direito destas fazerem as perguntas diretamente à testemunha, sendo autorizado ao juiz apenas realizar as perguntas complementares em caso de dúvidas (art. 212, parágrafo único, do CPP).

Ocorre que, o procedimento do depoimento especial – com destaque ao artigo 12, inciso IV, da lei nº 13.431/2017, que prevê que o juiz ao final da oitiva irá analisar a pertinência das perguntas complementares – viola a reforma no artigo 212 do CPP, ocorrida no ano de 2008.

O grande dilema é que o procedimento do depoimento especial descumpra com os pressupostos do sistema acusatório, principalmente ao prever que, após a oitiva da testemunha o juiz irá analisar se a pergunta feita pelas partes é pertinente ou não, sendo pertinente para o magistrado, a pergunta será encaminhada ao “profissional especializado” que realizará a inquirição à testemunha, podendo este adaptá-la conforme o entendimento do menor.

Assim, o depoimento especial demonstra um total descompasso com a alteração legislativa de 2008 no artigo 212 do CPP, pelo fato de que não é dada as partes a oportunidade de realizar a inquirição diretamente à testemunha, pois, primeiramente, precisam

convencer o juiz de que a pergunta é pertinente ou importante à elucidação dos fatos, caso contrário a parte ficará impossibilitada de inquirir.

E, apesar da lei do depoimento especial inserir a figura do assistente social ou psicólogo, responsável por realizar as perguntas à vítima ou testemunha, este profissional apenas está cumprindo as ordens do juiz, que avaliou a conveniência dos questionamentos feitos pelas partes, e se por bem entender que são pertinentes, encaminha-os ao profissional especializado.

Verifica-se assim, que há um total desrespeito a norma para a colheita da prova oral (art. 212 do CPP), já que novamente está-se diante do sistema inquisitório, em que a prova fica com o Juiz-Inquisidor. De modo que, a parte está limitada na produção da prova e precisa se submeter a “oportunidade” do magistrado em realizar a prova oral requerida.

Logo, o procedimento de escuta previsto na lei nº 13.431/2017 viola, claramente, o disposto no artigo 212 do CPP, por não permitir que a parte faça as perguntas diretamente à testemunha, sem a interferência do juiz. O procedimento para a colheita da prova do depoimento especial demonstra que, cada vez mais, há uma aproximação com o sistema inquisitório, ao desrespeitar uma alteração que pode-se dizer recente, do ano de 2008, no Código de Processo Penal, que veio com o principal objetivo de diminuir e delimitar a atuação instrutória do juiz.

Assim, não restam dúvidas de que a lei que instituiu o depoimento especial (lei nº 13.431/2017) retomou o modelo inquisidor para colheita de provas, desrespeitando a alteração legislativa de 2008 no artigo 212 do CPP, bem como o sistema acusatório, consagrado na Constituição Federal de 1988.

4.3. DA PRESENÇA DE UM TERCEIRO ALHEIO ÀS PARTES

A lei do depoimento especial (art. 5º, XI) dispõe que a criança ou adolescente será assistido por um profissional capacitado, que

será um psicólogo ou assistente social, responsável por realizar a inquirição na suposta vítima ou testemunha de violência.

Ocorre que, o procedimento de escuta/inquirição não encontra amparo, seja no campo legal ou mesmo ético dos profissionais que realizarão o procedimento, tendo em vista que o profissional especializado é utilizado como um instrumento para que o juiz inquisitor obtenha a prova e, ao mesmo tempo, garanta a sua imparcialidade.

Nesse sentido é o entendimento de Meirelles e Gorga:

Através dessa sistemática, em que um terceiro alheio ao processo é usado como instrumento para inquirir a testemunha e o magistrado ser o responsável pela formação das perguntas encaminhadas à pessoa que está em contato com o inquirido, além de se reavivar o “finado” sistema presidencialista (tardiamente abandonado pela reforma imposta pela lei 11.690/08), rompe-se com o princípio nuclear e fundante do sistema acusatório, pois, novamente, confere-se ao magistrado a posição de ator, quebrando-se assim a gestão da prova pelas partes (MEIRELLES E GORGA, 2016).

A imparcialidade do julgador é violada no momento em que um terceiro realiza as perguntas, que foram encaminhadas pelo próprio juiz, pois apesar de não ser ele próprio que está realizando a inquirição, foi quem produziu a prova, mesmo que de forma indireta.

Os psicólogos e assistentes sociais são profissionais utilizados pelo magistrado, atuando segundo as suas ordens, utilizados como mero instrumentos para extrair a “verdade” do menor, em um procedimento em total desrespeito, seja as normas legais e constitucionais, bem como em total descaso com a ética desses profissionais.

Ainda, o procedimento prevê que o “Juiz-Instrutor” encaminhará ao profissional especializado as perguntas que entender convenientes, e este “[...] poderá adaptá-las à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente” (art. 12, V, da lei nº 13.431/2017).

Neste procedimento inquisitivo ao juiz não basta analisar a pertinência das perguntas feitas pelas partes, mas somado a isso, há a figura do profissional especializado que poderá adaptar os questionamentos conforme o entendimento do menor.

Dessa forma, o papel desempenhado pelo profissional que irá realizar as perguntas é de suma importância para que se tenha um procedimento condizente com a realidade fática, tendo este que tomar extremo cuidado com as perguntas que serão formuladas, pois, muitas vezes, para a vítima o sentimento é mais importante que a razão.

Nos crimes de violência doméstica, por exemplo, em que a palavra da vítima tem relevância, “os jogadores devem estabelecer árvores de indagações, justamente para sublinhar a credibilidade, ou não, do seu conteúdo. Entretanto, em todos os casos, deve-se tomar cuidado para não violar a dignidade do seu lugar”. (ROSA, 2017, p. 775).

Assim, o procedimento pode ser falível e não condizer com a realidade fática, dependendo de como for conduzida a inquirição. Portanto, a partir da análise da lei nº 13.431/17, constata-se que o depoimento especial é incompatível com o sistema acusatório sob vários aspectos.

Primeiro, pelo fato de que as partes não têm acesso a testemunha para fazer diretamente as perguntas, conforme preceitua o artigo 212 do CPP. Em segundo lugar, tendo em vista que o juiz irá avaliar se as perguntas das partes à testemunha são pertinentes ou não. E ainda, há um terceiro alheio ao processo, que irá interpretar as perguntas – que foram avaliadas convenientes pelo magistrado –, conforme o entendimento do menor.

Logo, a formulação da pergunta por pessoa interposta - psicólogo ou assistente social - desconsidera a nova sistemática legal (lei nº 11.690/2008) que acabou com o modelo presidencialista.

Assim, o depoimento especial, que surgiu como uma técnica moderna, buscando o respeito da criança e ao adolescente vítima e testemunha de crime e a redução da revitimização, não passa de um procedimento autoritário e inquisitório.

Na verdade, não há nada de novo na lei, mas sim um retorno ao modelo inquisidor, aos tempos da Santa Inquisição, de que a todo custo, buscando sempre o “bem da sociedade” e a condenação do réu, o juiz atua de forma instrutória ao produzir a prova – que no depoimento especial é por um terceiro –, e contamina-se com esta, perdendo, por consequência, a imparcialidade no julgamento.

Como bem assevera Alexandre Morais da Rosa:

O que há de-novo no “Depoimento Sem Dano” é a “terceirização” do lugar de Inquisidor, ou mesmo, cheio de boas intenções, a transferência da função de “sugador” de significantes, à força simbólica e sua violência respectiva, para um profissional de outra área, em princípio, mais capaz de “abrandar” a violência e imaginariamente funcionar como “mecanismo paliativo de desencargo”, na sanha de se condenar, até porque, de regra, são iludidos sobre o lugar e função do Direito Penal numa Democracia (ROSA, 2010, p. 11).

Logo, o depoimento especial não foi instituído pensando exclusivamente na proteção do menor ou numa escuta “humanizada”, mas sim, pelo fato de que os juízes, seja por incompetência, por medo de perder a prova ou por não querer fazer o trabalho sujo de um processo em contraditório, preferem garantir os resultados em nome da proteção integral (ROSA, 2010).

Os juízes tem medo de perder a prova, pois a criança e/ou adolescente, diante de uma sala de audiência com a acusação, a defesa e a figura do juiz, poderia ficar com medo, receio, vergonha e

não querer falar sobre os fatos. Para o magistrado seria uma tragédia, já que faltaria, em muitos casos, diante da ausência da palavra da vítima, a prova para condenar, o que é inadmissível tanto para o Juiz-inquisitor quanto para a sociedade, dita “moderna”.

Dessa forma, o procedimento do depoimento especial, ao inserir a figura do profissional especializado, “faz recordar a figura do ‘carrasco’, o qual somente cumpre uma decisão do ‘juiz’, enquanto o ‘juiz’ não sua a mão e apenas aplica a ‘lei’” (ROSA, 2010).

Ademais, nem mesmo o Conselho Federal de Psicologia concorda com o depoimento especial. Na nota técnica nº 1/2018, em que se posiciona sobre os impactos da lei nº 13.431/2017, se manifesta de forma contrária ao depoimento especial.

Em recente documentário produzido por Silvia Ignez e Henrique Ligeiro (2018), uma psicóloga afirma que enquanto profissional, o papel dela não é colocar pessoas na cadeia. E dentro do Conselho de Psicologia, surgem vários debates como, por exemplo, a questão de que ao transformar a escuta em inquirição deixam o local de profissionais psicólogos e passam a profissionais de polícia, o que viola sua ética profissional.

Na nota técnica nº 1/2018 (item 5.3), o Conselho Federal de Psicologia se manifesta no sentido de que “o depoimento especial, em nome da proteção, viola o direito de crianças e adolescentes que passam a ser objeto de provas preponderantes no processo penal, desrespeitando sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua dignidade”.

Veja-se, se a psicologia, que é uma ciência que estuda os comportamentos e processos mentais, entende que os menores se tornam objetos de prova, como pode o judiciário entender de forma diversa?

Os profissionais do ramo da psicologia são contrários ao depoimento especial, pois afirmam que há outras formas que possam contribuir para a não revitimização de crianças e adolescentes, por meio de práticas e técnicas reconhecidamente fundamentadas na ciência psicológica e de buscar a verdade real, sem que tenha que co-

locar a criança em uma situação de reabilitação (item 5.5 da nota técnica nº 1/2018).

A psicologia cita como técnicas a realização de estudos psicológicos, tanto com a criança quanto com o réu, e que não se baseará em apenas um dia (no dia da audiência), mas sim através de uma técnica, que deixará o relato livre, proporcionando que a criança possa falar no seu tempo, não no tempo que o judiciário estipula.

Ademais, a própria nota técnica nº 1/2018, no item 5.7, afirma que: “essa prática coloca a psicóloga e o psicólogo como coletor de provas e reprodutor de perguntas”. O que é verídico, já que o profissional atua como um instrumento do judiciário para captar provas, por meio da palavra da criança, necessária para condenar o réu.

De acordo com Alexandre Morais da Rosa, o depoimento especial:

busca realizar um mix das duas formas de abordagem, partindo do controle da gestão da prova, a saber, é o juiz que coordena, controla, sugere e atua na busca de verificação da conduta imputada. Reside aqui a manipulação maior, justamente porque diante de sua incapacidade de indagar, instrumentaliza profissionais de outra área (Psicologia e Serviço Social), em regra, com a finalidade de servir como canais de suas interferências (dissonância cognitiva), ou seja, suas crenças a respeito do acontecido, pré-julgamentos, opiniões que não compreendem o universo simbólico da criança – trata-se de linguagens e conceitos completamente diferentes (ROSA, 2017, p. 184)

Com a análise da incompatibilidade do depoimento especial com o sistema acusatório, bem como, com o posicionamento da

psicologia, constata-se que a técnica do depoimento especial não é nada de “humanizada”, mas sim um procedimento encoberto por uma nova roupagem, capaz de camuflar o caráter inquisitivo e violador do procedimento, que corrompe não só a criança e ao adolescente, mas até mesmo da ética dos profissionais que atuam no procedimento.

Logo, constata-se que o objetivo central do depoimento especial é a condenação do réu a qualquer custo, utilizando como meio de obtenção da prova o psicólogo ou assistente social, sendo todos estes objetos do processo penal, necessários à fundamentação da sentença condenatória.

O resultado de todo esse procedimento “é um jogo de cartas marcadas em que o processo como procedimento em contraditório se perde nas relações performáticas de profissionais que se arvoram em ‘intérpretes/tradutores’ do discurso infantil” (ROSA, 2010).

4.4. DA INCOMPATIBILIDADE DO DEPOIMENTO ESPECIAL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

O depoimento especial, apesar de a primeira vista parecer fascinante, já que tem como premissa resguardar os direitos da vítima e tentar minimizar os efeitos danosos ao relembrar o caso, é contrário a tudo aquilo que a sociedade levou décadas para modificar, retrocede ao sistema inquisitivo, rechaçado há muito pela sociedade moderna, e viola, por consequência, o sistema acusatório.

O modelo acusatório, adotado pelo processo penal brasileiro, tem como núcleo fundante a gestão da prova, que deve estar com as partes. Ocorre que, o depoimento especial coloca o juiz como figura central da inquirição, produzindo, mesmo que indiretamente, a prova.

É nesse sentido que Meirelles e Gorga (2016) relatam:

Esse procedimento que ao primeiro momento encanta os olhos, já que busca proteger a criança

vítima de violência ou abuso sexual, ao mesmo tempo demonstra uma total incompatibilidade com o modelo acusatório e com o atual processo penal brasileiro, já que novamente coloca o juiz como a parte central na produção da prova, desenterrando o sistema presidencialista e inquisitório.

O juiz no processo penal brasileiro deve primar pela sua imparcialidade, para que no final do processo possa julgar de forma neutra. A imparcialidade do juiz é aquela que o impede de adotar uma postura tipicamente acusatória no processo, quando, por exemplo entender deficiente a atividade desenvolvida pelo órgão da acusação.

Assim, não pode o juiz desigualar as forças produtoras de prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que garantem a isonomia e a igualdade de oportunidades. (PACELLI, 2017, p. 344).

Sob esse aspecto, aplicando o princípio da paridade de armas, em que o réu está em uma situação de inferioridade em relação ao Estado, o juiz pode buscar provas para inocentá-lo, de forma que não irá prejudicar a sua imparcialidade (PACELLI, 2017, p. 344-345).

Entretanto, na prática não se vê o juiz buscando provas para inocentar o réu, e o depoimento especial é a prova disso, de que a palavra da vítima, colhida por pessoa especializada que terá maior aptidão técnica para extrair as informações da vítima, é a prova necessária para a condenação.

Do depoimento da vítima, o juiz e a sociedade em geral, não querem ouvir que o réu não praticou o crime, mas sim precisam de provas de que é culpado, e nada melhor do que as provas que vem da própria boca da vítima.

Sobre a necessidade de punir, Alexandre Morais da Rosa (2017, p 853), escreve:

com a onda de punitivismo, bem assim a lógica de recrudescimento, cada vez mais o mantra silencioso do ‘indubio pro hell’, tomou lugar de protagonismo. A presunção de inocência como regra de tratamento, probatória e de juízo, cada vez mais sofre as vicissitudes de invencionices, como a inversão do (errado, já que é carga) “ônus probatório, da criação de obrigações diabólicas.

O procedimento para a colheita do depoimento especial, apesar de bem intencionada que seja a lei, peca em vários aspectos, principalmente diante da sua incompatibilidade com o estado democrático de direito e com o sistema acusatório.

A violação do sistema acusatório se dá, em especial, pelo fato de que a produção da prova não é conferida às partes, mas sim ao juiz inquisidor, que através do “profissional especializado”, irá colher o depoimento, seguindo os ditames do magistrado.

A forma como é realizado o procedimento de oitiva do depoimento especial – principalmente ao juiz analisar a conveniência das perguntas requeridas pelas partes – confronta com os pressupostos do sistema acusatório e com a forma estabelecida pelo código de processo penal para a coleta da prova oral, na medida em que o ato é feito de forma diversa do previsto no art. 212, do CPP.

Ademais, este procedimento rompe com a paridade de armas, pois o juiz está em situação de supremacia a defesa, e ainda, retira a gestão da prova das partes, retrocedendo ao modelo de juiz-ator, agravado pela interposição de um agente estranho ao ritual judiciário, que é o psicólogo ou assistente social, que funciona como um “interprete” da vítima, atuando como um instrumento do juiz para a produção da prova.

Ainda, desrespeita o princípio da objetividade da prova testemunhal, princípio este que determina que a testemunha não pode manifestar suas opiniões pessoais, pois na escuta a criança ou adolescente se manifestará livremente e exporá suas sensações pesso-

ais, o medo, a vergonha, a raiva, enfim, de acordo com os seus sentimentos sobre o caso.

E ainda, o profissional que conduz a oitiva do menor também é facultado interpretar o depoimento, e não raras vezes pode manifestar suas impressões pessoais sobre o caso, o que confronta com o disposto no artigo 213 do CPP.

O contraditório também é violado, e conforme leciona Eugênio Pacelli:

O processo justo a ser realizado sob instrução contraditória, perante o juiz natural da causa, e no que seja exigida a participação efetiva da defesa técnica, como única forma de construção válida do convencimento judicial (PACELLI, 2016, p. 8).

Sob esse aspecto, o procedimento só será válido se for realizado mediante o contraditório judicial, em que as partes atuem na produção da prova. Com o procedimento previsto na lei do depoimento especial há uma violação ao princípio do contraditório, já que as partes, ficam afastadas da testemunha, não tem contato direto com ela para proceder a sua inquirição, e principalmente, suas perguntas são ficam “limitadas” a conveniência do julgador e ainda, ao profissional que estará realizando a inquirição.

Pacelli (2016, p. 9) ainda afirma que o processo deve ser construído sobre os rigores da lei e do direito:

de maneira que a verdade ou verossimilhança (certeza, enfim!) judicial seja o resultado da atividade probatória lícitamente desenvolvida (art. 5º, LVI, CF), não só como agrimação da necessidade de respeito às regras do Direito, mas como proteção aos direitos individuais,

normalmente atingidos quando da utilização ilícita de diligências e dos meios probatórios.

O que se busca com a instrução do processo é que a verdade apareça, mas a verdade precisa ser extraída a partir de um processo judicial democrático, que respeite as regras previstas no Código de Processo Penal e na Constituição Federal de 1988. Pois, a prova colhida em discrepância com o ordenamento jurídico e sem respeitar as regras processuais é uma prova ilícita, que não deve ser utilizada para o convencimento do julgador.

Ocorre que, o que se vê no judiciário é uma busca incessante pela condenação dos “culpados”, a qualquer custo se busca da forma mais rápida punir o réu, em atropelo as regras processuais penais.

O depoimento especial não veio somente para “proteger a vítima”, mas sim como um meio de punir a todo e qualquer custo o suposto culpado. Sem que haja necessidade de observar os pressupostos constitucionais e legais em um procedimento judicial, ou seja, sem respeitar “as regras do jogo”.

A partir desta análise alguns questionamentos surgem:

Primeiramente, como saber que o acusado é culpado, se já de antemão está-se buscando a sua condenação a todo custo?

A Constituição Federal de 1988 assegura a presunção de inocência (art. 5º, LIV, CF/88), determinado que o réu seja tratado como inocente, até que não se tenha uma condenação definitiva.

Ademais, Aury Lopes Júnior (2017) assevera que é a atitude de “não tratar o réu como condenado antes do trânsito em julgado”, de modo que a presunção de inocência é um “dever de tratamento processual”.

Inobstante a isso, a lei do depoimento especial trata o réu como se culpado fosse desde o início, e não o contrário, objetivando a inquirição como forma de obter provas de sua culpabilidade.

Sob esse aspecto, há mais uma contradição, pois de que maneira o acusado irá produzir as provas de que é inocente, se a ativi-

dade probatória não está em suas mãos, mas sim no Juiz? A presunção é que o réu é culpado desde o início, não o contrário.

Essa constatação é corroborada pelo posicionamento até mesmo pelo Conselho Nacional de Justiça, que se pronunciou alegando que: “na maioria dos casos, o depoimento da vítima é a única prova possível de ser produzida, ou seja, a forma mais eficaz de responsabilizar o agressor”.

Veja-se, um Conselho de Justiça tratou a vítima como meio de prova, mero objeto do processo. Se partir dessa premissa de que a vítima é a única prova possível de ser produzida para condenar o réu, não seria necessário instruir processos e a parte ré produzir provas, pois para o Judiciário a prova mais eficaz é o depoimento da vítima (menor), produzido por um profissional técnico, que irá garantir que a vítima está falando a verdade e será pautado no “contraditório judicial”, pois as partes estarão presentes - mesmo que em outra sala -, sendo o vídeo da escuta transmitido para as partes.

Mas que contraditório judicial é esse em que a defesa não tem as mesmas oportunidades de produzir a prova, em total desrespeito o princípio da paridade de armas?

O contraditório judicial resguarda o confronto da prova e a comprovação da verdade, oportunizando as partes (acusação e defesa) a igualdade de condições, sob pena de parcialidade no julgamento.

O contraditório é observado quando se criam as mesmas condições de fala e oitiva para as partes, sendo a decisão o resultado do contraditório real, e, portanto, da efetiva e igualitária participação das partes no processo. (LOPES JÚNIOR, p. 97-99, 2017)

Entretanto, se a defesa não tem a liberdade de questionar diretamente a testemunha, ou seja, produzir a prova diretamente, precisando encaminhar as suas perguntas ao juiz, o contraditório judicial resta prejudicado, e a defesa fica quase que impossibilitada de produzir a prova no sentido contrário, já que o juiz está motivado a condenar o réu.

Inobstante a isso, os Tribunais brasileiros têm reconhecido que o procedimento previsto na lei nº 13.431/2017 é realizado pautado no contraditório judicial e na ampla defesa (Apelação Crime nº 70077624385, CNJ: 0127650-93.2018.8.21.7000. Quinta Câmara Criminal. 2018/Crime. Julgamento em 04 de julho de 2018).

E o respeito ao silêncio? A vítima menor pode exercer o direito de ficar em silêncio?

O artigo 5º, VI, da lei nº 13.431/2017, assegura como um dos direitos e garantias fundamentais: “ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, assim como permanecer em silêncio”.

Entretanto, o artigo 12 da lei nº 13.431/2017, que prevê o procedimento para a colheita do depoimento especial não dispõe sobre o direito ao silêncio.

Acontece que, na maioria dos casos a vítima acaba sendo obrigada a “colaborar” com o profissional especializado e relatar o ocorrido, mesmo que essa não seja a sua vontade.

Fato este se observa em recente decisão judicial (02.10.2018), em que o Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 330.559-SC (2015/0174133-9), considerou nula a sentença, tendo em vista que não foi assegurado a testemunha o direito ao silêncio.

Durante a instrução processual, o magistrado da 2ª Vara Criminal de Criciúma/SC induziu e obrigou a testemunha a falar. Em segunda instância, o TJSC entendeu que o adolescente “não estava sendo ouvido na qualidade de réu, mas sim como testemunha”, e que, nesses termos, incidiria a regra do art. 203 do Código de Processo Penal, a qual dispõe que “a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado”.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o caso (HC nº 330.559-SC), precisou consignar que não apenas ao réu é assegurado o direito ao silêncio, mas também a testemunha.

Imagine-se, se em uma audiência em que estava presente acusação e defesa, o juiz não permitiu o direito ao silêncio a testemunha, quiçá em um procedimento em que será movido o aparato

judicial, com a presença de um psicólogo ou assistente social, exclusivamente para o ato, será difícil aceitar o silêncio do menor.

A decisão do magistrado catarinense e do TJSC só reforçam que cada vez mais está presente a figura do juiz instrutor, do desembargador instrutor, e por aí vai. O processo precisou chegar ao STJ para declarar a nulidade do ato e resguardar o direito ao silêncio.

Entretanto, para que o depoimento especial seja válido é preciso que seja assegurada a criança e ao adolescente o direito ao silêncio. E, de acordo com Alexandre Morais da Rosa: “A criança tem o direito e não o dever de falar” (ROSA, 2017, p. 184).

Inobstante a isso, são muitos os juízes instrutores, que querem ouvir a palavra da vítima a qualquer custo, e a lei do depoimento especial privilegia a prática instrutória do juiz, assim, resguardar o direito ao silêncio será algo penoso durante o procedimento da escuta.

Ainda, surge mais outro questionamento, será que a lei do depoimento especial está respeitando a vítima e não a “revitimizando”? Não se está confundindo o direito de ser ouvido com a obrigação de produzir prova?

O depoimento especial nada mais é do que uma forma mais suave de “sugar” as provas para condenar o réu. Volta-se ao sistema inquisitório em que são buscadas provas a todo custo para condenar, em desrespeito ao contraditório. O resultado é um processo em que as regras do jogo, contraditório e ampla defesa, se perdem nas relações performáticas dos profissionais que interpretam o discurso infantil (ROSA, 2010, p. 3).

O menor é obrigado a falar no momento em que o judiciário determina, não é respeitado o tempo da criança e/ou adolescente, pois são obrigados a “colaborar” com o judiciário para produzir a prova.

“A inquirição em juízo expõe a criança à nova violência, dita branda, ainda que no plano simbólico, completa-se. A busca pela produção da prova criminal se sobrepõe a todos os aspectos da dig-

nidade da criança, contrariando a ótica da Doutrina da Proteção Integral”. (ROSA, 2017, p. 183).

Ainda, todo o depoimento especial será gravado em uma mídia digital, que acabará circulando por muito tempo (tempo indeterminado), no Fórum, em Tribunais Superiores, passando pelas mãos de servidores, estagiários, juízes, desembargadores, advogados, enfim, e toda vez que a mídia for aberta a vítima será violentada mais uma vez.

Na verdade o procedimento do depoimento especial retomou-se a época da Santa Inquisição, em que a verdade é almejada a qualquer custo, o que faz com que a palavra da vítima seja de suma importância, sendo está instigada a falar e colaborar com o Estado, na busca pela “verdade real”.

Quanto a busca pela verdade apresenta Alexandre de Moraes da Rosa (2010, p. 9):

As diversas atividades de reconstrução da verdade colocam em cena protagonistas/ assistentes enleados no estabelecimento dos regimes de verdade, no que Foucault chamou de “Justiça Paralela”. Claro que não se pode acreditar em Verdade, mas somente na verdade constituída no tempo e espaço de um processo em contraditório, porque a era a Verdade Substância ficou no século passado, embora, tal qual “Jason”, ressurgja na cabeça de um inquisidor qualquer de todos os dias.

Em síntese, em que pese haver inúmeras incompatibilidades da lei do depoimento especial com o sistema acusatório, essa nova forma de inquirição, que passou a ser bem vista pelo mundo jurídico, por resguardar os direitos da vítima e ao mesmo tempo, transforma o depoimento especial em um “espetáculo do bem” (ROSA, 2010, p. 19)

Ainda Alexandre de Moraes da Rosa explica:

“A busca irrestrita de meios probatórios é estranha à democracia, como o inconsciente é do orgulhoso cidadão da Modernidade. Senão, como diz Agostinho Ramalho Marques Neto, quem salva as vítimas da bondade dos bons?” (ROSA, 2010, p. 20).

A grande questão é que a sociedade, dita “moderna”, não quer mais um juiz inerte, como no surgimento do sistema acusatório, pois, o juiz inerte, que existia no sistema acusatório puro, é incompatível com a realidade do processo penal, já que “em sistemas como este, do juiz inerte, há que se conviver, em maior ou menor grau, com a possibilidade de condenação de alguém por insuficiência defensiva, reputada, a priori, igualdade à atividade acusatória”. (PACELLI, 2017, p. 13)

Acontece que, o juiz instrutor não está no processo para igualar as forças ou diligenciar em favor do acusado, mas sim a serviço do Estado, para punir a qualquer custo. Assim, o procedimento da lei do depoimento especial nada mais é do que uma busca incessante pelas provas que condenem o acusado.

Como bem assevera Aury Lopes Jr. “Quem procura, procura algo. Logo, quando o juiz vai atrás da prova de ofício, ele decide primeiro e sai em busca dos elementos que justificam a decisão já tomada” (LOPES JR., 2017, p.107).

O grande pressuposto do depoimento especial é o respeito no trato com o menor, mas “mesmo cheio de boas intenções e razões aparentemente louváveis, a prática do Depoimento Especial objetiva a criança, instrumentaliza o profissional psi ou assistente social, transformando a ação em única e exclusivamente fonte de prova para possível condenação”. (ROSA, 2017, p. 184).

Portanto, o moderno processo penal, fundado no sistema acusatório, não deve permitir a figura do Juiz-Inquisitor e muito menos, o incentivo e a criação de leis, ditas “do bem”, que desrespeitam os direitos e garantias processuais, tanto da vítima quanto do réu, corrompendo com o sistema acusatório.

4.5. DO VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DA VÍTIMA E DA VALIDADE DA PROVA EXTRAÍDA POR MEIO DO DEPOIMENTO ESPECIAL

Principalmente nos crimes que envolvem violência sexual parte-se da premissa que a vítima fala a verdade e de que não haveria motivos para que esta mentisse ou até mesmo ocultasse fatos.

Ocorre que, “a vítima está contaminada pelo processo”, seja no plano material, pois faz parte do fato criminoso ou seja no plano processual, já que não presta o compromisso de dizer a verdade, o que impõe que sua palavra tenha menor valor probatório e credibilidade. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 456).

Entretanto, nos crimes sexuais, que é o principal foco do depoimento especial, a palavra da vítima tem um valor probatório grande, acredita-se e toma-se por verdadeiro aquilo que a vítima falou. É por isso, que há muitas condenações baseadas “em depoimentos mentirosos ou frutos de falsa memória, falso reconhecimento e até erros de boa-fé”. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 456).

Ocorre que, “A memória não é um gravador de vídeo, que possa ser rebobinada e reprisada” (ROSA, 2017, p. 182), podem surgir fatos que alterem a memória. Assim, impõe-se que deve tomar muito cuidado na forma de inquirição, para que falsas memórias não surjam no menor, e que o processo seja baseado não somente na palavra da vítima, mas em todo o contexto probatório.

Outrossim, analisando o procedimento da oitiva da vítima/ testemunha menor é possível se questionar a validade da prova extraída mediante o procedimento do depoimento especial, pois é uma prova extraída em desrespeito as garantias do devido processo legal.

De acordo com o entendimento do STJ: “a prova, para que tenha valor, deve ser feita perante um juiz competente, com as garantias de direito conferidas aos indiciados e de acordo com as prescrições estabelecidas na lei” (HC 148140/RS, 6ª Turma, T.j. 07.04.2011, relator Ministro Nilson Naves).

E ainda, acrescenta ainda Alexandre Moraes da Rosa (2017, p. 285) que: “o ato praticado em desconformidade com a estrutura do

processo é inservível à finalidade a que se destina”, sendo este ato nulo, tendo em vista que na sua formação houve o desrespeito da forma estabelecida em lei, bem como quanto aos direitos e garantias fundamentais estabelecidas, assim, produzido em desconformidade com o devido processo penal.

Portanto, ocorre nulidade processual, quando o juiz atua na gestão da prova, a exemplo do que acontece no artigo 12, inciso IV, da lei nº 13.431/2017 – que prevê que o juiz avaliará a conveniência das perguntas complementares -, esse dispositivo violar o artigo 212 do código de processo penal, ocasionando uma nulidade processual.

De acordo com Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 689):

a nulidade é o reconhecimento de que no trajeto para formação do ato houve violações ao fair play, com a contaminação das garantias estabelecidas pelo Estado para condenação de alguém em uma democracia. Inverte-se, assim, a maneira de abordagem. Não se trata de ponderar se o ato merece ou não ser declarado nulo, e sim de que não pode gerar efeitos justamente porque sua formação é inadequada (ROSA, 2017, p. 689).

Assim, o essencial é que ocorra a declaração de nulidade, pois sem a declaração o ato que foi produzido em desconformidade com as regras processuais penais passa a produzir efeitos, por isso é de suma importância a existência de juízes responsáveis por resguardar as garantias das partes (ROSA, 2017, p. 689).

A título exemplificativo, a 5ª Turma do STJ (REsp nº 1239482), anulou, desde a audiência de instrução, um processo em que ausente o ministério público, o juiz presidiu a instrução, substituindo a acusação, saindo de sua posição de complementar de inquirição.

Quanto a declaração de nulidade, há a teoria da ausência de prejuízo, prevista no artigo 563 do CPP, em que são aproveitados os

atos incompatíveis, desde que atendam às suas finalidades. Porém, essa definição é incompatível com as garantias do acusado em face do Poder Estatal, e ainda, tem sua base fundada na inquisição.

Isso significa que: “o Estado estabelece por lei as regras do procedimento. Há descumprimento, mas em nome do resultado, especialmente no caso de provas ilícitas, o juiz se demite do seu papel de garante das próprias regras, validando os efeitos do ato nulo”. (ROSA, 2017, 680).

Assim, de acordo com Alexandre Morais da Rosa:

se as regras do jogo podem ser desconsideradas em nome do resultado, qual o sentido delas? Nenhum. Se o jogador, mesmo ciente da ilicitude, vai adiante no ato irregular por saber que os efeitos podem seduzir o julgador, não se pode mais falar, nem mesmo, de processo penal, mas sim de jogo cínico. Contorna-se o descumprimento das regras procedimentais porque no jogo não há mais juiz, mas sim coadjuvante dos jogadores, diretamente: um juiz comprado pelas recompensas não republicanas. Em uma afirmação: o juiz só apita para um lado e, portanto, inexistente jogada fora da lei. (ROSA, 2017, 681).

Assim, a lei que define o procedimento do depoimento especial (lei nº 13.431/2017) há o desrespeito de várias formas estabelecidas tanto no Código de Processo Penal quanto na Constituição Federal. Entretanto, em busca de um bem maior, que é por meio de uma forma “mais suave” buscar provas para condenar o réu, desrespeita-se as formas estabelecidas em lei e alega-se que não houve prejuízo, portanto, sem que haja o reconhecimento de nulidade processual.

CONCLUSÃO

O sistema acusatório é o pressuposto do moderno processo penal, que assegura o respeito as garantias constitucionais como imparcialidade do julgador, o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas, o princípio da inocência, o direito ao silêncio, entre outras garantias.

Entretanto, o código de processo penal ainda apresenta resquícios do sistema inquisitório. Mas, aos poucos vêm se adaptando a sistemática da Constituição Federal que elegeu o sistema acusatório, a exemplo da lei nº 11.690/2008, que alterou com o artigo 212 do CPP e extinguiu com a figura do Juiz-Presidente da instrução.

Inobstante a isso, o sistema inquisitório está enraizado na cultura brasileira, a todo tempo a sociedade instiga ao juiz uma postura mais ativa na produção da prova, e este não gosta de ser um sujeito passivo.

A recente lei que instituiu o procedimento do depoimento especial em vítimas menores (lei nº 13.431/2017) marca um típico exemplo de retorno a atuação instrutória e inquisitória do juiz no processo penal brasileiro.

Na verdade, o depoimento especial surgiu diante da incapacidade técnica de juízes e promotores de realizarem as perguntas à vítima menor. Foi necessário que os magistrados buscassem a instrumentalização da escuta, ou seja, instituir a figura do profissional especializado, que realizará “o trabalho sujo” e a inquirição ao menor. A realidade é de que os magistrados têm medo de fazer perguntas erradas e acabarem por perder a prova da condenação. (IGNEZ e LIGEIRO, 2018).

Assim, o principal objetivo da criação da lei do depoimento especial foi melhorar a qualidade da prova, e conseqüentemente, das condenações e jamais a preocupação central foi com a vítima.

O depoimento especial não traz benefícios à criança, nem mesmo a protege da revitimização, pois a ela não é dado o direito ao silêncio, terá que falar mesmo não se sentindo segura naquele

momento. E, após a escuta, tudo continuará como antes, o agressor será preso e a criança ficará esquecida pelo Estado, pois foi apenas um objeto do processo penal.

Mas ao contrário, para o juiz - protagonista da realização da prova -, o depoimento especial trará benefícios, como a principal (e a mais forte) prova para fundamentar a sentença condenatória e elevar os índices de condenação, que é a palavra da vítima.

Como bem expõe o jurista Alexandre Morais da Rosa, o depoimento especial é uma “cruzada do bem”, em que aqueles que não são favoráveis são considerados do mal. E o grande problema é que o judiciário não abre a mão da prova e do procedimento de inquirição. Há outros métodos, que seriam muito mais eficazes, do que a escuta judicial.

Entretanto, o judiciário é possessivo e precisa produzir a prova, mesmo que seja mascarado por uma pessoa interposta, dando o ar de legalidade ao procedimento.

Assim, o grande problema são os juízes instrutores, apoiados pela sociedade que busca ver a condenação a qualquer custo, em desrespeito as regras constitucionais e legais, em total descaso com a vítima.

Acredita-se que o depoimento especial não é a melhor forma de produzir a verdade em um processo penal democrático. Primeiramente devem ser resguardados os direitos e garantias do acusado e as formas estabelecidas em lei para que se tenha um processo válido, e que a prova seja produzida através do contraditório judicial, tendo o juiz a função de zelar pela obediência a lei.

Conclui-se com a frase do nobre jurista Alexandre Morais da Rosa que demonstra o real objetivo do depoimento especial: “o Depoimento Especial se preocupa com uma única questão: melhorar a qualidade da prova para a condenação, fingindo respeito para com a criança vítima” (ROSA, 2017, p. 184-185).

Em suma, o presente artigo pauta-se da premissa do sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, e analisou a atuação instrutória do juiz sob o aspecto da lei do depoimento es-

pecial, demonstrando que a figura do juiz-inquisitor está enraizada na cultura brasileira, e, em que pese serem realizados esforços no sentido de remover a atuação instrutória do juiz, não raras vezes, retoma-se a figura do juiz-presidente da inquirição.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito processual penal*. 7 ed., rev. atual. e ampl. – Niterói, RJ: Impetus, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.
- BRASIL. *Lei nº 13.431*, de 04 de abril de 2017.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- (H)OUVE?. Direção de Silvia Ignez e Henrique Ligeiro. Rio de Janeiro: Silvia Ignez, 2018. Documentário, P&B. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mDMxTzwGDbg>>. Acesso em: 04 out. 2018.
- FARIELLO, Luiza. *CNJ Serviço: mitos e verdades do depoimento especial de crianças*. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85491-cnj-servico-mito-e-verdade-do-depoimento-especial-de-criancas>>. Acesso em: 07 set. 2018.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*/ Renato Brasileiro de Lima – 6. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e a sua conformidade constitucional* – 9ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEIRELLES, João Victor Esteves; GORGA, Maria Luiza. *Depoimento especial: eficácia e compatibilidade como meio de produção de prova*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243730,51045-Depoimento+especial+eficacia+e+compatibilidade+como+meio+de+producao>>. Acesso em: 07 set. 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal* – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ORTEGA, Flávia Teixeira. *Nova Lei 13.431/17 dispõe sobre o depoimento sem dano*. 2018. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/530851128/nova-lei-13431-17-dispoe-sobre-o-depoimento-sem-dano>>. Acesso em: 26 set. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. *O Depoimento sem Dano e o Advogado do Diabo. A Violência “Branda” e o “Quadro Mental Paranóico” (Cordero) no Processo Penal*. Revista de Direito da FESP, v.1, n. 1, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3ª ed. rev. e atual - Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

HÁ LIMITES NO TRIBUNAL DO JÚRI? Breves considerações acerca do emprego de discursos jurídicos violadores de direitos das vítimas do feminicídio

ARE THERE LIMITS IN THE COURT OF THE JURY? Brief considerations about employment of legal speeches violating rights of femicide victims

Recebido: 09.07.2019

Aprovado: 20.01.2020

Érika Costa da Silva

Mestranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA/Salvador –BA)
Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Advogada.

erikacostaa@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/8593145285099668>

<https://orcid.org/0000-0001-8481-1545>

Resumo: O presente artigo tem como objetivo descrever o uso de discursos violadores de direitos das vítimas do feminicídio, empregado pelos atores da defesa do réu no âmbito do Tribunal do Júri, especialmente, o uso, pelos defensores públicos, da tese da legítima defesa da honra. Nessa ótica, a análise é essencial para demonstrar que, a Defensoria Pública, ao fazer uso de teses violadoras de direitos que deveria, por lei, proteger, acaba por legitimar condutas violentas e discriminatórias, contribuindo para o agravamento do problema social da violência de gênero. Para tanto, será apresentado um panorama geral acerca do fenômeno da violência de gênero, destacando as inovações legislativas que tratam do tema e as suas omissões. Trata-se de trabalho bibliográfico que, em relação ao perfil da vítima do feminicídio, é construído sob uma perspectiva de raça. Por fim, são trazidas algumas considerações sobre o papel institucional dos defensores públicos e a plenitude do direito de defesa, bem como a possibilidade de substituição das teses que

aprofundam o desrespeito aos direitos humanos por uma defesa que salvaguarde tais direitos.

Palavras - chave: Lei Maria da Penha, Femicídio, Tribunal do Júri, Legítima Defesa da Honra, Defensoria Pública.

Abstract: This article aims to describe the use of speeches that violate the rights of the victims of femicide, used by the defendants' defense actors within the scope of the Jury Court, especially the use, by public defenders, of the thesis of legitimate defense of honor. From this point of view, analysis is essential to demonstrate that the Public Defender's Office, by using rights-violating theses that it should, by law, protect, ends up legitimizing violent and discriminatory conduct, contributing to the worsening of the social problem of gender violence. For that, an overview of the phenomenon of gender violence will be presented, highlighting the legislative innovations that deal with the theme and its omissions. This is bibliographic work that, in relation to the profile of the victim of femicide, is constructed from a race perspective. Finally, some considerations are made about the institutional role of public defenders and the fullness of the right of defense, as well as the possibility of replacing the theses that deepen the disrespect for human rights by a defense that safeguards those rights.

Keywords: Maria da Penha Law, Femicide, Jury court, Legitimate Defense of Honor, Public Defender's Office.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como objetivo central promover a discussão e reflexão acerca do uso de teses de defesa violadoras dos direitos das vítimas no tribunal do júri em casos de feminicídio. A violência contra a mulher é fenômeno social complexo e profundamente enraizado na sociedade brasileira, que não raramente desemboca na sua forma mais extrema de manifestação: o assassinato de mulheres como consequência de um ciclo de diversos atos violentos.

O feminicídio, ao tratar da morte de mulheres levada a efeito pelo fato de pertencerem ao gênero¹⁴¹ feminino, denota o contexto específico em que esses crimes ocorrem, tendo em vista que, em razão da discriminação e opressão ainda existentes, as mulheres são postas em situação de vulnerabilidade.

Segundo dados do Atlas da Violência de 2018, o Brasil ocupa atualmente a 5ª posição no número de homicídios praticados contra as mulheres. Com uma taxa de 4,8 assassinatos por 100 mil mulheres, a violência de gênero com resultado morte se mostra como problema dos mais complexos, reclamando medidas de contenção por parte do poder público.

A Lei Maria da Penha (lei nº 11.340 de 2006), constituiu um avanço importante no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, no entanto, não teve reflexos significativos no número de mortes de mulheres¹⁴².

¹⁴¹ Segundo as Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres - ONU Mulheres, 2016, gênero se refere a construções sociais dos atributos femininos e masculinos definidos como papéis percebidos como inerentes à "feminilidade" ou à "masculinidade". Disponível em: https://oig.cepal.org/sites/default/files/diretrizes_para_investigar_processar_e_julgar_com_perspectiva_de_genero_as_mortes_violentas_de_mulheres.pdf. Acesso em: 03 de maio de 2019.

Para Scoot citada por Marília Costa e Isadora Machado: em sua definição de gênero, aponta que um dos elementos constitutivos de tal conceito é a dimensão subjetiva, que diz respeito aos elementos da identidade subjetiva dos sujeitos e sujeitas, que interagem com as relações sociais. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/recursos/anais/1499460981_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-MariliaFerruzzi;IsadoraVier.pdf. Acesso em: 03 de maio de 2019.

¹⁴² Dados do Ipea mostram que, no Brasil, a taxa de homicídios de mulheres dentro de casa era de 1,1 para cada 100 mil habitantes, em 2006, e de 1,2 para cada 100 mil habitantes, em 2011. CAMPOS, Ana Cristina. Ipea: *Lei Maria da Penha reduziu violência doméstica contra mulheres*. 2015. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-03/ipea-lei-maria-da-penha-reduziu-homicidios-de-mulheres-dentro-de>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

Seguindo o caminho trilhado pela Lei 11.340/06, em 09 de março de 2015, foi sancionada a Lei 13.104, que alterou o artigo 121 do Código Penal, para prever, em seu §2º, inciso VI, uma nova modalidade de homicídio qualificado: o feminicídio. Este último consistiria, segundo o mencionado dispositivo, em um homicídio praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”.

No entanto, apesar dos avanços, a inovação legislativa merece ponderações, especialmente em relação a figura da mulher que se propõe a proteger.

Nesse sentido, sabe-se que, muito embora todas as mulheres estejam sujeitas a esse tipo de violência, os dados sociais apontam que as mulheres negras constituem o grupo mais atingido e vitimado pelo feminicídio. O Atlas da Violência de 2018, denuncia que a taxa de homicídios é maior entre as mulheres negras do que entre as não negras, sendo que essa diferença alcança o percentual de 71%. Debora Diniz (2015), em estudo realizado no Distrito Federal, demonstrou que em 80% dos casos analisados, a vítima do feminicídio foi uma mulher negra.

Desse modo, o presente trabalho se propõe a possibilitar a discussão sobre esta modalidade de homicídio qualificado incluída no Código Penal brasileiro pela Lei nº: 13.104/2015, sob a ótica indissociável das questões que permeiam os números da violência e que traduzem não apenas um gênero, mas uma estatística que possui cor.

Para tanto, busca demonstrar a violação existente no uso de teses defensivas que violam os direitos humanos vítimas, no âmbito do tribunal do júri em casos de feminicídio, dando ênfase ao emprego dessas teses pela Defensoria Pública que possui, por sua vez, a incumbência constitucional de promoção e proteção dos direitos humanos.

Ainda, será apresentado um panorama geral acerca do fenômeno da violência de gênero, destacando as inovações legislativas que tratam do tema e as suas omissões. São trazidas ainda algumas considerações sobre o papel institucional dos defensores

públicos e a plenitude do direito de defesa. Trata-se, pois, de trabalho bibliográfico que, em relação ao perfil da vítima, é construído sob a ótica racial.

Assim, diante desse olhar lançado para as vítimas e para o funcionamento do sistema, considerando as questões de gênero, raça e sexualidade que lhe dão sustentação, busca-se demonstrar que, a Defensoria Pública, ao fazer uso de teses violadoras de direitos que deveria, por lei, proteger, acaba por legitimar condutas violentas e discriminatórias, contribuindo para o agravamento do problema social da violência de gênero.

2. UM PANORAMA DA PROTEÇÃO A MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: “LÁ VEM ELA CHORANDO, O QUE QUE ELA QUER? PANCADA NÃO É, JÁ SEI”¹⁴³

A mulher, vítima de uma sociedade moldada sob as bases sólidas do patriarcado¹⁴⁴, era posta em uma posição de inferioridade, chegando a ser considerada relativamente incapaz para gerir a própria vida, conforme normatizado no Código Civil brasileiro de 1916, artigo 6, inciso II, situação que só fora alterada com o advento do chamado Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121), em 1962.

Tal circunstância serve bem para ilustrar “o quanto estancos eram os papéis sociais reservados para cada gênero” (RIBEIRO, 2013), sendo que as mulheres deveriam submeter-se ao que era tido como correto e aceitável na estrutura organizacional da sociedade imposta pela “ordem patriarcal de gênero”, sob pena de serem condenadas e colocadas à margem da moral e dos bons costumes da época (SAFFIOTI, 2004).

¹⁴³ Trecho da música “*Lá vem ela chorando*”. Interpretada por Beth Carvalho, ano: 1977.

¹⁴⁴ Segundo Heleieth Saffioti: “O patriarcado refere-se a milênios da história mais próxima, nos quais se implantou uma hierarquia entre homens e mulheres, com primazia masculina. [...] o conceito de gênero carrega uma dose apreciável de ideologia. E qual é esta ideologia? Exatamente a patriarcal, forjada especialmente para dar cobertura a uma estrutura de poder que situa as mulheres muito abaixo dos homens em todas as áreas da convivência humana. É a esta estrutura de poder, e não apenas à ideologia que a acoberta, que o conceito de patriarcado diz respeito”. (SAFFIOTI, p. 128).

Segundo Gerda Lerner (1985, p. 318), *“las mujeres han participado durante milenios en el proceso de su propia subordinación porque se las ha moldeado psicológicamente para que interioricen la idea de su propia inferioridad.”*¹⁴⁵

Esse cenário foi mudando seus contornos, em razão da luta constante das próprias mulheres pela conquista de direitos, de modo que as pautas das agendas feministas se fortaleceram e suas reivindicações começaram a traçar a sociedade na forma como a conhecemos hoje.

Nesse aspecto, os estudos de gênero serviram “para desmistificar o argumento de que a divisão social de papéis entre homens e mulheres seria imposta por caracteres biológicos de cada um deles, o que naturalizava a opressão feminina” (CALDAS, 2016, p. 10). Dessa forma, passou-se a compreender que a divisão é produto de construções sociais, que carregam características específicas da época e do lugar, tal construção resulta no gênero, dando significado à diferença sexual.

Milena Baker (2015), credita ao movimento feminista essa importante contribuição consistente na “profunda reflexão a respeito da diferença entre sexo e gênero”. Assim, o gênero refere-se às características construídas socialmente, enquanto o sexo refere-se às diferenças biológicas.

O papel social construído para o gênero feminino foi ganhando ressignificação, alcançou lugares e funções. Retirando as mulheres do papel adstrito à maternidade e ao lar, a sociedade civil passou a encará-las não apenas como protagonistas dos postos de trabalho no ambiente doméstico, mas também naqueles que eram tidos como “tipicamente” reservados aos homens. As mulheres começaram a avançar para os centros de poder.

Embora a situação da mulher tenha melhorado significativamente nos últimos anos, diversos são os fatores que impedem o pleno gozo das melhorias nessa condição de vida, e a violência de gênero exerce papel decisivo nesse aspecto.

¹⁴⁵ Tradução livre: As mulheres participaram por milênios no processo de sua própria subordinação porque foram moldadas psicologicamente para internalizar a ideia de sua própria inferioridade.

Em outubro de 2001, o Núcleo de Opinião Pública da Fundação Perseu Abramo realizou uma pesquisa em todo o território brasileiro, que ouviu 2.502 mulheres, cuja ideia era apreender a percepção das mulheres, no novo século, sobre diversos temas ligados à sua condição, como mercado de trabalho, aborto e violência contra a mulher.

Segundo os dados apurados, aproximadamente uma em cada cinco mulheres brasileiras declarou espontaneamente já ter sofrido algum tipo de violência por parte de algum homem. Um terço das mulheres admitiu ter sido vítima de violência física em algum momento de sua vida (33%); a violência psíquica e o assédio sexual alcançaram índices de 27% e 11%, respectivamente (VENTURI, RECAMÁN e OLIVEIRA, 2004).

O Brasil, pressionado no cenário internacional, em um movimento impulsionado por grupos feministas e apoiado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, avançou no combate à violência de gênero e no melhoramento da produção de dados estatísticos sobre a violência contra a mulher no país.

Com a criação da Lei Maria da Penha, o país, passou a reconhecer que a violência contra a mulher é fenômeno diferenciado e grave, que pode se manifestar de diversas formas, inclusive a sexual, dentro ou fora do ambiente familiar e doméstico¹⁴⁶.

A Lei nº 11.340/2006, trata especificamente da violência doméstica e familiar contra a mulher, cujo conceito, para os efeitos da mencionada legislação, vem expresso em seu art. 5º, inovando, segundo Thais Caldas (2016, p. 17), “ao afirmar que este tipo de violência configura-se também em qualquer relação íntima de afeto, em que o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação (Inciso III do art. 5º)”.

¹⁴⁶ Baker salienta que: apesar da violência masculina contra as mulheres ocorrer predominantemente no espaço doméstico, nesse ambiente em que os papéis de gênero tradicionais ocorrem, a violência pode ser alheia à privacidade do lar. (BAKER, 2015).

Para Flávia Piovesan (2012), a Lei Maria da Penha criou, de forma inédita, instrumentos para combater a violência doméstica e familiar contra as mulheres, através da previsão de medidas de prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência.

No ano de 2011, foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência contra a Mulher (CPMIVCM) - Requerimento nº 4 de 2011-CN - possuindo a finalidade de “investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”.

É de autoria da CPMI o Projeto de Lei 292 de 2013, que originou a Lei 13.104/2015, para alterar o Código Penal brasileiro, inserindo o feminicídio no rol de circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio.

Sancionada em 9 de março de 2015, a Lei 13.104 alterou o art. 121 do Código Penal brasileiro, que passou a prever, no §2º, inciso VI, a novel qualificadora para o crime de homicídio, denominado feminicídio, para aqueles casos em que o assassinato é cometido contra uma mulher por “razões da condição de sexo feminino”. Ademais, incluiu o feminicídio no rol de crimes hediondos, previsto no o art. 1º da Lei 8.072/1990.

Nesta senda, para que haja a incidência da nova qualificadora do homicídio, é necessário que o assassinato ocorra no âmbito doméstico e familiar e que a violência envolva menosprezo e/ou discriminação à condição de mulher (art. 121, §2º-A, incisos I e II, do CPB). Portanto, não basta que a vítima do homicídio seja mulher para que o crime figure sob a rubrica do feminicídio, é preciso também que se observe a ocorrência de tais circunstâncias.

No entanto, apesar dos avanços na legislação nacional, o Atlas da Violência de 2018 indica que no ano de 2016, 4.645 mulheres foram assassinadas no Brasil, o que representa uma taxa de 4,5 homicídios para cada 100 mil brasileiras. O Atlas destaca ainda que a base de dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade

não fornece informação sobre feminicídio, portanto não é possível identificar a parcela que corresponde às vítimas desse tipo específico de crime. A ausência desses dados só fortalece a subnotificação desses casos¹⁴⁷.

3. A COR DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO: “OLHA NEGA TU É FEIA QUE PARECE MACAQUINHA, DEI UM MURRO NELA E JOGUEI ELA DENTRO DA PIA.”¹⁴⁸

Realizar uma leitura sobre o feminicídio desassociado da questão racial é falho e perigoso. Não se nega o fato que toda mulher pode ser vítima de violência doméstica, independentemente de sua cor. No entanto, faz-se necessário destacar a questão racial que envolve o tema. Felipe Freitas (2017) afirma que “é preciso que as categorias sejam incorporadas na leitura que se faz da realidade, e, ao mesmo tempo, assumir as implicações dos atores da pesquisa na composição das realidades que se pretende analisar”.

Nesse aspecto, o recente e amargo legado da escravização, associado ao desenvolvimento econômico da sociedade brasileira, baseado na exploração do trabalho escravo e no genocídio da população negra, geram condições de vida desiguais, aumentando o risco de violência fatal.

Sobre o tema, Lélia Gonzales esclarece:

As condições de existência material da comunidade negra remetem a condicionamentos psicológicos que têm que ser atacados e desmas-

¹⁴⁷ Sobre as subnotificações de casos de feminicídio, Amom Pires cita o exemplo noticiado via imprensa: “mesmo após mais de dois anos de vigência da Lei do Feminicídio, a Secretaria de Segurança da Bahia informou que no ano de 2017 não teria ocorrido sequer um caso de feminicídio no Estado [sic], o que pode ser explicado pelo desconhecimento dos agentes estatais em traduzir e tipificar adequadamente as mortes das mulheres por razões de gênero, já que inúmeros feminicídios foram noticiados pela imprensa, porém não enquadrados na figura penal pela Polícia Civil baiana. O nível de despreparo fica evidente na fala de um delegado entrevistado que, ao explicar porque não reputava como feminicídios os casos em que os homens não aceitaram o término do relacionamento, declarou: “Vejo como no sentido em que se deu um desequilíbrio por parte do companheiro em não saber lidar com o sentimento de perda, isso não quer dizer que ele odeie mulher”. (PIRES, 2018).

¹⁴⁸ Trecho da música: “Minha Nega na Janela”. Intérprete: Germano Mathias. Ano: 1979.

carados. Os diferentes índices de dominação das diferentes formas de produção econômica existentes no Brasil parecem coincidir num mesmo ponto: a reinterpretação da teoria do “lugar natural” de Aristóteles. Desde a época colonial aos dias de hoje, percebe-se uma evidente separação quanto ao espaço físico ocupado por dominadores e dominados. O lugar natural do grupo branco dominante são moradias saudáveis, situadas nos mais belos recantos da cidade ou do campo e devidamente protegidas por diferentes formas de policiamento que vão desde os feitores, capitães de mato, capangas, etc, até a polícia formalmente constituída. Desde a casa grande ao sobrado até aos belos edifícios e residências atuais, o critério tem sido o mesmo. Já o lugar natural do negro é o oposto, evidentemente: da senzala às favelas, cortiços, invasões, alagados e conjuntos “habitacionais” (...) dos dias de hoje, o critério tem sido simetricamente o mesmo: a divisão racial do espaço. (...) No caso do grupo dominado o que se constata são famílias inteiras amontoadas em cubículos cujas condições de higiene e saúde são as mais precárias. Além disso, aqui também se tem a presença policial; só que não é para proteger, mas para reprimir, violentar e amedrontar (GONZALES, 1984, p. 232).

Nesse sentido, “a precarização da vida constrói o caminho da morte” (FLAUZINA, 2016). A ausência de políticas e serviços públicos - saúde, educação, habitação, saneamento básico, planejamento familiar e garantia de direitos no âmbito do mercado de trabalho - somados ao racismo e a misoginia, traçam o cotidiano perigoso da

mulher, notadamente a mulher negra, todas tentando sobreviver a uma sociedade marcada por discriminações.

Especificamente sobre a condição da mulher negra, Angela Davis (2016, p. 24-25) aponta as violações sofridas desde o processo de escravização, cujos efeitos são sentidos até os dias atuais, pontuando que a postura dos senhores em relação às escravas era conduzida pela conveniência, “quando era lucrativo explorá-las como se fossem homens, eram vistas como desprovidas de gênero; mas, quando podiam ser exploradas, punidas e reprimidas de modos cabíveis apenas às mulheres, elas eram reduzidas exclusivamente à sua condição de fêmeas”.

Estudos recentes, quando avaliados na perspectiva das mulheres negras, revelam um contexto de desigualdades que potencializam a violência contra os corpos negros femininos. O Mapa da Violência de 2015 afirma que a conclusão retirada dos diversos mapas já produzidos, e que abordaram a incidência da raça/cor em seus dados, evidencia que “a população negra é vítima prioritária da violência homicida no Brasil”,

Dividindo a população feminina pela variável raça/cor, tem-se que a taxa de homicídios é maior entre as mulheres negras do que entre as não negras, e a diferença alcança o percentual de 71%, sendo que entre 2003 a 2013, o número de homicídios de mulheres não negras apresentou uma queda de 9,8% enquanto que, no mesmo período, os homicídios contra mulheres negras aumentaram 54,2%.

Se realizada a leitura pós vigência da Lei Maria da Penha, se verifica que o número de vítimas cai 2,1% entre as mulheres não negras e aumenta 35,0% entre as mulheres negras. O Atlas da Violência 2018 aponta que as categorias de gênero e raça são fundamentais para entender a violência letal contra a mulher, que é, “em última instância, resultado da produção e reprodução da iniquidade que permeia a sociedade brasileira”.

O cenário desenhado pelos indicadores sociais do país denuncia o racismo como fator determinante para o número elevado de feminicídios no Brasil. Segundo Jurema Werneck, a sociedade bra-

sileira é fincada no racismo patriarcal, que divide as pessoas pela cor da pele e então pelo gênero, assim as mulheres negras estarão sempre “na base da pirâmide das desigualdades sociais no Brasil, o que acaba resultando nessas altas taxas de assassinato”.

Nesse sentido, Ana Flauzina destaca que:

é importante sublinhar que são as mulheres negras as potencialmente mais vitimadas pelas práticas desencadeadas pela violência de gênero nas suas implicações com a violência contra a mulher, e pela ainda incipiente resposta ofertada pelo sistema de justiça aos casos. É também esse segmento o mais afetado pela perspectiva punitivista em torno da legislação que tem no racismo um de seus principais alicerces. Assim sendo, analisar perspectivas de mulheres negras quanto às potencialidades e as limitações dos desdobramentos da Lei Maria da Penha significa tocar no ponto central dos dilemas de um marco jurídico inovador operado a partir de um sistema conformado por padrões históricos discriminatórios (FLAUZINA, 2015).

Dessa maneira, a mulher é, sem dúvida, o sujeito passivo do crime de feminicídio, e como dito, a mulher negra aparece como a principal vítima do crime.

4. O TRIBUNAL DO JÚRI E A PLENITUDE DE DEFESA: “ESTA MULHER É TEIMOSA...ELA XINGA, ELA BEBE...NÃO QUIS IR PARA A COZINHA, NO PRIMEIRO DIA O NOSSO AMOR MORREU”¹⁴⁹

O Tribunal do Júri, a primeiro momento, nasce com caráter religioso, possuindo referências diretas a justiça divina que, assim

¹⁴⁹ Trecho da música: “*Conselho de Vadio*”. Interpretação: Candeio. Ano: 1975.

como nos escritos bíblicos haviam doze apóstolos, igualmente, no Tribunal popular haviam doze homens incumbidos pelo poder de julgar as condutas praticadas pelos cidadãos. Nucci (2008) afirma que o Tribunal do Júri é o instituto que possui a aplicação dogmática mais democrática da história da humanidade. No Brasil, o Tribunal foi instituído oficialmente no ano de 1822, era composto por vinte e quatro homens classificados como bons e honrados, cuja competência era o julgamento de crimes de imprensa (PARENTONI, 2011).

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 alocou o Tribunal do Júri como direito fundamental, resgatando a soberania, o sigilo das votações, a competência para julgar crimes dolosos contra a vida e a plenitude de defesa. (SOUSA, 2015), sendo que, o Tribunal do Júri é a única instituição do ordenamento jurídico pátrio que possui como garantia constitucional a plenitude de defesa, aos demais procedimentos é assegurado o uso apenas da ampla defesa. Nesse aspecto, os institutos da plenitude de defesa e ampla defesa, para a doutrina majoritária, apesar de sinalizarem certa semelhança, guardam diferenças essenciais, é o que sustenta Nucci (2008, p. 83), ao afirmar que: “amplo quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, pleno, cabal, perfeito.”. Para Sousa (2015), “diferente do que acontece na ampla defesa, na plenitude de defesa poderá o defensor utilizar qualquer tese, mesmo que extrajudicial.”

A diferença entre o alcance e a liberdade no uso desses direitos (ampla defesa e plenitude de defesa), estaria guardado no fato de que, no Tribunal do Júri, o poder de julgar está nas mãos de um conselho composto por pessoas leigas, ou seja, os jurados não possuem qualificação técnica que possa ampará-los no momento da decisão, sendo necessário o uso amplo de argumentação pela defesa, para auxiliar na formação do juízo de valor daquele auditório cujo orador quer influenciar com a sua argumentação.

Para Lucas Sá Souza (2013, p. 65), a garantia da plenitude de defesa é dada em razão de ser o julgador do réu um cidadão comum, livre do conhecimento técnico-jurídico, dessa forma, “a defe-

sa do réu não poderá estar limitada a argumentos exclusivamente legais, sob pena de as alegações defensivas não serem compreendidas pelos juízes naturais da causa, impossibilitando assim o correto julgamento.”

Ocorre que, concernente a utilização da plenitude de defesa no Tribunal do Júri em casos de feminicídio, denuncia Maíra Zapater (2015) que o seu uso tem contribuído para reforçar estereótipos de gêneros e são utilizados por advogados de defesa, promotores e defensores públicos. Na prática, os advogados de defesa e defensores públicos, na tentativa de alcançar o objetivo de condenar ou absolver o réu, tendem a se utilizar de argumentos que enfatizam a dicotomia de parâmetros ou estereótipos da mulher enraizados na cultura da sociedade brasileira, de modo que as pessoas tendem a ver e encarar a mulher sob dois aspectos antagônicos: a mulher de família (dotada de virtudes sob o ponto de vista do padrão aceito pela sociedade) e, por isso, merecedora de maior cuidado na proteção dada pelo Estado Juiz, e a mulher transgressora destes padrões e, por isso, vista como provocadora da conduta discriminatória da qual é vítima, tornando-a, assim, culpada da sua própria mazela.

O fato é que o julgamento no Tribunal do Júri se dá por pessoas leigas, as quais em tese não têm conhecimento do paradigma de gênero e das violências correspondentes que afetam as mulheres, assim, o Conselho de Sentença é movido, na maioria das vezes, por argumentações que violam o direito da vítima e por íntima convicção, o que torna esse espaço pouco crítico e propício à adesão à perspectiva de gênero na condução dos casos de feminicídio. (PIRES, 2018).

Assim sendo, há de se ressaltar que sob o ponto de vista do processo penal, notadamente no que tange ao Tribunal do Júri, é comum que os operadores do direito se utilizem de aspectos de defesa que ultrapassam o próprio direito de defesa¹⁵⁰, se valendo daquilo que se chama de amplitude de defesa¹⁵¹, que permite o uso de toda

¹⁵⁰ Uso de todos os meios de defesa previstos em lei.

¹⁵¹ Uso de meios de defesa não previstos em lei, desde que não decorrentes de provas ilícitas.

e qualquer tese numa defesa criminal (apoiando-se, via de regra, no fundamento da legítima defesa da honra). Ao agir sob este pilar, não se preocupam com o impacto dessa prática no reforço de discursos que legitimam a conduta violenta discriminatória, a qual o próprio direito penal tenta reprimir, indo, com isso, de encontro a valores inerentes à noção de sistema de justiça democrático, o qual o direito penal não pode perder de vista.

5. O USO DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA: “SE TE AGARRO COM OUTRO, TE MATO! TE MANDO ALGUMAS FLORES E DEPOIS ESCAPO”¹⁵²

Os preconceitos históricos e culturais que recaem sobre as mulheres e que foram naturalizados pela sociedade civil, alimentam a transferência de culpa para própria vítima nos casos de violência contra a mulher, mesmo quando o resultado é morte. A sociedade brasileira, nesse aspecto, tratou de maneira condescendente as questões da violência de gênero apoiada na chamada “legítima defesa da honra”.

A título de exemplo, pode-se citar a produção musical brasileira, onde é bastante comum encontrar composições que abordam o tema da violência contra a mulher, na maioria das vezes legitimando a prática de tais atos. Em 1977, o cantor Sidney Magal lançou a música “Se Te Agarro com Outro Te Mato”, a composição é construída por trechos que buscam justificar a prática do crime de gênero, evidenciado nos versos: “se te agarro com outro, te mato! Te mando algumas flores e depois escapo... dizem que eu estou errado, mas quem fala isto, é quem nunca amou, posso até ser ciumento, mas ninguém esquece tudo o que passou”. A canção foi um sucesso e, à época, ocupou o primeiro lugar nos programas de rádio do país (MEDEIROS, 2011).

Nesse aspecto, Andréa Borelli (1999) explica que perante a sociedade brasileira, sobretudo até o século XX, a morte de mulheres

¹⁵² Trecho da música: *Se Te Agarro com Outro Te Mato*. Interpretação: Sidney Magal. Ano: 1977.

por seus maridos, namorados e companheiros, era justificada como a prática de um crime passional (cometido por grande emoção), sendo vista como uma maneira de regular o controle das mulheres sobre os seus corpos e comportamentos, pois o crime acontecia quando “se rompia com os padrões vigentes da época”.

Assim, a traição feminina, o ciúme e o amor justificavam o ato de matar, bem como a certeza da impunidade que, em outros termos, ratificava a tese da legítima defesa da honra, esta, por sua vez, compreende em uma tese de conteúdos preconceituosos reinantes principalmente até a década de 1970 que, em síntese, transfere a culpa para a vítima, com o intuito de garantir a absolvição do réu ou a diminuição de sua pena.

A tese da legítima defesa da honra é fruto de uma construção dos advogados de defesa, que utilizando-se das ambiguidades do texto jurídico e da inferiorização da mulher em uma sociedade onde predominava a mentalidade de que a honra do homem era garantida pelo corpo e pelo comportamento da mulher, lançavam os argumentos nos embates travados nos tribunais do júri, garantindo a possibilidade de absolvição/atenuação da condenação dos réus acusados da prática do crime, à época, classificado como passional (ELUF, 2007).

Conquanto nunca tenha existido no marco legal brasileiro, ferindo, inclusive, leis nacionais e tratados internacionais que o Brasil é signatário, a tese ainda é utilizada e colabora para a impunidade nos casos de feminicídio, e seus argumentos realçam e estimulam a desigualdade entre os gêneros.

Nesse sentido, Pimentel, Pandjarian e Belloque (2006) afirmam que o Brasil pode ser apontado como um dos países da América Latina que possui a maior tradição no acolhimento da tese da legítima defesa da honra em sua jurisprudência, mesmo com ausência de previsão expressa na legislação penal nacional a esse respeito.

Desse modo, as autoras comprovam, através de pesquisa documental, que a tese da legítima defesa da honra continua a ser utilizada no sistema de justiça brasileiro, ainda que “disfarçada por

meio de artifícios argumentativos que procuram transferir a culpa do crime para vítima, com base na sua conduta “desonrosa”, para ao menos diminuir a pena do agressor, quando não conseguem até mesmo a absolvição” (CALDAS, 2016).

A pesquisa avalia o uso da tese da legítima defesa da honra nos casos de feminicídio no Brasil, constatando que nos acórdãos coletados e publicados entre os anos de 1998 e 2003:

foram encontradas três decisões que acolheram explicitamente a tese da “legítima defesa da honra”, duas dos Tribunais do Estado de São Paulo (nos anos de 1995 e 1990, respectivamente) e uma do Tribunal de Justiça do Acre, datada do ano de 2002. [...] mesmo nos casos em que a tese em comento é inadmitida por faltar-lhe os requisitos formais do art. 25 do Código Penal, há uma relutância por parte dos Tribunais de Justiça de todas as regiões do Brasil em afastá-la por completo, os quais não afirmam a sua ilegitimidade em abstrato. (PIMENTEL, PANDJIARJIAN E BELLOQUE, 2006).

O uso da tese consolida a reprodução de preconceitos no sistema de justiça, sustentando discursos violadores dos direitos da vítima, invertendo a culpa, reforçando, em consequência, a tolerância social ao assassinato de mulheres. Nesse aspecto, o texto da justificação do projeto de Lei do Senado 292/2013, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher sintetizou a importância da previsão legal do feminicídio e os efeitos que eram esperados:

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, ex-

pondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passionnal”. Envia, outros sim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas. (COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO, 2013).

À época, um dos argumentos mais levantados em defesa da tipificação do feminicídio foi o fato de que tal previsão daria a devida visibilidade ao problema, “trazendo à luz as circunstâncias peculiares em que esses crimes ocorrem, as quais desnudam as questões de gênero envolvidas” (CALDAS, 2016). Acreditava-se que se abririam possibilidades, a exemplo da formação de dados estatísticos específicos sobre a prática do crime, individualizando e identificando de maneira mais fidedigna os contextos em que ocorrem, possibilitando, em última análise, a formação de políticas públicas mais específicas¹⁵³.

O Instituto Patrícia Galvão, no Dossiê Violência contra as Mulheres (2015), aponta impactos importantes que eram esperados com a previsão do feminicídio no Código Penal, entre eles estava o de ser um instrumento de combate à impunidade, evitando que o feminicídio continuasse a ser minimizado no sistema de justiça ou, ainda, pela imprensa, classificando-o como crime passionnal ou

¹⁵³ Pasinato (2011) assevera que a ausência de dados oficiais é um dos maiores obstáculos para os estudos sobre a morte de mulheres, obstaculizando que se tenha uma visão mais próxima do número de mortes e da conjuntura em que acontecem. Esse é um problema enfrentado tanto no Brasil como nos demais países da América Latina. (PASINATO, p.219-246, Jul./Dez. 2011).

homicídio privilegiado¹⁵⁴, refutando, em última análise, o uso de teses que culpabilizam a vítima do feminicídio, à exemplo da tese da legítima defesa da honra.

No entanto, apesar dos avanços legislativos de combate a violência de gênero, até hoje se encontram registros do uso de teses de defesa que violam os direitos das vítimas, notadamente no tribunal de júri em casos de feminicídio. Em recente pesquisa, realizada pelo Ministério da Justiça, no ano de 2015, restou demonstrado que o uso da tese da legítima defesa da honra se mantém, e a visão estereotipada é reforçada pela lógica adversarial do tribunal do júri, refletindo diretamente no desfecho processual.

Segundo a pesquisa, colaboram para a construção dessa imagem os advogados de defesa e defensores públicos, que costumam evidenciar o perfil “transgressor da mulher versus o do homem trabalhador violado em sua honra” para justificar a ocorrência do crime, destacando que os argumentos utilizados pela defesa “evocam a outrora difundida e criticada tese da legítima defesa da honra” que, apesar de não ter sido utilizada de modo explícito nos processos analisados para justificar a atitude do agressor, “parece ter alguma repercussão na operação que procura afastar a culpabilidade do réu e legitimar a violência perpetrada, a partir do comportamento da vítima” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 47-48).

Além da prática da defesa, a pesquisa chama atenção para o comportamento dos juízes, que segundo os pesquisadores possuem papel ativo durante a instrução processual, buscando o acolhimento de versões que culpabilizam o comportamento da vítima, citando que em um dos casos analisados, por exemplo, “diante da suspeita de traição pela vítima, o magistrado se voltou à investigação do comportamento da mulher assassinada”, inquirindo as testemunhas com os seguintes questionamentos: “Ela tinha horário para trabalhar, horários rígidos, de levar os meninos

¹⁵⁴ De acordo com Capez, o legislador, ao notar que determinadas motivações criminais estão compatíveis com a moral do homem médio, categorizou como privilegiadas as situações em que o homicídio é cometido sob o domínio de uma compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral. (CAPEZ, 2014).

na escola? Ela era uma mulher séria? Tranquila?” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 48-49).

Em resumo, a tese de legítima defesa da honra é empregada como norma discriminadora de direitos e as constatações feitas por Pimentel, Pandjiarijan, Belloque (2006) e pelo Ministério da Justiça (2015) e aqui analisadas, revelam a manutenção do seu uso, sendo comumente utilizada pelos advogados de defesa e defensores públicos, que acabam por legitimar discursos e condutas completamente contrárias aos direitos humanos das mulheres, violando, assim, um plexo normativo nacional e internacional de proteção às mesmas, evidenciando, portanto, o quanto as discriminações contra as mulheres estão enraizadas nos diversos âmbitos sociais, inclusive nas instituições encarregadas de combatê-las.

6. A DEFENSORIA PÚBLICA E O USO DE TESES VIOLADORAS DE DIREITOS: AGORA JÁ ME VINGUEI. É ESSE O FIM DE UM AMOR. ESTA CABOCLA EU MATEI. É A MINHA HISTÓRIA, DOTOR¹⁵⁵

De acordo com o artigo 134, caput, da Constituição Federal¹⁵⁶, a Defensoria Pública é considerada instrumento e expressão da democracia, sendo responsável pela promoção dos direitos humanos. Com base na referida previsão constitucional, Caio Paiva (2015) questiona se o defensor público, ao assistir um réu pronunciado e submetido a julgamento perante o tribunal do júri pela prática de feminicídio, poderia alegar que o assistido praticou o crime para defender a própria honra, “pois teria encontrado a vítima lhe traindo com um vizinho”, então, poderia um defensor sustentar a tese de legítima defesa da honra em favor do réu?

¹⁵⁵ Trecho da música: “Cabocla Tereza”. Intérpretes: Tonico e Tinoco. Ano: 1994.

¹⁵⁶ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 de jun de 2019.

Neste trabalho, sustenta-se que, sendo a resposta positiva, o defensor público se encontraria submerso em uma verdadeira contradição ética profissional, afinal, estaria sendo contrário aos objetivos da primazia da dignidade da pessoa humana e a garantia da efetividade dos direitos humanos, pilares que compõem a essência do trabalho institucional da Defensoria Pública. Ainda, estaria o defensor a reproduzir condutas preconceituosas, que violam os direitos humanos das vítimas, consolidam a tolerância social à prática da violência de gênero e aprofundam as discriminações contra as mulheres.

Nesse sentido, Ana Barreto (2007) afirma que a Defensoria Pública possui um relevante papel na sociedade, que não se restringe a garantir o acesso à justiça daqueles menos afortunados, mas sobretudo, o defensor público forma opiniões sendo “um conscientizador do papel social das massas e dos excluídos. O defensor público tem o poder-dever de assumir uma postura de efetiva transformação e conscientização desse poder popular e o faz por meio de concreta participação na vida da comunidade”.

No entanto, as pesquisas realizadas e aqui analisadas, cujo recorte foi o uso de teses defensivas que violam os direitos da vítima, à exemplo da legítima defesa da honra em casos de feminicídio, denunciam o distanciamento dos defensores públicos do seu papel institucional de promoção dos direitos humanos, ao fazerem uso recorrente de teses que violam tais direitos. É o que demonstra a pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça (2015, p. 52):

Muitas vezes, além de não situar o crime em um contexto de expressão de poder patriarcal, o sistema de justiça, por seus diversos atores, chega a fazer o oposto, reafirmando discursos de culpabilização da vítima e o reconhecimento de papéis sociais que tendem a justificar as agressões, como visto acima. São vários os exemplos que corroboram essa percepção. Em alguns casos a

estratégia aparece de forma bastante explícita [...] a defesa alega que o réu, tendo sido traído pela vítima, “teria sido mais vítima que ela”. Na tentativa de retirar uma qualificadora da imputação, o defensor público prossegue: “se o apelante viu a mulher beijando outro homem na boca, o motivo não pode ser fútil”. A culpabilização da vítima também é evidenciada diante de tentativas da defesa de excluir a qualificadora presente no inciso IV: “a vítima tinha fundadas razões para esperar pela agressão”. Como mencionado, não se encontrou menção expressa à legítima defesa da honra, embora a lógica dessa argumentação tenha se feito presente.

Como visto, o uso de teses violadoras de direitos das vítimas é comumente utilizado pelos defensores públicos, ainda que disfarçadas por artifícios de argumentação. A pesquisa produzida pelo Ministério da Justiça (2015, p. 53) destaca ainda que, dos atores que compõem o sistema de justiça criminal – juízes, promotores, defensores públicos e advogados – foram os membros do Ministério Público que apresentaram teses mais situadas ao contexto complexo do problema social que representa a violência de gênero.

Dessa forma, tem-se que, em relação ao combate para o banimento do uso da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio no tribunal do júri, não é a Defensoria Pública que está à frente, a despeito de ser ela a instituição que possui a incumbência constitucional expressa de promoção e defesa dos direitos humanos.

Tal circunstância pode ser explicada, em parte, pelo argumento da plenitude da defesa do réu, sobre esse ponto, Caio Paiva (2015) esclarece que o posicionamento é no sentido de que, ao se estabelecer uma proibição na adoção de determinadas teses pelo defensor, “se estaria limitando a atuação deste, se mostrando como

uma verdadeira censura a liberdade de argumento, sendo este último algo indissociável da defesa criminal efetiva”.

Para Lucas Sá Souza (2013, p. 67), a garantia da plenitude de defesa é dada em razão de ser o julgador do réu um cidadão comum, livre do conhecimento técnico-jurídico, dessa forma, “a defesa do réu não poderá estar limitada a argumentos exclusivamente legais, sob pena de as alegações defensivas não serem compreendidas pelos juízes naturais da causa, impossibilitando assim o correto julgamento.”

Amom Pires (2017), entretanto, alerta que ao fazer uso, no tribunal do júri, de teses que reforçam estereótipos e reafirmam discursos de culpabilização da vítima, à exemplo da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio, a defesa acaba por colaborar para o agravamento do problema social da violência de gênero, pois é, exatamente por sustentar tais discursos perante um corpo de julgadores formado, em tese, por pessoas leigas, desprovidas de conhecimento em relação ao paradigma de gênero e das violências correspondentes que afetam as mulheres, esses jurados acabam sendo movidos por essas argumentações carregadas de conteúdos preconceituosos, bem como por íntima convicção, tornando o espaço do tribunal do júri pouco crítico e propício à adesão de teses violadoras de direitos.

Renata Tavares (2015) aponta a conscientização como instrumento de combate ao uso de teses violadoras de direitos pela defensoria pública, ressaltando que, antes de impor um suposto limite ao direito de defesa, é preciso reafirmar o papel do defensor público como “instrumento e expressão do regime democrático bem como aclarar sua função na promoção dos direitos humanos”. Por sua vez, Franco (2012) esclarece que o “defensorar” é uma luta contra o conservadorismo caracterizado por seu projeto colonialista e aristocrático e por isso mesmo, paternalista e assistencialista:

A defensoria como instrumento de exercício de democracia direta, rompe, ou pelo menos tem a potencialidade para romper, com a lógica hege-

mônica da subordinação, da desigualdade e da exclusão, primeiramente por se desvincular do conceito de pobreza, não obstante o inclua, mas, principalmente, por não se deixar capturar pelo maniqueísmo incapacitante e subordinante dessa configuração, desfazendo agenciamentos e apresentando-se a dar voz própria, autônoma e consciente, a toda exclusão, opressão, discriminação, precarização e desigualdade. (FRANCO, 2012).

Assim, Renata Tavares (2015) pontua que o defensor exerce dois importantes papéis na proteção e promoção dos direitos humanos, “uma obrigação positiva de assegurar o exercício e pleno gozo desses direitos e uma obrigação negativa, abster-se de adotar determinadas atitudes discriminatórias” e, especificamente em relação ao uso da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio, a autora sustenta a necessidade do reconhecimento de que a defesa do assistido pela Defensoria Pública deve ser guiada pela ética, realizada de maneira coerente, atendendo aos parâmetros institucionais previstos na Constituição Federal de 1988, de modo que “o defensor não pode ter a esquizofrênica posição de promover os direitos humanos e, ao mesmo tempo, sustentar teses que sustentem tais violações de direitos”.

Nesse ponto, importante salientar que o defensor possui autonomia em relação ao acusado/assistido, podendo se negar a utilizar teses contrárias aos direitos humanos, é a prerrogativa de deixar de patrocinar a ação, prevista nos artigos 44, XII, 89, XII, e 128, XII, da LC 80/94.

Sobre o tema, Ana Barreto (2007), ensina que a “independência funcional garante aos membros da defensoria a liberdade de exercer suas atividades e de escolher a melhor forma de defender os interesses dos assistidos, ou ainda recusar-se a ingressar com ação ou pedido manifestamente infundado”.

Com efeito, a discussão proposta ao longo desse trabalho, sustenta que a Defensoria Pública, enquanto instituição que possui o

dever constitucional de promoção dos direitos humanos deve assumir uma postura responsável e ativa no embate ao uso de teses violadoras de direito, especialmente da tese de legítima defesa da honra nos casos de feminicídio. Afinal, o emprego da referida tese pelos defensores públicos, é, no mínimo, uma contradição de valores éticos institucionais, uma vez que, segundo Luiza Nagib Eluf (2007) “a mera menção à tese de legítima defesa da honra ofende a todas as mulheres, por tratá-las como ‘objeto de uso’ masculino”.

Do mesmo modo, Rodolpho Rodrigues (2016) afirma que a atuação do defensor deve ser orientada dentro dos limites institucionais, seguindo a orientação do tripé jurídico composto pela: ética, a consciência e a lei. Para o autor, “o defensor público cuja prática profissional se afasta do referido tripé jurídico, está sujeito a uma atuação que ao invés de combater a injustiça, a consagra”.

Sustenta-se, pois, a adoção pela Defensoria Pública de teses defensivas que possuam construções jurídicas contemporâneas, que respeitem a memória da vítima do crime e proporcione ao réu uma defesa ampla e eficaz. Nesse sentido, Renata Tavares (2015) destaca que, pode a Defensoria permanecer sendo mais uma instituição inerte, passiva e assim contribuir para a manutenção do status quo, “mas pode, também, representar o novo, abrir o armário das ideias eticamente comprometidas com os direitos humanos e colocar na gaveta tudo aquilo que produziu e que ainda produz discriminação, dor e sofrimento.”

A autora defende a criação de teses conscientes, que se aproximem da realidade, respeitando todas as questões que envolvem o feminicídio, como, por exemplo, a tese da “vítima cultural”, que consiste na “substituição do discurso do homem como vítima da traição ou do abandono da mulher pelo argumento da cultura de discriminação produzida numa série de omissões estatais” que potencializam e fazem do agressor uma espécie de vítima cultural” (COSTA, 2015).

Dessa forma, defende-se que os crimes de ódio devem ser combatidos por toda sociedade, sobretudo pelas autoridades estatais, que possuem o dever institucional de proteção e promoção de

direitos, tal como a Defensoria Pública, sendo descabida a legitimação de teses de defesa que difundam comportamentos de violência, discriminação e violação de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a discriminação de gênero persiste na cultura brasileira, refletindo na prática constante de atos de violência contra a mulher, evidenciada nos números dos mais diversos estudos sobre violência de gênero tratados neste trabalho. Igualmente, tem-se que as soluções adotadas quase sempre fazem uso do Direito como via primeira – ou mesmo única – no enfrentamento de tais questões, dos quais decorrem outros problemas, que só reforçam, em detrimento de solucionar, tal violência.

No entanto, embora se reconheça a ineficácia da criminalização para a solução do problema da violência de gênero, defende-se que a positivação da categoria “feminicídio” possui o efeito simbólico de trazer reconhecimento para a questão, bem como possui o potencial de conseguir resultados concretos, na medida que viabiliza, ao menos, a tomada de medidas de enfrentamento mais direcionadas, assim como o melhoramento na construção de políticas públicas para o seu combate.

Desse modo, a visibilidade dada a violência contra a mulher, após o advento da Lei do Feminicídio, reacendeu importantes discussões que permeiam o complexo problema social da violência de gênero, à exemplo da utilização da tese da legítima defesa da honra pelos advogados e defensores públicos, ambos ancorados em uma suposta função institucional/direito de plenitude da defesa do réu no tribunal do júri.

O presente trabalho se propôs a examinar, especificamente, o uso da tese da legítima defesa da honra, pela Defensoria Pública, na condução dos casos de feminicídio e, como visto, restou demonstrado que os membros da instituição fazem uso dos argumentos discriminatórios contidos na tese em estudo, concluindo-se que, os defensores públicos, ao utilizarem de teses violadoras de direitos que

deveria, por lei, proteger, acabam por legitimar condutas violentas e discriminatórias, indo, com isso, de encontro a valores inerentes à noção de sistema de justiça democrático, o qual nem a Defensoria Pública nem o Direito Penal poderiam se afastar.

Com efeito, o uso de teses como a da legítima defesa da honra apenas fortalece a imagem antagônica que parte da sociedade civil possui da mulher, legitimando uma prática discriminatória da qual a vítima torna-se culpada da própria morte, de modo que, sustenta-se aqui, a impossibilidade de manutenção do seu uso no sistema de justiça criminal brasileiro.

Acrescenta-se ainda que, a promulgação da Lei do Feminicídio levantou discussões em torno das questões centrais do problema da violência contra a mulher: o racismo e o machismo. Nesse aspecto, conforme restou demonstrado nesse estudo, a violência de gênero é resultado de séculos de discriminação, fruto de uma sociedade construída sobre as bases sólidas do patriarcalismo e organizada socialmente e economicamente a partir do recente e doloroso processo de escravização do povo negro.

Evidenciando-se que os efeitos dessa organização social são sentidos até os dias atuais, e seguem estampados nos dados estatísticos do país, que denunciam ser a população negra a mais vitimada pela violência homicida, sendo as mulheres negras as principais vítimas da violência de gênero.

Desse modo, posiciona-se pela necessidade de banimento do uso da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio no tribunal do júri, defende-se, ainda, que a atuação dos atores que compõe o sistema de justiça criminal brasileiro, aqui destacado, em especial, os defensores públicos, no exercício de suas funções, devem se pautar por padrões éticos de comportamento que contraponham a lógica da plenitude de defesa adotada na prática penal, visto que estas tendem a perpetuar violações aos direitos humanos das vítimas, reforçando, em consequência, a tolerância social a violência de gênero.

REFERÊNCIAS

A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Ministério da Justiça, Brasília. Coordenação: Marta Rodriguez de Assis Machado. Brasília: 2015.

Atlas da Violência 2018. Coordenadores: Daniel Cerqueira, Renato Sergio de Lima, Samira Bueno, Cristina Neme, Helder Ferreira, Danilo Coelho, Paloma Palmieri Alves, Marina Pinheiro, Roberta Astolfi e David Marques. Estagiários: Milena Reis e Filipe Merian. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432. Acesso em: 03 de maio de 2019.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. *A defensoria pública como instrumento constitucional de defesa dos direitos da mulher em situação de violência doméstica, familiar e intrafamiliar*. 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, Ceará. Orientadora: Profa. Dra. Ana Maria D'Ávila Lopes. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/5412/ANA_CRISTINA_BARRETO_-_dissertacao_1_.pdf. Acesso em: 06 de jun de 2019.

BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal brasileiro: a violência física contra o gênero feminino*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 de maio de 2019.

BRASIL. *Lei Complementar nº 80*, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 03 de maio de 2019.

BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 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, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 03 de maio de 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 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 no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm. Acesso em: 03 de maio de 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado (PLS) 191/2017*, aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Nacional, em 22 de maio de 2019, através do qual amplia o alcance de proteção da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), passando a incluir em seu rol as mulheres transgênero e transexuais. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/mulheres-transgenero-e-transexuais-poderao-ter-protexao-da-lei-maria-da-penha-aprova-ccj>. Acesso em 03 de jun de 2019.

CALDAS, Thais Santos. *O feminicídio à luz do princípio da igualdade*. 2016. Monografia. (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia. Orientador: Prof. Dr. Fábio Roque da Silva Araújo.

CAMPOS, Ana Cristina. Ipea: *Lei Maria da Penha reduziu violência doméstica contra mulheres*. 2015. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-03/ipea-lei-maria-da-penha-reduziu-homicidios-de-mulheres-dentro-de>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO. *“Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”*. Relatório Final. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

COSTA, Marília Ferruzi. MACHADO, Isadora Vier. *Lei do Feminicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico*. 2017.

COSTA, Renata Tavares. *Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no Tribunal do Júri*. In: XII Congresso Nacional de Defensores Públicos. Livro de teses e práticas exitosas. Curitiba, 2015, p. 203.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*; tradução Heci Regina Candiani. – 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2016, p. 24-25.

DINIZ, Débora. *Radiografia dos homicídios por violência doméstica contra a mulher no Distrito Federal*. Brasília: ANIS/MPDFT/SPM, 2015.

Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres (ONU Mulheres, 2016). Disponível em: https://oig.cepal.org/sites/default/files/diretrizes_para_investigar_processar_e_julgar_com_perspectiva_de_genero_as_mortes_violentas_de_mulheres.pdf. Acesso em: 03 de maio de 2019.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *O feminicídio e os embates das trincheiras feministas*. DISCURSOS SEDICIOSOS (RIO DE JANEIRO), p. 95-106, 2016.

Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância. In: Ana Luiza Pinheiro Flauzina; Felipe da Silva Freitas. (Org.). *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. 1ed. Brasília: Brado Negro, 2015, v. 1, p. 115-144.

FRANCO, Glaucete. *Lineamentos Preliminares e Subsídios para Reflexão*. I Relatório Nacional de Atuação em prol de Pessoas e/ou Grupos em Condição de Vulnerabilidade. Org., Glaucete Franco, Patrícia Magno- Brasília: Anadep, 2012.

FREITAS, Felipe da Silva. *Desafios éticos da pesquisa empírica em direito: racismo e sexismo em debate VII Encontro de Pesquisa Empírica em Direito - Pesquisa empírica em direito: porquê? Para quê? Para quem?* Feira de Santana: Academia.edu, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35328331/VII_Encontro_de_Pesquisa_Empirica_em_Direito_Pesquisa_empirica_em_direito_porque_Para_que_Para_quem. Acesso em: 08 de maio de 2019.

FUNDAÇÃO PERSEU ÁBRAMO. *Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado*. [S.l.], 2010. Disponível em: http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra_0.pdf. Acesso em: 04 de maio de 2019.

GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. In: *Revista Ciências Sociais Hoje*, Anpocs, 1984, p. 232.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Dossiê Violência Contra as Mulheres: Feminicídio*. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/feminicidio/>. Acesso em: 07 de maio de 2019.

LERNER, Gerda. *La Creación Del Patriarcado*. Editorial Crítica, 1985, p., 318.

Mapa da Violência 2015. Coordenação: Julio Jacobo Waiselfisz. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2019.

MEDEIROS, Luciene Alcinda de. *“Quem Ama Não Mata”*: A atuação do movimento feminista fluminense no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher perpetrada pelo parceiro íntimo. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História - ANPUH. São Paulo, julho 2011. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300848995_ARQUIVO_ArtigoAnpuhNacional.2011.pdf. Acesso em: 14 de jun de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 12ª edição. 2016. São Paulo: Forense.

Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAIVA, Caio. *Defensor público pode ser proibido de sustentar alguma tese?*. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

PANDJIARIJAN, Valeria; BELLOQUE, Juliana. *“Legítima Defesa da Honra” - Ilegítima impunidade de assassinos: Um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina*. In.: CADERNOS PAGU, Campinas, p. 65-134. 2006. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/07/SILVIAPIMENTELetal_legitimadefesadahonra2006.pdf. Acesso em: 03 jun. 2019.

PARENTONI, Roberto Bartolomei. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/57-tribunal-do-juri>. Acesso em :20 de maio de 2019.

PASINATO, Wânia. *“Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil*. In.: CADERNOS PAGU. Campinas, n.37, p.219-246, Jul./Dez. 2011, Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/04/PASINATO_Femicidios2011.pdf. Acesso em: 06 de maio de 2019.

PIOVESAN, Flávia. *A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres*. In.: REVISTA EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), jan.-p. 70-89, mar. 2012. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.org.br/attach>. Acesso em 05 de maio de 2019.

PIRES, Amom Albarnaz. *O Feminicídio no Código Penal Brasileiro: da nomeação feminista às práticas jurídicas no plenário do júri?*. 2018. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília - UNB, Brasília. Orientadora: Profa. Dra. la Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/32575>. Acesso em: 05 maio de 2019.

RIBEIRO, Dominique de Paula. *Violência contra a mulher: Aspectos gerais e questões práticas da Lei nº 11.340/2006*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

RODRIGUES, Rodolpho Penna Lima. *A Defensoria Pública e atuação no júri. Limites da ética, consciência e Lei*. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-defensoria-publica-e-atuacao-no-juri-limites-da-etica-consciencia-e-lei,55709.html>. 2016. Acesso em: 06 de jun de 2019.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Expressão Popular.

SOUSA, Iane Andrade. *A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO TRIBUNAL DO JÚRI: A influência da mídia no tribunal do júri frente à presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana*. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe. Orientador: Prof. Rivaldo Salvino do Nascimento Filho.

SOUZA, Lucas Sá. *Tribunal do Júri, plenitude de defesa e a escolha das consciências*. Tribuna Virtual – Ano 01 – Edição nº 05– Junho de 2013, p. 65-68.

VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol; OLIVEIRA, Suely de (Orgs.). *A mulher brasileira nos espaços público e privado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

WERNECK, Jurema. *Por que morrem as mulheres*. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/como-e-por-que-morrem-as-mulheres/>. Acesso em: 07 de maio de 2019.

SÚMULA 526 DO STJ: a demarcação de termo inicial para salvaguardar a imparcialidade do juiz

PRECEDENT 526 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: initial term delimitation to safeguard the impartiality of the judge

Recebido: 05.06.2019

Aprovado: 30.06.2019

José Flávio Ferrari Roehrig

Pós-graduando 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.

joseflavioferrari@gmail.com.br

<http://lattes.cnpq.br/6247820086391837>

<https://orcid.org/0000-0002-6593-9014>

Resumo: O presente artigo chama atenção à hipótese na qual o juiz competente para a execução da pena do sentenciado é o mesmo que o condenou. Eventualmente o magistrado será igualmente competente para julgar a ação penal instaurada caso o cidadão em cumprimento de pena pratique novo fato definido como crime doloso, configurador de falta grave. Segundo a Súmula 526 do STJ, o reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado da sentença penal condenatória no processo penal instaurado para a apuração do fato, contudo, não demarca termo inicial para o reconhecimento da infração disciplinar. Via de regra, então, a caracterização da falta grave na execução penal será feita quase que imediatamente após o evento, em um procedimento sumaríssimo e com produção probatória insuficiente, pelo mesmo juiz que julgará a ação penal instaurada para apurar o crime, ou seja, o julgador deparar-se-á com os fatos em momento anterior ao julgamento do processo penal instaurado, situação que o contamina e o torna parcial para julgar o fato principal. Diante disso, surge a necessidade de marcar um termo inicial para a aplicação do enunciado sumular, qual seja, o

esgotamento do primeiro grau de jurisdição da ação penal, para tão somente depois reconhecer a falta grave, tendo em vista que dessa forma o magistrado formará sua convicção sobre os fatos em um processo acusatório, garantidor do contraditório e ampla defesa.

Palavras-Chave: imparcialidade do juiz; fato definido como crime doloso; falta grave; procedimento administrativo disciplinar; judicialização.

Abstract: The present paper calls to attention the hypothesis in which the competent judge to the criminal sentence execution of a criminal is the same that sentenced him. Occasionally, the magistrate will be equally competent to judge the criminal lawsuit if the citizen serving the sentence execution incurs in a felony, which configures a serious misconduct. According to the precedent 526 of the Superior Court of Justice, the configuration of a serious misconduct derivative from a fact defined as a felony during the sentence execution prescinds the final decision in the criminal case established to judge the fact, yet does not set the initial term for the definition of the disciplinary infraction. In general, then, the serious misconduct characterization in the criminal sentence execution will be set almost immediately after the fact, in a highly summarized proceeding with insufficient probative production under the same magistrate which will judge the criminal case set up to examine the crime, i.e., the same judge will come across the facts in a moment prior to the judging of the criminal lawsuit, situation which leaves him partial to judge the main facts. Therefore, rises the need to set an initial term for the application of the precedent, i.e. the completion of the first degree of jurisdiction in the criminal case, so that only then establish the serious misconduct, bearing in mind that this way the magistrate will form his conviction over the facts in an accusatory process, granting the right to contradictory procedure and full defense.

Keywords: impartiality of the judge; felony; serious misconduct; disciplinary administrative procedures; judicialization.

INTRODUÇÃO

Cidadãos em cumprimento de pena podem praticar atos considerados indisciplinados, seja durante o período de prisão em regime fechado ou semiaberto, quando custodiados em unidades prisionais, como em penitenciárias, minipresídios, cadeias públicas e colônias penais agroindustriais, seja durante o cumprimento de pena em meio aberto, como por exemplo o regime semiaberto harmonizado com uso de tornozeleira eletrônica, durante saídas temporárias e até mesmo enquanto gozam de livramento condicional ou do regime aberto.

Os atos de indisciplina são divididos em leves, médios e graves, conforme artigo 49 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal)¹⁵⁷. No entanto, para a elaboração deste trabalho, restringir-se-á aos atos de indisciplina considerados de natureza grave na modalidade específica de prática de fato definido como crime doloso, consoante previsto na primeira parte do artigo 52 da Lei 7.210/84.¹⁵⁸

Além da prática de fato definido como crime doloso, também podem caracterizar falta grave, conforme o artigo 50 da LEP, a incitação ou participação de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; a fuga; a posse indevida de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; a provocação de acidente de trabalho; o descumprimento das condições impostas para o regime aberto (art. 115 da LEP); a inobservância aos deveres previstos nos incisos II e V do artigo 39 da LEP; a posse, utilização ou fornecimento de aparelho celular; e a recém instituída pela Lei 13.964/2019 recusa em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético, cuja inconstitucionalidade é flagrante.

Diante da suspeita do cometimento de uma falta disciplinar, independentemente de sua natureza, se leve, média ou

¹⁵⁷ As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

¹⁵⁸ Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características.

grave, instaurar-se-á procedimento administrativo disciplinar para a sua apuração conforme regulamento próprio de cada Estado (arts. 47 e 48 da Lei 7.210/84)¹⁵⁹, garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa ao interno, sendo imprescindível a defesa técnica, conforme preleciona o artigo 59 da Lei de Execução Penal e a Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça.¹⁶⁰ No caso desse ato de indisciplina ser constituído por um fato definido como crime doloso, instaurar-se-á também inquérito policial e a subsequente ação penal para apuração, pois “[é] expressa a lei no sentido de que, havendo a prática de crime, devem ser instaurados os dois processos (penal e administrativo) de que resultarão as sanções das duas espécies”¹⁶¹.

Uma das diversas questões relevantes para debate diz respeito à prescindibilidade do trânsito em julgado definitivo da ação penal instaurada para que seja sancionado com falta grave, o cidadão em cumprimento de pena, ora agente do novo delito doloso. Em outras palavras, discute-se se a sanção pela prática de falta grave decorrente de fato definido como crime doloso pode ser aplicada ao seu autor independentemente do desate condenatório definitivo na ação penal paralelamente instaurada.

Por um lado, grande parte da doutrina defende que exigir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória referente ao crime doloso, para somente depois sancionar pela prática de falta grave ofende a autonomia dos processos de execução penal e ação penal,¹⁶² e principalmente, porque tornaria ineficaz a sanção disciplinar, vez que “aguardar o trânsito em julgado definitivo da decisão no processo de conhecimento respectivo, por certo ficaria sem sentindo a previsão legal, que resultaria de nenhum efeito prático,

¹⁵⁹ Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares. Art. 48. Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

¹⁶⁰ Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

¹⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: Execução Penal*, São Paulo: Atlas, 2000. p. 143.

¹⁶² *Ibidem*. p. 18.

considerando o tempo demandado para a solução do novo processo”.¹⁶³

Essa conclusão decorre do fato de que caso

“fosse exigido – o trânsito em julgado –, reduziria a um nada a efetividade do processo de execução criminal, considerando o tempo demandado para a solução do processo criminal instaurado para apuração do novo crime. Além disso, compreende-se que a aplicação de sanção disciplinar em consequência da falta grave cometida não implica, de modo algum, a discussão a respeito da culpabilidade do indivíduo, relevando apenas o seu desmerecimento diante da conduta praticada”.¹⁶⁴

Outro suporte hermenêutico aos que defendem o posicionamento analisa omissão do legislador ao redigir o artigo 52 da Lei de Execução Penal, pois não exige expressamente a condenação para que seja aplicada a sanção, mas tão somente a “prática de fato” definido como crime doloso.¹⁶⁵ Nesse sentido,

“[n]ão se referindo a lei à ‘condenação’, mas à ‘prática de fato previsto como crime’, a aplicação de sanção disciplinar independe de que o fato esteja ainda sendo objeto de inquérito ou ação penal, devendo apenas ser obedecidos a lei e o regulamento referentes ao procedimento disciplinar para que a sanção seja imposta”.¹⁶⁶

¹⁶³ MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Execução Penal*. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 70; e no mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Capítulo XXVII, Tópico 15.1.

¹⁶⁴ AVENA, Norberto, *Execução penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Item 5.3.6.3.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.* p. 143.

A jurisprudência, por sua vez, tem aderido cada vez mais ao exposto posicionamento, anuindo com os motivos acima citados e acrescentando que o incidente executório de configuração de falta grave é notadamente administrativo, dada a redação do artigo 47 da LEP, e obedece aos mesmos parâmetros de ampla defesa e do contraditório exigidos no processo penal.¹⁶⁷ Há ainda quem afirme que as finalidades dos procedimentos administrativos e judiciais são distintas,¹⁶⁸ e por esse motivo em nada um procedimento influiria no outro.

Seguindo esta linha de raciocínio, a Corte Cidadã editou o enunciado sumular 526 da seguinte forma: “[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”. Enunciado este que, por deter determinado efeito de vinculação, conforme artigo 927, IV, do CPC, é observado por grande parte dos tribunais pátrios.

Ocorre, no entanto, que o PAD (procedimento administrativo disciplinar), por ser demasiadamente mais célere, é concluído em pouquíssimo tempo, muitas vezes antes mesmo de ser iniciada a própria ação penal decorrente do mesmo fato. Isto é, ao passo que o enunciado sumular dispensa o trânsito em julgado definitivo e não estipula um marco inicial, a sanção pela prática de falta grave decorrente de fato definido como crime doloso é aplicada quase imediatamente após o evento.

De outro lado há quem defenda que a condenação do sujeito pela prática de falta grave e a imposição de pena pelo mesmo fato em processos distintos legitima o *bis in idem*, pois ainda que em duas esferas (administrativa e judiciária) um sujeito seria responsabilizado duas vezes pela mesma conduta, resvalando com as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, que por sua vez veda a dupla punição pelo mesmo fato.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Nesse sentido o STJ, HC 171143/MS, Sexta Turma, julgado em 2/08/2012, Dje 13/08/2012.

¹⁶⁸ NUNES, Adeildo. *Comentários à lei de execução penal*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 108.

¹⁶⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 245/247.

Nesta mesma linha, defende-se a ideia de que a falta grave, per se, já se cuida de uma dupla sanção, vez que aplicada no âmbito administrativo, com suas sanções próprias, e homologada pelo juízo da execução, resultando em novas sanções próprias do processo, evidenciando-se uma verdadeira “punição na punição na punição”.¹⁷⁰

Entretanto, uma vez admitida a possibilidade de dupla punição, há quem advogue a ideia de que o trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória é indispensável para que o agente seja também punido com a falta grave, pois o entendimento diverso, ora anteriormente exposto, ofende sobremaneira o princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF)¹⁷¹ e

“cria um sistema no qual podem ser aplicadas, de forma imediata, penalidades infinitamente mais graves que a pura e simples restrição de liberdade aos condenados, sem que exista a possibilidade de discussão judicial a respeito de aspectos formais e materiais da decisão condenatória”.¹⁷²

Não obstante esses apontamentos, inquestionável é que a decisão definitiva tomada no âmbito judicial, cujo contraditório é efetivo e a análise probatória é verticalizada, sobrepõe-se à decisão tomada administrativamente,¹⁷³ tanto é que eventual decisão

¹⁷⁰ MACHADO, Máira 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, v. 27, n. 152, p. 117-143., fev. 2019.

¹⁷¹ Por todos: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Op cit. p.249; e SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. DE CARVALHO, Salo. *Crítica à Execução Penal*; Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007. p. 257.

¹⁷² BUENO, Ana Luiza Rodarte; RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. Violação do princípio do estado de inocência no âmbito da execução penal: configuração de falta grave pelo cometimento de fato previsto como crime doloso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 26, n. 313, p. 18-19., dez. 2018. – Quando os autores mencionam “penalidades infinitamente mais graves que a pura e simples restrição da liberdade dos condenados” referem-se à revogação de até 1/3 dos dias remidos, proibição de concessão de indulto e comutação, regressão de regime prisional, revogação do livramento condicional e até mesmo inclusão no RDD.

¹⁷³ Nesse sentido: CESANO, José Daniel. *Derecho Penitenciario. Aproximación a sus fundamentos*. Córdoba: Alveroni, 2007, p. 240; Apud: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.249.

absolutória deve ser necessariamente observada pela administração penitenciária.¹⁷⁴ E em sentido similar defende-se que ao menos seria necessária decisão de recebimento da denúncia ou queixa como requisito de procedibilidade do PAD da falta grave,¹⁷⁵ porque para tanto faz-se necessária a prova da materialidade do delito e ao menos indícios suficientes de autoria, conferindo certeza sobre a existência do fato e determinado grau de probabilidade sobre a autoria.

Nota-se serem muitos os pontos controvertidos sobre o procedimento e validade da responsabilização administrativa e judicial sobre o mesmo fato, discussão esta que está muito longe de se encerrar, sobretudo porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral deste tema no RE 776.823 (tema 758), em 29/08/2014, que ainda pende de julgamento de mérito.

Nesse Recurso Extraordinário, em manifestação exarada pela Procuradoria Geral da República aos 18/12/2013, o órgão pugnou pelo provimento recursal, isto é, pela manutenção do entendimento consolidado na Súmula 526 do STJ, sob os argumentos de que a lei exige a prática de fato definido como crime doloso e não o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e que se trata, o procedimento administrativo disciplinar, de meio autônomo de julgamento, sendo inadequada a aplicação do princípio da presunção de inocência.¹⁷⁶

¹⁷⁴ [...] Em consulta ao processo instaurado para apuração do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, que supedaneou o reconhecimento da falta grave, verifica-se que o d. Juízo acolheu a promoção do Ministério Público estadual e determinou o arquivamento do inquérito policial, ao reconhecer a atipicidade da conduta. III - A falta grave suscitada nos autos teria ocorrido unicamente pela prática de fato previsto como crime doloso no curso da execução penal, nos termos do art. 52 da Lei de Execuções Penais. Logo, determinado o arquivamento do inquérito policial com fundamento na atipicidade, ou seja, na inexistência de crime, deve ser afastada a caracterização de falta grave. Precedentes. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, determinar o cancelamento da falta grave examinada nos autos e de todos os seus consectários - regressão de regime, alteração da data-base para a concessão de futuros benefícios e perda dos dias remidos. (HC 462.463/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019).

¹⁷⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à lei de execução penal*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 105.

¹⁷⁶ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=3859393&ext=.pdf>> Acesso em 09 de jun. 2020.

Diante do conjunto doutrinário e jurisprudencial acima exposto, que por certo não exauriu as visões sobre o tema em debate, verifico existir um óbice prático e processual, embasado, dentre outro, no relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, que impede a aplicação sem ressalvas do enunciado sumular, consistente na impossibilidade de o juiz que cumula as funções de juiz da execução penal e da ação penal valorar a prova relativa ao procedimento administrativo disciplinar e desatar na sanção ou homologação por falta grave antes mesmo de formar sua convicção sobre o mesmo fato na ação penal. Em outras palavras, para garantir a imparcialidade do magistrado ao julgar a ação penal torna-se imprescindível a demarcação de um termo inicial para a aplicação sanção disciplinar.

O óbice aqui exposto e defendido não afasta completamente o entendimento sumular, pois ainda permitiria que a falta grave fosse aplicada antes do trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória decorrente da prática de fato definido como crime doloso, conferindo legitimidade à ofensa à presunção de inocência, princípio que só seria plenamente resguardado, data vênica quem se posicione de forma diversa, com o trânsito em julgado definitivo na ação penal. No entanto, dado o atual posicionamento predominante nos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores, seguindo o enunciado sumular 526 do STJ, cuida-se de tema relevante a ser abordado, porque busca garantir o mínimo da imparcialidade do magistrado e, conseqüentemente, demonstrar a necessidade de maior grau de certeza sobre a materialidade e autoria do fato para que seja responsabilizado, o autor, na execução penal pela falta grave.

Além do mais, conforme será explanado no decorrer do trabalho, a situação atinge grande parte do território nacional e, como consectário, os presos sob a jurisdição das regiões onde há somente um juiz criminal para presidir a ação penal e gerir a execução penal do sentenciado.

1. JURISDIÇÃO PENAL E EXECUTÓRIA

Ao juiz criminal compete julgar ações penais públicas, privadas e subsidiárias da pública, e, nos locais onde existe juizado especial criminal, somente as ações penais cuja pena máxima cominada supera os 2 anos de pena privativa de liberdade (cf. art. 61 da Lei 9.099/95), que, em sua grande parte, são pretendidas via ação penal pública e subsidiária da pública.

Enquanto isso, ao Juízo da execução penal cabe a execução e fiscalização das penas privativas de liberdade, medidas de segurança e restritivas de direito impostas pelo Juízo criminal (art. 66 da Lei 7.210/84).

Pode ocorrer, como aliás, verifica-se ser a regra – constatação que será trazida adiante –, de o mesmo juiz de direito ser competente tanto para julgar a ação do réu ao final da ação penal, quanto para executar e fiscalizar a pena por ele mesmo imposta, fato este já previsto no artigo 65 da Lei de Execução Penal.¹⁷⁷

“[A] própria LEP, neste caso prevendo o descaso para com a execução penal, faz a ressalva de que na ausência de juiz designado por lei, a execução competirá ao juiz da sentença. Uma ressalva que, obviamente, é relativização de direito muito importante do preso, aquele de ter a execução penal acompanhada por um juiz imparcial, distante do processo de conhecimento”.¹⁷⁸

Para além dele mesmo fiscalizar e executar a pena imposta, pode ocorrer de o ora sentenciado, durante o cumprimento da pena, incorrer ou ser-lhe imputado o cometimento de crime doloso, fato este que,

¹⁷⁷ A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

¹⁷⁸ VALOIS, Luís Carlos. *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 70.

conforme explanado na introdução do trabalhos, ensejará a instauração de um procedimento administrativo disciplinar¹⁷⁹ e de uma ação penal.

A ação penal será distribuída ao juiz de Direito em sua competência criminal, e o PAD (procedimento administrativo disciplinar), por sua vez, para o mesmo juiz de Direito em sua competência para execução penal.

Na ação penal, caso verificada a indispensabilidade da medida, poderá ser decretada a prisão preventiva, ou aplicadas medidas cautelares diversas da prisão. Na execução penal, por sua vez, segundo o posicionamento jurisprudencial dominante,¹⁸⁰ poderá ocorrer a regressão cautelar de regime prisional (art. 118, I, da LEP), com base no poder geral de cautela do magistrado, conduzindo temporariamente o sentenciado do regime mais brando para o regime mais severo, até que a falta disciplinar seja apurada em um PAD, assegurado o direito de defesa (art. 59 da LEP). Esse período de regressão temporária de regime prisional por certo deverá ser breve, sob pena de antecipação da sanção por um ato sequer julgado.

Findo o PAD, a decisão administrativa será apresentada obrigatoriamente ao juiz de Direito¹⁸¹ que poderá exercer controle sobre o ato,¹⁸² deverá realizar audiência de justificação, em consonância com o artigo 118, §2º, da LEP,¹⁸³ e decidirá sobre a regressão defini-

¹⁷⁹ Discute-se a competência da Administração Penitenciária para julgar faltas disciplinares ocorridas longe de sua vista, como por exemplo um homicídio doloso durante o gozo de uma autorização de saída – nesta situação, a Administração Penitenciária poderia declarar o sentenciado culpado com base meramente em conjecturas, sendo que o julgamento desse mesmo fato cabe ao conselho de sentença (Tribunal do Júri). Consoante o artigo 64 da Lei 6.049/2007 (regulamento penitenciário federal – como exemplo) “[o] procedimento deverá ser concluído em até trinta dias”, tempo sobremaneira insuficiente até mesmo para uma adequada investigação policial.

¹⁸⁰ Por todos: AgRg no HC 449.364/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019.

¹⁸¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. cit. p. 111/112.

¹⁸² NUNES, Adeildo. Op. cit. p. 121. No mesmo sentido o STJ, RESP n. 1.378.557 - RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 23.10.2013, sob a sistemática dos recursos repetitivos, quando afirmou que “a competência do magistrado na execução da pena, em matéria disciplinar, revela-se limitada à aplicação de algumas sanções, podendo, ainda, quando provocado, efetuar apenas controle de legalidade dos atos e decisões proferidas pelo diretor do presídio, em conformidade com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV)”.

¹⁸³ Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

tiva ou sobre a manutenção do regime mais brando, se o apenado estiver com o regime prisional regredido cautelarmente.¹⁸⁴

Diga-se mais, espera-se que um dia o procedimento tramite exclusivamente perante o Poder Judiciário,¹⁸⁵ pois somente assim afastar-se-ia da origem inquisitória da execução penal e aproximar-se-ia da necessária visão garantista, exercida por meio do sistema acusatório.¹⁸⁶ A questão foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 972.598, que por sua vez fixou o Tema 941 com a seguinte orientação:

“A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena”¹⁸⁷.

A tese não é livre de críticas, aliás, de imediato é possível apontar que não basta a mera oitiva do condenado pelo Juízo da execução penal, tampouco o ato é capaz de sanar nulidades produzidas no bojo do PAD, vez que muitas vezes nesse instrumento são produzidas provas cuja validade é indissociável do contraditório pleno.

¹⁸⁴ A jurisprudência dominante ainda defende ser dispensável a realização de audiência de justificação quando da falta grave não resultar regressão de regime prisional. Por todos: HC 421.147/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2018, DJe 22/02/2018.

¹⁸⁵ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In CARVALHO, Salo (org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 311-312; e MORAES, Márcia Elayne Berbich; TORELLY, Marcelo Dalmás. Disciplina, direito e poder: os processos administrativos disciplinares e suas violações de direitos como estratégias de bio-poder na Penitenciária feminina Madre Pelletier. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 5, n. 1, p. 129-159., jan./dez. 2006.

¹⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹⁸⁷ RE 972.598/RS, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 04/05/2020, DJe 11/05/2020.

Não se ignora, ademais, que a jurisdição na execução penal tal como aplicada atualmente realmente é perversa, pois muitas vezes é obstáculo aos direitos do apenado, tais como a progressão de regime e livramento condicional, tal como a partir da disciplina, lança interrupções e sanções no cumprimento da pena antes não previstas na lei¹⁸⁸. Também se mostra perversa ao passo que se exige uma mera homologação judicial, sem o mínimo de garantias processuais¹⁸⁹. Isto é, a judicialização seria recepcionada de forma positiva caso efetivasse direitos e garantias processuais e fundamentais dos cidadãos presos, caso contrário, seria somente mais um ato burocrático a ser superado.

Sobre a audiência de justificação, é nela que o juiz irá se deparar com os fatos atribuídos ao sentenciado, que por sua vez serão os mesmos que ele se debruçará na ação penal. Por certo que a audiência de justificação ocorrerá muito antes do que a instrução processual marcada na Ação Penal. Isso ocorre devido ao exíguo prazo para a conclusão do PAD – matéria que depende de cada Estado legislar, mas que não costuma ter prazo superior a 30 dias – em oposição à necessária valoração exaustiva das provas e elementos de prova inerentes ao processo penal – não que o PAD não devesse guardar as mesmas garantias de um processo penal, entretanto, não é a visão dominante,¹⁹⁰ tampouco o que se verifica na prática.

Não se pode olvidar que a audiência de justificação possui menor amplitude probatória que a instrução de uma ação penal, vale dizer, a audiência de justificação, tal como prevista no artigo 118, §2º, da LEP é a “ocasião na qual o apenado poderá justificar-se, exercendo, assim, o pleno exercício do seu direito de defesa”,¹⁹¹

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 413-432, jan.-abr. 2018

¹⁹⁰ AgRg no HC 477.884/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 25/03/2019.

¹⁹¹ Min. Ribeiro Dantas no AgRg no HC 449.364/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019.

enquanto a instrução processual se mostra muito mais ampla, vez que além de apresentar documentos e se justificar, o réu pode arrolar testemunhas, especificar provas pretendidas (art. 396-A do CPP), a prova será produzida sob o manto do contraditório em audiência de instrução e julgamento (art. 400 do CPP), ato no qual serão prestadas as declarações do ofendido, das testemunhas, os esclarecimentos dos peritos e somente ao final procedido o interrogatório do acusado.

A título de exemplo, nem mesmo há previsão legal, sobre a audiência de justificação, para o arrolamento de testemunhas, muito menos para a colheita do depoimento do ofendido ou realização de perícias. Nesta esteira, patente que a audiência de instrução e julgamento confere ao réu possibilidades infinitamente maiores para promover sua ampla defesa, quando comparado com a audiência de justificação no âmbito da execução penal.

Apesar dessa dicotomia de procedimentos, um praticamente inquisitório¹⁹² e o outro acusatório, cuida-se do mesmo fato sendo apurado, do mesmo sujeito no banco dos réus, e, à luz da hipótese estudada neste trabalho, do mesmo julgador.

Cumprir recordar que a tutela executiva penal ostenta dupla conotação, a primeira relativa ao poder de punir do Estado perante o cidadão e a segunda relativa a uma garantia ao próprio condenado, que passa a ser sujeito de direitos também na execução penal, e não um mero objeto submetido a um castigo,¹⁹³ constatação que leva à questão defendida nesse trabalho, de que deve-se garantir efetivamente a imparcialidade do juiz e garantir a ampla defesa do acusado.

Ideal seria, para a execução penal, que todo e qualquer procedimento de falta grave fosse não só judicializado, mas afastado de suas premissas inquisitoriais, pois somente com feição acusatória

¹⁹² Conforme há muito tempo externado por CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: Org. CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 490.

¹⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal [livro eletrônico]*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Tópico 2.13.

garantir-se-ia a ampla defesa em todas as suas dimensões, o contraditório como deve ser operado, a oralidade como deve ser explanada e a livre apreciação probatória que fundamentará o convencimento imparcial do julgador, com a insofismável visão imparcial dos fatos.¹⁹⁴

Diante dessa situação verificada, na qual a mesma pessoa julgará (juiz), o mesmo cidadão será julgado (sentenciado e autor), em processos distintos (executório e processual penal) pelo mesmo fato (fato definido como crime doloso e falta grave), preconizar-se-á o processo no qual o acusado tenha maiores mecanismos de defesa, sobretudo aquele que permite um julgamento imparcial, enquanto o outro procedimento deverá manter-se inerte, sob pena de violação ao princípio da imparcialidade do magistrado.

1.1. REALIDADE NACIONAL

Cada Estado possui competência para legislar sobre a organização judiciária de cada tribunal e por certo que a criação de varas de execuções penais cuja atribuição seja a única do juiz titular é motivada pela demanda regional e pela disponibilidade de recursos e pessoal. Logo, lógica é a conclusão de que as varas de execuções penais sob a titularidade de um único juiz cuja única atribuição seja a execução penal, concentrar-se-ão nas capitais e nas cidades mais desenvolvidas, onde há maior número de presos, maior disponibilidade de servidores e para onde, substancialmente, destinam-se as verbas públicas. Portanto, partindo do pressuposto de que somente nos grandes centros urbanos há grande concentração de presos, vez que somente nesses centros são construídos grandes presídios, que por sua vez absorvem parte das necessárias vagas da região, conclui-se que somente nas grandes cidades existem juízes dedicados exclusivamente à vara de execuções penais.

¹⁹⁴ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 495.

Para a elaboração deste trabalho e a busca de dados técnicos em relação à afirmação acima, enfrentou-se dificuldade na pesquisa desconcentrada sobre a organização judiciária de cada Estado da Federação. Quando Gustavo Henrique Badaró pesquisou sobre a competência territorial do Juízo da Execução Penal em aprofundado estudo sobre o princípio do juiz natural e tentou buscar as mesmas informações, chegou a tecer a afirmação de que é

“[i]mpossível fazer uma análise de todas as leis de organização judiciária, no que toca à competência para a execução da pena, mas pode se afirmar, com segurança, que tem prevalecido, como fator de coligamento, o lugar do estabelecimento penitenciário”;¹⁹⁵

Fato este confirmado na pesquisa para este trabalho.¹⁹⁶

Retornando ao tema do trabalho, de que se mostra impraticável a apuração imediata de falta grave decorrente de fato definido como crime doloso quando ao juiz da execução penal também compete o julgamento da ação penal pelo mesmo fato, percebeu-se que esta hipótese está longe de ser a exceção.

Esse quadro é facilmente percebido com análise do relatório Justiça em Números 2019, do CNJ,¹⁹⁷ ano-base 2018, que aponta existirem apenas 125 Varas Exclusivas de Execução Penal em todo país, enquanto o número de Varas de Execuções Penais com competência concorrente atinge o número de 1.241.¹⁹⁸ Ou seja, somente os internos de unidades prisionais situadas no território da jurisdição desses 125 Juízos serão julgados, em caso de cometimento de falta

¹⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ibidem*. Tópico 3.14.

¹⁹⁶ Por mais que, durante as pesquisas, tenha tido acesso às normas organizacionais do Poder Judiciário e alguns Estados, não convém expô-las, por existir dados, embora não tão precisos, do CNJ.

¹⁹⁷ Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf > Acesso em 09 jun. 2020.

¹⁹⁸ CNJ. Processo SEI 05160/2019 – processo instaurado pelo autor para buscar as informações de fundo deste trabalho.

grave decorrente da prática de fato definido como crime doloso, por juízes diferentes em 100% dos casos.¹⁹⁹

Por outro lado, os internos, normalmente detidos em cadeias públicas ou minipresídios, e cumprindo pena no regime aberto, têm seus processos e penas fiscalizados e executados pelo mesmo juiz que os sentenciou, que por sua vez será o mesmo magistrado que julgará suposto incurso em fato definido como crime doloso se eventualmente imputado durante o curso da execução penal, e também a falta grave decorrente desse mesmo fato.

Diante desse contexto fático, até então vivenciado por muitos jurisdicionados, percebe-se que o julgamento do mesmo fato delituoso, ora característico a falta grave, pelo mesmo juiz-pessoa, resulta em menor garantia à ampla defesa do acusado tal como desata em ofensa ao princípio da imparcialidade do julgador.

2. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL/IMPARCIALIDADE

À execução penal

“é indispensável a existência de um processo, como instrumento viabilizado da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros”.²⁰⁰

¹⁹⁹ Digo 100% porque pode ocorrer também de existirem, na comarca ou foro regional, mais de uma vara criminal, a qual uma delas compete a execução penal, o que permite a distribuição da ação penal para a outra.

²⁰⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Comentários à Lei de Execução Penal*, São Paulo: Saraiva, 1996.

Apesar de se exigirem as ditas garantias e os referidos princípios constitucionais, a hipótese exibida neste trabalho, que se observou se tratar de uma regra e não de uma exceção, acaba permitindo que o tutelado tenha seu processo julgado e fiscalizado por um juízo parcial e sem a efetiva garantia do contraditório e ampla defesa.

Diante do número irrisório de varas especializadas de execuções penais ativas no país e de que, normalmente

“em cada área territorial em que se divide o Estado para fins de execução penal, há uma única vara de execuções penais[...], sabe-se, de antemão, qual a Vara e, o que é mais importante, qual o juiz, isto é, a pessoa física, que julga as execuções penais dos presos”.²⁰¹

Tal constatação não viola, em primeira análise, o princípio do juiz natural, porque a competência já havia sido previamente determinada pela via adequada (legal ou regulamentar), mas evidentemente que torna a jurisdição territorial mais restrita quando comparada a uma Comarca, como é o caso das grandes Capitais, por exemplo, que possuem várias varas de execuções penais competentes sob o mesmo território.

O processo de execução e, o mais importante, o tutelado estarão à mercê do posicionamento do magistrado único competente. Se o posicionamento foi mais restritivo, certamente que o tutelado se verá em uma situação jurídica desvantajosa perante os demais que cumprem pena onde o magistrado da execução penal adota uma posição mais garantidora de direitos, fato este ofensivo ao princípio da isonomia. No entanto, essa conclusão não difere de qualquer atuação jurisdicional, sobretudo em um país democrático e tão plural quanto é o Brasil.

²⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ibidem*. Tópico 3.14.

Voltando os olhos à competência comum para a ação penal e execução penal do magistrado, observa-se que o mesmo juiz enfrentará os fatos duas vezes. A primeira das vezes, conforme afirmado anteriormente, notadamente será nos autos de execução penal, seja por ocasião da realização de controle do ato, seja na audiência de justificação (art. 118, §2º, da LEP), na qual ouvirá do acusado as justificativas a respeito da infração disciplinar. E a segunda, durante a instrução processual.

Neste último ato, que deveria garantir ao sentenciado todos os direitos inerentes ao contraditório e ampla defesa, certamente estará prejudicado pelo fato de o mesmo juiz já ter se deparado com o mesmo fato e provas outrora. O magistrado já teria internalizado uma verdade processual e, ao se deparar com as provas novamente na ação penal, espera encontrar essa mesma verdade interiorizada, de modo que lhe induziria “saltar por encima de las condiciones del litigio, en busca de la verdad material o de la verdad historica”,²⁰² em conflito, portanto, com o dever de imparcialidade.

Em outras palavras, o juiz que decidirá sobre a materialidade do fato e a culpabilidade do agente na ação penal já estará convicto de sua existência ou não, porque já decidiu a respeito em momento anterior (execução penal).

Esse momento anterior (seja em sede de homologação, ocasião em que realiza o controle do ato, seja em audiência de justificação) em que o magistrado decidiu sobre o fato definido em crime doloso no qual agora se debruça novamente nem mesmo permite a ampla defesa do réu, não ao menos como deveria ser, isto é, mediante apresentação de testemunhas, produção de provas periciais e etc. Garante-se a ampla defesa (autodefesa e defesa técnica) no PAD instaurado pela administração penitenciária (art. 59 da LEP e Súmula 533 do STJ), mas o próprio STF (Supremo Tribunal Federal) possui entendimento histórico de que a judicialização do procedimento, via audiência de justificação, “supre eventual nulidade

²⁰² BINDER, Alberto M. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2012. p. 222.

decorrente da ausência ou deficiência de defesa técnica no curso do PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena privativa de liberdade”²⁰³, que por sua vez veio a se tornar o Tema 941 proferido no RE 972.598. No entanto, certo que a audiência de justificação, tal como prevista na Lei de Execução Penal, não propicia a necessária e verticalizada análise probatória a respeito do fato.

Cuida-se, conforme já mencionado anteriormente, de um procedimento sumaríssimo, no qual o acusado é colocado no banco dos réus e provocado a se justificar da imputação que lhe é dirigida, sendo-lhe conferidos pouquíssimos meios de provar sua inocência.

Após a realização da dita audiência ou do controle judicial do PAD, o magistrado irá novamente apurar os fatos e valorar as provas na ação penal, mas é inegável que sua convicção sobre a materialidade do fato e a respectiva autoria já estará formada, com base naquele procedimento sumaríssimo, prejudicando o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa do acusado.

Impende anotar que as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019 a respeito do juiz das garantias em nada alteram a construção e conclusão deste trabalho, pois o magistrado presidente da ação penal ainda será o responsável pela execução penal. A figura do juiz das garantias não participará do PAD, tampouco irá valorar provas e proferir sentença ao final da instrução, pois ele é o “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” (art. 3º-B após a Lei 13.964/2019).

Já se afirmou que “[a] imparcialidade do juiz [...] exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório”.²⁰⁴ Nesse mesmo sentido, aliás, dispõe a nova redação do

²⁰³ HC 110278, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, DJe. 14.08.2013.

²⁰⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório, A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

artigo 3º-D do Código de Processo Penal, ao impedir a atuação do juiz que atuou na investigação funcionar no processo.²⁰⁵ Entretanto, evidencia-se, na hipótese estudada neste trabalho, que o magistrado se aproxima dos fatos em um procedimento sumaríssimo e inquisitório, forma sua convicção com base nas provas até então unilateralmente produzidas, e somente depois avalia a prova produzida e discutida sobre o manto do contraditório, em flagrante ofensa ao princípio da imparcialidade.

Em decorrência disso,

não há como compatibilizar a atuação do juiz que analisa provas unilaterais antes do início de uma ação penal, com a atuação desse mesmo juiz, na fase processual. O processo penal brasileiro é regido sob a imposição constitucional do princípio da presunção de inocência, art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, portanto, não pode o processo iniciar tendo como julgador um juiz convicto da culpa do acusado. A imparcialidade daquele que julga uma ação penal tem que ser livre de qualquer suspeita, não pode ter a menor mácula; além de ser imparcial, também é necessário que se tenha à aparência de imparcialidade. A preocupação com o respeito ao princípio da imparcialidade é afeto a todos os sistemas jurídicos democráticos existentes no mundo; sem a imparcialidade do julgador morta estaria à intervenção estatal para solucionar os conflitos de sua sociedade.²⁰⁶

²⁰⁵ Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

²⁰⁶ CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. *O juiz contaminado: a superação da prevenção como critério de fixação da competência*, 2010. *O juiz contaminado: a superação da prevenção como critério de fixação da competência*. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133365>. Acesso em: 09 jun. 2020.

Nada obstante o trecho acima colacionado tenha sido extraído de texto analítico sobre a prevenção nas ações penais antes do advento da Lei 13.964/2019, adequa-se perfeitamente ao tema deste estudo, pois tal qual os elementos de informação coletados no inquérito policial em procedimento inquisitório, o PAD também coleta informações sobre a falta grave/fato definido como crime doloso em procedimento inquisitório.

Nota-se, desse modo, que o fato apurado na ação penal e o resultado decorrente estará condicionado à solução encontrada em um processo inquisitório, hipótese ainda bastante recorrente, especialmente nos países que mantêm o sistema misto de investigação e julgamento, navegando pelos sistemas inquisitórios e acusatórios. Por mais

“que o sistema acusatório esteja sendo adotado cada vez mais [...], sua efetividade para proporcionar um julgamento imparcial e, conseqüentemente, justo é prejudicada pela persistência de práticas que seriam menos preocupantes, pelo menos na teoria, em um contexto de processo inquisitivo”.²⁰⁷

Sobre a assertiva anterior, de que o PAD instaurado na Execução Penal é inquisitório, salienta-se não ser permitido ao acusado de uma falta grave, em audiência de justificação, arrolar testemunhas, solicitar a produção de provas, nomear assistentes técnicos, entre outros, cabendo a ele exclusivamente defender-se da acusação mediante singela justificativa.

Cabe à defesa técnica a árdua tarefa de suscitar nulidades, desconfigurar a autoria, desconstruir o nexos de causalidade, alegar atipicidade da conduta, entre várias outras teses passíveis de absolvição de falta disciplinar, sem, contudo, se valer de meios próprios do processo penal.

²⁰⁷ BINDER, Alberto M.; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defesa criminal efetiva na América Latina*. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito a Defesa - IDDD, 2016. p. 503.

A título de exemplo, o artigo 65, §1º, da Resolução 6.049/07, que trata sobre o Regulamento Penitenciário Federal, apesar de não ser aplicável aos Estados, prevê que “[n]a investigação preliminar, deverá ser observada a pertinência dos fatos e a materialidade da conduta faltosa, inquirindo os presos, servidores e funcionários, bem como apresentada toda a documentação pertinente”, para somente depois citar o preso e seu defensor (art. 66 da Resolução) da audiência, ato em que será “facultada a apresentação de defesa preliminar, prosseguindo-se com o interrogatório do preso e a oitiva das testemunhas, seguida da defesa final oral ou por escrito” (art. 67 da Resolução).

Esse procedimento é exigido somente nos procedimentos administrativos disciplinares instaurados em unidades prisionais federais e, em tese, mostra-se lógico e eficaz se visar fato definido como crime doloso cometido dentro da unidade prisional, aos olhos da administração penitenciária, pois as testemunhas serão acessíveis, mas é certamente ineficaz se cuidar-se de crime cometido fora do estabelecimento prisional, quando, por exemplo, o sentenciado cumpre a pena em meio aberto.

Não obstante, conclui-se ser, basicamente, um feito instruído exclusivamente com prova oral, ainda que existam vestígios da ação, como por exemplo a apreensão de aparelho celular e de artefatos que podem ofender a integridade física de outrem. Prevalece o entendimento de que é prescindível laudo pericial para atestar a funcionalidade do aparelho²⁰⁸ e a potencialidade ofensiva de instrumentos potencialmente lesivos.²⁰⁹

Em se tratando de faltas disciplinares, a única apreensão que depende de laudo pericial, isto é, de maior rigorismo para a comprovação da materialidade, ocorre quando se apreendem drogas

²⁰⁸ HC 466.108/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 03/12/2018 e AgRg no HC 477.884/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 25/03/2019.

²⁰⁹ HC 476.948/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 19/02/2019 e AgRg no HC 448115/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019.

dentro das unidades prisionais. O STJ, nestas circunstâncias, tem anulado procedimentos sob o pretexto de que inexistente materialidade delitiva sem o laudo laboratorial da droga atestando se tratar de droga proscrita.²¹⁰ Esse posicionamento foi recentemente incluído na edição 126 de Jurisprudência em Teses com o seguinte enunciado “[é] imprescindível a confecção do laudo toxicológico para comprovar a materialidade da infração disciplinar e a natureza da substância encontrada com o apenado no interior de estabelecimento prisional”. No entanto, alguns dos Tribunais de Justiça posicionam-se no sentido de que basta a existência de laudo de constatação provisória do entorpecente para comprovar a materialidade da falta disciplinar.²¹¹

Nesta esteira, o magistrado, para realizar o controle do ato administrativo que sancionou o cidadão pela prática de falta grave ou para presidir a audiência de justificação, notadamente avaliará os fatos e as provas, situação que o tornará parcial aos mesmos fatos e provas mais robustas que serão produzidas na ação penal, estando, portanto, contaminado. Essa contaminação não somente será revelada durante a sentença, que possivelmente trará o mesmo desate do PAD, mas também nas decisões interlocutórias que proferirá, na produção da prova oral, cuja atuação é subsidiária, e especialmente durante o interrogatório.

Conforme já mencionado anteriormente, o magistrado contaminado com uma verdade processual a buscará a todo custo e permanecerá fechado à outras versões possivelmente suscitadas pelo acusado, por mais que lastreadas. Imaginemos a seguinte situação hipotética, durante a audiência de justificação o acusado confessou o cometimento de crime de tráfico de drogas ocorrido enquanto gozava do regime aberto, fato que lhe resultou na responsabilização

pelo cometimento de falta grave e desatou na regressão de regime prisional. Num segundo momento, durante a audiência de instrução ocorrida na ação penal, ele nega a prática do crime. Por certo que a negativa de autoria nem mesmo será levada em conta pelo magistrado, senão de imediato o indagar sobre a versão diversa sustentada na audiência de justificação.

Em decorrência dessa contaminação, certamente que a defesa restará prejudicada. Para que não exista pré-julgamento, portanto, deveria o juiz aguardar o esgotamento do 1º grau de jurisdição, ocasião em que deixa de lhe competir a análise probatória, para tão somente depois se debruçar sobre o mesmo fato na execução penal, vez que somente seguindo esta ordem estar-se-á tomando a decisão com base na convicção formada por meio de um processo em que realmente se garante o contraditório e a ampla defesa.

2.1. IMPEDIMENTO LEGAL

Outro argumento que não pode passar despercebido atine-se ao impedimento esculpido no artigo 252, III, do Código de Processo Penal, que impede o juiz de “exercer jurisdição no processo em que: III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão”. Conquanto não tenha atuado no processo, muito menos em outra instância, o magistrado que da execução penal que decide sobre a homologação ou não de um PAD pronuncia-se sobre questões de fato e de direito.

Nesta linha de raciocínio, ainda que não seja o mesmo processo propriamente dito, a origem dos processos administrativo disciplinar e penal é a mesma, qual seja, a prática de fato definido como crime doloso caracterizado como falta grave. No mais, no que tange a exigência de ter atuado em outra instância, cumpre anotar que a execução penal e a ação penal são autônomas e ainda que não se situam em instâncias diferentes, uma influi na outra.

²¹⁰ AgRg no HC 448.115/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019.

²¹¹ TJMG; Ag-ExcPen 0454966-78.2018.8.13.0000; Igarapé; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Furtado de Mendonça; Julg. 19/03/2019; DJEMG 29/03/2019; TJSP; AG-ExPen 0008320-34.2018.8.26.0996; Ac. 12185407; Presidente Prudente; Quinta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Tristão Ribeiro; Julg. 06/02/2019; DJESP 11/02/2019; e TJRS; AG 0248399-42.2018.8.21.7000; Novo Hamburgo; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Mello Guimarães; Julg. 11/10/2018; DJERS 27/11/2018.

Muito se discute acerca dessas hipóteses legais de impedimento. Parte da doutrina defende tratar-se, o rol, taxativo,²¹² enquanto outra crescente parcela sustenta ser meramente exemplificativo,²¹³ da qual compartilho o posicionamento. E não pode ser outra a conclusão, pois é impossível que o legislador preveja todas as situações vivenciadas na prática, tal qual a hipótese prevista neste trabalho.

Sobre esta última anotação, percebe-se vigorarem, as hipóteses de impedimento, desde a vigência do Código de Processo Penal (1º/janeiro/1942), enquanto a Lei de Execução Penal (7.210/84) foi publicada aos 11/julho/1984, não sendo possível ao legislador da época prever a prática revelada neste artigo.

Analisando-se os requisitos próprios do inciso III, denota-se que a expressão “instância”

“merece uma interpretação mais ampla, para incluir as situações em que o mesmo juiz, enquanto pessoa física, tenha se pronunciado sobre o mérito, realizando um prejulgamento sobre o crime ou sua autoria, capaz de comprometer sua imparcialidade”,²¹⁴

levando à conclusão de que o magistrado da execução penal que se depara e decide, neste processo, sobre questões de fato e de direito, antes da instrução processual nos autos de ação penal terá sua parcialidade comprometida, ainda que não tenha propriamente atuado em outra instância, tampouco no mesmo processo, revelando seu impedimento para o julgamento da ação penal.

Sobre esse último,

²¹² PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 499/500. Para o autor, o rol é taxativo, cuidando-se, outras hipóteses para além daquelas prevista pelo legislador, não de impedimento, mas de incompatibilidade do juiz, nos moldes do artigo 112 do Código de Processo Penal.

²¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal [livro eletrônico]*. 4ª Ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018. Item 7.1.1.1; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. Capítulo XIII, Tópico 3.1.2.

²¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit. Item 7.1.1.1.

já se reconheceu que a atuação do juiz em processos administrativos gera seu impedimento para o processo judicial sobre o mesmo fato (por exemplo, o juiz que decide um processo administrativo para imposição de penalidade a um servidor não poderá julgá-lo, pelo mesmo fato, caso este constitua crime).²¹⁵

Isso vale para a ação penal na qual o juiz atuou na execução penal em procedimento administrativo disciplinar, seja tão somente para realizar o controle de constitucionalidade ou legalidade, seja quando presidiu a audiência de justificação. Ele estará moral, legal e psicologicamente comprometido com os fatos, impedindo-o de julgar a causa de forma imparcial.

A propósito,

“o que dizer de uma situação em que o juiz manifeste, conscientemente ou não, ou até mesmo explicitamente (!), prévia inclinação ao julgamento num ou noutro sentido, manifestando, *ante tempus*, uma predisposição condenatória ou absolutória?

O art. 254 não contempla tal hipótese. Porém, a atual redação do art. 449 do CPP (dada pela Lei nº 11.689/08), ao tratar especificamente dos jurados no tribunal do júri, veda a participação, no conselho de sentença, daquele que ‘tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado’. Não há justificativa lógica para reputar-se possível a quebra da imparcialidade de um juiz leigo que antecipa o seu futuro

²¹⁵ *Ibidem*. O autor faz referência à julgados do STJ (HC 4.591/MG, HC 48.248/MG e HC 255.457/MG), que concluem “é inegável que quem participou de procedimento administrativo, colhendo provas e decidindo, está moral, legal e psicologicamente comprometido para uma decisão judicial. Nesse caso, não se poderia falar em julgamento imparcial”.

juízo e, ao mesmo tempo, não admitirmos a mesma solução, mesmo que além dos limites semânticos do art. 254 do CPP, para o juiz singular”.²¹⁶

Além do contrassenso normativo acima explicitado, é ilógico supor que o magistrado manterá sua imparcialidade quando deparado com o fato pela segunda vez. O pré-juízo acaba por minar não só a solução do litígio, ele elimina igualmente todo tipo de debate a respeito dos fatos, seja pela autodefesa, seja pela defesa técnica, pois a convicção formada no subconsciente e explicitada outrora via decisão na Execução Penal dificilmente será reformada.

3. HARMONIZAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR COM A REALIDADE NACIONAL

Diante dos argumentos acima construídos, torna-se inviável a aplicação sem ressalvas do enunciado da Súmula 526 do STJ, pois se assim o fizer, os fatos (fato definido como crime doloso/falta disciplinar) serão apurados pelo juiz (pessoa física) em sua competência para a Execução Penal, antes mesmo da fase instrutória da ação penal instaurada sobre o mesmo fato, tornando-o contaminado para o julgamento deste último, pois estará moral, legal e psicologicamente comprometido com questões de fato e de direito.

Verificada a situação retratada, haveria violação à condição *sine qua non* da jurisdição (imparcialidade), que por sua vez resultaria na declaração de inexistência dos atos praticados²¹⁷ ou na nulidade deles,²¹⁸ a depender da teoria adotada. Data vêniam quem entenda pela mera anulação dos atos praticados, verifico cuidar-se de inexis-

²¹⁶ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito fundamental a um processo justo e standard de valoração sobre a (im)parcialidade judicial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 38, p. 111-137., jul./set. 2010.

²¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 679; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Op. cit. Capítulo XIII, Tópico 3.2.1.

²¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal* – 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 707.

tência do ato, pois praticado por magistrado impedido de exercer jurisdição, sem observância a um dos elementos do ato.²¹⁹

Para evitar o prejuízo ao cidadão sentado no banco dos réus, e consequentemente a declaração de inexistência dos atos praticados após a configuração do impedimento, que passará a ser logo após a decisão de homologação do PAD ou da realização da audiência de justificação, torna-se indispensável que a instrução processual seja realizada e até mesmo a sentença seja proferida antes da homologação do PAD ou da realização de audiência de justificação. O magistrado deverá exercer a jurisdição na ação penal instaurada antes de se debruçar sobre o mesmo fato na execução penal, de tal sorte que a decisão tomada em ambos os processos seja embasada na convicção do julgador construída com lastro no procedimento que confere maior grau de ampla defesa e contraditório.

Destarte, o primeiro passo é resolver no primeiro grau de jurisdição a ação penal instaurada para apurar o fato definido como crime doloso, esgotando-se a jurisdição lhe competia ao Juízo, para tão somente depois o mesmo magistrado analisar a falta grave decorrente do mesmo incidente que instaurou a ação penal, seja por meio do controle judicial, seja por meio da audiência de justificação.

Logo, para salvaguardar a imparcialidade do magistrado, o julgamento justo da ação penal e o adequado respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, na hipótese do mesmo magistrado ser competente para a execução penal e para a ação penal, impõe-se seja respeitado o marco inicial para a apuração da falta grave, substanciado pelo esgotamento do 1º grau de jurisdição.

É evidente que a adoção do rito aqui proposto e construído possibilita tornar a responsabilização, na execução penal, tardia e morosa, a depender da celeridade da ação penal – principal argumento para a criação do enunciado sumular. No entanto, é mais célere quando comparado com a visão antagônica da súmula 526 do STJ, de que seria imprescindível aguardar o trânsito em julgado

²¹⁹ Em sentido similar: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. Op. cit.. Item 5.2.

definitivo da ação penal para tão somente depois desatar na sanção decorrente de falta grave.

4. REFLEXOS

A aplicação do entendimento construído no presente artigo visa garantir a imparcialidade do magistrado ao julgar a ação penal decorrente do evento criminoso doloso, pois impediria a análise dos fatos em momento anterior cuja produção probatória é rasa, unilateral e, portanto, quase inexistente.

Apesar dessa conclusão, ainda há a possibilidade de o trâmite processual da ação penal ser moroso e permitir a mediata sanção ao executado, tal como revelado nos argumentos contidos na introdução desse trabalho, situação que somente ocorreria se o apenado respondesse à ação penal em liberdade. Caso o cidadão responda à ação penal instaurada em prisão preventiva, situação bastante comum em razão da hipótese prevista no artigo 313, II, do Código de Processo Penal, o trâmite processual será certamente célere e por sua vez a análise da falta grave igualmente o será.

Na hipótese de o infrator responder à acusação em liberdade, em razão da inexistência da garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, a ausência desses mencionados fundamentos igualmente refletem na desnecessidade da regressão cautelar de regime prisional, tendo em vista a ausência de periculosidade da ação e do agente.

Notavelmente, o trâmite da ação penal será mais demorado quando comparado à celeridade do rito quando o réu está preso cautelarmente, mas dificilmente perdurará a ponto de prescrever a sanção disciplinar decorrente da falta grave, que segundo o posicionamento jurisprudencial majoritário, ocorre em três (03) anos,²²⁰

²²⁰ STJ. Jurisprudência em teses, edição n. 7: falta grave em execução penal, item 3. “Diante da inexistência de legislação específica quanto ao prazo prescricional para apuração de falta grave, deve ser adotado o menor lapso prescricional previsto no art. 109 do CP, ou seja, o de 3 anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, ou o de 2 anos se a falta tiver ocorrido até essa data”. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDICAO+N.+7%3A+-FALTA+GRAVE+EM+EXECUCAO+PENAL> > Acesso em 09 jun. 2020.

contados da data do fato ao momento da homologação da sanção disciplinar.

Ademais, o cometimento de fato definido como crime doloso no curso da execução penal e a respectiva condenação, além de caracterizar falta grave, também importará na unificação e somatória das penas, cf. artigo 111 da LEP.

“Na decisão proferida pelo juiz, será determinado o *quantum* total da pena executada, o seu remanescente, já considerando a detração penal, que será parâmetro para a fixação do regime de cumprimento da pena, e a determinação ou não da regressão de regime, consoante estabelece o artigo 118, II, da Lei 7.210/84”.²²¹

Logo, facilmente chega-se à conclusão de que é remota a possibilidade do apenado que incorre em crime doloso no curso da execução penal ficará impune, o que conforma os adeptos da corrente imediatista retratada na introdução do trabalho.

Em sentido similar, é crescente o posicionamento de que, sobrevivendo nova condenação pela prática de fato definido como crime doloso,

“[s]e, porém, não vem a ser instaurado o PAD, mas já houver sentença condenatória pelo mesmo fato, o PAD já não se faz necessário porquanto o onde há ampla defesa e contraditório, com produção de prova processo criminal muito mais substancial o suprirá inteiramente. O que pode o mais, pode o menos. O PAD pode apenas atestar a ocorrência de uma

²²¹ ROEHRIG, José Flávio Ferrari. O trânsito em julgado de sentença condenatória na execução penal como marco interruptivo para novos benefícios: uma questão ainda a ser discutida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 154, p. 55-75., abr. 2019.

a ensejar uma consequência falta meramente administrativa na execução da pena. Já a não sentença penal condenatória só passará por essa constatação como concluirá pela culpabilidade e responsabilização penal pelo ato cometido e apurado de modo exauriente”.²²²

Conquanto o citado julgado repute dispensável o PAD e a audiência de justificação, em sentido contrário ao que se expôs no presente trabalho, reforça a conclusão de que é remota a possibilidade de que a exigência de um termo inicial para a aplicação da falta grave tornaria sem efeito a execução penal.

Outra reflexão preliminar atine-se à possibilidade de o juiz da Execução Penal atuar como juiz das garantias, hipótese possível em razão tanto do sistema de rodízio quanto da competência estadual para legislar sobre a organização judiciária (arts. 3º-D, parágrafo único e 3º-E do CPP), que a princípio verifico ser igualmente prejudicial à salvaguarda de sua imparcialidade. Desta vez, no entanto, não para o julgamento da ação penal, mas para o julgamento da falta grave, pois ele atuará até o momento do recebimento da denúncia, de tal sorte que estará convicto da materialidade da conduta e da existência de indícios da autoria do acusado, além de também ter analisado, em razão de sua atuação, questões relativas ao mérito da imputação.

Logo, estará contaminado ao realizar a audiência de justificação ou ao exercer o controle do ato administrativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Execução Penal, cf. artigo 65, delega à organização judiciária de cada Estado a atribuição de competência do processo de execução e, não o fazendo, competirá ao Juízo da sentença.

²²² TJPR - 3ª C. Criminal - 0003397-06.2018.8.16.0070 - Rolândia - Rel.: Desembargador Gamaliel Seme Scaff - Julg. 06.06.2019.

Via de regra a competência jurisdicional para a execução penal é do local onde o sentenciado encontra-se cumprindo pena, independentemente do regime estabelecido ou se em cumprimento de pena restritiva de direitos.

Observa-se ser a exceção a existência de Varas de Execuções Penais especializadas, cuja pessoa do juiz dedique exclusivamente sua competência jurisdicional e esforços ao julgamento e fiscalização de processos de execução penal. De outra sorte, concluiu-se ser a regra a competência simultânea/concorrente dos processos de execução penal e ação penal pelo mesmo juiz-pessoa.

Caso o sujeito de direitos que incorra, durante o cumprimento de pena, em fato definido como crime doloso, a conduta também é considerada falta disciplinar, cf. artigo 52 da Lei de Execução Penal, e obrigatoriamente acarretará a instauração de dois processos. O primeiro, denominado PAD, que será, uma vez concluído, analisado pelo juiz da execução penal, seja para homologação, ato no qual realizará valoração das provas para exercer o controle judicial, seja na audiência de justificação (art. 118, §2º, da LEP). Enquanto o segundo, será a ação penal, que também será distribuída para o mesmo juiz-pessoa.

Atualmente a falta grave na execução penal é reconhecida quase que imediatamente após o evento criminoso, tendo em conta a inexistência de marco inicial para a aplicação do enunciado sumular acima exposto, gerando uma situação na qual o mesmo juiz forma sua convicção em um procedimento sumaríssimo e depois valora a prova na ação penal, já contaminado com a verdade interiorizada que lhe foi exposta naquele primeiro procedimento.

Diante dessa situação apresentada, o enunciado sumular 526 do STJ, que diz prescindir do trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória para a apuração da falta grave por fato definido como crime doloso no curso do cumprimento da pena, merece demarcação de um termo inicial.

Passar-se-ia a exigir, para a apuração da falta grave decorrente da prática de fato definido como crime doloso na execução penal,

no mínimo o esgotamento da jurisdição do Juízo de 1º grau na ação penal instaurada com base no mesmo fato.

Cuida-se de uma visão que busca garantir ao cidadão um julgamento imparcial sobre os fatos e sobretudo, um julgamento embasado em procedimento acusatório efetivo, no qual a ampla defesa é verdadeiramente ampla.

Além do mais, a demarcação do termo inicial confere, além da certeza sobre a existência do fato, pressuposto para o recebimento da denúncia, elevado grau de probabilidade da culpabilidade do agente,²²³ de modo que a falta grave seria aplicada somente quando o julgador de 1º grau estiver convicto da autoria da infração.

Diante da hipótese trabalhada, a fim de evitar a declaração de impedimento (art. 252, III, do CPP) na ação penal, de resguardar a imparcialidade do julgador e, sobretudo, a efetiva garantia do contraditório e ampla defesa, imperioso se faz aguardar o esgotamento da jurisdição do Juízo de primeiro grau na ação penal para tão somente depois o mesmo juiz-pessoa valorar as questões de fato e de direito na execução penal, que por sua vez decorreram dos mesmos fatos apurados na ação penal.

Somente observada essa ordem cronológica dos processos garantirá o julgamento do fato por um juiz imparcial, tal qual conferirá ao acusado mecanismos e apetrechos probatórios garantidores da ampla defesa, e resguardar-se-á o contraditório do acusado em procedimento cujo rito adotado é objetivamente o acusatório.

²²³ Não é possível afirmar que haveria certeza sobre a autoria, pois este somente é verificado com o trânsito em julgado definitivo, cf. inciso LVII, art. 5º, da Constituição Federal/88.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Execução penal*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal* [livro eletrônico]. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* [livro eletrônico]. 4ª Ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.

BINDER, Alberto M.; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defesa criminal efetiva na América Latina*. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito a Defesa - IDDD, 2016.

BINDER, Alberto M. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2012.

BUENO, Ana Luiza Rodarte; RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira. Violação do princípio do estado de inocência no âmbito da execução penal: configuração de falta grave pelo cometimento de fato previsto como crime doloso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 26, n. 313, p. 18-19., dez. 2018.

CACICEDO, Patrick. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 413-432, jan.-abr. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. O juiz contaminado: a superação da prevenção como critério de fixação da competência, 2010. *O juiz contaminado: a superação da prevenção como critério de fixação da competência*. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133365>. Acesso em: 6 de jun. 2020.

CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: Org. CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito fundamental a um processo justo e standard de valoração sobre a (im)parcialidade judicial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 38, p. 111-137., jul./set. 2010.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à lei de execução penal*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

Justiça em Números 2019: ano-base 2018/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: << https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf > Acesso em 09 de jun. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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, v. 27, n. 152, p. 117-143., fev. 2019.

MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de Execução Penal*. São Paulo, Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: Execução Penal*, São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Márcia Elayne Berbich; TORELLY, Marcelo Dalmás. Disciplina, direito e poder: os processos administrativos disciplinares e suas violações de direitos como estratégias de bio-poder na Penitenciária feminina Madre Pelletier. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 5, n. 1, p. 129-159., jan./dez. 2006.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*, São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Adeildo. *Comentários à lei de execução penal*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. *A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ROEHRIG, José Flávio Ferrari. O trânsito em julgado de sentença condenatória na execução penal como marco interruptivo para novos benefícios: uma questão ainda a ser discutida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 154, p. 55-75., abr. 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*; Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 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.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALOIS, Luís Carlos. *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

COMPLIANCE E AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: o modelo espanhol como referência para o Brasil

COMPLIANCE AND CRIMINAL SELF-RESPONSIBILITY OF THE LEGAL ENTITY: THE SPANISH MODEL AS A REFERENCE FOR BRAZIL

Recebido: 15.04.2019

Aprovado: 25.11.2019

Guilherme Lopes Felicio

Mestrado em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/ São Paulo –SP) (2018).

Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal pela mesma Universidade (2014), em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina – PR (2014) e em *Compliance* pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2019).

Graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo (2009).

Professor Convidado da Pós-Graduação da Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. Advogado.

guilherme.felicio@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/3784861505698538>

<https://orcid.org/0000-0003-0961-9961?lang=en>

Resumo: Este artigo, partindo da busca por instrumentos político-criminais para auxiliar o Direito Penal no enfrentamento da criminalidade econômica e em sua tarefa de proteger de maneira efetiva de bens jurídicos de natureza supraindividual, se empenha em analisar brevemente o *compliance*, uma estrutura administrativa de gestão à base da prevenção situada no mundo dos negócios que opera de modo a evitar o desvio de condutas no âmbito interno das empresas que possam desencadear em crimes e, conseqüentemente, sua responsabilização legal, propondo-se, ao final, que o ordenamento jurídico brasileiro trabalhe o instituto com um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica tal como ocorre na Espanha. Adota-se nesta pesquisa o método dedutivo sob referenciais bibliográficos, realizando uma abordagem sobre a criminali-

dade econômica, o *compliance* e a responsabilidade penal da pessoa jurídica, destacando os pontos pertinentes e o liame entre os temas, com o intuito de encontrar respostas seguras diante das problemáticas que se elevam sobre o assunto.

Palavras-chave: *compliance; responsabilidade penal da pessoa jurídica; criminalidade econômica.*

Abstract: This article, based on the search for political-criminal instruments to assist Criminal Law in the fight against economic crime and in its task of effectively protecting supra-individual legal assets, strives to briefly analyze compliance, an administrative management structure based on prevention located in the business world that operates in order to avoid the diversion of conduct within companies that may trigger crimes and, consequently, their legal responsibility, proposing, in the end, that the Brazilian legal system work the institute with a model of criminal self-responsibility of the legal entity, as in Spain. In this research, the deductive method is adopted under bibliographic references, carrying out an approach on economic crime, compliance and criminal liability of the legal entity, highlighting the relevant points and the link between the themes, in order to find safe answers in the face of problematic issues that arise on the subject.

Keywords: *compliance; criminal liability of legal entities; economic criminality.*

INTRODUÇÃO

Os efeitos da criminalidade movida por razões econômicas têm extrapolado as fronteiras do território nacional, envolvendo a economia a nível global, acarretando prejuízos que excedem não somente a esfera dos interesses individuais, mas a própria ordem econômica, o que a qualifica como uma macrocriminalidade econômica.

Essa delinquência transnacional registra a presença de crimes como a corrupção política, a lavagem de capitais, o tráfico de pessoas, o terrorismo e contra o meio ambiente, cujos danos causados são de difícil restauração, senão, irrestauráveis, reclamando uma intervenção penal sobre as relações econômicas com foco em evitar alguns atos ou, ao menos, controlá-los.

Assim, é melhor que o Direito Penal se empenhe em proteger preventivamente os bens jurídicos supraindividuais vulneráveis frente à criminalidade econômica, antes da ocorrência do dano, buscando mecanismos político-criminais voltados para o embrião do delito e dedicados em estagná-lo logo em seu nascedouro.

Nesse contexto, no mundo dos negócios, vem ganhando destaque o *compliance*, se apresentando como um mecanismo à luz da prevenção utilizado pelas pessoas jurídicas disposto a otimizar no âmbito corporativo a implantação de um sistema de organização eficiente que evite o desvio de condutas delitivas.

A apreensão das empresas com o desvio de condutas é pela potencialidade de resultarem em crimes. O *compliance* foca na prevenção, concentrando em afastar condutas indesejadas dentro de uma organização, evitando que se aproximem de delitos, mas que em encontrando dificuldades para impedi-las, avistando um possível delito, procura averiguá-las e remediá-las para, em tempo, inibir o crime ou ao menos mitigar os riscos.

No Brasil, as legislações regulamentam timidamente o *compliance* e não adotam qualquer técnica de incentivo para que

as empresas procedam à implementação do sistema, colocando em dúvida a eficácia do instituto. Destarte, sugere-se que o Direito Penal traga o *compliance* para dentro de seu ordenamento jurídico.

Em nível ideal, o *compliance* seria melhor operado com um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica, tal como ocorre na Espanha, de forma que a culpabilidade fosse auferida através dos programas de *compliance*, que, se efetivos ou parcialmente efetivos, poderiam levar ao afastamento ou à mitigação da responsabilidade penal da empresa.

Assim, o objetivo a frente é compreender e analisar o fenômeno *compliance* em uma abordagem sobre no que consiste, como funciona e como aplicá-lo, propondo, ao final sua operação com um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, à exemplo do modelo espanhol, com o intuito de defender que através dessa via o *compliance* oferece um resultado muito prático e se apresenta como um mecanismo de cooperação para o Direito Penal na tutela de bens jurídicos supraindividuais e na luta contra a criminalidade econômica.

O capítulo a seguir, então, expõe sobre a criminalidade econômica, a necessidade do Direito Penal recorrer à novos mecanismos de controle especialmente à luz da prevenção e realiza um estudo sobre o *compliance*, explicando sua essência, seu funcionamento e como se estrutura. O capítulo em sequência se empenha em discutir algumas pautas para a efetivação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil. E o capítulo final, sob fundamentos dogmáticos e político-criminais, propõe um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em trabalho com o *compliance*, conferindo uma nova direção para o ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, adota-se para esta pesquisa o método dedutivo pautando-se em referenciais bibliográficos e legislações nacionais e estrangeiras.

2. O AUXÍLIO DO **COMPLIANCE** NO ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

2.1. A QUESTÃO DA CRIMINALIDADE ECONOMICA: EM BUSCA DE NOVOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE

Os crimes econômicos foram notados no século XX, ocasião em que se iniciou uma discussão sobre o alargamento do Direito Penal para intervir no domínio econômico. A partir da Primeira Guerra Mundial o Direito Penal Econômico começa a ter forma, direcionando-se à punição de indivíduos organizados em grupos econômicos com o intuito de cometer atos atentatórios às políticas econômicas estatais²²⁴. Do lado europeu, nasce a Primeira Lei para a Luta contra a Criminalidade Econômica na Alemanha em 1976 e um diploma regulamentando infrações econômicas. Na América, os Estados Unidos da América criam a *Foreign Corrupt Practices Act* em 1977 e o Brasil apresenta o projeto de lei nº 635/75 sobre as contravenções penais, entre elas, contra a economia popular²²⁵.

Nos delitos econômicos nota-se uma associação à expressão *White Collar Crime* (definida por Edwin H. Sutherland²²⁶ na década de 30), isso porque, é comum o envolvimento de pessoas respeitadas e com um status social elevado no âmbito de sua profissão, agentes poderosos que ocupam postos relevantes ou integram a mais alta administração de sua classe, como por exemplo políticos, empresários, banqueiros, diretores de empresas privadas ou estatais. Observa Klaus Tiedemann²²⁷ que a maior parte dos crimes econômicos há a presença de pessoas jurídicas ou se servem do auxílio delas.

²²⁴DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *Direito Penal Econômico*. Curitiba: Juriá Editora, 2003, p.60.

²²⁵RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Económico - É legítimo? É necessário? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2016, ano 26, p.47.

²²⁶*White Collar Crime*. The uncut version. London: Yale University Press, 1983, p.240 e ss.

²²⁷Nuevas tendencias em la responsabilidad penal de personas jurídicas. In RODRÍGUEZ, Constante Carlos Ávalos (Coord.); VILLANUEVA, Alejandro Emilio Quispe (Coord.). *Dogmática penal del tercer milenio. Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Perú: Ara Editores, 2008, p.402-403.

Essa criminalidade se desenvolve no exercício das atividades diárias do setor público ou privado. Considerando o poderio econômico, financeiro ou político dos envolvidos, é extremamente difícil identificá-los, investigá-los e sancioná-los e, enquanto isso, seus danos vão se alastrando, alcançando vítimas aleatórias, impactando na sociedade e no Estado. À medida que o poderio e essa criminalidade se ampliam, um outro aspecto se fortalece – a impunidade²²⁸.

Completa Luciano Feldens²²⁹ que a criminalidade econômica carrega consigo uma cifra negra frente às estatísticas criminais, ou seja, uma fração de crimes que se mantém oculta, desconhecida pelas autoridades competentes, que corresponde aos fatos criminosos não investigados ou solucionados. Essa estatística dos delitos que não são identificados ou apurados e permanecem impunes nessa classe é denominada de cifra dourada.

Diante desses aspectos da criminalidade econômica, pontua Sérgio Salomão Shecaira²³⁰ que o Direito Penal em sua forma clássica não está à altura para combatê-la efetivamente. Assim, conforme salienta Adán Nieto Martín²³¹, a criminologia vem se empenhando em estudar novos meios de controle social, sugerindo seja o Direito Penal orientado pela prevenção e detecção de fatos delitivos.

A orientação pela prevenção se coaduna com um Direito Penal verdadeiramente protetor, que segundo Winfried Hassemer²³², essa é uma imagem que se tem hoje do Direito Penal nessa nova realidade, porque existe uma preocupação com a efetividade de sua atuação, seu sistema de imputação e punição, a preservação

dos direitos e das garantias fundamentais e o estrito respeito à Constituição, questões típicas de um Estado Democrático de Direito. De se registrar que desde a Constituição Federal de 1988, vigora um Direito Penal do Estado Democrático do Direito que se encontra à disposição do alcance dos objetivos constitucionalmente delineados. Logo, a leitura do Direito Penal diz respeito a interpretá-lo de acordo com os valores postuladores e consagrados no texto constitucional²³³.

Nesse contexto, as decisões político-criminais desempenham uma função essencial na contenção do crime, uma vez que se consubstanciam em métodos e procedimentos coordenados e desenvolvidos pelo Estado para responder ao fenômeno criminal²³⁴.

As políticas criminais implicam em decisões do Estado transformadas em dispositivos legais que transportam consigo uma proposta de solução para conter a criminalidade que resultam em instrumentos efetivos para atender esse propósito.

O Direito Penal, portanto, deve recorrer à instrumentos preventivos ancorados na política criminal, que possam cooperar para o afastamento de delitos, tutelando efetivamente, assim, os bens jurídicos supraindividuais contra os ataques da criminalidade moderna.

É nesse cenário que entra o (criminal) *compliance*, eis que se revela como um mecanismo, à base da prevenção, de auxílio ao Direito Penal na tarefa de combater a criminalidade econômica, cuja razão político-criminal de sua adoção é de se querer a implantação de programas de *compliance* pelos entes coletivos em seus âmbitos internos para afastarem deles condutas que possam desencadear em delitos²³⁵.

²²⁸ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional. Lei n. 7.492 de 16/6/86*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.49-50.

²²⁹ *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p.134/136 e 240.

²³⁰ *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Elsevier, 2011, p.100 e ss.

²³¹ Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo em el Derecho Penal. In KUHLEN, Lothar (Dir.); MONTIEL, Juan Pablo (Dir.); ORTIZ DE URBINA GIMENO, Ínigo (Dir.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.21 e 31.

²³² *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.79.

²³³ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

²³⁴ ROBERTI, Maura. *A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p.107.

²³⁵ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo em el Derecho Penal. In KUHLEN, Lothar (Dir.); MONTIEL, Juan Pablo (Dir.); ORTIZ DE URBINA GIMENO, Ínigo (Dir.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.33.

2.2. COMPLIANCE E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL

2.2.1. SOBRE O COMPLIANCE

Compliance restringe-se a um dever de cumprir, cujo termo provém do verbo inglês *to comply with*, que consiste em obedecer, respeitar, praticar o que foi determinado.

Nas palavras de Carla Rahal Benedetti²³⁶ trata-se um instrumento de controle da governança corporativa que se traduz por um conjunto de disciplinas adotadas pela pessoa jurídica para cumprir as normas, políticas e diretrizes aplicadas para as suas atividades e serve de ferramenta para evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade nela existentes.

Expõem Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi²³⁷ que o *compliance* exerce sua atividade de maneira rotineira e constantemente está buscando e certificando se todos setores da empresa agem em respeito às normas que lhe são impostas, o que o diferencia das auditorias, que são trabalhos aleatórios e periódicos, e também do departamento jurídico, responsável por orientar, formular contratos e documentos legais. Logo, nota-se que o *compliance* possui um caráter vigilante, eis que checa regularmente se todos estão obedecendo a lei.

Em suma, o *compliance* está vinculado a medidas de controle que as corporações adotam para assegurar que as normas estão sendo cumpridas com o intuito de evitarem o desvio de condutas que, eventualmente, possam implicar em sua responsabilidade legal.

Com efeito, o *compliance* tem uma construção alicerçada à autorregulação, isto é, consubstanciam-se em sistemas de cumprimento normativo que se espelham em sistemas de controle social empresarial. Isso porque, no plano da lei, existem diversas hipóteses das pessoas jurídicas recaírem em sanções da esferas cível, administrativa e principalmente penal. Assim, o *compliance* é pensado

²³⁶ *Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.80.

²³⁷ *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.71.

para incrementar a capacidade comunicativa da sanção nas relações econômicas, através da programação de um conjunto de medidas e estratégias com fins preventivos para estimular a diminuição do risco da atividade, evitando perigos futuros²³⁸.

Chama a atenção à que estes programas de *compliance* trabalham com objetivos e valores como *risk management* (gerenciamento de risco) *value management* (gerenciamento de valores), *corporate governance* (governança corporativa), *business ethic* (ética negocial), *integrity codes* (códigos de integridade), *codes of conduct* (código de conduta) e *corporate social responsibility* (responsabilidade social corporativa), onde neles é possível verificar certa identidade conceitual e as possíveis combinação de seus elementos estruturais em torno de um sistema de prevenção da criminalidade econômica²³⁹.

Destarte, a estrutura do *compliance* guarda um aspecto penal porque é projetado, à base da prevenção, para afastar da pessoa jurídica as práticas ilícitas que possam resultar a ela sanções, especificamente, de cunho penal. Essa forma como pensa e trabalha esta ferramenta preventiva interessa ao Direito Penal, já que um de seus desafios é buscar mecanismos eficientes que possam auxiliar no enfrentamento da criminalidade econômica. Através desta relação entre *compliance* e Direito Penal, temos um “*criminal compliance*”.

O *criminal compliance*, então, aponta Giovanni A. Saavedra²⁴⁰, se baseia na prevenção. Em sentido oposto ao Direito Penal tradicional que opera com a análise *ex post* do crime, avaliando as condutas que já ofenderam o bem jurídico, o *criminal compliance* enfrenta o mesmo fenômeno partindo de uma análise *ex ante* do crime. Assim,

²³⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.122 e ss. e 255 e ss. Veja também: SIEBER, Ulrich. *Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica*. In OLIVEIRA, William Terra de (Org.); NETO, Pedro Ferreira Leite (Org.); ESSADO, Tiago Cintra (Org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p.291 e ss.

²³⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.256.

²⁴⁰ *Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros*. Revista de Estudos Criminais, n.54, v.12, 2014. p.170.

através de controles internos no âmbito empresarial, procura evitar os diminuir riscos da persecução criminal.

Tem-se assim como ponto de partida que o criminal *compliance* parte da concepção de um Direito Penal prospectivo, voltado para o futuro, que atua na prevenção por meio de controles internos no ambiente empresarial, se antecipando à ocorrência de um delito.

2.2.2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO: AUTORREGULAÇÃO REGULADA, GOVERNANÇA CORPORATIVA E LEGISLAÇÕES MUNDIAIS

O *compliance* está associado a uma prática empresarial de implementação de cultura corporativa com o cumprimento de regras, mas já se notava seu uso no ramo médico no que concerne ao paciente cumprir à risca a terapêutica indicada. A ideia apenas se dissipou para o mundo dos negócios para certificar a adoção pelas corporações de medidas internas que tenham por referência a observância à parâmetros legais²⁴¹.

Os Estados Unidos da América foram os primeiros a desenvolverem os programas de *compliance* (*compliance programs*), como forma de regulação para a prevenção da criminalidade econômica, ante sua preocupação com a barrocada empresarial. Posteriormente, essa ideia se expandiu para Alemanha até em chegar em toda Europa, tornando-se, inclusive, objeto de estudo pelo Direito Penal Econômico Europeu.

Denomina-se autorregulação regulada porque as corporações têm seu espaço de liberdade para se autorregular, ou seja, criar o conteúdo de seus programas de *compliance* de acordo com seus interesses, mas obrigatoriamente devem se interagir com os sistemas de regulação elaborados pelo Estado que estipula algumas diretrizes²⁴².

²⁴¹GARCÍA CAVERO, Percy. Criminal Compliance. Lima: Palestra, 2014, p.9 e ss. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.114.

²⁴²VILA, Ivó Coca. Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros jurídicos, 2013, p.48. Veja também: LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p.33. In TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Livraria Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2002, p.59.

A autorregulação é um subsistema econômico autopoietico porque mesmo que internamente sua operativização seja fechada, cognitivamente está aberto, posto que se conecta com a regulação estatal para estruturar-se²⁴³. Destarte, a autorregulação regulada é o resultado da comunicação da autorregulação da empresa com a regulação estatal.

Muito embora a autorregulação regulada se volta para a prevenção de crimes econômicos, sua ideia surge em meio à crise financeira de 1929 hospedada nos Estados Unidos da América. Através do programa de compliance, se auferia o grau de responsabilidade de uma empresa, avaliada pelas Guidelines for Sentencing Organizations, que observava se o programa era efetivo, se operava verdadeiramente com a prevenção de prática de delitos²⁴⁴.

Em 1977 é criada a Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), lei americana global que proíbe as corporações de praticarem atos de suborno de agentes públicos e governamentais estrangeiros. Não se constavam expressamente os programas de compliance, mas era o início de uma regulamentação, o que veio acontecer em 2006 com os Principles of Federal Prosecution of Business e em 2010 com a FINRA 3310 Anti-Money Laundering Compliance Program que definiu diretrizes para um programa de compliance (já atualizada em 2018).

O compliance recebeu legalmente seu primeiro aspecto penal em 1991 através das Guidelines for Organizations Offenders, que se baseou na técnica Carrot and Stick Approach, reconhecendo a possibilidade de se aplicar uma sanção premial à corporação que adotou um programa de compliance efetivo, qual seja, atenuação de sua responsabilidade criminal²⁴⁵. Os Estados Unidos da América publicaram ainda em 1992 a Federal Facility Compliance Act defi-

²⁴³Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p.33. In TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Livraria Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2002, p.59.

²⁴⁴SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.114-115.

²⁴⁵NIETO MARTÍN, Adán. De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. In NIETO MARTÍN, Adán. (Org.); MAROTO CALATAYUD, Manuel Eduardo (Org.). *Public Compliance. Prevención de la Corrupción en las Administraciones Públicas y Partidos Políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p.18.

nindo elementos para um programa de compliance e ética. A partir daí começa a evolução do compliance porque foi aderido por grandes corporações que inclusive o introduziram em seus esquemas de governança corporativa²⁴⁶.

O compliance se tornou obras de regulação das empresas, compreendendo uma multiplicidade de valores e finalidades. O objetivo era manter a corporação distante da criminalidade. Para tanto, observava atentamente as normas penais do país para não recaírem nelas. Consagrou-se como um pilar na governança corporativa ao lado de pilares como *fairness*, *disclosure*, *accountability* e foi ganhando forma e estrutura conforme se ampliava o número de empresas que o implementavam e o aplicavam no exercício de suas atividades rotineiras. Mas não é só. A governança corporativa se solidificou em 5 Ps: princípios, propósitos, poder, processos e práticas, estando o compliance presente em cada um dos P²⁴⁷.

O compliance ganhou a atenção da Europa apenas na crise financeira de 2008²⁴⁸, ao se perceber que não existia regulação do mercado para empresas e bancos, vivendo cada um por si. Pensou-se em um conjunto de estratégias partindo da prevenção como ferramenta para se evitar delitos econômicos, a que se atribuiu o nome de programas de cumprimento, aplicando a mesma técnica dos EUA, de excluir ou atenuar a responsabilidade penal das empresas que implementassem programas de cumprimento efetivos²⁴⁹.

²⁴⁶ LAUFER, William S. Ilusões de Compliance e Governança. Tradução de Matheus de Alencar e Miranda e Leonardo Simões Agapito. In SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.); ADACHI, Pedro Podboi (Org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (Org.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: Editora LiberArs, 2016, p.13 e ss.

²⁴⁷ ANDRADE, Adriana; ROSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendência*. São Paulo: Atlas, 2006, p.140 e ss.

²⁴⁸ GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros jurídicos, 2013, p.77.

²⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.121; Veja também: RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Econômico – É legítimo? É necessário?* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 26, 2016, p.31.

Em 2010, a OCDE publica o Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance²⁵⁰ e nasce no Reino Unido a legislação mundial Bribery Act em moldes semelhantes a Foreign Corrupt Practices Act, prevendo na seção 7 a responsabilidade penal objetiva das pessoas jurídicas (por *failure of commercial organisations to prevent bribery*) e físicas pela prática de corrupção, no setor público ou privado, aplicada, inclusive, às empresas estrangeiras.

Nesse tempo, muito países começaram a trabalhar com o compliance em seus ordenamentos que serão analisados na temática da responsabilidade penal das empresas.

2.2.3. DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Os programas de *compliance* se atentam às normas reguladoras da atividade econômica e empresarial e a frequência de suas alterações, procurando evitar problemas legais para a corporação devido aos custos materiais e reputacionais que possam ser gerados na hipótese de violação. Dessa forma, esses programas implantam uma cultura corporativa com o cumprimento normativo.

No entanto, insta salientar que este conjunto de normas deve se adaptar à atividade da empresa, conforme a estrutura que comporta e seu ambiente, seus riscos e desafios²⁵¹. Assim, os programas de *compliance* devem ser elaborados sob medida, porque não se pode esquecer que a empresa, acima de tudo, tem o objetivo do lucro. Porém, devem se resguardar diante da linha do crime, obedecendo as regras e normas penais.

Três vetores orientam um programa de *compliance*: a prevenção, a detecção e a reação. Essas diretrizes norteiam os elementos estruturantes dos programas para que sejam efetivos. É importante ressaltar que a efetividade não é sinônimo de infalibilidade, de estar blindado à criminalidade, mas se através dele, por um juízo de ido-

²⁵⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.121.

²⁵¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.74.

neidade abstrato-concreto, é possível verificar se empresa tomou todas as medidas necessárias e eficazes para se evitar um delito²⁵².

A base do programa de *compliance* é a prevenção, que estabelece um conjunto de normas internas para que as atividades diárias da corporação sejam executadas de acordo com a lei. O motivo é para proteger os integrantes da empresa contra as suas próprias imprudências que, se ocorridas, produziriam um defeito de organização na empresa. Logo, a prevenção está ligada a um dever de proteção²⁵³.

Com efeito, a prevenção se confirma pela eficácia em abstrato do programa de *compliance*: 1) se este está rigorosamente implantado com uma cultura de legalidade e com o delineamento dos objetivos da corporação; 2) se dispõe de controles adequados para executá-los e; 3) se existem esforços por parte da direção em praticar estas diretrizes²⁵⁴.

No viés prático, esses quesitos estão representados, respectivamente: 1) por códigos de ética e disciplina, canais de comunicação entre os representantes legais e diretores da corporação com seus empregados e trabalhadores, cursos de informação e esclarecimento sobre a legislação vigente, capacitação e treinamento, regras de integridade, revisão e reformulação periódica das normas; 2) pela delimitação das tarefas e responsabilidades de cada membro da empresa, segurança e prevenção das infrações, previsão de um sistema organizacional de avaliação, individualização e gestão de riscos juridicamente relevantes e; 3) pela disponibilização de canais de denúncias e sistema de controle²⁵⁵.

²⁵² NIETO MARTÍN, Adán. Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo em el Derecho Penal. In KUHLEN, Lothar (Dir.); MONTIEL, Juan Pablo (Dir.); ORTIZ DE URBINA GIMENO, Ínigo (Dir.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.39.

²⁵³ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o Criminal Compliance no Brasil: primeira abordagem. In DAVID, Décio Franco (Org.); GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BUSATO, Paulo César (Coord.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p.176.

²⁵⁴ VILA, Ivó Coca. Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros jurídicos, 2013, p.56-57.

²⁵⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2012, p. 142.

Tem-se, assim, que a prevenção opera no afastamento total do crime, evitando ao máximo sua ocorrência. A corporação foca, nessa etapa, em políticas internas, treinamentos, comunicação, mapeamento e controles de riscos e melhoria contínua.

Tendo a corporação conhecimento dos riscos juridicamente relevantes de cada cargo de trabalho e de cada indivíduo que exerce determinado cargo, é preciso atuar de forma prudente, construindo grandes linhas de trabalho, adotando medidas de controle e supervisão (*risk profiling e due diligence*), pois pode acontecer de, mesmo diante de uma política de prevenção, a conduta de um integrante desviar-se, desembocando em um delito.

Esse sistema de supervisão deve ser capaz de detectar eventuais delitos. É recomendável que se apure os canais de denúncia, de modo sigiloso, e se institucionalize uma política de documentação, registrando todos os atos e atividades da corporação, e que essencialmente sejam acompanhados por um órgão supervisor que saiba adotar, em tempo, as medidas necessárias para, se avistado um potencial delito, freá-lo.

Nessa situação, a empresa deve procurar controlar o problema, intensificar o seu monitoramento e identificar a sua falha organizacional para posteriormente corrigi-la, instaurar investigações internas e investigar o passado. Ainda, deve recorrer à auditoria, que por ser uma atividade independente, aleatória e periódica, assiste a corporação no desempenho de seus objetivos, averiguando se as atribuições estão sendo cumpridas, o grau de complexidade das negociações e se os profissionais estão devidamente qualificados e respeitando o *compliance*²⁵⁶. Nota-se, assim, que a detecção está ligada a um dever de vigilância ou dever de supervisão²⁵⁷.

²⁵⁶ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance – Preservação a Boa Governança e a Integridade das Organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p.32.

²⁵⁷ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o Criminal Compliance no Brasil: primeira abordagem. In DAVID, Décio Franco (Org.); GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BUSATO, Paulo César (Coord.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p.177.

Por último, frente a uma conduta prestes à ser desviada ou já desviada é imprescindível que a corporação reaja ao fato. A reação diz respeito à atitude da empresa perante o evento que, em geral, está representada pela presença de um sistema de correção ou sanção ou advertência²⁵⁸ em seu âmbito interno. Ao infrator deve ser aplicada uma reprimenda à proporção de seu ato, que parte desde uma advertência até a rescisão do contrato de trabalho.

Ante essas considerações, conclui-se por Enrique Bacigalu-
po²⁵⁹, Raquel Montaner Fernández²⁶⁰ e Ivó Coca Vila²⁶¹, com base no projeto de *Compliance-Prüfungsstandar* (EPS 980) proposto pelo IDW (*Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V*) para as corporações de primeira linha na Alemanha, que também podem servir de modelo para outras empresas, que um *Sistema de Gestão de Compliance* se constitui dos seguintes pilares: cultura do cumprimento, estabelecimento de objetivos empresariais, avaliação e medidas de contenção de riscos, programas de cumprimento (*compliance*), organização do cumprimento (delimitação da competência), sistemas internos de comunicação e sistemas de supervisão e sanção.

É pelo programa de *compliance* que se identifica a existência de um *Sistema de Gestão de Compliance*, em que nesse sistema devem ser encontrados, ao menos, os pilares referidos, lembrando que é permitido outros conforme ação institucional da organização, sua realidade particular, especificidades, dimensão, ramo de atuação e atividade desenvolvida.

²⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Espanha: Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2011, p. 91. Veja também: VILA, Ivó Coca. Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros jurídicos, 2013, p.59.

²⁵⁹ *Compliance y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2012, p. 142-143.

²⁶⁰ *La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: Implicaciones jurídico-penales*. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner, op. cit., 2013, p.148.

²⁶¹ *Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner, op. cit., 2013, p.54.

3. PAUTAS PARA A ADOÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

A constatação de que a criminalidade econômica decorre do exercício da atividade empresarial, onde a maior parte dos delitos econômicos são perpetrados por pessoas jurídicas ou com auxílio delas, provocou na ciência jurídico-penal uma necessidade de procurar meios para coibir os abusos e controlar a atuação das pessoas jurídicas no âmbito da atividade econômica, entre eles, imputar crimes às empresas²⁶².

A discussão a despeito das pessoas jurídicas se apresenta muito rica entre os defensores do *societas delinquere potest* e do *societas delinquere non potest*, posto que os fundamentos dogmáticos e político-criminais decorrem da análise do modelo de Estado²⁶³.

Nesse diapasão, instrumentos internacionais como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção OCDE) - Convenção de Mérida - Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção (aderido pelo Brasil através do Decreto n.º 5.687/2007) admitem a possibilidade da pessoa jurídica ser responsabilizada criminalmente, contudo, se posicionam de forma neutra, esclarecendo que respeitam os entendimentos sobre o assunto e que cabe a cada nação, de acordo com seus princípios jurídicos e sua necessidade, decidir pela adoção ou não da responsabilidade penal das empresas e quais penas a serem cominadas. Nota-se, assim, que a questão foi delegada à opção político-criminal de cada Estado.

3.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente em seus artigos 173, § 5º e 225, § 3º que as pessoas jurídicas po-

²⁶² NETTO, Salvador, VELLUDO, Alamiro. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; p.65.

²⁶³ VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito Penal de Empresa e Criminalidade Econômica Organizada*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p.158.

dem responder por crimes contra a ordem econômica e financeira, a economia popular e o meio ambiente.

No entanto, a redação do artigo 173, § 5º gerou muitas dúvidas sobre se realmente as empresas poderiam ser responsabilizadas por crimes econômicos. Até o presente momento não há um entendimento pacífico, muito em razão da ausência de uma legislação enfrentando o tema²⁶⁴.

Em matéria ambiental, a situação é inversa, já que o artigo 225, § 3º da Constituição Federal e o artigo 3º da Lei nº 9.605/98 que admite a responsabilidade administrativa, cível e criminal dos entes coletivos nas hipóteses em que a infração for executada por decisão de seu representante legal ou do órgão colegiado, sem exclusão, ainda, das pessoas físicas envolvidas na empreitada criminosa. Como se não bastasse, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso nº 564.960-SC, em 02 de junho de 2005, Relator Ministro Gilson Dipp confirmou que cabe a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais²⁶⁵.

Diante desse quadro, é de se advertir que o meio ambiente é um dos pilares da ordem econômica como impõe o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, sendo incompatível pensar na responsabilidade penal das empresas apenas no que concerne aos crimes ambientais e ignorar a ordem econômica, afinal, o meio ambiente está intimamente ligado à atividade econômica, à economia de mercado, à livre iniciativa, à livre concorrência e a propriedade privada.

De todo modo, pairam até hoje controvérsias sobre a viabilidade ou compatibilidade da responsabilidade penal dos entes coletivos no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, é inegável que está na hora do Brasil começar a trabalhar com a responsabilidade penal das empresas, já que o ordenamento jurídico indica essa possibilidade, ao menos em caráter de exceção e de real

²⁶⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.165.

²⁶⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; SILVA, Fernando Quadros da. *Crimes Ambientais*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010, p.179.

necessidade, e se organizar para aderi-la de modo maduro nesse ordenamento.

Prova disso é a Lei nº 12.846/13 (lei anticorrupção), onde o legislador ordinário decidiu por responsabilizar as empresas apenas no âmbito cível e administrativo por delitos de corrupção, fraude e contra a administração pública, contudo reconhecendo a vulnerabilidade de bens jurídicos na presença de pessoas jurídicas criminosas, alarmando que esse tipo de criminalidade oferece um descomunal perigo à ordem econômica, ao meio ambiente e outros bens, inclusive, que seus danos assolam o país e percorrem o cenário mundial.

3.2. RETOMADA DA CODIFICAÇÃO PARA A CONTENÇÃO DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL E EFETIVIDADE DO COMPLIANCE

A complexa estrutura funcional das empresas e suas peculiaridades frente à sistemática e dogmática penal brasileira e aos seus padrões tradicionais, parecem dificultar a viabilidade da criminalização²⁶⁶. Por esses motivos, existe no Brasil uma resistência em puni-las, preferindo a sua responsabilização cível, administrativa ou até mesmo reconduzi-las a um Direito Administrativo sancionador²⁶⁷.

A chave, no entanto, está em mudar o olhar do Direito Penal que dependerá de como se examina o objeto. Se nos curvamos à premissa de que as especificidades das empresas se contrapõem à estrutura do Direito Penal, naturalmente, é impossível transportá-las ao terreno penal. O fato é que a pessoa jurídica sempre será complexa e, justamente, por essas razões, é preciso pensar instrumentos distintos, sem que, porém, implique em uma agressão ao sistema.

A legislação brasileira ao se apoiar na responsabilidade cível e administrativa das empresas diante da prática de ilícitos, as

²⁶⁶ TIEDEMANN, Klaus. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. In RODRÍGUEZ, Constante Carlos Ávalos (Coord.); VILLANUEVA, Alejandro Emilio Quispe (Coord.). *Dogmática penal del tercer milenio. Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Perú: Ara Editores, 2008, p.409 e ss.

²⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Série As Ciências Criminais no Século XXI. Volume 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.137.

atribuindo de modo esparso e sob microsistemas, sem um regime jurídico próprio com ocorre com a Lei nº 12.846/13 e até mesmo na Lei nº 8.666/93, embora siga uma lógica penal não há amparo penal para um padrão de responsabilidade objetiva, ante a falta de uma base teórica-epistemológica do ordenamento jurídico que não somente prejudica sua funcionalidade como se desancora de garantias fundamentais.

Evidente que a legislação ao operar desse modo revela-se despreocupada em buscar a existência de uma culpabilidade, se a corporação atuou pelo menos com dolo ou culpa na prática dos atos, cerceando, inclusive, o direito de defesa²⁶⁸.

É fundamental, portanto, adotar no corpo do Código Penal brasileiro uma parte geral específica para as pessoas jurídicas, definindo quais os crimes suscetíveis de serem cometidos por elas, elegendo os bens jurídicos essenciais à tutela penal, normatizando suas condutas, seu elemento subjetivo, as penas aplicáveis, excludentes, concursos de pessoas, entre outros assuntos, ou seja, uma parte geral distinta daquela regulamentada à pessoa física.

O mesmo problema ocorre com o *compliance* no Brasil. A forma como vem sendo enfrentado o tema e o seu impulso legal representa um grande passo, mas cabe aqui algumas anotações.

No Brasil, a discussão sobre o *compliance* se iniciou a partir da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Capitais) que marca o início da regulamentação dos novos ilícitos empresariais e de ampliação do controle penal da atividade econômica²⁶⁹. Com as alterações da Lei nº 12.683/12, os artigos 10 e 11 da referida lei impõem às pessoas físicas e jurídicas do artigo 9º o dever de criarem controles internos (*compliance*) com a finalidade de afastar ou minimizar riscos de crimes de lavagem de dinheiro e corrupção.

²⁶⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A controversa responsabilidade objetiva na lei n. 12.846/2013*. Revista do Advogado, São Paulo, v.34, n.125, 2014, p.128.

²⁶⁹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Compliance e prevenção à de lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros*. Revista de Estudos Criminais. n. 54, v. 12, 2014. p.166.

Sobrevém a Lei nº 12.846/13 (lei anticorrupção) obrigando no artigo 7º, inciso VIII que as empresas adotem “mecanismos e procedimentos internos de integridade” (programas de *compliance*), mas, como aduzem Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz²⁷⁰, não fixa uma sanção pelo não cumprimento, o que coloca em dúvida sua própria eficácia.

Há pouco tempo entrou em vigor a Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016 (Estatuto das Estatais) dispondo que as empresas públicas e de economia mista que exploram atividades econômicas devem prezar por uma gestão da ética e transparência, regras governança corporativa, códigos de conduta e de integridade por meio de práticas de gestão de riscos e controles internos. No entanto, novamente, não cria técnicas de incentivo para a implementação, nem que seja por meio de sanção. O Brasil trata o *compliance* apenas no aspecto formal e de modo muito genérico, enfrentando o assunto sem muito compromisso.

No curso da história da legislação brasileira, a ideia de se trabalhar com leis extravagantes foi uma experiência negativa. No instante em que se rompe o princípio da codificação, as leis parecem surgir se proliferar, de forma explosiva, criando diversos subsistemas que, em grande parte, se confrontam com a lei regente.

No direito interno de um Estado já é difícil a tarefa de compatibilizar o (sub)sistema penal ordinário com o sistema constitucional, que se amplia a partir da presença um microsistema do (sub)sistema penal. Sendo todo ordenamento jurídico revestido de princípios e regras, estes pequenos ordenamentos por já estarem logo em seu nascedouro distantes de sua fonte principal, terminam criando vida própria²⁷¹.

Por essas razões, a proposta adiante é propor ao Brasil a inclusão do *compliance* na codificação penal conjuntamente com a adoção de um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica

²⁷⁰ *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.322 e 335.

²⁷¹ DOTI, René Ariel. *Proposta para uma Nova Consolidação das Leis Penais*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba-PR, v. 32, 1999, p.63.

que represente um modo de incentivar as empresas a aderirem ao compliance, auxiliando, assim, efetivamente no combate à criminalidade econômica.

3.3. O MODELO ESPANHOL COMO REFERÊNCIA PARA O BRASIL

O ordenamento jurídico espanhol poderia servir de exemplo para o Brasil, eis que trabalha o *compliance* com um modelo de autorresponsabilidade em seu ordenamento jurídico-penal conferindo não somente efetividade ao instituto do (*criminal*) *compliance* como revelando uma forma congruente de enfrentar a criminalidade econômica.

O que mais impressiona na legislação espanhola é a sua evolução em tão pouco tempo. O Código Penal de 1995 não contemplava a responsabilidade penal das empresas, em razão do pensamento dominante de que careciam de capacidade de ação e de culpabilidade²⁷².

Com a entrada em vigor da Lei Orgânica 15/2003, o artigo 31.2 do Código Penal passa a estabelecer que o administrador de fato ou de direito da pessoa jurídica responde pessoalmente pela figura atinente ao delito e, se condenado ao pagamento de uma pena de multa, a pessoa jurídica será direta e solidariamente responsável. Salientam Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz²⁷³ que se trata de um modelo de responsabilidade administrativa ancorado a uma questão criminal.

A preocupação com a criminalidade organizada, os crimes financeiros, sexuais, de corrupção e lavagem de dinheiro²⁷⁴ levou a Espanha a alterar novamente o Código Penal através da Lei Orgânica 5/2010 acolhendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, declarando em seu artigo 31 *bis* que as pessoas jurídicas serão

penalmente responsáveis pelos crimes perpetrados em seu nome, em função das mesmas e em seu proveito, por seus representantes e administradores de fato ou de direito ou no exercício de suas atividades sociais.

Chama atenção o nº 4, d, do artigo 31 *bis* que reconhece expressamente como circunstância atenuante da responsabilidade criminal da pessoa jurídica a sua adoção por medidas eficazes de prevenção e identificação de delitos que no futuro possam ser praticados através de seus meios ou por sua cobertura. Explica Santiago Mir Puig²⁷⁵ que a Espanha adotou um modelo heterônomo de responsabilidade penal (heterorresponsabilidade ou vicariante) em que há transferência da responsabilidade penal individual (aquele que executa o ato) para a coletiva (que ocupa uma posição de garantidor penal pelo descumprimento do dever).

No entanto, é difícil saber exatamente qual modelo de responsabilidade seguiu o ordenamento espanhol, porque pela leitura do artigo 31, *bis* I, parágrafo primeiro, identifica-se que a empresa será responsável pelos seus membros (heterorresponsabilidade), mas o parágrafo segundo reconhece a responsabilidade da empresa por defeito de organização, indicando uma desvinculação da pessoa física, conferindo-lhe uma culpabilidade própria e, logo, responsabilidade própria, a que se atribui de modelo autorresponsabilidade²⁷⁶.

A Espanha veio resolver esse impasse com a Lei Ordinária 1/2015, alterando novamente seu Código Penal, prevendo em seu artigo 31, *bis*, 2, que se a pessoa jurídica adotar um *modelo efetivo de organização* e gestão de prevenção de delitos, verá excluída a sua responsabilidade penal e, se parcialmente, sua pena atenuada,

²⁷² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad y punición de personas jurídicas? In LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El Funcionalismo em Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.372.

²⁷³ *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.99.

²⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La reforma del código penal español de 2010: una aproximación desde el contexto. In *Reflexiones sobre la Cuestión Criminal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano (h)*. Córdoba (Argentina): Lerner Editora SRL, 2011, p.441.

²⁷⁵ Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad. In MIR PUIG, Santiago (Dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, Victor (Dir.). *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires (Arg.): IB de F, 2014, p.4-5.

²⁷⁶ DE LA CUESTA, José Luís. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español. In CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la (Dir.). MATA BARRANCO, Norberto J. de la (Coord.). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Navarra (Esp.): Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p.66.

revelando o reconhecimento de uma culpabilidade própria da empresa e, portanto, a preferência por um modelo de autorresponsabilidade.

De acordo com essa nova redação a formação da culpabilidade empresarial estaria ligada à existência de normas internas e à um efetivo programa de cumprimento (*compliance*), de forma que, se ausente, a empresa poderia ser responsabilizada penalmente por seu defeito de organização, indicando um rompimento com a culpabilidade da pessoa individual.

Percebe-se, assim, que a Espanha abandonou o conservadorismo do *societas non delinquere potest*, cedendo ao alargamento da política criminal em criminalizar a pessoa jurídica. Superada a questão sobre punir ou não as empresas, avançou-se para a reflexão sobre como puni-las adequadamente sob fundamentos dogmáticos e político-criminais coerentes.

Em conclusão, o Brasil poderia se espelhar no modelo espanhol que foi gradativamente evoluindo, de não adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica para o reconhecimento de sua responsabilidade administrativa sob um aspecto penal, e desta à responsabilidade penal, primeiramente na heterorresponsabilidade e atualmente na autorresponsabilidade, operando o programa *de compliance* como critério de avaliação da culpabilidade para averiguação do defeito de organização da empresa.

A seguir, portanto, destrincha-se o modelo da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica sob a referência da Espanha, adaptando ao ordenamento jurídico brasileiro.

4. FUNDAMENTOS PARA A ADOÇÃO DE UM MODELO DE AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Extraído que a Constituição Federal de 1988 admite a responsabilidade criminal da pessoa jurídica e inspirado no modelo espanhol, adentra-se no campo das discussões dogmáticas e político-criminais para propor um modelo adequado de responsabilidade

penal das empresas para o Brasil relacionando-o ao *compliance* que, por sua vez, desempenha um papel fundamental, capaz de promover uma cultura e organização nas empresas, afastando, destarte, a criminalidade econômica.

4.1. A PESSOA JURÍDICA COMO SUJEITO ATIVO DE CRIMES

A discussão a despeito sobre a pessoa jurídica poder ser responsabilizada ou não criminalmente se inicia logo na fundamentação de sua personalidade jurídica.

Segundo a teoria da ficção, capitaneada por Friedrich Karl Von Savigny, somente a pessoa física existe realmente, enquanto as pessoas de natureza diversa constituem produtos de criação do ser humano que lhes atribui uma capacidade fictícia de agir e de vontade. Logo, a pessoa jurídica é apenas um sujeito de direito concebido artificialmente pelo legislador para figurar em patamar de igualdade com os seres reais, uma vez que exerce uma função relevante no seio social²⁷⁷. Consequentemente, os crimes empresariais são praticados, na verdade, pelos seus membros, já que o Direito Penal está voltado para o cidadão e não reprimiria mais do que as condutas das pessoas²⁷⁸.

O fato é que, anota Valente²⁷⁹, a legislação prescreve alguns direitos e deveres para as empresas em virtude de sua utilidade pública e os interesses sociais envolvidos, não havendo como negar que a pessoa jurídica é um sujeito dotado de direitos. Por essa e outras razões, a teoria da realidade é mais congruente que a teoria da ficção.

Na teoria da realidade ou da vontade real, representada por Otto Friedrich von Giërke, a pessoa jurídica não se apresenta como um ente fictício, pelo contrário, é um organismo vivo e ativo que existe no mundo real, com personalidade autônoma e vontade

²⁷⁷ VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito Penal de Empresa e Criminalidade Econômica Organizada*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p.194.

²⁷⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Elsevier, 2011, p.89.

²⁷⁹ Op. cit., p.195-196.

singular, que se manifesta por intermédio de seus membros em suas reuniões e deliberações²⁸⁰. Através da vontade coletiva da empresa se conduz todas as suas ações, produzindo uma ação institucional.

Salienta Klaus Tiedemann²⁸¹, lembrando Von Liszt, que se as pessoas jurídicas podem ajustar contratos, não havendo questionamentos no que tange à essa capacidade, deve-se admitir também que podem desrespeitá-los e recaírem no plano da ilicitude, o que afasta qualquer objeção no que concerne à sua capacidade de agir e de se sujeitar ao Direito Penal.

Todavia, ao se pensar que um delito pressupõe uma ação humana, a capacidade de agir da empresa chocaria com a concepção física da ação, ainda que seja possível responsabilizá-la isoladamente por seus atos nas esferas cível e administrativa e em alguns casos objetivamente por atos de terceiros. O ponto principal, assim, é que se no campo da criminalidade empresarial o Direito Penal exige uma responsabilidade individual para poder incriminar; se está, portanto, se discutindo sobre responsabilidade e, por conseguinte, sanções, evidentemente que o assunto da fundamentação da personalidade da pessoa jurídica repousa, em verdade, na culpabilidade, devendo, a ação receber um novo conceito para a pessoa jurídica, já que esta age de acordo com sua capacidade de organização e acaba por cometer um delito em razão de uma falha na sua organização²⁸².

O que se constata é que existe uma culpa autônoma da empresa, que “atua por si mesma a partir do momento em que desenvolve uma complexidade e uma capacidade de auto-organização”²⁸³. Trata-se de uma visão moderna e bem coerente sobre a pessoa jurídica, que se denomina de modelo construtivista da culpabilidade empresarial

²⁸⁰SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p.90.

²⁸¹In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.86-87.

²⁸²TIEDEMANN, Klaus. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. In RODRÍGUEZ, Constante Carlos Ávalos (Coord.); VILLANUEVA, Alejandro Emilio Quispe (Coord.). *Dogmática penal del tercer milenio. Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Perú: Ara Editores, 2008, p.410-411 e ss; SILVEIRA; Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, op.cit., 2017, p.87.

²⁸³VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito Penal de Empresa e Criminalidade Econômica Organizada*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p.201.

Segundo esse modelo, a empresa é provida de autorreferenciabilidade e auto-organização, o que a qualifica como uma agente de delitos, capaz de praticar crimes econômicos e se beneficiar das vantagens financeiras que essa criminalidade oferece, quase que recebendo vida própria em relação ao ser humano, ante sua estrutura, complexidade, poderio e referência social, revelando ser uma nova figura de sujeito de delitos. É por esses motivos que paira uma dificuldade em responsabilizá-la, não se referindo propriamente à sua incompatibilidade com o Direito Penal, mas por configurar uma novidade ao campo da imputação jurídico-penal.

Assim, nota-se que o debate sobre se a pessoa jurídica pode cometer crimes e sujeitar-se ao Direito Penal repousa, em verdade, no campo das valorações político-criminais²⁸⁴.

4.2. UM NOVO CONCEITO DE AÇÃO E CRITÉRIOS OBJETIVOS NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO PENAL

Feitos os esclarecimentos anteriores, uma concepção tenta transferir o conceito de ação das pessoas físicas para as jurídicas, formando um conceito unitário, enquanto outra vertente se concentra em reformulá-lo para adaptá-lo a esse novo agente de crimes. De todo modo, é certo afirmar que embora a conduta no Direito Penal pressuponha atividade humana, normativamente ela cabe à pessoa jurídica, afinal, é praticada em benefício ou por interesse da empresa que se agrava pelo risco proibido decorrente de um defeito organizacional²⁸⁵.

O conceito de ação foi cuidado por duas grandes teorias: causal-naturalista e a finalista²⁸⁶. Na primeira, a ação é mero impulso causal desencadeado por um ato voluntário²⁸⁷, desempenhando a

²⁸⁴NETTO, Salvador; VELLUDO, Alamiro. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.61; SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, v.41, 1988, p.529.

²⁸⁵NETTO, Salvador; VELLUDO, Alamiro. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, p.178.

²⁸⁶WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução a doutrina da ação finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.27 e 36.

²⁸⁷Idem, p.36.

vontade um papel secundário no acontecimento. A atividade, portanto, é mecânica²⁸⁸, enquanto a causalidade é cega. Na segunda, a conduta agente carrega um saber causal dirigido para um resultado. A ação executada pelo ser humano, portanto, constitui um exercício da atividade final, abarcando nela os elementos do dolo e a culpa.

De qualquer forma, há convergência entre causalistas e finalistas no que se refere à ação enquanto conceito ontológico para fins de construção do sistema de imputação. A diferença entre ambos está na definição natural de ação, em que consiste a mencionada ação²⁸⁹.

Assim, importa, na verdade, a causalidade como marco para se construir o sistema de imputação penal das pessoas jurídicas. O norte inicial para o Direito Penal criminalizar as empresas está no exame da conduta empresarial enquanto causa para um resultado e não propriamente em sua capacidade de ação tal como procedeu Claus Roxin na construção da Teoria da Imputação Objetiva ao dedicar-se primeiramente nonexo de causalidade.

Os fundamentos, segundo Salvador Netto e Alamiro Velludo²⁹⁰, são porque 1) o sistema de imputação penal se constrói com base no que é relevante para o Direito Penal, 2) a conduta que juridicamente revela o que é importante ser incriminado e 3) o conceito de ação, ao longo do tempo e do desenvolvimento da teoria jurídica do delito, se perdeu na tipicidade, que, por sua vez, tornou-se a encarregada em delimitar a relevância jurídico-penal de uma ação.

Com efeito, para criminalizar as empresas, o ponto de partida é valorizar a ação, não em seu sentido ontológico, mas em um segundo plano, no sentido jurídico dentro do tipo do injusto penal. O Direito Penal delimitaria a relação causal, de dizer o que é relevante, o que interessa à norma penal, submetendo a causalidade ao exame da relevância jurídica, se a conduta deve ou não ser reprovada.

²⁸⁸TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.16.

²⁸⁹BUSATO, Paulo César. *A evolução dos fundamentos da teoria do delito*. 2012. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/156/a-evolucao-dos-fundamentos-da-teoria-do-delito>>. Acesso em 26 dez. de 2018.

²⁹⁰Op. cit., 2018, p.183.

Nesse diapasão, os critérios da teoria da imputação objetiva de Claus Roxin, à luz das teorias da relevância típica e da imputação objetiva do resultado, se destacam no campo da delimitação da imputação penal às pessoas jurídicas, pois, sugere-se que as empresas respondam criminalmente por suas ações que criam um risco juridicamente relevante ou incrementam o risco.

Na criação de um risco juridicamente relevante²⁹¹, envolve-se o fenômeno da prognose póstuma objetiva, em que não se analisa o dolo, mas a situação posta em risco. O julgador examinará a condição do agente no momento da conduta a partir da avaliação do defeito de organização da empresa. Porém, se nesse caso houveram esforços por parte da empresa em alterar o curso causal de uma ação de maneira que amenize ou elimine o perigo já existente, tais esforços podem ser considerados para fins de avaliação da imputação²⁹².

Situação diversa ocorre no incremento do risco, eis que se observa a finalidade de proteção da norma de cuidado, cuja natureza é para diminuir o perigo de lesão ao bem jurídico. Nesse caso, é analisar se a conduta ultrapassou a medida do risco permitido²⁹³. Assim, no exercício de atividades perigosas, se uma conduta empresarial transgressora da norma de cuidado comparada com uma conduta alternativa apropriada aumentou o risco, o resultado gerado será imputado, posto que incompatível com a finalidade da norma quando, provavelmente, a conduta alternativa ofereceria menos risco.

Acrescente-se, ainda, que na responsabilidade penal das pessoas jurídicas tais critérios podem ser utilizados se lembrarmos também que no âmbito empresarial vigora um dever de solidariedade que se representa por um vínculo positivo e prévio existente entre as pessoas e a empresa. A solidariedade tem suas raízes na

²⁹¹ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoria del delito – volume 1*. Tradução de Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997, p.373.

²⁹²CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva. Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.38.

²⁹³Idem, p.51.

cooperação que, por sua vez, se apoia na confiança intersubjetiva de que terceiro agirá corretamente conforme o Direito.

A confiança tem muito sentido no campo da imputação objetiva. Segundo Juarez Tavares, “todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente²⁹⁴”.

Tem-se o princípio da confiança como exceção à regra da previsibilidade, que consubstancia na nossa esperança, no dia-a-dia, de que os terceiros atuarão de acordo com o Direito. Esse princípio conforta a fluência normal da execução das atividades diárias pelos cidadãos no contexto social, afastando eventual inquietação em se pensar na possibilidade das atitudes humanas falharem. Em síntese, a confiança-cooperação-solidariedade auxilia na contenção dos riscos.

A partir dessa ideia, então, é possível proceder a um conceito jurídico sobre a ação da empresa. Pelo viés do plano de imputação, verificada a relação causal, avança-se ao exame das condições, avaliando quais delas desencadearam no resultado típico e quais delas importam ao Direito Penal. No mais, essa delimitação da relevância ou não das condições prescinde uma análise minuciosa do sentido do tipo legal e uma seleção dos fragmentos relevantes da realidade. Ao mesmo tempo, convém ressaltar, que o conceito de ação estaria também vinculado à culpabilidade empresarial, isso porque a conduta da empresa se guia conforme sua capacidade de organização, que, se deficiente, pode resultar em um delito.

Conclui-se, assim, que as ações das pessoas jurídicas aliam as bases da imputação objetiva e subjetiva, que se definem pelas atividades empresariais que oriundas de um déficit de organização geram ou incrementam um risco juridicamente relevante, causando um resultado lesivo ou perigo de lesão a um bem jurídico penal.

²⁹⁴ *Direito Penal da Negligência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.313.

4.3. CULPABILIDADE POR DEFEITO DE ORGANIZAÇÃO

A culpabilidade enquanto uma reprovação ética e moral apenas poderia incidir sobre a pessoa física e, de fato, seria difícil atribuí-la aos entes coletivos, os quais também não poderiam receber uma sanção penal com fins retributivos ou preventivos. Aliás, qualquer tentativa de se amoldar a pessoa jurídica à concepção tradicional da culpabilidade resultará frustrada, pois, ao equipará-la a à pessoa física, rotula-se o argumento de que sobre ela não recai uma culpabilidade²⁹⁵.

A questão principal, portanto, é aceitar definitivamente que a pessoa jurídica distingue-se por absoluto da pessoa física. Partindo desse pressuposto, consegue-se notar que as empresas alcançam uma culpabilidade, contudo sob outra categoria. O caminho, assim, é reformular o princípio da culpabilidade para as pessoas jurídicas²⁹⁶.

Com lastro nesse pensamento, Klaus Tiedemann²⁹⁷ ensina que o conteúdo da culpabilidade que legitima a responsabilidade criminal da pessoa jurídica é o seu defeito de organização, não porque constitui o fato delitivo da empresa e sim por configurar a sua omissão em implementar, em meio ao desenvolvimento das atividades empresariais, medidas preventivas capazes de repelir delitos, devendo as ações individuais serem tratadas como ações da corporação.

O referido autor defende que cada indivíduo ou entidade jurídica deve responder na medida de sua culpabilidade, sendo inadmissível condenar uma pessoa física ou uma pessoa jurídica pela culpabilidade de outrem, tal como já ocorreu em julgados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (caso Bertelsmann) e pela Corte de Cassação Francesa. Dessa forma, se familiariza com

²⁹⁵ TIEDEMANN, Klaus. Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas. In RODRÍGUEZ, Constante Carlos Ávalos (Coord.); VILLANUEVA, Alejandro Emilio Quispe (Coord.). *Dogmática penal del tercer milenio. Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Perú: Ara Editores, 2008, p. 410.

²⁹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad y punición de personas jurídicas? In LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El Funcionalismo em Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.355.

²⁹⁷ Op. cit., p.412 e ss.

o entendimento da Corte de Justiça das Comunidades Europeias que reconhecem uma culpabilidade própria da empresa com base em critérios do Direito Civil e do Direito Administrativo, em que a estrutura empresarial e sua relevância para o seio social decidem suas obrigações, constituindo um dever da empresa se organizar, se informar sobre as regras jurídicas existentes e cumprir as determinações legais, e a exemplo de ordenamentos jurídicos como os Estados Unidos da América, o Japão, a Noruega, a Suíça e os Países Baixos que aplicam as infrações às corporações por “falta de organização”²⁹⁸.

Ancorados nessa visão, diversos juristas vêm sugerindo a vinculação da culpabilidade empresarial a um conceito próprio de culpabilidade, ou seja, um modelo construtivista da culpabilidade empresarial.

Entre eles, destaca-se Carlos Gómez-Jara Díez²⁹⁹ que avalia a culpabilidade empresarial como um “déficit de fidelidade ao Direito que se manifesta em uma cultura empresarial de não cumprimento ao Direito”.

Ao examinar um caso brasileiro de 2011 julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que condenou uma corporação por um delito ambiental que se originou a partir da decisão de seu único sócio e proprietário, o autor acima notou que a decisão foi bem correta nesse ponto e revelou uma nova forma de responsabilidade empresarial – a responsabilidade social – porém não fundamentou o injusto e da culpabilidade da própria corporação³⁰⁰. Em sua visão, não foram observados dois pressupostos – se atuou a pessoa física na representação da pessoa jurídica e em benefício desta – e dois fundamentos – se a pessoa jurídica detinha uma organização

²⁹⁸ TIEDEMANN, Klaus. Nuevas tendencias em la responsabilidad penal de personas jurídicas. In RODRÍGUEZ, Constante Carlos Ávalos (Coord.); VILLANUEVA, Alejandro Emilio Quispe (Coord.), *Dogmática penal del tercer milenio. Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Perú: Ara Editores, 2008, p.412 e ss.

²⁹⁹ O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.100, v.21, jan/fev 2013, p.450.

³⁰⁰ GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos, op. cit., p.421.

conforme o Direito e uma cultura empresarial de cumprimento da lei ambiental.

Portanto, a culpabilidade da empresa implica estabelecer uma cultura de fidelidade ou infidelidade ao Direito, de a organização questionar a vigência das normas do ordenamento jurídico e de se reconhecer à corporação uma cidadania no que se refere à liberdade de expressão empresarial (corporate free speech). Os Estados Unidos, por exemplo, bem cuidam da liberdade de expressão empresarial, tratando-se de um discurso para a tomada de decisões na democracia. Embora a corporação não possa votar tal como um cidadão, tem o direito de participar de debates e até manifestar sua opinião sobre normas sociais³⁰¹.

Naturalmente, ao pensar em uma culpabilidade empresarial por falha na auto-organização, emergem críticas sobre configurar uma culpabilidade pela conduta e não pelo fato, uma vez que se estaria punindo a pessoa jurídica não pelo que ela fez, mas por crime perpetrado por seu membro. Porém, Carlos Gómez-Jara Díez³⁰² rebate afirmando que o fato, seja no Direito Penal individual ou empresarial define-se como a “configuração de um âmbito organizacional determinado” que se efetiva graças à capacidade de auto-organização da empresa que fundamente a sua competência organizacional.

O jurista insiste, ainda, em determinar e separar o dolo e a imprudência da pessoa jurídica a fim de esquivar uma confusão com a pessoa física. O dolo empresarial consistiria no conhecimento organizacional da realização de determinado resultado lesivo, enquanto a imprudência empresarial diria respeito ao dever de possuir esse conhecimento³⁰³.

Portanto, e como bem resumem Salvador Netto e Alamiro Velludo³⁰⁴, a culpabilidade empresarial não se concentra propriamente na constatação de um defeito da organização ou em sua ine-

³⁰¹ *Idem*, p.440-441.

³⁰² *Idem*, p.443.

³⁰³ *Idem*, p.449.

³⁰⁴ *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.198.

xistência mas indagar sobre a razão de uma empresa não se organizar adequadamente ou se era possível que a empresa específica se organizasse para afastar o delito ou se era possível esperar dela uma organização, recaindo o juízo de valoração do injusto sobre a existência, em si mesma, do déficit organizacional e seu nexos de causalidade com o resultado criminoso e a incidência do juízo de culpabilidade sobre a sua possibilidade de organizar-se de acordo com o Direito.

4.4. COMPLIANCE E SEUS REFLEXOS NA AFERIÇÃO DA CULPABILIDADE

Nos delitos cometidos pela empresa, a aplicação da pena exige em primeiro lugar a análise da existência de culpabilidade, aplicando um juízo de valoração para identificar se há a presença ou não de um defeito de organização.

Essas valorações podem ser determinadas tendo como referência os modelos norte-americano que recorrem ao Corporate Compliance Programs para apurar o índice da culpabilidade empresarial, já que tais programas refletem a cultura empresarial da corporação que, como abordado, trabalham com a autorregulação regulada, na prevenção e contenção de riscos, que se estruturam sob pilares para alcançar uma organização empresarial efetiva³⁰⁵.

Dessa maneira, os programas de compliance atuam assim como o elemento chave para embasar a responsabilidade da empresa, tendo em vista que constituiriam o elemento configurador da culpabilidade e refletiriam diretamente no elemento constitutivo do injusto³⁰⁶.

Se a culpabilidade empresarial se oriunda de um déficit organizacional que se traduz por uma cultura empresarial de descum-

primento ao Direito, a cultura corporativa deficiente explicaria esse defeito. Nessa situação, os programas de compliance avaliariam se o ente coletivo criou ou não o risco para o delito de, revelando, assim, se ela detém uma cultura empresarial ou não de fiel cumprimento à lei³⁰⁷.

Logo, a imputação de um crime e, por consequência, a cominação de uma pena à empresa estaria condicionada à demonstração da sua culpabilidade que dependerá da avaliação dos programas de compliance que, por sua vez, apontaria o defeito de organização.

Se a corporação apresenta uma organização que se traduz por um programa de compliance efetivo, de prevenção, controle e gestão de riscos, obediente aos pilares imprescindíveis de um programa de compliance, revelando que o membro da empresa por si só se desviou da cultura legalidade implementada, não configura defeito de organização e, logo, ausente a culpabilidade. O risco, portanto, demonstrado que não gerado pela empresa, porque não se origina de um déficit organizacional, não resultaria em imputação de crime à empresa³⁰⁸.

Propõe-se, portanto, para o Brasil, inspirado no modelo espanhol, a previsão no ordenamento jurídico penal de um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica para que se constatado um modelo efetivo de organização através da avaliação do programa de compliance configura causa de exclusão de culpabilidade da empresa, isentando a empresa de responsabilização criminal. Por outro lado, se os programas de compliance revelarem a existência de um modelo parcialmente efetivo, configuraria a culpabilidade, porém justo que à empresa lhe seja aplicada uma circunstância atenuante³⁰⁹.

A razão da atenuante genérica é pelo esforço da empresa em colaborar com o Estado que, em contrapartida, recompensa com a mitigação de sua responsabilidade criminal que, sem dúvidas, deve

³⁰⁵ GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. *O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.100, v.21, jan/fev 2013, p.450-451.

³⁰⁶ VILA, Ivó Coca. *Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros jurídicos, 2013, p.63.

³⁰⁷ *Idem*, p.64.

³⁰⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Espanha: Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2011, p. 89.

³⁰⁹ *Idem*, p. 95.

privilegiá-la frente àquelas que empresas que não adotaram um programa de compliance ou àquelas em que adotaram apenas no aspecto formal.

A previsão de excludente de responsabilidade penal e de circunstância atenuante genérica é uma forma de incentivar as empresas a se organizarem internamente, a não apenas implantar uma cultura como cumpri-la de maneira satisfatória. Conforme discorrido, o compliance no Brasil se encontra somente no plano formal, sem qualquer incentivo ou exigência para a sua aderência, prejudicando a proposta que o instrumento tem a oferecer no enfrentamento da criminalidade econômica.

Nota-se que esta é uma técnica semelhante a uma norma de encorajamento³¹⁰, como forma de estimular e incentivar novos comportamentos sob apoio do Estado, ofertando, assim, uma proposta para responder efetivamente às evoluções sociais, tecnológicas e econômicas, eis que por meio de compensações pelo Direito se alcança novas direções sociais de conduta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *compliance* se apresenta como um instrumento adequado para auxiliar o Direito Penal no combate à criminalidade econômica, revelando-se como uma ferramenta administrativa de gestão programada por um conjunto de medidas e estratégias alicerçada à prevenção e executado nas atividades rotineiras das pessoas jurídicas para afastar delas condutas que possam desencadear em crimes, reduzindo o risco das atividades e evitando perigos futuros.

Os programas de *compliance* representam sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada e são estruturados em observância aos sistemas legais de regulação estatal da atividade econômica e empresarial que revelam os caminhos que não podem seguir

³¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito*. Tradução de Daniela Seixas Bechara. São Paulo: Manole, 2007, p.23-24.

as corporações para não recaírem em uma responsabilidade cível, administrativa ou penal.

Essa leitura extraída pelo *compliance* levou à conclusão de que seus programas devem se orientar pela prevenção, detecção e reação. O delineamento dessa base favoreceu a criação de elementos para seus programas com condições de evitar crimes no âmbito interno das pessoas jurídicas, como a implementação de uma cultura de legalidade e objetivos estabelecidos traduzidos por códigos de ética e disciplina, avaliação e contenção de riscos, delimitação das funções e responsabilidades de cada membro da corporação, sistemas internos de comunicação e canais de denúncias, sistemas de supervisão e de sanção.

Esse modo como pensa, trabalha e se estrutura o *compliance* notadamente traz consigo aspecto penal. Se os programas apontam qual a direção a ser seguida para as corporações se protegerem de eventuais delitos e se o Direito Penal necessita de mecanismos eficientes, sobretudo preventivos, no enfrentamento da criminalidade econômica, é conveniente que se alie as duas pontas relacionando o *compliance* ao Direito Penal.

A Espanha, que trabalha o *compliance* com o Direito Penal operando-o em um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica, revela que essa técnica oferece condições para combater a criminalidade econômica.

O ordenamento jurídico brasileiro, muito embora indica a possibilidade de se imputar penalmente as empresas, se agarra ainda em um modelo de direito administrativo sancionador, seguindo uma lógica penal, porém desprovido de uma base teórica-epistemológica, punindo as empresas objetivamente por ilícitos nos âmbitos cíveis e administrativos. A mesma situação acontece com o *compliance* que mesmo as legislações sobre o tema recomendando a aderência, não adotam qualquer técnica de incentivo.

Propõe-se, então, ao Brasil, com referência no modelo espanhol, a efetivação de um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica baseado na culpabilidade, construindo uma nova

parte geral para as pessoas jurídicas no corpo do Código Penal, separando, assim, a responsabilidade penal da empresa da conduta específica das pessoas físicas que a integram. Por sua vez, o conteúdo da culpabilidade empresarial é o defeito de sua organização, que se configura através de uma cultura empresarial de não obediência ao Direito de forma que as condutas da corporação se definiriam pelas atividades empresariais que, decorrentes de um defeito de organização, geraram ou incrementaram um risco juridicamente relevante, causando um resultado lesivo ou perigo de lesão ao bem jurídico penal.

A aferição da culpabilidade impescinde a análise dos programas de *compliance* que eventualmente indicariam se a pessoa jurídica adota uma cultura empresarial de cumprimento da lei ou defeituosa e, por conseguinte, revelariam se gerou-se ou não um risco para o delito. O defeito de organização, assim, reflete nos demais elementos do injusto, daí o nexó de causalidade, atuando tais programas como o elemento chave para embasar a responsabilidade penal do ente coletivo.

Com efeito, é importante, ainda, recair um juízo sobre a possibilidade de organizar-se conforme o Direito, indagando o motivo da corporação não se organizar adequadamente ou se era possível que ela se organizasse para inibir o crime ou se era possível esperar dela uma organização, bem como, proceder a um juízo de valoração do injusto sobre a existência, em si mesma, do defeito da organização e seu nexó de causalidade com o resultado delitivo.

Essas observações possibilitam no modelo da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica a previsão como causa de exclusão de culpabilidade e, logo, isenção de responsabilidade penal se a corporação adotou um modelo efetivo de organização e como circunstância atenuante genérica se sua organização for parcial. Em ambas situações, essa constatação dependeria de uma avaliação dos programas de *compliance*, competindo às normas legais estipular os critérios que atestem a efetividade de um programa de *compliance*.

A previsão legal de uma excludente de responsabilidade penal e de circunstância atenuante genérica é um modo de incentivar as pessoas jurídicas a procederem com uma organização interna e aderirem o *compliance*, não se limitando apenas em implantar uma cultura como cumpri-la de maneira satisfatória, revelando-se tratar-se de uma técnica semelhante a uma norma de encorajamento para se alcançar novas direções sociais de conduta e comportamento.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendência*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2012.
- _____. *Compliance y derecho penal*. Espanha: Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2011.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; SILVA, Fernando Quadros da. *Crimes Ambientais*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010.
- BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito*. Tradução de Daniela Seixas Bechara. São Paulo: Manole, 2007.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A controversa responsabilidade objetiva na lei n. 12.846/2013*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 34, n. 125, 2014, p.125-130.
- BUSATO, Paulo César. *A evolução dos fundamentos da teoria do delito*. 2012. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/156/a-evolucao-dos-fundamentos-da-teoria-do-delito>>. Acesso em: 31 ago. de 2018.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Los bienes jurídicos colectivos. Estudios de Derecho Penal em homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1986.
- CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva. Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Lei n. 7.492 de 16/6/86. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance – Preservação a Boa Governança e a Integridade das Organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DAVID, Décio Franco. *Compliance e Corrupção Privada*. In DAVID, Décio Franco (Org.); GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BU-SATO, Paulo César (Coord.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- DE LA CUESTA, José Luís. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español. In CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la (Dir.). MATA BARRANCO, Norberto J. de la (Coord.). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Navarra (Esp.): Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *Direito Penal Econômico*. Curitiba: Juriá Editora, 2003.
- DOTTI, René Ariel. *Proposta para uma Nova Consolidação das Leis Penais*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba-PR, v.32, 1999.
- ESPAÑA, *Ley Orgánica 1 de 30 de marzo de 2015*. Boletín Oficial del Estado nº 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 21175.
- _____. *Ley Orgánica 5 de 22 de junio de 2010*. Boletín Oficial del Estado nº 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883.
- _____. *Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003*. Boletín Oficial del Estado nº 283, de 26 de noviembre de 2003, páginas 41842 a 41875.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Culpabilidad y punición de personas jurídicas? In Lynett, Eduardo Montealegre (Coord.). *El Funcionalismo em Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.
- FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: Implicaciones jurídico-penales. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros jurídicos, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GOENA VIVES, Beatriz. La Atenuante de Colaboración. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros jurídicos, 2013.
- GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. *O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.100, v.21, jan/fev 2013, p.416-451.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KUHLEN, Lothar (Dir.); MONTIEL, Juan Pablo (Dir.); ORTIZ DE URBINA GIMENO, Ínigo (Dir.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

KUHLEN, Lothar. *Sobre la responsabilidad penal por el producto em Alemania*. Revista de Derecho Penal Rubinzal-Culzoni, n.1, 2014, p.13-44.

LAUFER, William S. Ilusões de Compliance e Governança. Tradução de Matheus de Alencar e Miranda e Leonardo Simões Agapito. In SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.); ADACHI, Pedro Podboi (Org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (Org.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: Editora LiberArs, 2016.

MIR PUIG, Santiago. Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad. In MIR PUIG, Santiago (Dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dir.). *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Buenos aires (Arg.): IB de F, 2014.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In KUHLEN, Lothar (Dir.); MONTIEL, Juan Pablo (Dir.); ORTIZ DE URBINA GIMENO, Ínigo (Dir.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

NETTO, Salvador; VELLUDO, Alamiro. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. In NIETO MARTÍN, Adán. (Org.); MAROTO CALATAYUD, Manuel, Eduardo (Org.). *Public Compliance. Prevención de la Corrupción en las Administraciones Públicas y Partidos Políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.

_____. Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo em el Derecho Penal. In KUHLEN, Lothar (Dir.); MONTIEL, Juan Pablo (Dir.); ORTIZ DE URBINA GIMENO, Ínigo (Dir.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

POLAINO-ORTS, Miguel; BELÉN LINARES, María. Gobernanza Corporativa y Criminal Compliance en la Legislación Española tras la Reforma de 2015. In SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.); ADACHI,

Pedro Podboi (Org.); DOMINGUES, Juliana Oliveira (Org.). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: Editora LiberArs, 2016.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROBERTI, Maura. *A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico – É legítimo? É necessário?* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 26, 2016, p.35-59.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito – volume 1*. Tradução de Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997.

_____. *Novos Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco, Alaor Leite, Augusto Assis e Marina Coelho. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance e prevenção à de lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros*. Revista de Estudos Criminais. n. 54, v.12, 2014. p.165-180.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o Criminal Compliance no Brasil: primeira abordagem. In DAVID, Décio Franco (Org.); GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BUSATO, Paulo César (Coord.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Elsevier, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.2, v.41, 1988, p.529-558.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In OLIVEIRA, William Terra de (Org.); NETO, Pedro Ferreira Leite (Org.); ESSADO, Tiago Cintra (Org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz

Otávio de Oliveira Rocha. Série As Ciências Criminais no Século XXI. Volume 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. La reforma del código penal español de 2010: una aproximación desde el contexto. In Reflexiones sobre la Cuestión Criminal. *Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano (h)*. Córdoba (Argentina): Lerner Editora SRL, 2011, p.439-462.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros jurídicos, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*. The uncut version. London: Yale University Press, 1983.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. *El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, ano 4, nºs 5-8, 1975.

_____. Nuevas tendencias em la responsabilidad penal de personas jurídicas. In RODRÍGUEZ, Constante Carlos Ávalos (Coord.); VILLANUEVA, Alejandro Emilio Quispe (Coord.). *Dogmática penal del tercer milenio. Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Perú: Ara Editores, 2008.

_____. Presente y Futuro del Derecho Penal Económico. *Hacia un derecho penal económico europeo, jornadas de honor del professor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, n.4, Madrid, 1995.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito Penal de Empresa e Criminalidade Econômica Organizada*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

VILA, Ivó Coca. Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros jurídicos, 2013.

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

ÉTICA, ECONOMIA E DIREITO: ANÁLISE DAS NORMAS DE COMPLIANCE NO ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO

ETHICS, ECONOMY AND LAW: ANALYSIS OF CONFORMITY STANDARDS DEALING WITH CORRUPTION

Recebido: 18.07.2019

Aprovado: 19.01.2020

Bruna Gabriela Tavares e Azevedo

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo (UNITRI/Uberlândia - MG) - 2014-2018.
MBA em Marketing pela Escola Superior de Administração Marketing e Comunicação de Uberlândia (ESAMC) - 2013-2014.
Bacharel em Comunicação Social. Pelo Centro Universitário do Triângulo (UNITRI) - 2007- 2011.
Advogada na Azevedo & Martinez Advocacia e Consultoria Jurídica.
brunatavaresazevedo@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/4461389827465090>
<https://orcid.org/0000-0003-3216-7000>

Iago Luiz da Silva

Doutorando em Economia do Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS/Porto Alegre - RS) 2018 - atual.
Mestre em Economia do Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) 2016-2018.
Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) 2010-2015.
Bolsista CAPES.
iago.il@hotmail.com
<http://lattes.cnpq.br/8403310733396639>
<https://orcid.org/0000-0002-8686-9051>

Ludmila Luísa Tavares e Azevedo

Doutoranda em Economia Política pela Universidade de Brasília (UnB/Brasília) 2018 - atual.
Mestre em Economia pela Universidade Federal de Uberlândia 2015-2017.
Bacharel Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) 2010-2014.
Bolsista CAPES.
ludmilaluisa@hotmail.com
<http://lattes.cnpq.br/9506407763515932>
<https://orcid.org/0000-0002-8176-6862>

Resumo: O diálogo de fontes entre as ciências do Direito, da Ética e da Economia, por vezes, é necessário para o adequado enfrentamento de um problema social complexo, como é o caso da corrupção enraizada não apenas nos órgãos públicos e governos, mas também no ambiente empresarial. Nesse contexto, faz-se necessária uma breve revisão bibliográfica acerca dos conceitos de governança corporativa e *compliance* para, finalmente, nos ocuparmos da análise dogmática de atos normativos anticorrupção, tanto no Direito Internacional como no Pátrio. As leis Sabarnes-Oxley, UK Bribery Act, e 12.846/13, bem como a reforma no Código Penal Espanhol merecem especial atenção, sendo à elas dedicada a seção final deste trabalho. Finalmente, conclui-se que a legislação brasileira está alinhada à normativa internacional atinente ao tema. Apesar disso, os valores de ética, transparência, sustentabilidade e cooperação necessitam ser “incorporados” à cultura empresarial para surtirem efeitos, sendo que a resposta à inovação legislativa, nesse sentido, ainda não é passível de ser auferida. No entanto, observa-se que a questão da corrupção encontra-se no cerne da pauta popular e da Imprensa, sendo possível perceber, na prática, a maior eficiência jurídica dispensada aos crimes cometidos no ambiente empresarial, até então sob o *status* de “colarinho branco” e, portanto, impuníveis.

Palavras-chave: Corrupção; governança corporativa; *compliance*.

Abstract: The dialogue of sources between the sciences of Law, Ethics and Economics is sometimes necessary for the adequate confrontation of a complex social problem, as it is the case of the corruption rooted not only in the public organs and governments, but also in the environment business. In this context, it is necessary a brief bibliographic review about the concepts of corporate governance and compliance, finally, to deal with the dogmatic analysis of anti-corruption normative years, in International and National Law. The laws Sabarnes-Oxley, UK Bribery Act, and 12,846/13, as well as the reform in the Spanish Penal Code deserve particular at-

ention, being devoted to them the final section of this work. Finally, it is concluded that the Brazilian legislation is in line with the international regulations related to the topic. Nonetheless, values of ethics, transparency, sustainability and cooperation need to be “incorporated” into the corporate culture to take effect, and the response to legislative innovation in this regard is not yet available. However, it is observed that the issue of corruption lies at the heart of the popular and Press agendas, and it is possible to observe, in practice, the greater legal efficiency given to crimes committed in the business environment, so far under the status of “collar White” and therefore unpunished.

Keywords: Corruption; corporate governance; compliance.

No atual cenário de crise não apenas econômica, mas também institucional e política em que se encontra o país, o presente trabalho busca trazer à tona temas que devem ser visitados para uma compreensão do tratamento jurídico dado às condutas de corrupção, sobretudo no ambiente empresarial. Assim, necessário faz-se traçar um elo entre as ciências econômicas e jurídicas, sob a perspectiva da *eticidade*, objetivando-se, assim, analisar criticamente os diplomas legais pertinentes, dentre os quais se destaca a Lei 12.846/2013, conhecida sob a alcunha de “Lei Anticorrupção”.

Para tanto, faz-se pertinente adentrar a Análise Econômica do Direito, tomando-se emprestado conceitos intrinsecamente econômicos com vistas a propor uma análise não apenas deontológica do Direito, mas também pragmática, consequencialista. Em seguida, será feita uma breve compilação teórica acerca da Ética na Economia, de onde desaguaremos nos conceitos de governança corporativa e *compliance*, momento no qual visitaremos, também brevemente, o Direito Comparado no que tange aos atos normativos mais relevantes atinentes ao tema.

Finalmente, nos ocuparemos da análise dogmática da Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013, em um esforço de pontuar os avanços do ordenamento pátrio no tratamento da corrupção no ambiente corporativo (público e privado). Assim, a partir da revisão histórica/teórica pertinente, pretende-se responder à seguinte questão: A Lei 12.846/2013 encontra-se alinhada com a doutrina contemporânea, bem como com a normativa internacional no que concerne ao combate à corrupção empresarial?

Por meio de pesquisa bibliográfica e documental multidisciplinar e sob a perspectiva realeana³¹¹, seguiremos a esteira do mé-

³¹¹ Cuida-se da Teoria Tridimensional do Direito, desenvolvida pelo jurista brasileiro Miguel Reale (1910-2006), segundo a qual a ciência jurídica carece de uma abordagem que transcenda a análise meramente normativa, demandando também o enfrentamento das dimensões fática e axiológica, em sentido diverso à Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen. Assim, a

todo dedutivo, partindo de premissas estabelecidas pelas ciências correlatas visitadas com fulcro em não apenas responder à pergunta-problema suscitada, mas também trazer à tona arcabouço teórico pertinente em um momento em que, não apenas o Direito e a Economia enquanto ciências, mas também toda a sociedade, devem voltar-se ao enfrentamento da questão da corrupção e seu necessário cerceamento.

Aliás, é justamente em tal cenário (de congruência de crises e escândalos de corrupção) que se encontra a justificativa do presente trabalho: isso porque, de acordo com dados de 2015 da *Transparency International*³¹² (organização internacional voltada para o combate à corrupção), o Brasil foi o país que apresentou a maior queda no indicador que mede a percepção da corrupção, com relação à pesquisa de 2012. Em uma escala de 0 a 100, na qual 0 corresponde a um alto nível de corrupção e 100 à uma percepção de “limpeza”, o Brasil conta com 38 pontos, tendo perdido 5 pontos e caído 7 posições no *ranking*, com relação à 2012, ocupando atualmente o 76º lugar. Ademais, pela primeira vez a corrupção surgiu como a principal preocupação dos brasileiros, segundo dados do Datafolha de 2015³¹³. Ou seja, falar-se em corrupção e no tratamento jurídico à questão é urgente e necessário, motivo pelo qual nos propomos a fazê-lo neste trabalho.

partir da ideia de que o Direito é composto pelas três dimensões enunciadas por Reale (fato, valor e norma), o presente trabalho faz um esforço no sentido de abordar as três dimensões, tendo em vista que é insuficiente trazer à tona apenas os aspectos normativos do tema em tela, ignorando-se os aspectos valorativos, campo no qual reside a questão da eticidade, bem como os fáticos, contexto no qual a Análise Econômica do Direito far-se-á oportuna.

³¹² TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perceptions index 2015*. Acesso em: 28/12/2016. Disponível em: https://www.iaca.int/images/news/2016/Corruption_Perceptions_Index_2015_report.pdf

³¹³ De acordo com a pesquisa, em 2015, 34% dos brasileiros declararam ser a corrupção o problema social mais preocupante do país, seguida da saúde (16%) e desemprego (8%). O tema vem ganhando destaque nas pesquisas do Datafolha desde 2013, sendo que até então não passava de 10% das respostas. Historicamente, saúde e desemprego, bem como segurança/violência, sempre figuraram no topo da pesquisa, variando a ordem entre esses problemas. Em 2015, pela primeira vez, o tema da corrupção apareceu no topo, de forma isolada, como o principal problema do país. DATAFOLHA. *Avaliação da presidente Dilma Rousseff*. 25 e 26/11/2015. Acesso em: 15/12/2016. Disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/11/30/avaliacao_dilma.pdf.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A relação entre Direito e Economia já era pensada por Adam Smith, John Stuart Mille e Karl Marx. No entanto, com a evolução das ciências jurídicas e econômicas, ambas adquiriram autonomia científica, fato que, em que pese ter contribuído para a especialização de ambas as áreas, provocou um isolamento dos dois ramos que, a partir dos ensinamentos dos filósofos acima, são indissociáveis.

A partir dos anos 1960, período em que predominava a doutrina utilitarista, observa-se que a indiferença do Direito em relação às consequências econômicas de suas decisões e interpretações demonstrou a necessidade de um diálogo de fontes entre as duas ciências. Naquele momento histórico, vivia-se a crise do *welfare state*, contexto no qual a necessidade de relacionar Direito e Economia tornou-se gritante, na medida em que se constatou que o Mercado, sem o Direito, tende ao caos, ao passo que um Direito sem Mercado obstará o pleno desenvolvimento³¹⁴.

O movimento que deu origem à denominada Análise Econômica do Direito surgiu em meados dos anos 1970, sendo três as principais vertentes, a saber, *Law Economics*, *Critical Law Studies* e as teorias “*rights-based*”. A primeira, em português, Análise Econômica do Direito (AED), defende uma abordagem do Direito não apenas pelo aspecto dogmático, mas também econômico, em um esforço de lançar um olhar interdisciplinar³¹⁵. A segunda, por seu turno, também denominada Escola Crítica do Direito sob a Perspectiva Política (CLS), é assim alcunhada justamente porque se funda em

argumentos baseados na filosofia política e social³¹⁶. Já as últimas (teorias *right-baseds*), encontram arrimo no campo da filosofia moral e política, na qual se destaca o legado de Dworkin³¹⁷.

A Análise Econômica do Direito (AED) e a denominada Escola Crítica do Direito sob a Perspectiva Política (CLS) partem de premissas muito semelhantes (por exemplo, a autonomia científica do Direito, bem como sua interdisciplinaridade, a partir do emprego de métodos e teorias de outras ciências – notadamente, Economia e Política). Uma bifurcação entre as duas é observada na premissa da qual parte a AED de que os indivíduos são pautados por uma lógica racional maximizadora³¹⁸, diferente do entendimento da CLS de que o aspecto ideológico é protagonista nessa dinâmica, sendo justificador das desvantagens socialmente toleradas³¹⁹.

Para fins do presente trabalho, conceitua-se a Análise Econômica do Direito como um método de elaboração, interpretação e aplicação do Direito, de natureza consequencialista e tendência pragmática.

Em que pese a impossibilidade de uma abordagem mais atenciosa da temática e seu desenvolvimento histórico, dados os limites deste trabalho, não se pode passar ao largo das contribuições do economista britânico Ronald Coase, sendo sua obra “*The Problem of Social Cost*”, de 1960, um marco da AED enquanto disciplina e método. Nobel de Economia, em 1991, o autor concentrou sua atuação no problema do custo social, o qual demandaria uma harmonização entre os critérios jurídico e econômico.

³¹⁴PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

³¹⁵A AED surge como teoria positiva do direito, tendo por objeto os comportamentos integrantes, ou não, dos mercados explícitos e informados pela lógica econômica, razão de sua relevância para a regulação. Iniciou-se a desmistificação da teoria, especialmente na forma da Escola de Chicago, através da contraposição entre eficiência e justiça, ficando para reflexões posteriores a análise mais específica dos referenciais de uma sociedade justa, segundo a formulação dos autores mais representativos da filosofia moral atual” (ALVAREZ, 2006, p. 67).

³¹⁶“Para a CLS, o direito é uma instituição social e não um conjunto normativo, um aspecto mais da estrutura social, razão porque seu estudo implica argumentos procedentes da filosofia social e política” (PACHECO, 1993, p.175). São influências, para a CLS, autores como Nietzsche, Habermas e Foucault.

³¹⁷Ver: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³¹⁸A partir da ideia de busca pela maximização de interesses intrínseca ao ser humano, a AED entende o Direito como uma ferramenta que deve se prestar a incentivar e premiar boas condutas, na medida em que penaliza as más. Ou seja, para que o ser humano escolha as condutas adequadas, há que se impor sanções para que, de forma racional, o mesmo decida por aquela que melhor observa seus interesses, preferindo condutas eficientes às ineficientes.

³¹⁹ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações*. Direito, Estado e Sociedade – v. 9. n. 29. p. 49-68. jul/dez 2006.

Em sua obra, Coase problematiza a influência da atividade jurisdicional na economia, entendendo ser desejável que “as cortes entendessem as consequências econômicas de suas decisões e, tanto quanto possível sem a criação de incerteza, levassem em conta estas consequências em suas decisões”³²⁰.

Inicialmente, o autor demonstra sua preocupação com relação aos prejuízos causados por empresas, propondo estratégias econômicas inovadoras, capazes de resolver problemas não resolvidos pela estratégia tradicional de Pigou³²¹. Coase propõe uma inversão paradigmática na abordagem do fenômeno jurídico-econômico e enuncia o termo “transação”, que não seria o negócio em si, mas o ato jurídico de deslocamento do bem, sendo os custos de transação aqueles decorrentes de tal deslocamento. Propõe o autor que os prejuízos advindos da responsabilidade civil pela reparação de danos são de natureza recíproca, não bastando que se impeça a ocorrência do dano, mas também que o ganho obtido com a proibição seja superior ao prejuízo ocasionado pela possível lesão.

Assim, a partir de Coase,

Abandona-se a investigação do fato causador, visando-se a um modo de proceder que este seja fundamentado na inter-relação das ações e seus resultados. Procura-se fundamentar uma engenharia social. A relação entre objetivos desejáveis e meios disponíveis deriva da análise de custo-benefício de condutas sociais. Portanto, do ponto de vista pragmático, para se compreender uma determinada situação social seria necessário ter uma clara

³²⁰ COASE, R. Obra citada, p. 30.

³²¹ O autor diverge da teoria de intervenção estatal de Pigou (através do impostospigouviano sobre externalidades) em diversos aspectos, sendo que Coase inova ao trazer uma abordagem não exclusivamente econômica. Coase enfoca na maximização da produção como principal problema econômico, considerando-se os custos de transação.

concepção da consequência que se quer obter e da técnica que se deve empregar para consegui-la³²².

Em apertada síntese, o Teorema de Coase prevê três situações distintas: na primeira, observa-se uma situação hipotética de equilíbrio perfeito do mercado. Neste caso, conclui o autor que ao Estado caberia um papel coadjuvante, atuando de forma meramente assecuratória de racionalidade e executividade das relações negociais. Em um segundo cenário verifica-se a existência de um equilíbrio corrigível, contexto no qual caberia ao sistema jurídico uma atuação mais ativa, de forma a corrigir discrepâncias entre custos e benefícios sociais. Finalmente, no terceiro cenário, no qual as imperfeições são incorrigíveis e os custos de transação irreduzíveis, seria dado ao Estado o papel de atuar de forma a distribuir custos e benefícios entre as partes, com vistas a simular um cenário ideal de equilíbrio.

Para fins científicos da AED, é inócua pensar nas transações sem seus custos, tendo em vista que todo negócio jurídico tem um preço, que estaria relacionado ao custo das variáveis que influenciam uma negociação, como a confiabilidade do contratante (risco moral, nos termos de Coase), a informação assimétrica, a expectativa pelo negócio etc. Ademais, existem as despesas relacionadas aos contratos em si, à transferência do bem³²³.

Em suma, a Análise Econômica do Direito é método adequado na medida em que considera as variáveis mencionadas, contribuindo para a tomada de decisão mais eficiente do ponto de vista econômico. De outro lado, sendo certo que os mercados, em um sistema neoliberal, não tendem ao equilíbrio por si só, as relações jurídicas são carentes de uma atuação estatal mais ativa, por meio de uma estrutura normativa robusta, capaz de coibir as condutas denominadas “ineficientes”.

³²² LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Análise Econômica do Direito como método e disciplina*. Belo Horizonte: E-civitas Revista científica do departamento de ciências jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH, v.I, n°1, 2008, p. 10.

³²³ COASE, R. Obra citada.

Assim, além do agir racional maximizador do *homo economicus*³²⁴, a AED adota como premissa a busca pela eficiência, admitindo a existência das falhas do mercado e problematizando as questões relacionadas aos custos de transação e à assimetria informacional³²⁵.

Tal método é o mais adequado para a análise aqui proposta porque “abre caminho” para uma abordagem do Direito pautada pela perspectiva econômica, que teria o condão de criar, interpretar e aplicar normas baseadas em critérios maximizadores, partindo de premissas verdadeiras. Assim, para além dos aspectos técnico e sistemático, o Direito deve observar, quando da solução de um problema, também o aspecto econômico, com vistas a uma hermenêutica pautada pela objetividade. Nas palavras de Alvarez, para a AED, “o valor econômico da eficiência ou o princípio da maximização da riqueza podem ser usados pelos juízes como standard ético para determinar quando uma decisão particular pode considerar-se justa”³²⁶.

Insta destacar que, em que pese a evolução da AED desde os anos 1960, o ordenamento brasileiro permanece guiado por uma análise meramente deontológica do Direito. Ou seja, a criação do Direito no Brasil é pautada exclusivamente pela lógica da moralidade, perspectiva sob qual a ação é juridicamente mais importante do que as consequências. Atualmente, no Brasil, pode-se dizer que os impactos econômicos das decisões jurídicas (nas políticas públicas, leis, decisões judiciais etc.) são considerados de maneira parca e, muitas vezes, sem rigor científico.

³²⁴ O conceito de *homo economicus* consiste em postulado da racionalidade, segundo o qual o ser humano tende a agir de forma a maximizar seus interesses, sendo sensível aos incentivos e coibições estatais. Encontra raízes em correntes filosóficas hedonistas e utilitaristas e relaciona-se com a teoria do comportamento coerente de Darwin. São premissas do conceito abstrato de *homo economicus*: a) o interesse pessoal como principal mecanismo volitivo dos indivíduos, propulsor de toda ação humana; b) o homem como ser racional; c) a racionalidade, tal qual o interesse social, seriam universais, observáveis em qualquer diferentes momentos históricos; d) o tempo vivido pelo homem é linear, sendo o indivíduo incapaz de prever o futuro; e) um homem é livre do outro, não sendo influenciado, de forma determinante, pelo mundo exterior. A partir de tais premissas, elaboram-se leis econômicas baseadas na maximização da utilidade.

³²⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

³²⁶ ALVAREZ, A. B. Obra citada, p. 52.

2. ÉTICA E ECONOMIA NO AMBIENTE EMPRESARIAL

Após breve revisão teórica acerca da Análise Econômica do Direito, faz-se pertinente, para os fins aqui propostos, acrescentar à análise econômica do Direito a perspectiva ética.

Tal abordagem se faz necessária na medida em que, no ambiente empresarial, os danos podem causar prejuízos ainda maiores do que os econômicos/financeiros, tendo em vista que lesões à imagem social da empresa podem ser, inclusive, irreversíveis. Isso porque a cultura hodierna é mais atenta aos valores morais praticados pelas marcas, sendo observado um novo padrão de consumo, denominado “sustentável”.

De outro lado, sendo deontológico o método de criação, interpretação e aplicação do Direito brasileiro, é imprescindível que as decisões tomadas pelas pessoas jurídicas sejam alinhadas com a eticidade intrínseca ao sistema jurídico vigente.

No ponto, são notórias as contribuições do indiano Amartya Sen. O economista propõe uma análise da ética na economia a partir da perspectiva de que só há pleno desenvolvimento sob condições de bem-estar. Ou seja, o autor desloca o “ótimo social” do aspecto meramente econômico para aquele que leva em consideração as demais dimensões do agente, as denominadas “liberdades subjetivas”, sendo que a dignidade da pessoa humana e as condições mínimas de existência seriam pressupostos para o desenvolvimento pleno. Assim, o conceito de racionalidade econômica, para o autor, deveria passar por uma revisão ética³²⁷.

A com base nas ideias do Nobel de Economia (1998), que trouxeram importantes contribuições às teorias do *welfare state* e da decisão social, bem como a partir de contribuições de outros autores, surge o conceito de Desenvolvimento Sustentável, pautado pelo equilíbrio entre valores econômicos, financeiros e sociais.

Para Ribeiro e Diniz,

³²⁷ SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo. Companhia das Letras: 1999.

A busca do propalado equilíbrio é importante exatamente para alcançar-se o pleno desenvolvimento, por meio da obtenção da estabilidade econômica, financeira e social. Tal busca é plenamente possível, seja pela consolidação de instituições eficientes e fortes, seja mediante a adoção de ferramentas de Análise Econômica do Direito, por meio da identificação dos problemas que ensejam um possível desequilíbrio (diagnóstico), da análise das prováveis reações das pessoas a uma determinada regra (prognóstico) e, por fim, pela escolha da melhor regra ou interpretação na busca do equilíbrio entre direito, economia, mercado e ética³²⁸.

Assim, a partir do vínculo Direito-Economia-Ética, a transparência contribuiria para o bom funcionamento do mercado na medida em que confere credibilidade e cooperação às relações negociais.

No ponto, é interessante a refletir sobre o tema à luz da Teoria dos Jogos, o denominado “Dilema dos Prisioneiros”³²⁹. Em resumo, o dilema consiste em propor a dois prisioneiros, isolados um do outro, acusados do mesmo crime, duas opções: delatar o outro ou negar³³⁰. Variando-se os números conforme as diferentes proposições, os resultados possíveis, na formulação clássica do problema, são os seguintes:

³²⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. Revista de Informação Legislativa. Ano 52. n. 205; Brasília: Jan. mar., 2015, p. 91.

³²⁹ Trata-se um problema da Teoria dos Jogos, uma teoria matemática empregada para projetar modelos em que diferentes jogadores, com diferentes estratégias, se interagem, sendo objetivo da proposição analisar tais interações. É uma área da matemática aplicada que se ocupa das estratégias adotadas por diferentes jogadores, que influenciam e são influenciadas pelas estratégias de outros jogadores por meio das regras de incentivo. Empregada em diversas áreas acadêmicas, sendo que nas ciências políticas, ética, economia etc., se presta a tentar compreender o comportamento econômico dos diferentes “players” do mercado, com estratégias diferentes e objetivos comuns. Destaca-se a partir dos anos 1930, notadamente a partir da obra *The Theory of Games and Economic Behavior*, de John von Neumann e Oskar Morgenstern, publicada em 1944.

³³⁰ Trata-se do clássico Dilema dos Prisioneiros, formulado por Merrill Flood e Melvin Dresher. Mais tarde, Albert W. Tucker fez a sua formalização com o tema da pena de prisão e deu ao problema geral esse nome específico.

Figura 1

	Prisioneiro “B” nega	Prisioneiro “B” delata
Prisioneiro “A” nega	Ambos são condenados a 6 meses	“A” é condenado a 10 anos; “B” sai livre
Prisioneiro “A” delata	“A” sai livre; “B” é condenado a 10 anos	Ambos são condenados a 5 anos

Assim, o Equilíbrio de Nash³³¹ do problema seria o ponto “Confessar, Confessar”, na medida em que, pela perspectiva individual de cada jogador, confessar é a melhor estratégia, independente da estratégia adotada pelo outro jogador. Tal equilíbrio, no entanto, não é eficiente sob a ótica do Ótimo de Pareto³³² porque existe a possibilidade de melhorar a situação de um prisioneiro sem piorar a do outro. A melhor solução, na verdade, consiste na melhora simultânea entre a situação de ambos os prisioneiros, já que se ambos negarem, terão suas penas reduzidas.

Assim, a solução pelo Ótimo de Pareto encontra-se na cooperação mútua, ao passo que o equilíbrio de Nash se encontra delação mútua. Dessa forma, tendo em vista que mesmo podendo trair um ao outro, é mais vantajoso se ambos colaborarem, na medida em que a ameaça de castigo é superior ao incentivo defraudar o outro jogador, conforme figura 2:

Figura 2

	Cooperar	Desertar
Cooperar	ganho - ganho	perda substancial- ganho substancial
Desertar	ganho substancial - perda substancial	perda- perda

³³¹ O equilíbrio de Nash, proposto por John Forbes Nash Jr. em uma série de estudos publicados ao longo do ano de 1950, aplicável para jogos não-cooperativos de estratégia mista, consiste na combinação de estratégias na qual nenhum jogador poderia melhorar sua situação por meio de outra decisão, sendo que, em problemas como o Dilema dos Prisioneiros, não é eficiente sob a lógica do Ótimo de Pareto.

³³² O Ótimo de Pareto, que leva esse nome porque trata-se de conceito econômico desenvolvido pelo italiano, Vilfredo Pareto, consiste em uma situação em que não é possível melhorar a utilidade de jogador, sem piorar a situação de outro.

Ante o exposto, e dado que o ambiente empresarial é composto por uma dinâmica que envolve diferentes estratégias dos diversos *stakeholders* (jogadores), os conceitos de Governança Corporativa e *Compliance* merecem especial atenção na medida em que se propõem a moldar uma cultura organizacional pautada em critérios não apenas técnico-jurídicos, mas também econômicos e éticos, baseados na cooperação, motivo pelo qual nos ocuparemos de tais temas, mais cuidadosamente, nas seções a seguir.

2.1. GOVERNANÇA CORPORATIVA

Inicialmente, faz-se pertinente entender o conceito de governança. Trata-se, na verdade, de termo emprestado da gestão pública³³³ para o ambiente empresarial. A origem etimológica do termo *governance* é do Latim *gubernare* que, em tradução livre, significa governar, dirigir.

A expressão é conceituada pelo Banco Mundial como “o exercício da autoridade, controle, administração, poder de governo”³³⁴. A partir desse novo paradigma, afasta-se da tese utilitarista que avaliava a governança pelos resultados das políticas governamentais, passando a preocupar-se com a forma pela qual esse poder será exercido, observando-se princípios como o da eficiência, eticidade e transparência.

Quanto ao conceito de corporação (*corporate*), deriva das palavras latinas *corporis* e *actio*, ou seja, “corpo e ação”. Ou seja, remete à ideia de um corpo, um organismo em funcionamento. Assim, pode-se denominar corporação como organismo social dotado de estrutura, objetivo, unidade de desígnios etc. Aliás, embora o termo

³³³ Um exemplo que não pode passar batido como caso de (des)governança corporativa no setor público é o da Petrobras, sociedade de economia mista de mercado aberto que falhou em premissas básicas de uma boa prática de governança corporativa: ausência de transparência e assimetria informacional marcaram a crise institucional que atingiu a petrolífera. Para além das perdas econômicas, os danos à imagem empresarial persistem até os dias de hoje, sendo que os acionistas viram seu capital reduzir vertiginosamente, sem expectativas de melhoras significativas no médio prazo.

³³⁴ WORLD BANK. *Governance and Development*. Washington, D.C.: World Bank, 1992, p. 3, tradução nossa.

corporation seja relacionado à noção empresarial, uma corporação não necessariamente é empresária. Suas noções podem ser aplicadas aos órgãos públicos, entidades do terceiro setor e outros organismos sociais³³⁵.

Ao passo que na linha norte-americana o conceito de *corporation* refere-se ao modelo de sociedade empresarial no qual o investidor (acionista) dissocia-se da figura do administrador, o termo é utilizado de forma “distorcida” no Brasil³³⁶.

O conceito de Governança Corporativa, assim, relaciona-se à perenidade da sociedade empresarial, tendo em vista que se presta a aumentar o valor da empresa, por meio de boas práticas e transparência nas demonstrações contábeis e tributárias. Carvalho³³⁷ entende o conceito como um sistema de mecanismos por meio dos quais investidores podem confiar no retorno do capital investido. Isso porque, ao menos da forma como é citada na doutrina anglo-saxã, o conceito de Governança Corporativa acabou atrelando-se a uma prática das sociedades de capital aberto³³⁸.

No entanto, em países como o Brasil, que possui menos de 700 empresas com ações na bolsa, a doutrina já cuidou em adaptar o conceito para um contexto predominantemente formado por empresas de administração familiar. O Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, inclusive, dispõe sobre a figura do “Conselho de Família”, além de outras práticas de boa governança corporativa para empresas com esse perfil³³⁹.

³³⁵ A Igreja Católica, nesse sentido, é entendida como uma corporação, inclusive com práticas de governança corporativa.

³³⁶ A expressão Governança Corporativa assume, no Brasil, uma significação mais ampla do que a de *Corporate Governance*. Em suma, tal conceito estaria ligado às boas práticas no ambiente empresarial, de forma geral, não apenas o corporativo, sentido de sociedade de capital aberto (CARNEIRO, 2000)

³³⁷ CARVALHO, Antonio G. de. *Governança Corporativa no Brasil em Perspectiva*. São Paulo: Revista de Administração v. 37., Julho-set 2002.

³³⁸ Nesse tipo de sociedade (*Corporation*), as práticas de governança corporativa são ainda mais imprescindíveis, na medida em que servem para nortear o investidor na tomada de decisões. A transparência, a simetria informacional e outras práticas garantem ao acionista a segurança de que a corporação está sendo administrada de forma responsável, bem como de que seus investimentos apresentarão o retorno adequado.

³³⁹ IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5.ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), 2015.

A Governança Corporativa advém do conceito de *cidadania corporativa*, enunciado pelo Código do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa como a responsabilidade da pessoa jurídica de atuar de forma responsável:

Na prática, para operar, uma empresa depende não apenas das licenças previstas em dispositivos legais e regulatórios, mas também do aval de um conjunto de partes interessadas que a afeta ou é afetado pelas suas atividades. Os agentes de governança devem considerar, portanto, as aspirações e a forma pela qual a sociedade em geral entende e absorve os efeitos positivos e negativos – as externalidades – da atuação das organizações e responde a eles. Nesse novo ambiente, a ética torna-se cada vez mais indispensável. Honestidade, integridade, responsabilidade, independência, visão de longo prazo e preocupação genuína com os impactos causados por suas atividades são fundamentais para o sucesso duradouro das organizações³⁴⁰.

São princípios expressos pelo referido Código: a) Princípio da Transparência, segundo o qual deve-se disponibilizar não apenas as informações obrigatórias por lei às partes interessadas, mas também toda informação de cunho econômico-financeiro ou não, que interessem às partes; b) Princípio da Equidade, segundo o qual as relações entre os *stakeholders* deve ser orientada por direitos e deveres justos e isonômicos; c) Princípio do *Accountability* (Prestação de Contas), que prescreve o dever de prestação de contas entre as partes de forma clara e inteligível, de forma tempestiva; d) Princípio da Responsabilidade Corporativa, segundo o qual “os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira

³⁴⁰ IBGC. Obra citada, p. 15.

das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas”, levando-se em conta não apenas o capital financeiro, mas também o humano, intelectual, ambiental, reputacional etc, não apenas no médio, mas também no longo prazo.

2.2. COMPLIANCE: OS CUSTOS E OS BENEFÍCIOS DA CONFORMIDADE

A expressão tem origem do verbo inglês *to comply*, que significa “cumprir, executar”. Em uma tradução livre, *compliance* significa “conformidade”. Ou seja, trata-se de práticas, programas e valores que visem a conformidade das empresas. No mundo empresarial, define-se *compliance* como conjunto de ferramentas de gestão que envolvem o controle de processos internos e mitigação de riscos. Denomina-se *Compliance Office* o setor da empresa responsável por esse controle³⁴¹.

Retomando o Dilema dos Prisioneiros, brevemente enunciado na seção anterior, Axelrod conclui que “a recompensa pela cooperação mútua é maior que a média da recompensa pela tentação e pelo simplório”³⁴². Transplantando tal lógica para o ambiente empresarial, não é difícil inferir que, sob a perspectiva da cooperação como equilíbrio ideal,

cabe ao empresário proteger seus clientes, sem querer extrair vantagem injustificada a partir da assimetria informacional; cabe aos demais empresários atuar com ética e transparência nos negócios; e cabe ao consumidor adquirir produtos e serviços das empresas sustentáveis, a fim de priorizar o verdadeiro desenvolvimento³⁴³.

³⁴¹ A depender do porte da empresa, pode haver mais de um *Compliance Office*, sendo que o setor pode ser subdividido pela especialidade (*compliance* tributário, trabalhista, ambiental, contábil etc.).

³⁴² AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos (original em inglês de 1984). São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 9.

³⁴³ RIBEIRO; DINIZ, M; P. Obra citada, p. 96.

Naturalmente, em um ambiente pautado por valores como ética, transparência e credibilidade, a cooperação torna-se naturalmente estimulada. A cooperação, por sua vez, traz benefícios tanto no ambiente interno como externo da empresa, na medida em que os colaboradores assimilam os valores, trabalhando com lealdade e satisfação, bem como cria relações mais sólidas da empresa com seus *stakeholders*, no ambiente externo, ensejando em negociações mais eficientes e seguras. Ao *Compliance Office*, cabe justamente promover a cooperação almejada, de forma a elevar a importância do futuro e criar incentivos e recompensas para as jogadas que redundem em cooperação entre os jogadores, de forma a transmitir valores de empatia e reciprocidade³⁴⁴.

Nesse sentido, a política de *compliance* deve fomentar a cooperação entre as partes, com vistas ao desenvolvimento da empresa. Os conflitos também devem ser objeto de preocupação do *Compliance Office*, tendo em vista que tendem a atrapalhar a cooperação, sem falar nos custos de transação decorrentes de conflitos³⁴⁵.

Ademais, como anteriormente aduzido, danos gerados por entes empresariais podem trazer consequências muito maiores do que as econômicas/financeiras advindas de reparações de dano e indenizações, por exemplo. A marca, a imagem, enquanto “bens” da empresa, uma vez danificadas, podem ocasionar prejuízos a serem colhidos por muitas gerações, motivo pelo qual devem ser evitados.

Nas palavras de Coimbra e Manzi³⁴⁶,

O sucesso das organizações é extremamente dependente da admiração e da confiança pública, refletida no valor de suas marcas, na sua reputação, na capacidade de atrair e fidelizar

³⁴⁴ AXELROD, R. Obra citada.

³⁴⁵ FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

³⁴⁶ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

clientes, investidores, parceiros e até os empregados. Estudos recentes têm demonstrado como estão à frente as organizações que apresentam uma estrutura sólida de preceitos éticos e atuam de forma responsável, em detrimento das demais que atuam de forma diversa (p. 5).

A implantação de uma estrutura de conformidade, no entanto, só será bem sucedida se enraizada na cultura organizacional, sendo insuficiente a mera implantação de normas que prescrevam condutas adequadas e sanções às inadequadas³⁴⁷. A internalização do *compliance* enquanto “estado de espírito” da empresa, deve começar pela alta administração para que surta efeitos, sendo que a assimilação dos valores de cooperação, ética e transparência pode, inclusive, dispensar a necessidade de um sistema normativo³⁴⁸.

De outro lado, retomando as lições de Coase, não se pode olvidar a existência dos custos de transação de um programa de *compliance*³⁴⁹. Assim, as práticas de conformidade devem representar um bônus para as empresas, e não um ônus, na medida em que tendem a facilitar negociações e contribuem para a boa reputação da empresa.

³⁴⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Tomarsela responsabilidad penal de las personas jurídicas em serio: La culpabilidad de las personas jurídicas. In En letra: Derecho Penal. Año I, número 2 (2016), p. 24-54, ensina que o conceito de *compliance* transcende a mera gestão de risco, e se traduz em uma cultura empresarial de observância as normas internas e empresariais. Nesse contexto, o autor relaciona as condutas desejáveis ou não, no âmbito da pessoa coletiva, dos conceitos penais de injusto e injusto, os quais relacionam-se com a “culpabilidade da pessoa jurídica”.

³⁴⁸ CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

³⁴⁹ De forma resumida, os custos de transação para a implantação de uma política de *compliance* se dividem em três aspectos: custos de manutenção, de não conformidade e de governança. Em relação ao primeiro, estão abrangidos os custos para executar e promover essa política, como custo de pessoal, treinamento, comunicação e consultoria; no que se refere aos custos de não conformidade, podem-se citar as penalidades, multas e tributos, custo de remediação, perda da receita, interrupção dos negócios e perda da produtividade, impacto no capital, danos à reputação da empresa, de seus empregados e da marca, despesas com advogados, custas judiciais e valor/hora da alta administração; por fim, quanto aos custos de governança, essencial para tal implantação, têm-se a manutenção e as despesas da diretoria e dos comitês, custos legais e jurídicos, contratação de auditoria externa e relacionamento com investidores e comunicações (RIBEIRO; DINIZ, M; P. Obra citada, p. 94).

Nas palavras de Ribeiro e Diniz (Obra citada),

A implantação efetiva de uma política de *Compliance* auxilia na busca e na consolidação da confiança em âmbito nacional e internacional, valor inestimável para uma empresa, porque motiva a reciprocidade e suplanta métricas monetárias, deixando de ser apenas um ônus e revelando-se como a mais perfeita tática competitiva de negócio (p. 100).

Naturalmente, sob a lógica de Coase, as empresas adotariam práticas de conformidade na medida em que o valor gerado por tais práticas seja maior do que os custos de implementação de tais práticas. Caso essa equação não seja favorável ao empresário, sob a perspectiva de eficiência financeira, caberá ao Estado impor normas que incentivem ou coajam as empresas a adotar tais práticas, partindo-se da premissa coaseana de que, quando a negociação é bem-sucedida e há equilíbrio nas relações negociais, a lei é desnecessária, ao passo que a mesma é necessária e desejável onde não se observa tal equilíbrio³⁵⁰.

No ponto, Ribeiro e Diniz citam estudo feito por Arnold Shilder, no qual concluiu que a cada US\$ 1,00 investido em *Compliance* gera US\$ 5,00 de economia referente a processos, reparação de danos na esfera civil, penalidades administrativas etc. Em suma, os custos com a implantação de *Compliance* existem, no entanto, são menores gerados pela corrupção, ou seja, que os custos de “não *Compliance*”³⁵¹.

Ou seja, ao fim e ao cabo, as políticas de *compliance*, em que pese os custos de transação inerentes, geram verdadeira vantagem

³⁵⁰ Segundo Ribeiro e Diniz (Obra citada, p. 100), “a conduta ética no âmbito empresarial, tanto interno quanto externo, pode ser estimulada por meio da cooperação e/ou da imposição, revelando-se a primeira mais eficiente, visto que evidencia a alteração de mentalidade dos atores abrangidos e está desvinculada de uma análise formal normativa e de todas as possibilidades de sua relativização (por ter sido imposta e não absorvida)”.

³⁵¹ Ver: VASCONCELOS, David. *O Custo de Não Compliance*. Publicado em: 25 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/o-custo-de-n%C3%A3o-compliance-david-vasconcelos>.

competitiva, na medida em que atendem as demandas de um mercado globalizado e pautado em valores sustentáveis. Assim, além do ganho em confiança, que facilitam os negócios se melhoram a credibilidade do mercado nacional no cenário global, tais práticas atendem também às novas exigências de consumo, tanto nas relações B2B quanto B2C³⁵², tendo em vista que a cultura da sustentabilidade tem influenciado as relações de consumo.

Os sistemas de conformidade são dois: um referente ao controle organizacional, conectado com a dimensão do injusto da pessoa jurídica, e outro, relacionado à cultura organizacional e conectado ao âmbito de aplicação da culpa da pessoa jurídica. Como acontece na lei criminal individual, os conceitos de injusto e culpa estão intimamente relacionados no direito penal empresarial³⁵³.

3. ANÁLISE DOGMÁTICA ACERCA DA NORMATIVA ANTICORRUPÇÃO

Ante todo o exposto, cumpre cuidar-se do aspecto jurídico da questão, motivo pelo qual procederemos à uma análise do Direito Positivo no que tange ao tratamento da corrupção. No entanto, antes da análise da legislação brasileira vigente, notadamente a Lei 12.846/2013, traçaremos breve contextualização histórica do tema para, em seguida, fazer uma também breve análise da normativa anticorrupção em outros ordenamentos contemporâneos, especialmente os anglo-saxões e o espanhol.

3.1. BREVE HISTÓRICO

A partir de uma perspectiva sociológica³⁵⁴, pode-se induzir que a corrupção é intrínseca ao ser humano, e nesse sentido nos confirma a História, que traz registros de transgressões morais e

³⁵² Business to Business (B2B), Business to Commerce (B2C).

³⁵³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Obra citada, p. 32 e 42

³⁵⁴ Ousa-se aqui, concluir que, em que pese as divergências entre os contratualistas Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, há um certo consenso no que tange à corrupção, que seria intrínseca – se não ao homem, em si – às relações inerentes à sociedade civil.

legais observadas nas relações humanas, sobretudo quando essas passaram a envolver trocas e negócios. Aliás, antes de Cristo, livros bíblicos atribuídos à Moisés condenavam a corrupção, sendo o vocábulo empregado por Êxodo 23.8 e Deuteronômio 16.19, 20, por exemplo, “suborno”³⁵⁵.

Na Roma antiga, a corrupção tornou-se um problema social e econômico de tamanha monta que os imperadores passaram a criar mecanismos para coibir tal fenômeno, sendo que alguns desses mecanismos persistem na rotina empresarial hodierna, a exemplo dos livros contábeis. Foi nesse período histórico também que surgiu a responsabilidade dos governos em prestar contas acerca de suas receitas e gastos. Destaca-se, nesse período, a Lei Cincia, a primeira a dispor sobre punição à corrupção pública, bem como outras leis que criaram os tipos de peculato e concussão, por exemplo, observados no Código Penal brasileiro atual³⁵⁶.

Na Grécia do período clássico, ideologicamente, o bem comum prevalecia sobre o individual, sendo a participação social marca da democracia ateniense, que repousava sobre valores como verdade e honestidade³⁵⁷. Anota a historiadora Vieira³⁵⁸, no entanto, que o fenômeno da corrupção surgiu na Grécia antiga partir do século IV a.C., momento histórico em que a Guerra do Peloponeso pôs em crise os valores democráticos atenienses³⁵⁹. Ou seja, na medida em que a participação popular na política entrou em crise, a

³⁵⁵ Do latim *subornare*, suborno consiste na prática de, mediante prenda (dinheiro, favor etc.), corromper outrem. Ou seja, é a corrupção enquanto verbo, ação.

³⁵⁶ SOBRINHO, Rogério de Souza Alves. *O tratamento jurídico-penal da corrupção administrativa sob a perspectiva do direito comparado*. Revista Transgressões: Ciências criminais em debate. Natal, vol. 3, n. 1, maio/2015, p. 23-37.

³⁵⁷ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*: II. 1-10; III. 1-12.

³⁵⁸ VIEIRA, Ana Livia Bomfim. Algumas Considerações sobre Política e Corrupção na Grécia Antiga. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 24., 2007, São Leopoldo, RS. Anais do XXIV Simpósio Nacional de História - História e multidisciplinaridade: territórios e deslocamentos. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

³⁵⁹ “Honra e vergonha (aidós) regulavam o comportamento coletivo. Estes foram dois aspectos que norteavam a valorização da conduta social e definiam o que era bem social fortalecendo os compromissos coletivos e a pertença a mesma sociedade. A partir daí podemos pensar o significado, para os atenienses, do ato da corrupção. Além da própria corrupção dos valores, a corrupção política era encarada como um rompimento com esses compromissos coletivos e, portanto, um rompimento com o ideal de coesão e bem comum” (VIEIRA, A. L. B. Obra citada, p. 3).

corrupção ganhou espaço, sendo tema de preocupação dos filósofos clássicos Aristóteles e Platão³⁶⁰.

Já na Idade Média, sob o sistema feudal, a *baratteria*, palavra italiana que significa fraude, relacionava-se à corrupção específica dos juízes, bem como funcionários públicos em geral, consiste no pagamento particular por serviço que deveria ser gratuito. Noutros termos, “funcionava como uma espécie de negociação privada de um serviço público”³⁶¹.

Mais tarde, na Idade Moderna, a partir da perspectiva ético-política do Estado Moderno e com bases nos valores greco-romanos, a corrupção assumiu uma resposta jurídico-penal, sendo que o aumento da preocupação com o problema seguiu o agigantamento do aparato estatal, com crescimento do funcionalismo público. A partir desse movimento, resultou-se não apenas da eclosão da Revolução francesa, como também a maior parte dos ordenamentos do mundo passou a se preocupar com a punição de funcionários públicos corruptos.

A história do Brasil, por sua vez, é notoriamente marcada por corrupção, desde o processo de colonização. Aliás, naquele período, o país absorveu “traços corruptos” da sociedade portuguesa, que também até hoje é marcada pela questão. Inclusive, naquele período, existiam os denominados “amigos do rei”, os quais não possuíam qualquer função útil para a corte, mas eram pagos com terras e títulos por favores à coroa³⁶². Raymundo Faoro ao analisar o contexto geral da organização administrativa, social, econômica e financeira da colônia portuguesa, encontra indícios de corrupção no crescente número de funcionários do Estado, apesar do baixo crescimento dos ordenados. O autor conclui, “[o]s vícios que a colônia revela nos funcionários portugueses se escondem na contradição

³⁶⁰ Além da já citada obra de Aristóteles “*Ética à Nicômaco*”, destaca-se também “*A Política*” do filósofo grego. Platão, por seu turno, trouxe contribuições ao tema por meio da obra “*A República*”, na qual condena o “recebimento de presentes”, que seria incompatível com os valores da cidade por ele idealizada.

³⁶¹ SOBRINHO, R. S. Obra citada, p. 25.

³⁶² SOBRINHO, R. S. Obra citada.

entre os regimentos, leis e provisões e a conduta jurídica, com o torcimento e as evasivas do texto em favor do apetite e da avareza”³⁶³.

Recentemente, o problema da corrupção, não apenas envolvendo a Administração Pública diretamente, vem ganhando proporções mundiais, dada a globalização dos mercados, negócios e relações jurídicas. No Brasil, é emblemático o caso da Petrobras, que trouxe ao conhecimento das instituições investigativas e jurisdicionais, bem como da Imprensa e da população, complexo e sistematizado esquema de corrupção nos setores público e privado.

Nesse contexto, em que a *criminalidade de colarinho branco*³⁶⁴ ameaça a estabilidade econômica e institucional do Brasil e do mundo, as denominadas *normas de compliance* surgem como resposta estatal ao problema, sendo que, a seguir, nos ocuparemos de análise dogmática da normativa em vigência hodiernamente, internacional e nacionalmente.

3.2. NORMAS DE COMPLIANCE NO DIREITO COMPARADO E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em que pese, como visto, a questão da corrupção circundar as relações humanas e administração de interesses públicos desde os tempos mais remotos, o tratamento jurídico à questão têm sofrido importantes inovações apenas a partir de 1975, quando a ONU (Organização das Nações Unidas) tratou do tema da corrupção pela primeira vez em Assembleia Geral, sendo a Resolução 3.514 de 15 de dezembro de 1975 o primeiro ato normativo que se ocupou da questão. A Resolução da ONU dispõe, de forma vanguardista, sobre a personalidade e responsabilização das pessoas jurídicas no Direito Internacional.

³⁶³ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

³⁶⁴ Cuida-se do conceito do sociólogo norte-americano Edwin Hardin Sutherland Sutherland, “White collar crime”, título de livro publicado em 1949 que cuidou de documentar condutas criminosas ocorridas em grandes empresas estadunidenses, bem como em companhias públicas. O termo, auto-explicativo, refere-se não a um tipo específico de crime, mas sim de criminoso, quais sejam, aqueles privilegiados sob a perspectiva socioeconômica, normalmente responsáveis por crimes ligados à corrupção empresarial e governamental.

As modernizações observadas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos vão ao encontro da lógica coaseana, a partir da qual se entende que os diferentes *players* (jogadores) carecem de estímulos para que tendam à cooperação e ao equilíbrio, devendo as boas condutas serem encorajadas. Nesse sentido, a normativa internacional e pátria têm inovado no tratamento da questão da corrupção, estimulando as práticas de conformidade para fins de prevenção, controle, investigação e punição da corrupção, preocupando-se com a responsabilidade não apenas das pessoas físicas envolvidas, mas também da pessoa jurídica, bem como incentivando institutos como o do acordo e leniência.

No âmbito dos tratados internacionais, são ratificados, no Brasil, a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas (ONU).

A primeira, firmada em Paris, em 1997, vincula os Estados Parte a implementar medidas no sentido de dispor sobre a responsabilidade de pessoas jurídicas que corrompam funcionários públicos estrangeiros, bem como sobre sanções cíveis ou administrativas a pessoas jurídicas cujos funcionários tenham sido condenados por corrupção³⁶⁵. Já a segunda, firmada em Caracas, Venezuela, em 1996, almeja a promoção e fortalecimento de mecanismos que tenham o condão de prevenir, detectar e punir a corrupção no exercício direto ou indireto das funções públicas³⁶⁶.

³⁶⁵ O ordenamento jurídico pátrio ratificou a referida convenção por meio do Decreto Legislativo 125, de 15 de junho de 2000, e promulgou por meio do Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000. Em resposta ao tratado internacional de caráter vinculante, o legislador penal brasileiro trouxe inovação no escopo da Lei 10.467/02, que dispõe sobre os tipos penais de corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transação comercial internacional.

³⁶⁶ A convenção da OEA foi ratificada pelo ordenamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo 152, de 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto 4.410, de 7 de outubro de 2002.

Finalmente, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁶⁷, aprovada pela Assembleia-Geral trata a questão das normas anticorrupção de forma global, e vincula os países signatários a adotá-las. É, atualmente, o principal documento que trata do tema em vigor, tendo sido assinado em Mérida, no México, em 4 de dezembro de 2000, vinculando os países signatários a adotar medidas de prevenção e penalização de condutas de corrupção, promover a cooperação internacional, bem como incentivar a recuperação de ativos e a melhoria no intercâmbio de informações. Insta pontuar que, em 13 de novembro de 2009, os Estados Partes da Convenção da ONU se reuniram em conferência em Doha, no Catar, para avaliar o desempenho dos países na efetivação da Convenção. Definiu-se, na conferência, um mecanismo de monitoramento a ser auferido a cada cinco anos, de acordo com critérios de avaliação previamente definidos. Ou seja, implementar medidas (não apenas legislativas), não é facultado, mas sim dever dos países signatários, que está vinculado às disposições da convenção, dotada que é de condão vinculativo³⁶⁸.

Recorrendo ao Direito Comparado, observa-se a vanguardista lei federal estadunidense “Foreign Corrupt Practices Act”, que

³⁶⁷ A Convenção da ONU foi positivada pelo Direito brasileiro por meio do Decreto Legislativo 348/05 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/06. De acordo com o já citado órgão *Transparency International*, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção “é o mais amplo acordo na luta contra a corrupção existente em âmbito internacional. A Convenção da ONU compromete os Estados Partes a adotarem uma ampla e detalhada série de medidas, de diversas vinculações jurídicas, em seus ordenamentos jurídicos e políticas públicas, destinadas, como na Convenção Interamericana Contra a Corrupção (CICC), a promover o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, como também destinados a promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes nessas matérias”.

³⁶⁸ Relatório publicado pela ONU em novembro de 2016 acerca do mecanismo de monitoramento estabelecido no Catar concluiu que: “As informações recebidas permitiram uma análise que mostra uma tendência impressionante emergindo com relação ao impacto do Mecanismo de Revisão durante o primeiro ciclo. No entanto, é de notar que, dos Estados Partes que forneceram informações, 91% eram países de rendimento médio ou alto, uma vez que apenas 9% das respostas foram apresentadas pelos países menos desenvolvidos. Isto fornece uma imagem clara de como o Mecanismo de Revisão atingiu um impacto verdadeiramente global. Por conseguinte, os Estados Partes são encorajados a continuar apresentando informações para expandir os dados utilizados para a presente nota. A melhor recolha de dados permitirá uma análise ainda mais detalhada a ser preparada” (UNITED NATIONS. *Implementation Review Group Resumed seventh session*. Vienna, 14-16 November, 2016, p. 15, tradução nossa).

tem como objeto cercear a corrupção eleitoral, governamental, partidária e no funcionalismo público, bem como dispõe sobre a obrigatoriedade dos livros e registros claros e fidedignos, com vistas a evitar a ocultação de subornos e outras movimentações financeiras ilícitas. Aplica-se a empresas que possuem valores mobiliários registrados na SEC (*Securities and Exchange Commission*) e também às empresas obrigadas a manter arquivamento periódico de relatórios. Sujeitam-se ainda à Lei indivíduos (empregado, administrador, sócio, representante etc.) e empresas, associações, organização ou qualquer sociedade organizada, sendo que alcança condutas consumadas fora dos Estados Unidos, caso haja vínculo com empresa norte-americana. Entre as penalidades, a Lei dispõe sobre multa de até US\$ 250 mil, além de sanções que impedem a pessoa física ou jurídica de contratar com o Governo Federal dos Estados Unidos, suspensão do mercado de valores mobiliários etc. Na esfera criminal, as penalidades, para pessoa física, preveem prisão de até cinco anos e multa de até US\$ 100 mil para pessoa física. Para pessoa jurídica, a multa chega a US\$ 2 milhões e podem ser dobradas a partir do valor monetário obtido ilegalmente.

Outro marco legal no histórico das legislações anticorrupção é a também norte-americana Lei Sarbanes-Oxley³⁶⁹ de 30 de julho de 2002, que surge como resposta legislativa à crise de credibilidade que se observava no mercado nos Estados Unidos³⁷⁰. O referido ato normativo se propõe a fomentar a criação de mecanismos de *compliance*, tendo em vista que dispõe sobre ferramentas de transparência, padronização (ISO) e gestão de riscos, inclusive determinando

³⁶⁹ Também alcunhada Lei “SOX” ou SarBox, é assim denominada porque foi criada pelo senador democrata Paul Sarbanes e pelo deputado republicano Michael Oxley. Aplica-se às companhias que negociam ações na bolsa de valores de Nova York. Ou seja, não apenas empresas norte-americanas sujeitam-se às leis, mas a todas as sociedades de capital aberto do mundo que atuam no mercado de ações estadunidense, dentre as quais se encontram diversas brasileiras (Petrobras, Grupo Pão de Açúcar, Gol Linhas Aéreas, Bradesco, CE-MIG etc.).

³⁷⁰ Como estopim dessa crise (ou sintoma mais dramático), aponta-se o escândalo das fraudes contábeis nas gigantes norte-americanas Enron e Worldcom. A tradicional auditoria Arthur Andersen, por trazer de ambas as companhias, foi responsável por fomentar ainda mais a sensação de desconfiança e conseqüente evasão de investimentos do mercado estadunidense.

avaliação anual de controles e relatórios financeiros, com auditoria independente. Prevê, ainda, a criação de comitês voltados à fiscalização e coibição de práticas arriscadas ou fraudulentas, “funcionando como um incentivo ideal para o intercâmbio entre direito, economia e mercado, em prol do bem comum”³⁷¹. A questão da responsabilidade também é incrementada por meio da Lei Sarbanes-Oxley, estendendo-se não apenas à diretoria da empresa, mas também aos prestadores de serviços jurídicos e contábeis (advogados e auditores contratados). O parlamento britânico, por seu turno, legislou sobre a questão por meio do “UK Bribery Act”³⁷², ato normativo semelhante ao americano “Foreign Corrupt Practices Act”. O “Bribery Act” inova ao dispor sobre a criminalização das práticas de suborno tanto na esfera pública quanto nas relações comerciais do setor privado. As condutas perseguidas pela Lei são a oferta de vantagem, pecuniária ou não, a qualquer pessoa, para que esta adote uma prática indevida no exercício de suas funções com intuito de favorecer o subornador. A ilicitude pode estar tanto na natureza da recompensa quando na atividade exercida pelo subornado, constituindo crime não apenas oferecer, mas também requerer e aceitar vantagem indevida.

Finalmente, cumpre destacar a recente reforma no Código Penal Espanhol³⁷³, que inovou ao dispor, em seu art. 31 bis, sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica³⁷⁴. Trata-se, no mesmo

³⁷¹ RIBEIRO; DINIZ, M; P. Obra citada, p. 91.

³⁷² Conhecida como “Lei Anti-suborno do Reino Unido”, a *Bribery Act* foi inserida no parlamento inglês por meio de *speech from the throne* de 2009, tendo recebido a última formalidade (a sanção real) em 8 de abril 2010 e entrado em vigor em 1º de julho de 2011.

³⁷³ A reforma deu-se por meio da Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março.

³⁷⁴ Há, na doutrina, verdadeira celeuma acerca da responsabilidade penal ou criminal da pessoa jurídica. Com relação às inovações trazidas pela reforma do Código Penal Espanhol, nos parece, o entendimento mais acertado é o de que trata-se, na verdade, de responsabilidade administrativa/sancionadora termos em que não se fala em culpabilidade da pessoa jurídica, mas sim uma responsabilidade corporativa por não manter a organização em conformidade, dando margem para o cometimento de crime por pessoa física. Ademais, as sanções impostas não têm natureza de punição criminal, mas sim de medida corretiva, tendo em vista que não se prestam à função retributiva da pena. Ou seja, não há uma atribuição de culpa (*Zurechnung*) à pessoa jurídica, mas sim uma atribuição de responsabilidade (*Zuschreibung*) (GOENA VIVES, Beatriz. Criminal sanctions for corporations in Spain: a systematic approach after the 2015 Penal Code). Reform. In *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* ZIS 04/2016).

sentido que as demais supracitadas, de *norma de compliance*, tendo em vista que a reforma do Código Penal Espanhol traz, em seu escopo, estímulos às boas práticas de governança e conformidade, incentivando ferramentas de controle interno e canais de denúncia³⁷⁵.

O Código Penal Espanhol reformado exige ainda uma efetividade por parte das empresas, não bastando que, após o cometimento do ilícito, seja apresentado um simples código de conduta ou de ética da companhia, por exemplo, para fins de comprovação da adoção de práticas de *compliance*. É necessário que se prove que práticas eficientes já haviam sido tomadas antes da prática do ilícito.

No Brasil, a mais moderna legislação em vigor é a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Como visto, o Brasil já se encontrava vinculado, via tratados internacionais, a adotar *normas de compliance*, sendo que a referida Lei, que entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2014, inspira-se nas legislações anglo-saxãs aqui citadas.

Diante da insuficiência das leis 6.385/1976 (Lei do Mercado de Valores Mobiliários), 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e 12.529/2011 (Lei da Defesa da Concorrência), bem como dos artigos destinados ao tema no Código Penal no tratamento da questão, a Lei Anticorrupção de 2013 tem como objetivo colmatar a lacuna do ordenamento pátrio com relação à responsabilidade da pessoa jurídica (ente privado) na prática de ilícitos contra a Administração Pública.

A Lei aplica-se a qualquer pessoa jurídica, independente da estrutura societária e nacionalidade, da personificação e da formalidade (pode ser de fato) nos termos art. 1º, sendo que a responsabili

³⁷⁵ O referido artigo, em seus parágrafos, dispõe sobre a isenção da responsabilidade criminal da pessoa jurídica que tiver adotados práticas de *compliance*, ou seja, de organização, gestão, monitoramento, controle e prevenção de crimes no âmbito empresarial. A ausência de culpa (conduta omissiva ou comissiva) por falha nos sistemas de controle também afasta a responsabilização da PJ na esfera criminal.

zação é objetiva em relação à pessoa jurídica e subjetiva em relação à física, podendo as duas serem impostas concomitantemente, conforme inteligência dos arts. 2º e 3º da Lei.

As condutas puníveis pela Lei 12.846/13, estão dispostas no art. 5º³⁷⁶, ao passo que as sanções administrativas estão dispostas no art. 6º, sendo, além da multa pecuniária, de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, está prevista a publicação extraordinária da decisão condenatória³⁷⁷. Finalmente, o art. 7º dispõe sobre a “dosimetria” a ser empregada na aplicação das sanções administrativas³⁷⁸.

Extrai-se do inciso VIII do art. 7º da referida Lei, estímulo expresso à criação de programas de *compliance*, tendo em vista que o legislador determina que, quando da aplicação das sanções, sejam observados, entre outros critérios “a existência de mecanismos e

³⁷⁶ (...) I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional” (BRASIL, 2013).

³⁷⁷ O art. 19 da Lei 12.846/13 dispõe sobre as seguintes sanções judiciais: “I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos”.

³⁷⁸ “(...) a carência de regulamentação em relação a dosimetria da pena, além da ausência de objetividade em relação aos reais benefícios a serem concedidos as empresas que tiverem política de *Compliance* efetivo, podem fazer com que a referida Lei Anticorrupção brasileira não seja concebida como uma verdadeira estrutura de incentivos, pois não demonstra claramente que os benefícios advindos de sua implantação serão maiores que os prejuízos em caso da não implantação” (RIBEIRO; DINIZ, M; P. Obra citada, p. 102).

procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Ademais, a reponsabilidade da pessoa jurídica se constituirá mediante qualquer ato de corrupção praticado por um de seus funcionários ou mesmo terceirizado, mesmo sem o consentimento do representante da empresa. Basta que haja qualquer tipo de benefício em favor da PJ. Paralelamente, o funcionário responde como pessoa física, facultando-se à corporação oferecer assistência jurídica.

Com relação à desconsideração da personalidade jurídica, prevê a Lei que poderá ocorrer sempre que a PJ for utilizada para fins indevidos, circunstância na qual as sanções aplicadas à pessoa jurídica se estenderão aos administradores e sócios com poder de administração (art. 14). No que tange ao acordo de leniência, a Lei mantém o disposto pelos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, tratando do instituto nos parágrafos §3º, §4º e §5º de seu art. 22.

Assim, as normas de *compliance* se prestam a contribuir com a organização, transparência, controle e gestão de riscos das companhias. No entanto, há que se lembrar as lições de Gómez-JaraDíez, que conceitua *compliance* como “cultura organizacional”, bem como Candeloro e Rizzo, que o define como um “estado de espírito da empresa”. Ou seja, em que pese a evolução normativa, bem como o fato da legislação brasileira vigente estar adequada aos moldes internacionais, só será possível avaliar os resultados da Lei a partir de uma análise empírica que se preste a observar a assimilação das práticas de conformidade no ambiente empresarial.

Em outros termos, os resultados esperados não podem ser auferidos tão cedo, tendo em vista que se trata de uma transformação cultural. No ponto, há que se anotar os casos de corrupção cada vez mais investigados e punidos no país, tanto na esfera pública, quanto privada. Percebe-se, a partir daí, que o incremento estatal no sentido de aparelhar instituições como a Polícia Federal e Ministério Público, pode ser mais efetivo nessa mudança cultural do que

uma Lei, que corre o risco de ser relegada ao status de simbólica, caso não seja assimilada por seus destinatários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, é possível concluir que as normas de *compliance* são necessárias, bem como têm condão de atribuir maior eficiência econômica às companhias que não apenas dispõem sobre tais normas, mas, sobretudo, àquelas que, de fato, internalizam os conceitos de conformidade, transparência, cooperação e ética. Nesse contexto, os custos de não *compliance* seriam superiores aos custos de *compliance*, tendo em vista que abrangem o risco judicial, empresarial e financeiro, danos a clientes e outros *stakeholders*, queda no valor das ações, no caso das sociedades de capital aberto, evasão de clientes e investidores e danos à imagem, esses últimos de difícil mensuração.

A partir da Análise Econômica do Direito (AED), conclui-se que a cooperação pode (e deve) ser eficiente, sendo necessários incentivos para que os jogadores, ou *players* do mercado, atuem em conformidade. Nesse contexto, analisamos os conceitos de governança corporativa e *compliance*, concluindo que as boas práticas não apenas estão dispostas nas normas legais e internas, como também os valores éticos também criam um ambiente de confiança saudável, inclusive sob o ponto de vista da lucratividade. Isso porque, o próprio mercado demanda tais valores, sendo o consumidor atual crítico e sensível ao conceito de desenvolvimento sustentável, ao passo que o investidor e demais *stakeholders* estão cada vez mais atentos à confiabilidade e solidez das relações negociais.

Finalmente, por meio da breve análise dogmática acerca das normas de *compliance* vigente, percebemos a criação de complexa estrutura de incentivos à conformidade, destacando-se as leis anglo-saxãs que inspiraram o ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 12.846/2013, na esteira dos sistemas anticorrupção positivados em outros lugares do mundo, sobretudo nos Estados Unidos e Inglaterra, vem fomentar a criação de uma cultura organizacional livre

de corrupção, que inspire confiança nos brasileiros, e também nos mercados internacionais. Certamente, também é possível concluir que, se enraizada na cultura empresarial do país, os efeitos da Lei se estenderão para além do ambiente governamental/corporativo, trazendo benefícios a toda sociedade brasileira, que tem colocado a questão da corrupção no cerne de suas preocupações, conforme pesquisa do Datafolha citada.

De outro lado, frise-se, questão da corrupção exige respostas além das legislativas, as quais por si só, não têm o condão de transformação social/cultural. Nesse sentido, reafirmamos a necessidade de uma transformação cultural, sendo que certamente a prisão do empresário Marcelo Odebrecht, algo que seria inimaginável há poucos anos no Brasil, fato que enseja esperança na almejada mudança cultural, especialmente com relação à corrupção no setor privado.

Assim, hodiernamente, na medida em que instituições como a Polícia Federal tem sido fortalecidas, bem como a Justiça Federal, compreendendo o Ministério Público e o Judiciário tem atuado de forma engajada e histórica, observa-se importantes políticos e empresários, outrora blindados sob o status de “criminosos de colarinho branco”, investigados e presos por crimes de corrupção. Nossa leitura acerca de tais fatos, porém, é positiva, tendo em vista que não demonstram o aumento da corrupção, mas seu inédito combate. No ponto, em que pese a conclusão de que a legislação brasileira se encontra adequada à normativa internacional, é fato que apenas o enfrentamento jurídico à questão é insuficiente, carecendo do aqui enunciado diálogo de fontes, além da concretude das políticas públicas e engajamento institucional/estatal.

Espera-se que, aliado às modernizações legislativas, o aparato estatal permaneça investigando e punindo condutas indesejáveis para que seja possível suplantando a atual crise de credibilidade que assola o país. Afinal, na linha de Gómez-JaraDíez e Candeloro e Rizzo, o conceito de *compliance* transcende às normas ou setor de uma empresa, devendo ser incorporado à cultura, ao estado de espírito da corporação, contexto no qual produziria reais efeitos.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações*. Direito, Estado e Sociedade – v. 9. n. 29. p. 49-68. jul/dez 2006.

AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos (original em inglês de 1984). São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CARNEIRO, Fernando Gomes. *Governança Corporativa: o início e as tendências atuais*. Revista ABAMEC. Rio de Janeiro: ABAMEC, ano 28, n. 4, junho 2000.

CARVALHO, Antonio G. de. *Governança Corporativa no Brasil em Perspectiva*. Revista de Administração v. 37. São Paulo. Julho-set 2002

COASE, Ronald. *O problema do custo social*. Tradução de Francisco Kummel F. Alves, Renato Vieira Caovilla. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, v. 3, n. 1, article 9, 2008.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010. DATAFOLHA. *Avaliação da presidente Dilma Rousseff*. 25 e 26/11/2015. Acesso em: 15/12/2016. Disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/11/30/avaliacao_dilma.pdf.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007

ESPAÑA. *Código Penal*. Aprobado por Ley Organica 10/19995, de 23 de Noviembre. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995. Vigencia desde 24 de Mayo de 1996. Esta revisión vigente desde 28 de Octubre de 2015. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

GOENA VIVES, Beatriz. *Criminal sanctions for corporations in Spain: a systematic approach after the 2015 Penal Code Reform*. In Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ZIS 04/2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas em serio: la culpabilidad de las personas jurídicas. In En letra: *Derecho Penal*. Año I, número 2 (2016), p. 24-54

IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5.ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), 2015.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Análise Econômica do Direito como método e disciplina*. Belo Horizonte: E-civitas Revista científica do departamento de ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH, v.I, nº1, 2008.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho- una reconstrucción teórica*. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. Revista de Informação Legislativa. Ano 52. n. 205; Brasília: Jan. mar., 2015.

SPECTOR, Horacio. *Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado*. Doxa, nº 26, 2003.

UNITED STATES. *Sarbanes-Oxley Act of 2002*. An Act To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes. Public Law 107-204 107th Congress. July 30, 2002. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>.

_____. *Anti-Bribery and Books & Records Provisions of The Foreign Corrupt Practices Act*. United States Code. July 22, 2004. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>.

UNITED NATIONS. *Implementation Review Group Resumed seventh session*. Vienna, 14-16 November, 2016.

UNITED KINGDOM. *Bribery Act 2010*. An Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes. 8th April 2010. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf.

VIEIRA, Ana Livia Bomfim. *Algumas Considerações sobre Política e Corrupção na Grécia Antiga*. In: SÍMPOSIUM NACIONAL DE HISTÓRIA, 24., 2007, São Leopoldo, RS. Anais do XXIV Simpósio Nacional de História – História e multidisciplinaridade: territórios e deslocamentos. São Leopoldo: Unisinos, 2007

WORLD BANK. *Governance and Development*. Washington, D.C.: World Bank, 1992.

DO LIVRE-ARBÍTRIO AO CIDADÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: breve introdução sobre o sentido material da culpabilidade no direito penal³⁷⁹

FROM FREE WILL TO THE CITIZEN IN THE DEMOCRATIC STATE: A INTRODUCTION ON THE MATERIAL CONCEPT OF GUILT IN CRIMINAL LAW

Beatriz Corrêa Camargo

Professora de Direito Penal na Universidade Federal de Uberlândia. Professora visitante na Universidade de Halle e na Universidade Humboldt em Berlin. Pós-doutora e doutora em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Penal pela Universidade de Bonn.
beatrizcamargo@ufu.br
<http://lattes.cnpq.br/2140801364233810>
<https://orcid.org/0000-0001-8080-0662>

Raphael Ferreira Lopez

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.
Ex-pesquisador do Programa PIBIC/CNPq.
raphaflopez@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/5795308497749324>
<https://orcid.org/0000-0001-7005-9559>

Resumo: O presente artigo visa oferecer um estudo introdutório sobre o conceito material de culpabilidade na teoria do delito. Para tal, a investigação se concentra nas compreensões filosóficas de pessoa, estado e sociedade que estiveram nas bases da fundamentação da culpabilidade ao longo da história do pensamento de matriz romano-germânica. Ao final, apresentam-se alguns dos dilemas que ocupam a teoria da culpabilidade nos dias de hoje. A pesquisa é de caráter explicativo e exploratório. O método empregado foi o dialético. A técnica utilizada foi a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Culpabilidade; Livre-arbítrio; Determinismo; Liberdade; Estado Democrático de Direito; Escolas Penais.

³⁷⁹ Autores convidados.

Abstract: This article aims to offer an introductory study on the material concept of culpability in the theory of crime. For this aim, the research focuses on the philosophical concepts of the person, state, and society that were at the basis of the culpability theory in some of the major penal schools of the Roman-Germanic tradition. Finally, it addresses the dilemmas of contemporary theory of culpability. The research is of an explanatory and exploratory nature. The method used was dialectic. The research technic was the literature review.

Keywords: Culpability; Free will; Determinism; Freedom; State of law; Penal schools.

INTRODUÇÃO

Toda mudança carrega consigo raízes do que já foi. Na compreensão do mundo de outrora, interpreta-se melhor a realidade de hoje. Assim também a ciência jurídico-penal se debruça com os desafios de nosso tempo, alcinhado de pós-modernidade, modernidade líquida ou, ainda, sociedade do risco.

No Brasil, Marta Rodriguez descreve as transformações da base social, para o Direito Penal, desde a perspectiva do processo de modernização reflexiva da sociedade. O surgimento de riscos imprevisíveis e coletivamente significativos, a mudança de padrões normativos ocasionados por processos de individualização e assimilação de grupos antes excluídos do discurso jurídico, trazem novas demandas e incertezas quanto ao papel e os limites do sistema punitivo³⁸⁰. Na leitura do espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez, o Direito Penal encontra-se, na atualidade, em franca crise no que se refere às bases legitimadoras do direito de punir estatal. Assim, enfrentaria a própria ciência jurídico-penal um esvaziamento dos diversos conceitos que consubstanciam a teoria do delito, diante da crise de uma sociedade que passa por profundas transformações de identidade valorativa³⁸¹.

Desta feita, o aprofundamento de qualquer investigação dogmática requer o reconhecimento, através de um olhar histórico, de que toda teoria do delito se funda em uma concepção de pessoa e de cidadão, sociedade e estado, que são variáveis diante das diversas perspectivas filosóficas (co)existentes³⁸². No que diz respeito ao tema específico da culpabilidade, do qual irá se ocupar este artigo, cabe distinguir as diferentes funções dessa categoria. Em sentido

³⁸⁰ Veja-se particularmente MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 30.

³⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch editor S.A., 1992, p. 14.

³⁸² Veja-se, a discussão em GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998, p. 81; TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 95-96; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *A Legitimidade da Pena Estatal – Uma breve incursão pelas teorias da pena*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p.98-99.

meramente formal, a declaração de culpabilidade significa apenas que, segundo as regras vigentes, o autor do crime deve responder criminalmente pela realização do injusto. Em contrapartida, o conceito material de culpabilidade indaga a própria razão pela qual o sujeito está vinculado à norma. Questiona-se, assim, o fundamento e a legitimidade da reprovação jurídico-penal do autor do crime. Desde esse prisma, fica clara a relação que se estabelece entre ambas as funções designadas: a dimensão material da culpabilidade orienta o trabalho prático de interpretação e aplicação da categoria formal de culpabilidade, exigido na declaração de responsabilidade do agente pelo delito.

Partindo da premissa de que o relativismo cultural e histórico é inerente à composição das categorias jurídico-penais, este artigo visa oferecer um estudo introdutório sobre o conceito material de culpabilidade na teoria do delito, apresentando algumas de suas principais chaves teóricas na história da dogmática penal de matriz romano-germânica. Nesse intuito, nossa investigação se concentra nas compreensões filosóficas de pessoa, estado e sociedade que estiveram nas bases da fundamentação da culpabilidade ao longo das escolas penais. Primeiramente, iniciaremos com a concepção do indivíduo dotado de livre-arbítrio e sujeito ao despotismo esclarecido, presentes na escola clássica (item 1). Depois, passaremos ao estudo das concepções deterministas e ontológicas de pessoa que perpassaram as escolas positivista (item 2) e finalista (item 3), notando um caráter mais legitimador que crítico no que se refere à atuação punitiva estatal. Por fim, concluímos com alguns apontamentos sobre os rumos tomados pela dogmática penal no atual momento histórico, designado de pós-finalismo (item 4).

Sem qualquer pretensão de realizar uma apresentação exaustiva sobre a matéria ou sobre a literatura científica a respeito, nosso estudo almeja oferecer uma perspectiva crítica sobre pontos que julgamos relevantes para a compreensão da culpabilidade na dogmática penal contemporânea. Afinal, o olhar sobre o passado sempre sugere a existência de vestígios no presente.

1. RACIONALISMO E TEORIA DO CONTRATO SOCIAL COMO PILARES DA ESCOLA CLÁSSICA

Em 1794, apropriava-se o filósofo Immanuel Kant da frase de Horácio, a fim de esclarecer a pergunta sobre o que é o iluminismo. *Sapere aude!*, ou seja, “ouse saber!” era a sua resposta a essa questão. Nada poderia ser mais moderno para o chamado século das luzes, já que, para Kant, o iluminismo:

É a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria, se a sua causa não residir na carência de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo, sem a guia de outrem³⁸³.

A audácia do conhecimento se tornou a palavra de ordem do século XVIII, período no qual imperava o otimismo diante da racionalidade humana e da capacidade do homem de criticar a realidade e tornar-se senhor da própria existência. A elucidação de Kant retratava a força deste momento histórico e todo o redesenho do homem moderno que surgia.

A bandeira do homem moderno, tal como se concretiza na filosofia kantiana, é a liberdade. O homem livre, dotado de livre-arbítrio, é o marco de qualquer ciência e filosofia do período. A constituição do Direito e do Estado moderno, passava a se fundamentar, assim, no princípio segundo o qual o homem é livre e capaz de decidir, através de sua racionalidade. Semelhante imagem pode ser encontrada na literatura de Goethe, particularmente em *Fausto*, que representou perfeitamente esse novo homem, capaz de antever

³⁸³ KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: o que é o iluminismo*. In: A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 1.

os nossos dias. O homem moderno é tão livre, soberano e independente, que pactua com Mefistófeles, negocia com o ser temido das mitologias de outrora. Fausto, o indivíduo que tudo buscava saber, que todo conhecimento havia de passar por sua mente racional, pactuara sua vida em prol de alcançar os píncaros do conhecimento humano. O personagem enigmático, de Goethe, é o homem incansável dos tempos modernos³⁸⁴.

Notadamente, esse homem moderno cunhado no paradigma do livre-arbítrio é um homem fáustico, que transita entre o iluminismo e o cientificismo. Na história de Fausto, esse caráter libertário dado à conduta humana encontra-se presente na busca pela verdade científica, no interesse pela alquimia e no fascínio pela anatomia humana. Até mesmo à religião é concedida uma nova roupagem, isto é, a reforma protestante que garante ao indivíduo a autonomia de dialogar com o divino sem um terceiro intermediário. Aqui, a noção de cientificismo se apresenta como chave para entendermos, primeiro, a ideia do livre-arbítrio reinante na escola clássica, e, depois, a sua substituição pela noção de determinismo, que sobreveio na escola positivista-naturalista. No campo político, a compreensão de liberdade individual se coloca mais diretamente na questão de legitimação do poder do Estado, particularmente através da teoria do contrato social.

Na obra paradigmática de Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas* (1764), por exemplo, transparece a figura do homem racional dotado de livre-arbítrio, que, além disso, barganha, negocia e contrata em prol de sua liberdade. No capítulo que trata sobre a origem das penas e do direito de punir, Beccaria ressalta a concepção de que os indivíduos são livres, e, no entanto, vivem amedrontados e ameaçados por inimigos. Por conseguinte, para gozar com segurança de todo esse livre-arbítrio, sacrificam uma parcela dessa liberdade, dando origem à soberania de uma nação. Aquele que

³⁸⁴ Veja-se, a respeito, a leitura de JAEGER, M. *A aposta de Fausto e o processo da Modernidade Figuras da sociedade e da metrópole contemporâneas na tragédia de Goethe*. Estud. av. vol.21 no.59, São Paulo Jan./Apr. 2007.

ficou incumbido como depositário das liberdades torna-se, então, o soberano do povo³⁸⁵. Desde esta perspectiva, fica claro o processo de racionalização da sociedade e do Estado. Beccaria e seus contemporâneos rompem com a ideia segundo a qual o poder divino deveria ser visto como origem do poder político. Agora é o homem que pactua sua vontade livremente e legitima o titular soberano do poder temporal. Desta maneira, o discurso sobre a necessidade e a legitimação da pena passa a ser fundamentado com base na teoria contratualista de estado e sociedade.

No campo jurídico, portanto, a preocupação se centralizava no problema de limitar o poder das monarquias, retirando-lhes a possibilidade de punir de maneira arbitrária³⁸⁶. A obscuridade das leis, a incerteza das penas, os julgamentos secretos, a tortura como método de prova, as penas bárbaras e cruéis caracterizam o estado tirano, aviltando os Direitos Naturais de todos os cidadãos. O sujeito, agora tratado como pessoa, tem reconhecido os direitos inatos à sua condição de humano, que só podem ser protegidos e restringidos através da lei. Lesões a direitos individuais devem ser suprimidas porque contradizem o objetivo do estado na constituição da sociedade civil, em que a comunhão de vontade de seus integrantes serve à garantia de liberdade recíproca de todos³⁸⁷. Segundo a concepção liberal clássica do iluminismo, o Direito estatal de punição é estabelecido a partir da cessão da liberdade individual, em prol de justiça e de segurança. Fora disso, todo exercício de poder torna-se despótico³⁸⁸.

Nesse pano de fundo, a figura do delinquente é aquela do indivíduo livre, igual a qualquer outro na sociedade, capaz de ponderar e escolher entre o respeito ou a lesão ao direito. Em Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, a crença na possibilidade de convencimento do cidadão se traduz na célebre teoria da dissuasão da

³⁸⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 22.

³⁸⁶ RAMIREZ, Bustos. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2005, p. 121.

³⁸⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, mit Anmerkungen von Carl Joseph Anton Mittermaier. Giessen: Heyer, 1840, §8a, p. 35.

³⁸⁸ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 23.

pena. Através da coação representada pela ameaça da pena, teria o potencial autor do crime uma razão para decidir-se em favor do Direito (teoria da coação psicológica)³⁸⁹. Conforme essa teoria, o Estado teria a capacidade de anular o impulso do indivíduo em favor do delito, quer estivesse tal impulso motivado pelo interesse na própria ação cometida, quer pelo interesse em suas consequências. O sucesso da dissuasão estatal dependeria, contudo, da possibilidade de ser do conhecimento de todos a ocorrência certa de um mal mais grave em comparação com a insatisfação decorrente da omissão do ato desejado³⁹⁰.

Desta maneira, para o Direito Penal clássico, a punição nada tem a ver com a personalidade do agente, ao contrário do que definiria mais à frente os representantes do positivismo-naturalista. Para os autores clássicos, a pena se apresenta como resposta ao uso excessivo e ilegítimo da liberdade que possui o indivíduo. Segundo se lê no italiano Francesco Carrara, um dos últimos representantes do classicismo tardio, a legitimação do Direito de punir do Estado não se esgotaria na realização do princípio de justiça retributiva, ou seja, na ideia de merecimento de pena. De acordo com Carrara, o Direito de Punir seria exercido pelo Estado no intuito de tutela da própria ordem jurídica, enquanto meio de defesa dos direitos da humanidade. Assim, a conservação de tais direitos opera, ao mesmo tempo, como limite da intervenção estatal³⁹¹.

Deste modo, muito embora não apresentassem os teóricos clássicos uma definição formal da culpabilidade, enquanto categoria constitutiva do delito, tal qual a conhecemos na atualidade, fato é que o problema material referente à legitimação da punição do indivíduo constituía um dos principais pontos de preocupação dos filósofos e juristas no classicismo penal.

³⁸⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, mit Anmerkungen von Carl Joseph Anton Mittermaier. Giessen: Heyer, 1840, § 14, p. 38.

³⁹⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, mit Anmerkungen von Carl Joseph Anton Mittermaier. Giessen: Heyer, 1840, § 13, p. 37.

³⁹¹ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral*, Vol. I. Trad. José Luiz de Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 24.

2. POSITIVISMO E DETERMINISMO NA CONSOLIDAÇÃO DA CULPABILIDADE ENQUANTO CATEGORIA DOGMÁTICA

Como observa Hans Achenbach, a culpabilidade constitui uma categoria recente na definição do crime. O termo alemão correspondente (“*Schuld*”) remonta ao final do século XIX, muito embora o conteúdo a que se refere já fosse estudado pelos juristas muito antes disso³⁹². É com a obra de Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung* (1877)³⁹³, que o elemento da “culpabilidade” é apresentado de maneira sólida na dogmática penal³⁹⁴. No seio do positivismo jurídico, já esclarecia Binding que a punição exige uma análise adicional sobre a reprovabilidade do autor pelo ato de violação da norma, para além da constatação sobre a existência de um fato antijurídico³⁹⁵. Todavia, foi apenas com os aportes de Franz von Liszt e Ernst Beling que se pôde falar propriamente em uma teoria da culpabilidade³⁹⁶. Com efeito, a obra desses autores consolidou na dogmática penal as influências do positivismo jurídico e científico, tendo sido von Liszt, porém, um dos principais responsáveis pela adoção de uma linguagem empírica para tratar do fenômeno delitivo³⁹⁷.

No Brasil, a passagem da escola clássica seguiu quase que diretamente para a escola positivista de viés naturalista. Assim, a base filosófica do positivismo jurídico que marcou o pensamento de Karl Binding, por exemplo, ficou praticamente despercebida em nosso país. Em contrapartida, foi enorme a força do positivismo socioló-

³⁹² ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Schwarzer, 1974, p. 19-20.

³⁹³ “As normas e suas violações”, no segundo volume.

³⁹⁴ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Schwarzer, 1974, p. 29. Cf., ainda, TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 50-52.

³⁹⁵ BINDING, Karl. *La culpabilidad em derecho penal*. Trad. Cancio Meliá, Manuel. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 8 e 9.

³⁹⁶ JESCHECK, Hans Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidade em Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: www.criminet.ugr.es. Acesso em: 13 jul. 2019, p. 3.

³⁹⁷ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: *El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús Maria Silva Sánchez. Madrid Editora, 1991, p. 43-47.

gico de August Comte, do evolucionismo biológico de Darwin e do evolucionismo social de Spencer. Estes últimos seduziram os penalistas brasileiros no auge do florescimento das ciências empíricas, em pleno século XIX³⁹⁸. Assim, a filosofia positiva de Auguste Comte estabeleceu o cerne da sociologia enquanto ciência, transpondo a categoria da previsão, das ciências naturais, para a análise dos fenômenos sociais, a fim de promover o progresso. Suas ideias influenciaram toda a produção científica do período, inclusive de ciências humanas como a psicologia e o direito, cujo método de análise foi substituído pelo método empírico. A partir disso, a sociologia de Emile Durkheim consolida a ideia de que indivíduos e sociedade são organismos distintos, sendo o organismo social superior ao dos indivíduos³⁹⁹.

O positivismo constituiu nesse sentido um método atado à experiência, oferecendo uma análise geral da natureza e do homem despregada da metafísica. Deste modo, “somente o conhecimento dos fatos é fecundo. (...) o positivismo elimina da filosofia todos os problemas que comportam soluções transcendentais ou que requeiram outros métodos além daqueles que a ciência admite”⁴⁰⁰. Essa percepção filosófica do homem e da sociedade se alinha com uma série de transformações que se desenvolviam no plano político em diversos países europeus. Os movimentos do liberalismo político começavam a perder espaço, dando lugar a um estado intervencionista, em sociedades que se tornavam mais complexas e permeadas por conflitos de ordem socioeconômica. A reforma cultural trazida pelo Renascimento e pelo Iluminismo, a reforma política fruto das revoluções burguesas, e principalmente a reforma econômica advinda das diversas revoluções industriais, propiciaram ao homem

³⁹⁸ CAMARGO, Antônio Luís Chaves, *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 146; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 160 e ss. No Brasil, paradigmática é a influência dessa corrente na obra de Tobias Barreto, como se vê, por exemplo, em BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos*. In: *Obras Completas*, v.10. Sergipe: Edição do Estado de Sergipe, 1926.

³⁹⁹ DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*: texto integral. Tradução: Pietro Nasseti. Prefácio à segunda edição - São Paulo: M. Claret, 2003, p. 19-23.

⁴⁰⁰ CRUZ COSTA, J. Auguste Comte e as origens do Positivismo. *Revista de história da USP*, vol. 1 n. 3, 1950, p. 363.

do século XIX uma nova forma de pensar, abrindo caminho para a formação das ditas ciências sociais⁴⁰¹. O pano de fundo para o desenvolvimento das novas ideias penais se colocava, assim, no âmbito da crescente urbanização e suas consequências, particularmente a violência e a miséria cada vez mais recorrente e visível nas grandes cidades⁴⁰².

No campo das ciências penais, o foco tornara-se a defesa ativa da sociedade em detrimento das liberdades individuais, numa inversão da concepção vigente no liberalismo clássico. Ao contrário do que entendiam os clássicos, Franz von Liszt argumentava que a defesa social através da ordem jurídica não apenas não dependia de uma aceitação da teoria do livre-arbítrio, como somente se deixaria compreender desde o viés determinista, isto é, a possibilidade de determinação do indivíduo no sentido de agir conforme as normas jurídicas⁴⁰³. Logo, não se pune porque existe liberdade, mas sim porque a pessoa pode ser determinada por fatores externos a ela. Com isso, caberia investigar o delito enquanto fenômeno condicionado biologicamente e socialmente, a fim de conhecer e combater as suas causas⁴⁰⁴. Assim, a pena serve, sobretudo, ao propósito de prevenção, sendo a única capaz de gerar efeitos práticos na vida social. O determinismo passa a ser o modo explicativo do comportamento humano, o que se evidencia plenamente na criminologia naturalista italiana de Enrico Ferri, Rafeale Garofalo e Cesare Lombroso⁴⁰⁵.

Na análise do injusto, não há qualquer olhar sobre o aspecto cognitivo ou volitivo da ação para que se caracterize o delito, bastando que seja um comportamento enquadrável em um tipo penal, descrito em lei, e que, ademais, seja contrário ao ordenamento jurí-

⁴⁰¹ CRUZ COSTA, J. Auguste Comte e as origens do Positivismo. *Revista de história da USP*, vol. 1 n. 3, 1950, p. 364.

⁴⁰² Cf. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 196.

⁴⁰³ LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 16. Aufl. Berlin: Guttentag, 1891, p. 158 e s.

⁴⁰⁴ CAMARGO, Antônio Luís Chaves, *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 146.

⁴⁰⁵ A respeito, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 163.

dico, portanto antijurídico⁴⁰⁶. A análise sobre a atitude pessoal do agente quanto ao fato é objeto exclusivo do juízo de culpabilidade, nos termos da chamada “teoria psicológica” da culpabilidade, a qual se resume na relação psicológica entre o autor e o delito. Isso significa, em outras palavras, que no modelo naturalista de delito, o juízo de culpabilidade de agentes imputáveis se limita à constatação do liame psíquico expressado no dolo ou na culpa, imputando-se ao autor os resultados danosos que estão subjetivamente ligados a ele⁴⁰⁷. Uma definição da culpabilidade em sentido material é oferecida somente mais tarde por von Liszt, nas últimas edições de seu manual. Para o autor, o conceito de culpabilidade pressuposto pelo ordenamento jurídico consiste na atitude interna do agente, que se mostra defeituosa para os fins da vida comum em sociedade. Por sua vez, o caráter defeituoso da atitude interna do agente não é reconhecível de maneira independente do fato delitivo, embora possua um caráter também psíquico, já que se faz reconhecível através do delito cometido⁴⁰⁸.

Conforme aponta Bruno Buonicore, o conceito naturalista de culpabilidade, fundamentado em uma constatação de caráter empírico, oferece uma compreensão que se pretende valorativamente neutra⁴⁰⁹. A consequência do rechaço aos pressupostos metafísicos verificáveis foi o abandono de concepções sobre a autodeterminação e a liberdade individual. Todavia, conforme já foi apontado, isso não significa que a discussão sobre a culpabilidade, bem como sobre as finalidades da pena, pudesse ter sido feita sem pressupor alguma compreensão filosófica acerca da natureza humana. No que

tange a concepção determinista sobre a pessoa do (potencial) delincente, uma das principais dificuldades dessa perspectiva se encontra na redução do indivíduo a uma visão behaviorista, segundo a qual nossas ações não passam de reações condicionadas, sem lugar para a autorreflexão, sem real autonomia para nossas escolhas. A força de semelhante percepção se faz presente ainda nos dias de hoje. Assim, persiste a representação de que a pena oferece instrumento apto para “reprimir psiquicamente” os impulsos desviantes do indivíduo, a fim de auxiliar na garantia de obediência à norma, com o que se pretende legitimar a coerção punitiva em dada sociedade⁴¹⁰.

3. O CONCEITO NORMATIVO DA CULPABILIDADE E O RETORNO AO LIVRE-ARBÍTRIO PELO HUMANISMO ONTOLÓGICO DO FINALISMO

Com o fim da Segunda-Guerra Mundial, a consternação gerada pela necessidade de facear as atrocidades da Alemanha nazista abriu espaço para uma compreensão do Direito que buscava alicerce em um senso de justiça inerente à existência humana. Trata-se daquilo que Winfried Hassemer chamou de “renascença do Direito Natural” no pós-guerra, em que se visava superar o relativismo valorativo que teria contribuído para o estabelecimento de uma legitimidade apenas formal do direito positivo⁴¹¹.

Hans Welzel, um dos principais expoentes do período, apresenta nos últimos anos de sua produção científica uma elaboração do conceito de culpabilidade que se pretendia preponderantemente humanista: “apenas aquilo que depende da vontade do homem pode ser-lhe reprovado como culpável. Suas qualidades e suas aptidões – tudo aquilo que o homem simplesmente é – podem ser valiosas ou de escasso valor, mas apenas o que tenha feito delas ou como as tenha empregado (...), só isso, pode ser-lhe computa-

⁴⁰⁶ CAMARGO, Antônio Luís Chaves, *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 147; SCHÜNEMANN, Bernd. “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”. In: *El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús María Silva Sánchez. Madrid Editora, 1991, p. 45.

⁴⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 164; TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 131-132; Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre, Bd. I*. 4. Aufl. München: Beck, 2006, § 19, nm. 10.

⁴⁰⁸ LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 16. Aufl. Berlin: Guttentag, 1891, p. 158.

⁴⁰⁹ BUONICORE, Bruno Tadeu. Apontamentos críticos ao naturalismo do século XIX na teoria do crime. *Revista de Estudos Criminais*, n. 67, 2017, p. 78.

⁴¹⁰ A esse respeito, GÜNTHER, Klaus. Críticas da pena II. *Revista Direito GV*, v. 3 n. 1 – Rio de Janeiro, 2007, p. 146.

⁴¹¹ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, abr./jun., 1994, p. 39 e ss.

do como ‘mérito’ ou reprovado como culpabilidade”⁴¹². A escola finalista inaugurada por Welzel oferecia uma interpretação de indivíduo e sociedade a partir de uma epistemologia ontológica. Esta tinha por premissa a existência objetiva e inquestionável de certos valores presentes na vida social. Conceitos como “belo”, “justo”, “correto” e “bom” vigorariam em todas as culturas, em todos os tempos, sendo parte inseparável da experiência humana⁴¹³.

Semelhante postura não deixava de ser uma contraposição importante ao materialismo que caracterizava a escola positivista, o qual teve como propósito retirar da análise de culpabilidade tudo aquilo que se considerava serem pressupostos metafísicos inverificáveis. Esse movimento, segundo queixava Welzel, implicava uma compreensão da ação humana despida da dimensão de sentido que lhe seria característica. Por haver retirado da conduta humana qualquer expressão de valor, o positivismo naturalista dissociava do ser humano a sua capacidade de autodeterminação, tornando-o apenas mero agente da natureza, que compõe o desenrolar causal dos acontecimentos. A percepção metafísica da própria existência pelo indivíduo, típica do pensamento cartesiano, havia sido substituída no positivismo pela noção de consciência como um conjunto de processos neuroquímicos do sistema nervoso. Assim, ainda que fosse possível falar em liberdade na perspectiva naturalista, a compreensão de semelhante conceito se dava em conformidade com um vocabulário empírico, que situava a ação no conjunto de processos causais controlados pelo sistema límbico⁴¹⁴.

Na filosofia, uma ruptura com o monismo de ordem naturalista já havia ocorrido antes de Welzel, notadamente a

⁴¹² WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

⁴¹³ WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie*. In: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975, p. 85; CAMARGO, Beatriz Corrêa. *O finalismo no Direito Penal brasileiro: uma abordagem crítica da ciência jurídico-penal no Brasil*. In: Silveira, Renato Mello Jorge/ Netto, Alamiro Velludo Salvador/ Souza, Luciano Anderson de, (Org.). *Direito Penal na pós-modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 87 e ss.

⁴¹⁴ BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 4.

partir da influente obra de Max Weber, na sociologia, cuja teoria compreensiva se alinhava com a filosofia neokantista de início do século XIX. Todavia, no Direito Penal, é somente o finalismo que retoma o problema sobre a capacidade de autodeterminação como questão-chave para a compreensão de pessoa que figura na base da teoria penal. É na escola finalista, portanto, que o indivíduo retoma a consciência de sua liberdade⁴¹⁵. Na teoria do delito, Welzel desenvolve a teoria normativa da culpabilidade proposta por Reinhardt Frank ainda em 1907⁴¹⁶. Isso significa que a culpabilidade, enquanto categoria delitiva, não mais consiste no vínculo meramente psicológico entre o autor e o resultado, como formularam os autores positivistas. No finalismo, a culpabilidade consiste na “reprovabilidade da configuração da vontade”⁴¹⁷. Isso foi feito, todavia, com particular diferença em relação à visão formal de Frank, na medida em que Welzel entendia o juízo de reprovabilidade do indivíduo como um juízo valorativo⁴¹⁸. Desta maneira, a escola finalista situa a culpabilidade nos termos de desvalor da conduta determinada por uma vontade livre, capaz de escolher a ação conforme o Direito.

Naturalmente, a discussão sobre o livre-arbítrio no finalismo ocorre nos termos do ontologismo metodológico professado por boa parte dos representantes dessa escola. Tanto quanto a estrutura final da ação, a liberdade da vontade que subjaz o princípio da culpabilidade constitui uma estrutura lógico-objetiva para o finalismo. Ou seja: o livre-arbítrio existe de maneira objetiva e independente da percepção subjetiva dos indivíduos, mas, ao mesmo tempo, situa-se em uma dimensão valorativa, e não empírica, da realidade

⁴¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra 3º Ed., 1995, p. 25.

⁴¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 7. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 284; Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre, Bd. I*. 4. Aufl. München: Beck, 2006, § 19, nm. 11.

⁴¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito – 2ª Ed.* - São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 329; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, vol. 1, 4ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 514.

⁴¹⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre, Bd. I*. 4. Aufl. München: Beck, 2006, § 19, nm. 14.

existente⁴¹⁹. Entretanto, diversamente do pensamento naturalista, aqui o indivíduo não é visto defronte a uma ordem biológica que o guia, mas a ele lhe é conferido o reinado sobre seus próprios fatores biológicos. Por outro lado, Welzel compreende igualmente que o indeterminismo não pode ser fundamento desse indivíduo, pois a ação indeterminada é incompatível com a imputação de responsabilidade. Caso a vontade humana não estivesse determinada por nada, a conduta posterior não poderia guardar nenhuma relação com a anterior. Em suas palavras, “o indeterminismo converte os atos de vontade em uma série completamente desconexa de impulsos isolados no tempo”⁴²⁰.

Segundo Figueiredo Dias, Welzel entende o indivíduo como limitado ao que lhe é possível, tanto no mundo físico e social, quanto no mundo das suas potencialidades subjetivas, sendo condicionado pelas necessidades da natureza humana em geral e, de modo especial, pelos impulsos individuais, no campo momentâneo das suas necessidades e aspirações, além das razões que desposa em face das regras sociais do mundo vigente, dos valores que conhece e aceita⁴²¹. Isto posto, Welzel se afasta da culpabilidade naturalista por considerar a existência de livre arbítrio, e logicamente, também se afasta da concepção clássica, por negar o indeterminismo, e reorientar o conceito de liberdade⁴²². Assim, uma ação seria sempre

⁴¹⁹ A respeito, veja-se WELZEL, Hans, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*. Marburg: Elwert, 1964, p. 20 e s.; CERZO MIR, José. Ontologismo e Normativismo na Teoria Finalista. Trad. Luiz Regis Prado. *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 0, 2004, p. 11; CERZO MIR, José. Hans Welzel. In: DOMINGO, Rafael (org.). *Juristas Universales* – vol. IV. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, p. 453; DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo – Homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CERZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto (org.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad – homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2005, p. 85.

⁴²⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 98.

⁴²¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25-26.

⁴²² Segundo o autor, “o erro do determinismo tradicional consiste na crença de que existe uma única forma de determinação, que desde princípios da Idade Moderna costuma-se considerar como a causalidade, ou seja, o monismo causal. No monismo causal não é possível, sem dúvida, a reprovabilidade por ter o homem adotado a decisão equivocada no lugar da correta, porque toda decisão – independentemente de ser errada ou certa – deve estar necessariamente predeterminada”. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 98.

fruto de uma determinação prévia, voltada a uma finalidade, minuciosamente escolhida por uma vontade, que é capaz de auto-determinar-se conforme ao sentido da norma. Aqui a visão finalista se aproxima da ideia de que “os motivos só me determinam na medida em que eu me deixo determinar por eles”⁴²³. A liberdade de vontade vem a ser, dentro desses limites, a capacidade de poder reger-se conforme ao sentido⁴²⁴.

A premissa welzeliana acerca da natureza biopsíquica do ser humano fez com que o finalismo incorresse pelo menos em duas dificuldades em sua construção teórica. Primeiramente, a dificuldade de identificar a liberdade como um ser existente na natureza das coisas. Como postulação de natureza empírica, sua explicação se submete à exigência de comprovar a existência e o funcionamento dessa característica humana. Nesse sentido, supor uma capacidade plena de escolha para se determinar de uma forma e não de outra é cair novamente em uma visão indeterminista da liberdade de cunho metafísico. Desta perspectiva, o finalismo apresenta “a liberdade individual como um ser inverificável, inatingível”, para utilizarmos aqui a expressão de Bruno Buonicore. Portanto, ainda nas palavras do autor, “a pretensão ontológica produz um déficit de verificabilidade na fundamentação da culpabilidade”⁴²⁵. Um segundo tipo de dificuldade diz respeito às implicações de ordem valorativa que se pretende derivar dessa concepção ontológica de liberdade. Da postulação sobre o livre-arbítrio humano, o finalismo toma como pressuposta a legitimidade de imposição da pena pelo Estado, escusando-se à tarefa de fundamentar o poder de punir. O simples reconhecimento sobre a capacidade da pessoa agir de outro modo não dá conta, porém, de solucionar por si só a questão acerca da razão que a torna obrigada a fazê-lo. Por isso, conforme elucidara

⁴²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra 3º Ed., 1995, p. 29, em referência a Keller.

⁴²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*, 2ª Ed. - São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 316.

⁴²⁵ BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 5.

Hassemer, semelhante construção teórica não deixa de ser expressão da ciência penal hermética que preponderou no pós-guerra, incapaz de dialogar com as outras ciências e de sopesar as consequências do Direito Penal na sociedade⁴²⁶.

Apesar das dificuldades da teoria finalista para oferecer um fundamento material para a culpabilidade, é necessário reconhecer, de todo modo, que Welzel transcende a dicotomia entre livre-arbítrio e determinismo, e com isso eleva a análise do comportamento no Direito penal a um nível mais complexo. Devolve ao indivíduo sua autonomia, mas também não nega as variantes que agem e modulam o comportamento. Da mesma maneira, retornando à figura de Fausto, temos que o personagem de Goethe ultrapassa o ideal do homem iluminista. É produtor da realidade, mas também não nega que é produzido pela realidade⁴²⁷. Fausto é um ator ativo de sua história, não se debruçando somente à vida reflexiva e contemplativa, pois vislumbra que só existe realização na junção entre o inteligível e o factível. Pactuar com Mefistófeles significou não apenas romper com a convicção de que somente o pensamento intelectual define a natureza humana, mas também reconhecer que a dicotomia cartesiana entre razão e natureza é extremamente frágil.

4. ALGUNS CAMINHOS PÓS-FINALISTAS

4.1. FUNCIONALIZAÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE E DETERMINISMO NEUROCIENTÍFICO

Não obstante a teoria finalista da culpabilidade ter buscado superar o dualismo determinismo e livre arbítrio, sua proposta padece de indefinições quanto à possibilidade de legitimação do juízo de responsabilidade penal. Ainda hoje a ciência se debruça sobre o problema empírico acerca da real possibilidade de uma pessoa agir ou motivar-se

⁴²⁶ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, abr./jun., 1994, p. 41 e ss.

⁴²⁷ KONESKI, Anita Prado. *Um olhar para Fausto de Goethe*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Comunicação e Expressão, 1999, p. 111-112.

de maneira diversa daquela que fez na situação concreta, de maneira que uma postulação de caráter empírico sobre o livre-arbítrio como fundamento da culpabilidade se mostra extremamente problemática desde uma perspectiva teórica. Ademais, no plano filosófico, duvidam diversos autores sobre a própria identificação do problema do livre-arbítrio como um problema de natureza empírica, além de questionarem a existência de uma oposição entre os jogos de linguagem do determinismo, de um lado, e do livre-arbítrio, de outro⁴²⁸.

Segundo indica Paulo Busato, a percepção sobre a impossibilidade de demonstrar a existência de livre-arbítrio levou a dogmática penal a duvidar sobre a aptidão da categoria da culpabilidade poder figurar como fundamento e também como baliza da pena. Isto é: não sendo possível constatar na situação concreta se o sujeito realmente poderia ter agido de modo diverso, nos termos do que exige a teoria normativa da culpabilidade, então, também deixaria de ser possível responsabilizá-lo por sua escolha ou calcular o grau de culpabilidade que lhe corresponde⁴²⁹.

Perante esse problema, que alguns autores chegaram a indicar como “crise de legitimidade do conceito de culpabilidade”⁴³⁰, parte da doutrina penal optou pelo caminho de dar à culpabilidade uma outra compreensão. Assim, sobretudo os representantes do funcionalismo acabaram adotando um posicionamento agnóstico, de modo a desvincular o conceito da culpabilidade tanto em relação às teses deterministas quanto em relação às teses indeterministas sobre a liberdade da vontade. Desta forma, a liberdade de agir deixa de figurar como conteúdo definidor da culpabilidade, para que a culpabilidade seja orientada pela necessidade preventiva da pena. Como pontua Hans Heinrich Jescheck, esse movimento, crescente na Alemanha, reduz a culpabilidade a características utilitárias, na

⁴²⁸ Sucintamente a esse respeito, SEARLE, John R. *Mind – a brief introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 216 ss.

⁴²⁹ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Liberdades*, n. 8, p. 52-94, set./dez. 2011. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/9/artigo3.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019, p. 47 e s.

⁴³⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes. Culpabilidad, legitimidad y proceso. *ADPCP*, Tomo XLI, Fascículo I, 1998, p. 81.

necessidade preventiva-geral da pena. Nas palavras do autor, “os pressupostos da punibilidade e a medida da pena não se estabelecem neste sistema pelo tipo e grau de culpabilidade do autor, mas sim pela pena que deva ser imposta desde o ponto de vista da manutenção da confiança (...) no direito”⁴³¹.

O movimento de funcionalização da culpabilidade penal, dentre suas diversas vertentes, encontra dentre os representantes mais expressivos os alemães Claus Roxin e Günther Jakobs. Neste sentido, Jakobs sustenta que a finalidade do juízo de culpabilidade é a estabilização da vigência da norma, abalada com o delito⁴³². Em sua visão, o conceito funcional de culpabilidade aponta, em última instância, para o modo de manutenção da estrutura normativa da sociedade, através das necessidades da ordem jurídica concreta⁴³³. Para Roxin, em contrapartida, o conceito de culpabilidade não constitui fundamento legitimador da pena, mas tão apenas cumpre a função de opor limites ao poder punitivo. O Estado não poderia, assim, ir às últimas consequências no intuito de prevenir a prática de crimes, mas estaria limitado pela responsabilidade subjetiva do indivíduo pelo fato praticado⁴³⁴.

Ainda segundo Roxin, a culpabilidade deve ser entendida como a atuação ilícita, apesar da idoneidade do agente para ser destinatário de normas⁴³⁵. Sua proposta visa superar o problema da liberdade a partir de uma pressuposição de ordem normativa: a capacidade de orientação da própria conduta permitiria que o indivíduo seja “tratado como livre”⁴³⁶. Em Jakobs, vamos encontrar

em sentido semelhante a conclusão de que a função do princípio da culpabilidade é absolutamente independente da questão do livre-arbítrio. Enquanto responsabilidade por uma violação da norma, a culpabilidade apenas pressupõe conforme Jakobs a capacidade da pessoa de se motivar através de normas⁴³⁷. Dita visão faz com que o autor fale não em liberdade da vontade, mas do comportamento, como contrapartida para a responsabilidade pela vontade formada⁴³⁸.

Portanto, a pergunta sobre se o indivíduo agiu livremente, ou não, é substituída pelo questionamento sobre a finalidade de punir uma conduta. Ou seja, a questão que se coloca diz respeito à razão que leva o legislador a punir certo comportamento, cabendo somente constatar se estão presentes tais fundamentos no caso concreto, de modo a permitir a imputação de responsabilidade do sujeito pelo ato praticado⁴³⁹. Estando a responsabilização intrinsecamente ligada a elementos políticos-criminais, então somente se pune se houver a necessidade jurídico penal de repreender o indivíduo no caso concreto.

Em relação às vertentes que buscam orientar por critérios político-criminais de prevenção-geral a atribuição de responsabilidade, uma das principais críticas que se estabelecem diz respeito ao problema de instrumentalização da liberdade individual em prol de interesses de certos grupos, constituindo a pura objetificação do indivíduo. Assim, desde uma perspectiva funcionalista, a liberdade individual nada mais seria que uma ficção, e a culpabilidade uma pressuposição que atende a fins político criminais ligados à necessidade de prevenção geral⁴⁴⁰. A ideia de reprovação se apresenta, então, como elemento externo e desvinculado do próprio conceito de punição.

⁴³¹ JESCHECK, Hans Heinrich. *El Principio de Culpabilidad como Fundamento y Limite de la Punibilidad en el Derecho Alemán y Español*. San Sebastián: Eguzkilore – Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº9, 1995, p. 7.

⁴³² JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. *ADPCP*, Tomo XLV, Fascículo III, 1992, p. 1071.

⁴³³ JAKOBS, Günther. Die Schuld der Fremden, *ZStW* 118 (2006), pp. 831-854, p. 853.

⁴³⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre, Bd. I. 4.* Aufl. München: Beck, 2006, § 3, nm. 51-58, § 19, nm. 18.

⁴³⁵ Em alemão, trata-se do conceito da “normative Ansprechbarkeit”. Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre, Bd. I. 4.* Aufl. München: Beck, 2006, § 3, nm. 51-58, § 19, nm. 36.

⁴³⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre, Bd. I. 4.* Aufl. München: Beck, 2006, § 3, nm. 51-58, § 19, nm. 37. Conforme esclarece Günther, com isto não se quer dizer mais do que a capacidade psíquica de uma pessoa para se controlar, isto é, para reagir psicologicamente a normas de modo a incluí-las em seu mecanismo de ação”. GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*. v. 13, 2017, p. 1064.

⁴³⁷ JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. *ADPCP*, Tomo XLV, Fascículo III, 1992, p. 1082.

⁴³⁸ JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012, p. 66.

⁴³⁹ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Liberdades*, n. 8, p. 52-94, set./dez. 2011. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/9/artigo3.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019, p. 60.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais. *Revista de estudos criminais*, vol. 127, 2017, p. 57 e s.

A funcionalização da culpabilidade esbarra ainda em outras dificuldades. Mesmo diante de uma concepção funcionalista de culpabilidade, a liberdade do sujeito continua sendo vista como um limite normativo para a punição, de maneira que mesmo uma pena funcionalizada deve manter uma relação de adequação do fato com o grau de responsabilidade do indivíduo por sua ocorrência. Uma atividade punitiva que tivesse como propósito exclusivamente a finalidade preventiva teria por consequência uma série de distorções, a exemplo de sancionar mais severamente fatos que, mesmo sendo menos graves, necessitem de maior prevenção por ocorrerem com maior frequência. Porém, não é isso o que ocorre no sistema atual, já que a violação de bens jurídicos alheios em uma situação difícil recebe uma punição menor do que aquele que age por puro interesse próprio⁴⁴¹. Logo, a proporcionalidade entre fato, culpabilidade e pena se determinam a partir da referência do grau de liberdade e de envolvimento interno do delinquente quando da execução de seu ato⁴⁴². Desta sorte, fica em aberto quais os parâmetros para definir o conceito de liberdade e de merecimento adequados para a definição da responsabilidade penal.

Por outro lado, o agnosticismo funcionalista abre espaço para o ressurgimento da velha disputa entre determinismo e indeterminismo, o que é feito a partir dos *inputs* das neurociências no Direito Penal. Ao que tudo indica, o determinismo parece liderar essa corrida, transvestindo-se com uma bagagem científica⁴⁴³. Nesse contexto, as investigações científicas mais diversas sobre a mente e o processo de decisão humana são apresentadas como um óbice aos defensores do indeterminismo. O neurocientista Antonio Damásio, por exemplo, define a mente humana como uma emergência da

⁴⁴¹ GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*, v. 13, 2017, p. 1066.

⁴⁴² Na mesma linha, SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org.). La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales - estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. 2. ed. Buenos Aires: B. de F., 2012, p. 160.

⁴⁴³ BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 127, 2017, p. 49-51.

atividade de várias áreas do cérebro⁴⁴⁴. Segundo o autor, a mente consciente se engendra nos liames das funções corporais. Essa perspectiva permite a localização no cérebro de atitudes intelectivas e afetivas das mais essenciais ao ser humano: o ato de planejamento e a capacidade de buscar prazeres futuros estariam ligados com a região pré-frontal do córtex cerebral, ao passo que nossas emoções se encontram ligadas principalmente com as regiões da amígdala e do lobo da insula⁴⁴⁵. Semelhante indicação sobre o locus e a natureza da consciência representa, assim, uma inversão radical do dualismo cartesiano que embasa grande parte das teses indeterministas do livre-arbítrio, uma vez que corpo e mente deixam de ser vistos como dois entes distintos e dissociados entre si. Nas palavras de Merleau-Ponty, “a alma pensa segundo o corpo, e não segundo ela própria”⁴⁴⁶.

Para o problema particular da culpabilidade, uma das principais questões que concernem a dogmática penal diz respeito a saber qual o momento em que surgem o desejo ou a intenção consciente para realizar o ato. Tal questão passou a se colocar, não somente, a partir da possibilidade de mapeamento do cérebro humano através de exames de imagem cada vez mais precisos, mas sobretudo a partir da conclusão de que primeiro o cérebro inicia seu processo volitivo, para depois ativar o músculo correspondente a fim de que exerça seu movimento. Assim, um dos principais argumentos que desafiam o conceito de liberdade da vontade reside na ideia, difundida desde os experimentos de Benjamin Libet, de que a consciência da decisão é apenas ilusória, já que o processo consciente de escolha é posterior a uma decisão inconsciente já tomada⁴⁴⁷.

Ao mesmo tempo, porém, a recente intersecção da filosofia da mente com as ciências neuronais demonstra que a consideração

⁴⁴⁴ DAMÁSIO, António R. *E o Cérebro Criou o Homem*; tradução Laura Teixeira Motta – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 140.

⁴⁴⁵ DAMÁSIO, António R. *E o Cérebro Criou o Homem*; tradução Laura Teixeira Motta – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 162.

⁴⁴⁶ MERLEAU-PONTY. *O olho e o espírito*. São Paulo: Cosac Naify, 2013, p. 289.

⁴⁴⁷ A respeito, RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Comentários ao Título III do Código Penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (org.), *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 127.

sobre as pesquisas mais recentes não precisa fundar um novo determinismo necessariamente, ou cair em um reducionismo orgânico, embora ofereça novos questionamentos acerca da liberdade da vontade. Segundo explica John Searle, não há nada de misterioso sobre a ideia de que o estado de consciência pode ter consequências causais de natureza “física”:

Minha intenção consciente em ação causa o erigimento do meu braço. Mas a minha intenção consciente em ação constitui obviamente uma característica do meu sistema cerebral e, como tal, no nível neurológico, ela é inteiramente constituída pelo comportamento dos neurônios. Não há reducionismo ontológico nesta explicação, porque em nenhum momento estamos negando que a consciência tem uma ontologia irreduzível em primeira pessoa. Mas há uma redução causal. A consciência não tem poderes causais além dos poderes da estrutura neuronal (e de outros fatores neurobiológicos).⁴⁴⁸

A esse respeito, parece beirar o absurdo a tese pautada nas pesquisas neurocientíficas que, ao invés disso, conclui pela absoluta ausência de qualquer forma de liberdade possivelmente subjacente à prática punitiva, mas que, ainda assim, pretende sustentar um sistema reativo aos desvios sociais. A aplicação da pena torna-se algo intrinsecamente injusto quando se nega o paradigma da liberdade. Neste caso, já não poderíamos imputar a alguém responsabilidade por sua decisão, mas tão somente reagir diante do fato de que sua personalidade é definida por características propensas ao delito. Como observa Jakobs, o custo de se negar responsabilidade individual por um ato consiste em arcar com a administração alheia so-

⁴⁴⁸ (Tradução livre). SEARLE, John R. Free Will as a Problem in Neurobiology. *Philosophy*, Vol. 76, n. 298, 2001, p. 498.

bre si próprio, com a conseqüente perda de personalidade⁴⁴⁹. Deste modo, o Direito Penal do fato é substituído pelo Direito Penal do autor, a fim de originar um novo Direito Penal da periculosidade. Longe de ser nova, semelhante prática apenas se ampliaria para se tornar um paradigma penal absoluto⁴⁵⁰.

O desafio para um Direito Penal que abrisse mão do princípio da culpabilidade fundado na liberdade, consistiria, por fim, no problema da legitimidade para definir o perigo que necessita de reação. Isso sobretudo porque, conforme observa Klaus Günther, as exigências de proteção da coletividade podem “variar fortemente, a depender das condições sociais e do clima político do momento”⁴⁵¹. Não que o etiquetamento de pessoas consideradas perigosas já não ocorra. O problema reside em que, desta forma, estaríamos endossando um sistema arquitetado exclusivamente como ferramenta de controle para segregar socialmente os indivíduos que o estado julgar perigosos. Com isso, nos encontraríamos na difícil posição do soberano alienista Dr. Bacamarte, que no conto machadiano, internava compulsoriamente os indivíduos que rotulava como anormais, até o ponto em que “não se sabia já quem estava são, nem quem estava doido”⁴⁵². No fim, ele próprio se internou.

4.2. AUTONOMIA E HETERONOMIA NA FUNDAMENTAÇÃO DA CULPABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Na atualidade, um dos rumos tomados pela discussão acerca da culpabilidade no Direito Penal consiste no retorno ao problema de não apenas reconhecer algum princípio de liberdade subjacente

⁴⁴⁹ JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012, p. 66.

⁴⁵⁰ GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*. v. 13, 2017, p. 1073.

⁴⁵¹ GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*. v. 13, 2017, p. 1073.

⁴⁵² ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *O Alienista*. In: *Obra Completa*. Vol. II, Conto e Teatro. Organizada por Afrânio Coutinho, 4ª edição, ilustrada. Rio de Janeiro, Editora Nova Aguilar, 1979. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1979, p. 16.

à prática punitiva, mas de inserir a ideia de liberdade em um contexto político, capaz de legitimar o juízo de que a pessoa é responsável por um mal-uso da mesma.

Notadamente, não se pode deixar de destacar que a liberdade é um traço da condição humana. Não somente a liberdade está presente como requisito de toda a construção social, mas também se apresenta como modo de relação do humano com o mundo. O indivíduo se compreende livre, munido de desejos e vontades, capaz de escolher. Primeiramente, ao refletir sobre si mesmo, reflete sobre sua própria existência, o que para Albert Camus levar-lhe-á à questão mais importante de toda a filosofia, qual seja, o suicídio: “Julgar se a vida vale ou não vale a pena ser vivida”⁴⁵³. Isso, simplesmente porque pode denotar à vida um significado somente seu, o que Hannah Arendt diria ser um início numa realidade já posta⁴⁵⁴. Para Camus, a liberdade resulta da tomada de consciência, do defrontar-se com o absurdo, uma vez que o homem é tragicamente livre. Diferentemente da liberdade de Fausto, que se define a partir da exteriorização do ato, consubstanciada em um ser que tudo domina, em Camus, a liberdade advém da autorreflexão, da relação do ser solitário com o mundo, jogado na existência, despido de deuses e de sentidos. Na delicadeza da metáfora, não se imputa a alguém uma conduta por ser dotado de livre-arbítrio, mas por se reconhecer livre diante do mundo. Como nos lembra Hermann Hesse em *Demian*, “nem todos podemos ser Fausto”⁴⁵⁵.

Assim, se alguma indicação pode ser feita sobre as possíveis compreensões acerca do conceito de pessoa no tempo presente, talvez ela resida precisamente no ponto de que a liberdade ganha a característica de reconhecimento. Isto é, o indivíduo que se reconhece livre, e reconhece no outro um ser semelhante. Nas palavras

⁴⁵³ CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989, p. 23

⁴⁵⁴ “O milagre da liberdade está inserido nesse poder de iniciar, que, por sua vez, está inserido no fato de que todo homem, ao nascer, ao aparecer em um mundo que estava aí antes dele e que continuará a ser depois dele, é, ele mesmo, um novo início” ARENDT, Hannah. *A dignidade da política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p.121

⁴⁵⁵ HESSE, Hermann. *Demian*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970, p. 79.

de Buonicore, “os limites e a legitimidade no processo intersubjetivo de significação da liberdade individual estão justamente no fato de que eu reconheço a liberdade do outro na minha liberdade e eu reconheço a minha liberdade na liberdade do outro”⁴⁵⁶. Desde esse ponto de vista, é possível se afastar da exigência de uma comprovação empírica da liberdade, com o que se permite uma legitimação da culpabilidade desde um viés moral-político.

Uma das discussões que se tem desenvolvido nas últimas décadas acerca da legitimidade do juízo de culpabilidade diz respeito a como fundamentar o dever individual de obediência às normas penais de uma maneira democrática. Conforme observa Jesús-Maria Silva Sánchez, isso pode ser feito tomando em consideração duas perspectivas distintas, quais sejam: (i) a perspectiva segundo a qual o dever de respeito à norma se estabelece em virtude do próprio sujeito, autonomamente; (ii) a perspectiva segundo a qual esse vínculo se estabelece de maneira heterônoma, em razão de uma instância superior ao indivíduo, que se impõe de maneira externa a ele⁴⁵⁷.

A primeira perspectiva, que Silva Sanchez designa como concepção de cidadania penal enquanto “autolegislação”, remonta a uma teoria discursiva da culpabilidade, presente particularmente na obra de autores como Klaus Günther e Urs Kindhäuser na Alemanha. Para esses autores, o conceito de culpabilidade está intimamente vinculado com a possibilidade de constituição democrática da ordem jurídica. Desde essa visão, a pretensão de obediência somente se justifica perante as normas que possuam legitimação democrática, cuja lesão possa ser imputada à título de culpabilidade. Por sua vez, a vinculação da pessoa à ordem jurídica pressupõe a possibilidade de caracterizar a sua liberdade como exercício de uma liberdade política, que se expressa de várias formas no jogo democrático.

⁴⁵⁶ BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013, p. 7.

⁴⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal. In: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Asturias: La Fábrica de Libros, 2013, p. 715.

Portanto, na base dessa compreensão se encontra o indivíduo que não figura somente como sujeito de obrigações ou destinatário das normas penais, mas que possa ser caracterizado igualmente como sujeito de direitos ou autor dessas mesmas normas, enquanto participante no processo de elaboração democrática do direito⁴⁵⁸. Fundamental não seria propriamente o fato da participação do sujeito particular no processo democrático, mas a sua liberdade de fazê-lo em meio ao espaço institucional de modificação legislativa. Por consequência, a norma teria vigência igualmente sobre aqueles que, a despeito de poderem, tiverem optado por não participar do processo democrático juridicamente institucionalizado⁴⁵⁹.

Assim, o juízo de reprovabilidade expressado na culpabilidade encontraria justificativa somente quando a pessoa, ao invés de manifestar democraticamente a sua discordância com a norma, onde era possível fazê-lo em seu papel de cidadão, prefere agir contrariamente à mesma, desrespeitando o dever de observância ao que ela estabelece. Desta forma, a “capacidade de atitude crítica” do cidadão “frente a ações e manifestações próprias e alheias” irá constituir, ao mesmo tempo, “o critério geral para a capacidade de imputação da pessoa capaz de direito”⁴⁶⁰. Metaforicamente essa ideia é apresentada por Urs Kindhäuser através do exemplo da celebração contratual, no sentido de que “de alguém que está em posição de celebrar um contrato também se espera que o cumpra”⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Lima: Ara, 2009, p. 100 e s.; KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidade jurídico-penal no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 113; GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998, p. 81.

⁴⁵⁹ GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998, p. 85.

⁴⁶⁰ GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998, p. 88.

⁴⁶¹ KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidade jurídico-penal no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 117.

Ao mesmo tempo, a concepção de que a submissão ao ordenamento jurídico deriva da legitimidade procedimental da criação legislativa dá conta de oferecer fundamento para a relativa neutralidade do juízo de culpabilidade, compreendido como reprovabilidade jurídica e não como reprovabilidade do indivíduo no campo ético-moral. Isso porque, desde essa perspectiva, o Direito não exige que os cidadãos estejam de acordo com a norma, ou que a respeitem por considerá-la virtuosa ou racional⁴⁶².

O segundo caminho mencionado para fundamentação da culpabilidade oferece uma renúncia ao princípio de legitimação discursiva. Semelhante postura é enfatizada por autores como Jesús-Maria Silva Sánchez e Michael Pawlik na oposição que apresentam à proposta anterior. De acordo com a crítica que elaboram esses autores, a construção discursiva da culpabilidade a partir da concepção de “autolegislação” simplesmente não corresponderia à realidade da prática punitiva tal qual a conhecemos. Punição existe e sempre existiu em estados não democráticos. E mesmo naqueles que cultivam o valor da democracia, esta não se mostra isenta de populismos e outras formas de distorção. Além disso, a lei penal vincula as pessoas excluídas do processo institucionalizado de deliberação democrática, a exemplo dos estrangeiros, dos menores de idade e dos marginalizados socialmente⁴⁶³. Para esses autores, o critério de legitimidade discursiva como fundamento da culpabilidade resultaria na impossibilidade de punição em todos esses casos. Por esse motivo, concluem sobre a ilegitimidade de semelhante

⁴⁶² GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998, p. 85 e s.; KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidade jurídico-penal no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016, p. 109-114; KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Lima: Ara, 2009, p. 107.

⁴⁶³ PAWLIK, Michael. Der Bürger möchte bestraft werden. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14.03.2005, Nr. 61, p. 40. Disponível em: <https://www.faz.net/-gr6-q1iw>. Acesso em: 05 mar. 2020. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal. In: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Asturias: La Fábrica de Libros, 2013, p. 718; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (Hrsg.). *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser*. Baden-Baden: Nomos, 2019, p. 477.

proposta, que liberar tais pessoas da obrigação de obedecer à lei significaria um retorno ao estado da natureza⁴⁶⁴.

Desta forma, autores como Pawlik e Silva-Sanchez sugerem que a “cidadania penal” seja fundamentada não de maneira autônoma, como propõem Günther e Kindhäuser, mas a partir da natureza “heterônoma”, coercitiva e externa, da autoridade normativa. Assim, a legitimidade do juízo de culpabilidade seria justificada pelo argumento da proteção suficiente do indivíduo pelo Estado. Em outras palavras, o dever de obediência do indivíduo perante as normas penais seria derivado da função de proteção individual oferecida pela própria pena⁴⁶⁵. Como fizeram outrora os povos anexados pelo império romano, o cidadão no Estado Democrático deveria se submeter às normas do Direito, uma vez que é protegido por essas mesmas normas, recebendo proteção estatal relativamente àquilo que lhe é exigido⁴⁶⁶.

A fragilidade do conceito de cidadania penal como igual proteção perante a lei é reconhecida pelo próprio Silva Sánchez, sobretudo porque se trata de um conceito formal de proteção. Entretanto, sob um prisma material, o autor entende que seria possível discutir os limites desse conceito formal, particularmente no que se refere ao problema da desigualdade econômico-social⁴⁶⁷. Nesse sentido, Silva Sánchez chegou a defender mais recentemente a concepção de que o Estado figura como garante de proteção de liberdades negativas e de liberdades positivas. Ao Estado caberia oferecer não apenas proteção contra agressões aos direitos individuais, como também o mínimo de segurança econômica e vínculo cultural. Onde o Estado falha na tarefa de garantir as mínimas condições de liberdade para

⁴⁶⁴ PAWLIK, Michael. Der Bürger möchte bestraft werden. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14.03.2005, Nr. 61, p. 40. Disponível em: <https://www.faz.net/-gr6-q1iw>. Acesso em: 05 mar. 2020.

⁴⁶⁵ PAWLIK, Michael. Der Bürger möchte bestraft werden. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14.03.2005, Nr. 61, p. 40. Disponível em: <https://www.faz.net/-gr6-q1iw>. Acesso em: 05 mar. 2020.

⁴⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal. In: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Asturias: La Fábrica de Libros, 2013, p. 719 e s.

⁴⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal. In: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Asturias: La Fábrica de Libros, 2013, p. 721.

o cidadão, perderia ele a legitimidade para exigir a contrapartida de obediência às suas determinações⁴⁶⁸. Assim, com exceção dos estrangeiros sem residência no país e daqueles que atuam no exterior, a proposta de Silva Sánchez não chega a abrir mão da punibilidade dos atores que praticam crimes em condições de extrema pobreza e marginalização política ou em Estados não democráticos. Todavia, sugere que se proceda à mitigação da culpabilidade em tais casos, com a consequente diminuição da pena aplicável⁴⁶⁹.

Sem a pretensão de solucionar semelhante discussão neste breve estudo, podemos concluir, porém, com uma última reflexão sobre a razão pela qual a problematização da culpabilidade no Estado Democrático de Direito se faz tão necessária. Com efeito, um modelo discursivo de fundamentação da culpabilidade é igualmente permeável aos problemas de fragilidade do vínculo democrático. O problema da marginalização democrática não se coloca, portanto, apenas para a perspectiva de um modelo imperativo de natureza heterônoma, tal defendido por Silva Sánchez. A solução para esse problema, contudo, não pode consistir em adotar um discurso que legitime as práticas punitivas tal qual as conhecemos desde sempre. Pois o objetivo que a teoria do Direito Penal persegue com semelhantes indagações é justamente descobrir onde precisamos chegar para tornar nossas práticas sociais mais justas e democráticas.

CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a oferecer um estudo introdutório sobre o conceito material de culpabilidade. Para isso, discorreu sobre conceitos centrais que permeiam a discussão sobre a legitimação do juízo de culpabilidade penal. Objeto de análise foram questões

⁴⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (Hrsg.). *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser*. Baden-Baden: Nomos, 2019, p. 479, 482.

⁴⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (Hrsg.). *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser*. Baden-Baden: Nomos, 2019, p. 480.

como a auto compreensão dos indivíduos de uma época, o papel de cidadão perante o Estado e a liberdade política, bem como os desafios de ordem social enfrentados a cada tempo, em particular aqueles derivados da marginalização de uma parte da população. Semelhantes questões foram avaliadas como pano de fundo das compreensões representadas pelas escolas penais de matriz romano-germânica, em particular a escola clássica, o positivismo-naturalista, o finalismo, até chegarmos nas atuais discussões teóricas em torno da legitimidade do juízo de culpabilidade.

O que se conclui é que cada um dessas escolas de pensamento apresenta diverso nível de ordem crítica em relação à legitimidade da atuação punitiva estatal, com preocupações igualmente diversas quanto ao objeto de crítica. Além disso, a discussão filosófica sobre determinismo e indeterminismo, enquanto formas de compreensão da pessoa que figura como centro da imputação de responsabilidade penal, apesar de sempre presente, recebe também leituras distintas sobre o seu conteúdo e significado. As diversas escolas irão divergir sobre o significado do livre-arbítrio, quanto sobre a possibilidade de autodeterminação da pessoa, traçando cada qual suas próprias conclusões sobre a relevância da discussão sobre o livre-arbítrio para a imputação jurídico-penal.

Atualmente, o chamado pós-finalismo apresenta algumas contraposições fundamentais para as questões suscitadas. De um lado, o agnosticismo quanto ao problema da autodeterminação através da funcionalização do conceito de culpabilidade considera que a imputação de responsabilidade pode ser feita de maneira independente da existência ou não de liberdade do indivíduo. De outro lado, pesquisas no campo das neurociências influenciam a adoção de teses deterministas que negam a legitimidade da punição, mas não de uma internação como medida de segurança. Por fim, entre aquelas vertentes que pressupõem um conceito de liberdade da pessoa, de alguma maneira pautado na intersubjetividade, as divergências se situam sobretudo no plano de como legitimar a intervenção punitiva de maneira democrática.

REFERÊNCIAS

- ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Schwarzer, 1974.
- ARENDDT, Hannah. *A dignidade da política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *O Alienista*. In: *Obra Completa*. Vol. II, Conto e Teatro. Organizada por Afrânio Coutinho, 4ª edição, ilustrada. Rio de Janeiro, Editora Nova Aguilar, 1979. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1979.
- BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos*. In: *Obras Completas*, v.10. Sergipe: Edição do Estado de Sergipe, 1926.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BINDING, Karl. *La culpabilidad em derecho penal*. Trad. Cancio Meliá, Manuel. Buenos Aires: B de f, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*, 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BUONICORE, Bruno Tadeu. Apontamentos críticos ao naturalismo do século XIX na teoria do crime. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 67, 2017.
- BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 51, 2013.
- BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 127, 2017.
- BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Liberdades*, n. 8, p. 52-94, set./dez. 2011. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/9/artigo3.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, vol. 1, 4ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves, *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CAMARGO, Beatriz Corrêa. *O finalismo no Direito Penal brasileiro: uma abordagem crítica da ciência jurídico-penal no Brasil*. In: SILVEIRA, Renato Mello Jorge/ NETTO, Alamiro Velludo Salvador/ SOUZA, Luciano Anderson de, (Org.). *Direito Penal na pós-modernidade: escritos*

em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral*, Vol. I. Trad. José Luiz de Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

CEREZO MIR, José. Hans Welzel. In: DOMINGO, Rafael (org.). *Juristas Universales* – vol. IV. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

CEREZO MIR, José. Ontologismo e Normativismo na Teoria Finalista. Trad. Luiz Regis Prado. *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 0, 2004.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 7. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COSTA, J. Cruz. Auguste Comte e as origens do Positivismo. *Revista de história da USP*, v. 1, n. 3, 1950.

DAMÁSIO, António R. *E o Cérebro Criou o Homem*; tradução Laura Teixeira Motta – São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra 3º Ed., 1995.

DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo – Homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto (org.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad – homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2005.

DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico: texto integral*. Tradução: Pietro Nassetti. Prefácio à segunda edição - São Paulo: M. Claret, 2003.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *A Legitimidade da Pena Estatal – Uma breve incursão pelas teorias da pena*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, mit Anmerkungen von Carl Joseph Anton Mittermaier. Giessen: Heyer, 1840.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Culpabilidad, legitimidad y proceso. *ADPCP*, Tomo XLI, Fascículo I, 1998, pp. 71-114.

GOETHE, Johan Wolfgang. *Fausto*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1984.

GÜNTHER, Klaus. A Culpabilidade no Direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, 1998.

GÜNTHER, Klaus. Críticas da pena II. *Revista Direito GV*, v. 3 n. 1 – Rio de Janeiro, 2007.

GÜNTHER, Klaus. O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade. *Revista Direito GV*. v. 13, 2017.

GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. São Paulo: Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre – FGV Direito SP, 2016.

HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca de por qué no se debería suprimir el derecho penal. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p.709-729, 2007.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 6, abr./jun, 1994.

HESSE, Hermann. *Demian*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

JAEGER, M. A aposta de Fausto e o processo da Modernidade Figurações da sociedade e da metrópole contemporâneas na tragédia de Goethe. *Revista USP Estudos avançados*. vol.21 n.59 São Paulo Jan./Apr. 2007.

JAKOBS, Günther. Die Schuld der Fremden, *ZStW* 118 (2006), pp. 831-854.

JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. *ADPCP*, Tomo XLV, Fascículo III, 1992, pp. 1051-1083.

JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012.

JESCHECK, Hans Heinrich. *El Principio de Culpabilidad como Fundamento y Limite de la Punibilidad en el Derecho Alemán y Español*. San Sebastián: Eguzkilore – Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº9, 1995.

JESCHECK, Hans Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidade em Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: www.criminet.ugr.es. Acesso em: 13 jul. 2019.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht - Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2017.

KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidade jurídico-penal no Estado democrático de Direito. In: MACHADO, Marta et al. (org.), *Responsabilidade e pena no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Pesquisa Acadêmica livre - FGV Direito SP, 2016.

KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. In: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Lima: Ara, 2009.

KONESKI, Anita Prado. *Um olhar para Fausto de Goethe*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Comunicação e Expressão, 1999.

LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 16. Aufl. Berlin: Guttentag, 1891.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MERLEAU-PONTY. *O olho e o espírito*. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

PAWLIK, Michael. Der Bürger möchte bestraft werden. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14.03.2005, Nr. 61, p. 40. Disponível em: <https://www.faz.net/-gr6-q1iw>. Acesso em: 05 mar. 2020.

RAMIREZ, Bustos. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2005.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Comentários ao Título III do Código Penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (org.), *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil - Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, Bd. I*. 4. Aufl. München: Beck, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org.). La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales - estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario*. 2. ed. Buenos Aires: B. de F., 2012.

SEARLE, John R. Free Will as a Problem in Neurobiology. *Philosophy*, Vol. 76, n. 298, 2001.

SEARLE, John R. *Mind - a brief introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch editor S.A., 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal. In: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Asturias: La Fábrica de Libros, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (Hrsg.). *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WELZEL, Hans. Naturalismus und Wertphilosophie. In: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WELZEL, Hans. *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*. Marburg: Elwert, 1964.



GÊNERO, VIOLÊNCIA E RACISMO: reflexões sobre violência contra as mulheres no Brasil a partir de uma perspectiva feminista e antirracista⁴⁷⁰

GENDER, VIOLENCE AND RACISM: REFLECTIONS ON VIOLENCE AGAINST WOMEN IN BRAZIL FROM A FEMINIST AND ANTI-RACIST PERSPECTIVE

Elaine Pimentel

Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (2011), mestrada em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas (2005), graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (1999), Professora Adjunta do Curso de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Alagoas. É líder dos grupos de pesquisa Núcleo de Estudos e Políticas Penitenciárias (NEPP) e CARMIM Feminismo Jurídico, Vice-líder dos grupos de pesquisa Núcleo de Estudos sobre a Violência em Alagoas (NEVIAL) e Grupo de Pesquisa Educações em Prisões (GPEP), todos registrados no CNPq.
elaine.pimentel@fda.ufal.br
<http://lattes.cnpq.br/0069486594976182>
<https://orcid.org/0000-0003-2004-7968>

Elita Isabella Morais Dorvillé de Araújo

Mestra em Direito Público pela UFAL. Professora de Direito Penal e Processo Penal na UNINASSAU-Maceió e ESTÁCIO-Maceió. Coordenadora da Liga Acadêmica de Direitos Humanos e Criminologia da UNINASSAU-Maceió. Membro do grupo de estudos CARMIN Feminismo Jurídico e do Núcleo de Estudos sobre Violência em Alagoas, ambos na UFAL.
elitaadv@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/2614100574767161>
<https://orcid.org/0000-0001-9745-2860>

Resumo: Este texto apresenta reflexões sobre gênero, violência e racismo, considerando as violências da vida cotidiana, mediadas pela cultura patriarcal, e as violências praticadas pelo Estado, quando faz uso do poder punitivo para exercer o controle de corpos sobre as mulheres, especialmente aquelas marcadas pelas opressões gênero e raça. Para tanto, apresenta dados sobre homicídios praticados contra mulheres e feminicídios, no Brasil, para problematizar

⁴⁷⁰ Autoras convidadas.

a condição de vitimização de mulheres negras como um fenômeno firmado nas bases do racismo estrutural, tão presente na realidade sócio-histórica brasileira. Defende, então, uma aproximação teórica entre os estudos sobre as violências contra as mulheres e os pressupostos das criminologias feministas, notadamente a partir das relevantes contribuições do feminismo negro.

Palavras-chave: violência de gênero; violência contra as mulheres; feminismo, gênero; racismo.

Abstract: This text presents reflections on gender, violence and racism, considering the violence of everyday life, mediated by patriarchal culture, and the violence practiced by the State, when it uses the punitive power to exercise control over bodies over women, especially those marked by oppression of gender and race. To this end, it presents data on homicides committed against women and feminicides, in Brazil, to problematize the condition of victimization of black women as a phenomenon established on the basis of structural racism, so present in the Brazilian socio-historical reality. It defends, then, a theoretical approximation between the studies on violence against women and the assumptions of feminist criminologies, notably from the relevant contributions of black feminism.

Keywords: gender violence; violence against women; feminism, gender; racism.

INTRODUÇÃO

A relação entre gênero, violência e racismo nem sempre foi reconhecida como fundamental para compreender as muitas formas de violência, real ou simbólica, contra as mulheres no Brasil. O esforço para se analisar o grave problema social da violência de gênero a partir de elementos que ultrapassem a exclusividade das opressões de gênero é um movimento paulatino, firmado nas bases dos movimentos feministas negros, num campo de tensionamentos teóricos acerca dos silêncios e da invisibilidade da condição das mulheres negras, cujas realidades são ofuscadas por perspectivas feministas universalizantes.

Por isso, pensar a violência de gênero com amparo em referenciais teóricos androcêntricos das Ciências Sociais e do Direito não é suficiente. É preciso ir além, para encontrar respaldo nas muitas experiências dos sujeitos históricos e nas opressões que definem seus lugares na história. Tratar da questão racial relacionada às questões de gênero significa também tirar da invisibilidade as mulheres negras nos estudos sobre gênero e feminismo, dando voz e protagonismo a estudos teóricos que abordem a especificidade racial.

Para as criminologias, que se amparam, entre outros, nos estudos sociológicos, o desafio é imenso: aproximar-se do feminismo – num movimento que, em realidade, vem dos feminismos até a criminologia – para reivindicar caminhos epistemológicos que ultrapassem teorias androcêntricas, de modo a contemplar os sujeitos históricos e as opressões que estão nas bases das mais diversas formas de violência e, sobretudo, na violência contra as mulheres, que tende a vitimizar, em sua maioria, mulheres negras.

Nesse sentido, os dados sobre homicídios praticados contra mulheres e feminicídios, no Brasil, são tomados, nestas reflexões, como referência inicial para problematizar a condição de vitimização de mulheres negras como um fenômeno firmado nas bases do racismo estrutural, tão presente na realidade sócio-histórica brasileira.

No entanto, é possível identificar, no agir legiferante estatal, caminhos trilhados para o controle de corpos de mulheres que levam à estigmatização, mais fortemente, as mulheres negras, como no caso do aborto, prática muito recorrente entre mulheres subalternizadas pelas opressões étnico-raciais, diante do desamparo do Estado.

Assim, este texto vem como uma proposta de pensar gênero, violência e racismo num duplo viés: das violências da vida cotidiana, mediada pela cultura patriarcal, até as violências praticadas pelo próprio Estado, quando faz uso do poder punitivo para exercer o controle de corpos sobre as mulheres, especialmente aquelas marcadas pelas opressões gênero e raça.

1. CONTEXTUALIZANDO A VIOLÊNCIA FEMINICIDA NO BRASIL

A violência contra as mulheres, no Brasil, é uma das expressões da violência de gênero firmada nas bases históricas do país, verdadeiro produto das relações de poder típicas das sociedades patriarcais, nas quais gênero, raça e classe figuram como opressões indissociáveis.

Dados da OMS (Organização Mundial da Saúde) sobre homicídios praticados contra mulheres e feminicídios, no Brasil, apontam que nosso país ocupa, atualmente, o quinto lugar no *ranking* mundial dos países com os maiores índices desse tipo de violência de gênero. O avanço da violência feminicida, porém, ocorre mesmo diante de construções legislativas voltadas para a proteção das mulheres, como a Lei 11.340/06 – conhecida como Lei Maria da Penha – e a Lei 13.104/15, a Lei do Feminicídio. Isso se dá porque a matriz da violência de gênero firma-se no campo da cultura patriarcal, de modo a não ser minimizada pela tipificação criminal.

No que concerne à violência de gênero, a exemplo da Lei Maria da Penha, frise-se, as legislações de amparo e proteção às mulheres não são, em sua essência, apenas legislações com o fim de punir. Antes da punição, fornecem uma série de medidas protetivas,

dentro do processo, e outras, de natureza educativa e assistencial, com a finalidade também de prevenir esses tipos de violência. Tais medidas dependem, essencialmente, de amparo estatal, como as campanhas educativas em meios de comunicação, a construção de delegacias especializadas e de centros de apoio e amparo às vítimas, com toda uma estrutura que possa fornecer atendimento adequado para as mulheres, casas abrigo, entre outros mecanismos essenciais. Isso não significa cair em uma visão exclusivamente assistencialista, colocando os recursos disponibilizados pelo Estado como a chave ou a solução para as questões de gênero, mas de entender que são medidas preventivas importantes e que devem vir antes do aparato exclusivamente sancionador do Estado, seja para a violência de um modo geral, seja para a violência dirigida para as mulheres.

Embora mulheres de todas as classes sociais e de todas as raças e etnias sejam vitimadas pela violência feminicida, os dados evidenciam maior predominância de vitimização de mulheres negras, o que impõe reflexões em torno das assimetrias raciais, determinantes para compreender a vitimização de negras e negros. Esse caminho epistêmico é fundamental na interface dos estudos sobre violência e especialmente num país como o Brasil, no qual 52% da população feminina se declara negra e, dentro dessa cifra, 70,7% estão na região Nordeste (IPEA, 2016).

A população feminina negra é a que mais morre vítima da violência de gênero no Brasil: quase 2/3 das mortes de mulheres no Brasil são de mulheres negras, com a região Nordeste apresentando a maior proporção, em torno de 87%, segundo o IPEA (2016). Portanto, investigar as questões que permeiam a violência feminicida, significa também romper com a lógica de manutenção das assimetrias raciais (FLAUZINA, 2013).

A pesquisa nacional promovida pelo IPEA sobre mortalidade feminina no Brasil, entre os períodos de 2011 e 2013, demonstra que as taxas de mortalidade de mulheres negras apresentam uma tendência geral de aumento, enquanto se observa uma pequena redução desses mesmos índices entre mulheres brancas. Dados revelam

também que a maior parte das mulheres que buscaram auxílio no Ligue 180, em 2013, eram, em sua grande maioria, negras, representando quase 60% desse universo (IPEA, 2016). Portanto, é possível dizer que há uma vitimização seletiva no país, por cor e idade das vítimas (PASSOS, 2016).

No entanto, a violência que vitimiza mais recorrentemente mulheres negras não está dissociada das violências estruturais que marcam o Brasil, sobretudo o racismo, opressão que deve ser pensada a partir de uma perspectiva política ampla, e não apenas em sua dimensão intersubjetiva singular. Por isso, para uma melhor compreensão das bases da violência feminicida contra as mulheres, é preciso refletir sobre dados sociais que revelam outras dimensões das opressões, especialmente as condições de vida das mulheres negras.

Os dados sobre índices populacionais colaboram que se tenha uma melhor percepção acerca da situação de vulnerabilidade da população negra brasileira. As mulheres negras apresentam índices de alfabetização inferiores ao de mulheres brancas e são elas as que desempenham, predominantemente, o trabalho doméstico remunerado (BRASIL, 2015).

Há um claro recorte de gênero e de cor ou raça no trabalho doméstico remunerado, uma das ocupações em que são mais significativas as desigualdades que afetam as mulheres negras. Em 2012, de um total de mais de 6 milhões de pessoas de 16 anos ou mais de idade ocupadas no trabalho doméstico, mais de 92% eram mulheres. Deste total, 63,4% eram negras. (...) Em 2012, quanto mais elevado o nível de ensino, maior era a desigualdade entre mulheres brancas e mulheres negras, de um lado, e entre homens brancos e negros. Assim, 24,6% das mulheres brancas e 19,7% dos homens brancos

de 18 a 24 anos frequentavam o ensino superior, enquanto somente 11,6% das mulheres negras e 7,7% dos homens negros nessa faixa etária o faziam (PASSOS, 2016, p. 55).

As violências contra as mulheres negras também se manifestam nos índices de saúde, especialmente nas taxas de morte materna no SUS. Segundo o RASEM (Relatório Anual Socioeconômico da Mulher) somente em 2012, as mulheres negras correspondiam a 60% das mortes durante a gravidez e o puerpério (BRASIL, 2015). Tratar sobre índices de mortalidade materna também significa tratar sobre a questão do aborto no Brasil, quem são as mulheres que abortam e como esse tema, em específico, se constitui também em uma forma de violência contra as mulheres.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL COMO FORMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO PROMOVIDA PELO ESTADO

A Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) é uma referência nacional sobre dados estatísticos referentes a abortos no Brasil. Segundo dados da PNA, apenas no ano de 2015, cerca de 503 (quinhentas e três) mil mulheres abortaram no país. A amostra representativa da pesquisa é constituída por mulheres entre 18 e 39 anos de idade, alfabetizadas, e de áreas urbanas, um perfil que representa, em média, 83% da população feminina brasileira nessa faixa etária. Segundo a pesquisa, é bem provável que as taxas de aborto sejam ainda maiores entre as mulheres analfabetas.

A pesquisa revela que o aborto é um evento bastante frequente na vidas das mulheres brasileiras, e que, mesmo com a proibição estatal e a criminalização pelo Código Penal Brasileiro, em média uma a cada cinco mulheres, aos 40 (quarenta) anos de idade, já abortaram pelo menos uma vez na vida (DINIZ, MEDEIRO E MADEIRO, 2017).

É importante ressaltar que, por conta da criminalização, existem muitas dificuldades nas pesquisas sobre o tema do aborto,

já que as mulheres possuem muito receio de falar sobre o assunto, o que significa que os dados provavelmente são muito maiores que verificados (DINIZ, MEDEIRO E MADEIRO, 2017).

A criminalização do aborto, no Brasil, tomada como uma forma de reprodução da violência patriarcal contra as mulheres, expressa fortemente o aspecto do controle exercido sobre os corpos femininos, a partir das práticas punitivas estatais, como um *continuum* do controle familiar através da lei penal, em uma interação sistemática que demonstra a violência de gênero como uma relação de poder e controle entre os sujeitos em sua relação com o Estado, como bem destaca Foucault.

(...) Do Estado à família, do príncipe ao pai, do tribunal a quinquilharia das punições cotidianas, das instâncias da dominação social às estruturas constitutivas do próprio sujeito, encontrar-se-ia, em escalas diferentes apenas, uma forma geral de poder. Essa forma é o direito, com o jogo entre o lícito e o ilícito, a transgressão e o castigo. Que se lhe empreste a forma do príncipe que formula o direito, do pai que proíbe, do censor que faz calar, do mestre que diz a lei, de qualquer modo se esquematiza o poder sob uma forma jurídica e se definem seus efeitos como obediência. Em face de um poder, que é a lei, o sujeito que é constituído como sujeito – que é sujeitado – é aquele que obedece (FOUCAULTU, 2003, p. 82).

A criminalização do aborto, portanto, é um aspecto particularmente importante de se observar, porque os dados apontam para o fato de que, mesmo com uma sanção estatal, as mulheres continuam abortando e, mais do que isso, que o aborto é um evento reprodutivo comum na vida das mulheres (DINIZ, MEDEIRO E MA-

DEIRO, 2017), o que demonstra que, na prática, a criminalização do aborto não cumpre nenhuma das funções às quais se propõe.

Embora a pesquisa registre que as mulheres que abortam pertencem às mais variadas classes sociais, destaca que as mulheres negras, pardas e indígenas, com baixa escolaridade e renda, estão entre aquelas que praticam esse evento reprodutivo com maior frequência.

Contrário aos estereótipos, a mulher que aborta é uma mulher comum. O aborto é frequente na juventude, mas também ocorre com muita frequência entre adultas jovens. Essas mulheres já são ou se tornarão mães, esposas e trabalhadoras em todas as regiões do Brasil, todas as classes sociais, todos os grupos raciais, todos os níveis educacionais e pertencerão a todas as grandes religiões do país. Isto não quer dizer, porém, que o aborto ocorra de forma homogênea em todos os grupos sociais. Há diferenças que merecem atenção de análises adicionais, em particular as maiores taxas entre mulheres de baixa escolaridade e renda, pretas, pardas e indígenas, além das expressivas diferenças regionais. (...) Considerando que grande parte dos abortos é ilegal e, portanto, feito fora das condições plenas de atenção e saúde, essas magnitudes colocam, indiscutivelmente, o aborto como um dos maiores problemas de saúde pública do Brasil. O Estado, porém, é negligente a respeito, sequer enuncia a questão em seus desenhos de política e não toma medidas claras para o enfrentamento do problema (DINIZ, MEDEIRO E MADEIRO, 2017).

Aqui, portanto, as relações de poder do Estado se expressam de forma mais categórica sobre as vidas das mulheres e mais ainda

sobre as vidas das mulheres negras e todas as representações sociais construídas em torno dos corpos negros. Além disso, a criminalização do aborto é baseada em concepções moralistas que contribuem para variados processos de estigmatização de mulheres, o que impede que a questão do aborto seja vista como um problema grave de saúde pública, permanecendo, portanto, na esfera da punitividade estatal.

O Estado, nesse caso, não busca a garantia de proteção aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, com vistas ao bem-estar e à felicidade; ao contrário, atua de forma a manter as assimetrias sociais e raciais através do controle que exerce sobre corpos femininos. Trata-se de um Estado que parece ser um “regulador dos interesses de cada um e não mais como princípio ao mesmo tempo transcendente e sintético da felicidade de cada um, a ser transformada em felicidade de todos”, como bem assinala Michel Foucault ao tratar do Estado (FOUCAULT, 2008, p. 446).

É possível, portanto, compreender a criminalização do aborto não apenas como mais uma prática de violência contra as mulheres, mas também como uma prática de controle dos corpos femininos que se perpetua, dessa vez, através da força punitiva do Estado. Na criminalização do aborto, não há qualquer ruptura ou mesmo qualquer preocupação real com a proteção da vida das mulheres, mas sim uma interação e um *continuum* entre o controle informal e formal das relações culturais e sociais que discriminam as mulheres.

Ou seja, o problema de saúde pública chama a atenção não só por sua magnitude, mas também por sua persistência. As políticas brasileiras, inclusive as de saúde, tratam o aborto sob uma perspectiva religiosa e moral e respondem à questão com a criminalização e a repressão policial. A julgar pela persistência da alta magnitude, e pelo fato do aborto ser comum em mulheres de todos os grupos sociais, a resposta

fundamentada na criminalização e repressão tem se mostrado não apenas inefetiva, mas nociva. Não reduz nem cuida: por um lado, não é capaz de diminuir o número de abortos e, por outro, impede que mulheres busquem o acompanhamento e a informação de saúde necessários para que seja realizado de forma segura ou para planejar sua vida reprodutiva a fim de evitar um segundo evento desse tipo (DINIZ, MEDEIRO E MADEIRO, 2017).

No caso do aborto, a questão racial ganha contornos específicos. É importante, porém, se distanciar de uma visão que estabeleça de forma mecanicista superficial as relações que reproduzam o que se denomina de criminalização da pobreza. Os dados devem ser considerados para se analisar como se estabelecem, no Brasil, as desigualdades sociais e étnico-raciais relacionadas à população negra e enfrentar objetivamente a questão, compreendendo o processo histórico que se desenvolve em torno desta temática e identificar como se constroem os mecanismos de opressão entre gênero, raça e classe. Assim é possível identificar a estrutura patriarcal de família e o preço dessa herança para as mulheres negras, não apenas durante a escravidão (NASCIMENTO, 2017, p. 93), mas até os dias de hoje, em que essa apropriação de corpos perdura sob as mais diversas formas de violência contra a mulher, inclusive a que se exerce por meio do poder punitivo do Estado, com a criminalização do aborto.

3. APROXIMAÇÕES ENTRE PERSPECTIVAS TEÓRICAS E A REALIDADE DOS DADOS SOBRE FEMINICÍDIO NO BRASIL

A abordar a violência de gênero, a partir da análise dos dados sobre violência feminicida contra as mulheres e da criminalização do aborto como uma forma de violência institucionalizada pelo Estado, para reconhecer que esses processos de violência tendem

a vitimizar mais fortemente as mulheres negras, o objetivo foi demonstrar que há uma relação simbólica e histórica entre racismo e violência e que isso também se reproduz na violência contra as mulheres.

A leitura da realidade sócio-histórica das opressões patriarcais, que determinam os rumos das práticas sociais e da atuação do Estado no exercício do seu poder punitivo, aqui, se faz a partir de referenciais criminológicos feministas, como propõem Soraia da Rosa Mendes (2014) e Carmem Hein de Campos (2016).

A defesa de uma criminologia feminista parte de pressupostos epistemológicos, de modo a construir vias de produção de conhecimento, nos muitos campos da criminologia, que se aproximem da realidade concreta de mulheres, na sua pluralidade e diversidade. Nesse sentido, dialoga com todas as expressões do feminismo, sobretudo o feminismo negro, para demonstrar a necessidade de ruptura com a ideia unívoca de mulher, prática que sempre caminhou no sentido de ofuscar mulheres vulnerabilizadas pelas opressões étnico-raciais, aliadas outras tantas práticas opressoras que se somam a favorecer violências reais e simbólicas.

Racismo e patriarcado interagem desde sempre na vida das mulheres brasileiras, mas com um diferencial: o de que é necessário compreender que os estereótipos clássicos atribuídos às mulheres pelo sistema patriarcal, como fragilidade, emotividade, passividade, entre outros que poderíamos expressar aqui, não se apresenta historicamente da mesma maneira na vida das mulheres. Isso porque, por muito tempo, as mulheres negras eram vistas, não menos do que os homens, como unidades de trabalho lucrativas, sendo que para os proprietários de escravos, elas poderiam ser desprovidas de gênero, ao mesmo tempo em que sofriam os abusos destinados às mulheres dentro de uma sociedade patriarcal, quando eram vítimas de abusos sexuais e outros maus tratos bárbaros que só poderiam ser infligidos a elas (DAVIS, 2016, p. 17).

Portanto, na violência contra as mulheres negras, as duas formas de dominação e de poder, com suas características econômicas e

sociais, aparecem imbrincadas, o que se torna visível quando se analisa as condições de vida da população feminina negra no Brasil. Nesse sentido, o pensamento de Sueli Carneiro (2011) fornece elementos epistemológicos fundamentais para que se pense, em perspectivas criminológicas feministas, sobre os muitos caminhos pelos quais opressões raciais formam as bases das muitas violências vivenciadas por mulheres negras no Brasil, não apenas quando praticadas por outras pessoas, mas também pelo Estado, ao criminalizar condutas como o aborto e desenvolver políticas criminais que se voltam para classes subalternizadas – a exemplo da política de drogas –, levando ao encarceramento em massa de mulheres negras.

Assim, os estudos sobre as disparidades e assimetrias raciais que permeiam as diversas formas de violência contra a população negra, assim como suas especificidades no que concerne ao gênero, proporcionam discussões sobre formas de dominação que se manifestam nas sociedades, especialmente sociedades capitalistas. Portanto, raça não é aqui tratada como uma concepção biológica, mas como uma construção histórica, social, política e cultural, produzida nas relações sociais e de poder, que determinam práticas sociais racializadas e racistas. Essa perspectiva permite, portanto, compreender como ocorre o cruzamento entre as práticas sociais violentas e a raça/cor assim como o entrecruzamento entre gênero e raça/cor como potencializadores das violências sofridas pelas mulheres negras na sociedade brasileira. Como a raça também é um marcador social, é possível compreender que as mulheres negras são colocadas em uma situação duplamente diferenciada na ordem da subordinação de gênero, asseverando sua vitimização (PASSOS, 2016, p. 49).

Nesse sentido, ao se discutir as formas de violência e suas especificidades, através das mais variadas teorias, é preciso buscar um equilíbrio entre uma consolidada análise teórica e as bases empíricas como desafio às ciências sociais, no intuito de entender a constante evolução pela qual passam estudos que envolvem violência e criminalidade (JÚNIOR, 2014).

Pesquisas sobre violência contra as mulheres são sempre desafiadoras, especialmente quando realizadas numa perspectiva feminista, que coloca, para quem pesquisa, as mais variadas formas teóricas e políticas, com as quais deve se alinhar ou se contrapor para localizar aquelas que, necessariamente, serão referências para análises que melhor atendam aos sujeitos históricos, ora com um viés macrossociológico, ora com perspectivas mais microsociológica. Além disso, é preciso um exercício hermenêutico cuidadoso para se encontrar o equilíbrio entre essas diferentes teorias. Nesse sentido é que se deve compreender as especificidades das questões relacionadas ao gênero e racismo. Por isso, para que se possa compreender as violências feminicidas sofridas por mulheres e a gravidade da vitimização mais expressiva de mulheres negras, não é suficiente que a abordagem seja de gênero e atenta às desigualdades raciais: é fundamental que seja feminista e antirracista.

Luíz Flávio Sapori e Glaucio Ary Dillon Soares, na obra “Porque cresce a violência no Brasil?”, ao explicitar que a vitimização homicida no país é fundamentalmente masculina, diz que “as vítimas do gênero feminino tem se mantido constante nos últimos anos” (SAPORI E SOARES, 2014, p. 16). É certo que a vitimização na violência seja predominantemente masculina. No entanto, a vitimização feminina, embora não seja superior no número total de homicídios no país, não se manteve constante. Segundo o IPEA, essa vitimização cresceu no último período, tendo diminuído levemente apenas durante o ano de 2006 (dois mil e seis) com o advento da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, mais do que isso, a pesquisa realizada pelo IPEA alertava, tanto para uma grande vitimização das mulheres negras, como para o pouco impacto da Lei Maria da Penha, afirmando que a incidência dos feminicídios avançou desde 2006 (dois mil e seis) (GARCIA, FREITAS, SILVA E HOFELMANN, 2013). Portanto, é equivocada a interpretação de que as vítimas se mantiveram constantes, nem em números, nem a proporção entre mulheres negras e mulheres brancas vitimadas fatalmente.

A expressão máxima da violência contra a mulher é o óbito. As mortes de mulheres decorrentes de conflitos de gênero, ou seja, pelo fato de serem mulheres, são denominados feminicídios ou femicídios. Estes crimes são geralmente perpetrados por homens, principalmente parceiros ou ex-parceiros, e decorrem de situações de abusos no domicílio, ameaças ou intimidação, violência sexual, ou situações nas quais a mulher tem menos poder ou menos recursos do que o homem. (...) Estudo do Ipea avaliou o impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões, por meio de estudo de séries temporais. Constatou-se que não houve impacto, ou seja, não houve redução das taxas anuais de mortalidade, comparando-se os períodos antes e depois da vigência da Lei (...) Nos 30 anos decorridos entre 1980 e 2010 foram assassinadas no país acima de 92 mil mulheres, 43,7 mil só na última década. A violência contra a mulher é significativamente expressiva no Brasil, mesmo após o advento da Lei Maria da Penha, uma vez que os registros de homicídio e agressão têm aumentado nos últimos anos. O decréscimo nas taxas de homicídio no ano de aplicação da Lei Maria da Penha e o subsequente aumento dessas mesmas taxas nos anos seguintes indica que as políticas atuais necessitam de constante avaliação para a efetiva redução do quadro de violação dos direitos das mulheres (GARCIA, FREITAS, SILVA E HOFELMANN, 2013).

Assim, embora a vitimização masculina seja maior com relação à violência, é preciso demarcar que os dados de violência femi-

nicida não se mantiveram constantes. Ao contrário, cresceram significativamente, mesmo com todo um aparato legislativo sancionador estabelecido pelo Estado, o que faz evidenciar que a contenção da violência contra as mulheres, assim como também outros tipos específicos de violência que atingem a população, especialmente a população negra, não pode ter como única solução um aparato policial e jurídico, mas também todo um conjunto de medidas estruturais que caminhem no sentido de proporcionar a igualdade de gênero e raciais, numa quebra de paradigmas historicamente postos.

Quando se problematiza a importância das políticas públicas destinadas às mulheres para o enfrentamento a violência de gênero, é preciso compreender que as medidas para o enfrentamento à violência contra as mulheres estão totalmente subordinadas à efetivação de políticas que requerem uma presença expressiva do Estado a buscar caminhos de concretização da igualdade. Portanto, o aumento constante da violência de gênero, e, em contrapartida, a ausência do Estado nas políticas sociais, em um contexto neoliberal, é um fator que, inevitavelmente, colabora para uma maior vulnerabilidade social das mulheres diante da violência de gênero.

Assim, uma visão estatal com o ideal de uma economia neoliberal, que prega a ausência do Estado, possui sérias consequências para os setores oprimidos e em situação de vulnerabilidade social, sobretudo quando as subalternidades de gênero e de raça se somam. Afinal, um discurso que esvazie totalmente o Estado de suas funções nas concepções neoliberais, não é um fim em si mesmo, mas tem também suas repercussões, embora não possa ser considerado como um fator exclusivo, único ou mesmo determinante para violência.

Embora a liberdade pessoal e individual no mercado seja garantida, cada indivíduo é julgado responsável por suas próprias ações e por seu próprio bem estar, do mesmo modo como deve responder por eles. Esse princípio é aplicado aos

domínios do bem-estar social, da educação, da assistência a saúde e até os regimes previdenciários (a seguridade social foi privatizada no Chile e na Eslováquia, e há propostas nesse sentido nos Estados Unidos). O sucesso e o fracasso individual são interpretados em termos de virtudes empreendedoras ou de falhas pessoais (como não investir o suficiente em seu próprio capital humano por meio da educação), em vez de atribuídos a alguma propriedade sistêmica (como as exclusões de classe que se costumam atribuir ao capitalismo) (HARVEY, 2014, 76).

Num país como o Brasil, com uma população carcerária majoritariamente negra, incluindo as mulheres, medidas exclusivamente punitivas não contribuiriam para a redução da violência de gênero, mas apenas reforçariam o encarceramento no Brasil, que figura entre os países com a maior população carcerária do mundo. Aqui, tenta-se demonstrar que as medidas para a redução da violência, mesmo as de gênero, afetam especialmente a população negra no Brasil, e que as questões relacionadas à raça precisam ser pensadas em diversas perspectivas. Não se afirma com isso que o aparato punitivo do Estado não deve ser utilizado como mecanismo de responsabilização diante da prática de atos de violência contra as mulheres. No entanto, é preciso reconhecer que a punição não pode ser a primeira nem a única medida e ser adotada para coibir, estruturalmente, essa expressão da violência fincada na cultura patriarcal.

A discussão sobre as mais variadas formas de opressão ao longo da história implica também reflexões sobre poder e violências simbólicas, na perspectiva do sociólogo Pierre Bourdieu, em diálogo com o pensamento feminista. Bourdieu nomina os mecanismos sociais das relações de poder entre os sexos de “des-historicização do feminino e eternização do arbitrário” (BOURDIEU, 2005, p. 45). A partir de uma reflexão sobre poder simbólico também presente

nas relações entre os gêneros, Bourdieu apresenta uma postura que coloca em questão as relações entre os sexos e que, assim como outras/os antes dele, expõe que as relações entre os sexos são frutos de uma construção social dos sujeitos, no contexto da sua noção de *habitus*, ou seja, do conjunto das mais diversas disposições que se reproduzem ao longo do tempo.

A dominação masculina encontra, assim, reunidas todas as condições de seu pleno exercício. A primazia universalmente concedida aos homens se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, que confere aos homens a melhor parte, bem como nos esquemas imanentes todos os *habitus*: moldados por tais condições, portanto objetivamente concordes, eles funcionam como matrizes das percepções, dos pensamentos e das ações de todos os membros da sociedade, como transcendentais históricos que, sendo universalmente partilhados, impõe-se a cada agente como transcendentais. Por conseguinte, a representação androcêntrica da reprodução biológica e da reprodução social (BOURDIEU, 2005, p. 45).

Aqui, portanto, trata-se também de romper com a lógica do discurso androcêntrico nas ciências, um movimento que, inevitavelmente, como estabelece Bourdieu, é também um movimento marcadamente político a proporcionar às mulheres um espaço de ação coletiva de resistência, o que é ainda mais significativo para as questões de gênero e racismo. Nesse sentido, Bourdieu fala sobre ação política das mulheres (BOURDIEU, 2005).

Outra perspectiva teórica relevante e que se relaciona também com as questões das violências fundadas nas opressões de gênero e no racismo são os estudos de Erving Goffman (2012) sobre o estigma. Aqui é particularmente importante notar que Goffman, mesmo não tratando diretamente das questões referentes ao racismo e às opressões de gênero, procurou também se distanciar tanto de explicações exclusivamente macrosociológicas quanto de teorias psicopatologizantes para falar sobre as posições dos sujeitos nas sociedades, com um deslocamento importante também para o plano simbólico. Assim, ele designa o estigma como um atributo profundamente depreciativo, destacando a relação entre atributo e estereótipo (GOFFMAN, 2012, p. 13).

Uma aproximação das perspectivas feministas com Goffman permite afirmar que os processos de socialização das mulheres são também fatores de estigmatização, que favorecem as desigualdades, inclusive entre as próprias mulheres, seja no espaço privado ou nos espaços públicos (RODRIGUES; ANCHIETA, 2016). A forma como as mulheres são educadas, dentro de um padrão esperado e estabelecido, no contexto das sociedades patriarcais, contribui para desenvolver “a estereotipia ou o perfil de nossas expectativas normativas em relação à conduta e ao caráter” (GOFFMAN, 2012, p. 61). Assim, a ideia goffmaniana de estigma muito pode acrescentar ao debate, mas deve ser compreendida como ferramenta teórica para interpretar as violências contra as mulheres, em diálogo com as teorias feministas, sobretudo as contribuições do feminismo negro, cujas epistemologias mais fortemente se aproximam das experiências concretas das mulheres violentadas pelo racismo que demarca as culturas patriarcais.

Também a proposta teórica de Howard Becker (2018) consiste em importante contribuição para pensar desigualdades sociais que estão nas bases do racismo, em diálogo com o pensamento criminológico feminista. Becker, ao analisar grupos específicos, diante de uma determinada regra social ou de regras estipuladas pelos grupos, trabalha com as ideias de etiquetamento social e de

estigmatização. Chamando de *outsider* aquele ou aquela que se desvia das regras de um determinado grupo social, trazendo à tona as ideias estabelecidas dentro de grupos sociais que são, de acordo com o autor, mantidas vivas por meio de tentativas de imposição (BECKER, 2008, p. 17). As reflexões de Becker e de outros autores da escola de Chicago que desenvolvem e analisam o etiquetamento e a estigmatização são fundamentais para o desenvolvimento de outras concepções teóricas, como a vertente criminológica crítica que, a despeito de se desenvolver a partir das concepções trazidas pelo marxismo com o materialismo histórico e dialético, utilizar as concepções de etiquetamento social desenvolvidas por Becker na escola de Chicago.

É mais difícil na prática do que parecer ser na teoria especificar o que é funcional e o que é disfuncional para uma sociedade ou um grupo social. A questão de qual é o objeto ou meta (função) de um grupo – e, conseqüentemente, de que coisas vão ajudar ou atrapalhar a realização desse objetivo – é muitas vezes política (BECKER, 2008, p. 20).

No que concerne às questões relacionadas ao gênero, embora Becker não trate em suas obras e em suas pesquisas dos meandros específicos da dominação patriarcal e do poder simbólico imbricados nesta questão, é possível verificar como as mulheres são etiquetadas e estigmatizadas por se comportarem fora dos padrões estabelecidos pelas normas sociais de conduta e seus grupos sociais.

Becker, Goffman e Bourdieu são autores que firmaram conceitos importantes para a compreensão de diversos fenômenos sociais oriundos de práticas históricas de violência e opressão, real ou simbólica. Para que suas perspectivas teóricas, no entanto, possam ser utilizadas como ferramentas de compreensão das violências contra as mulheres no Brasil, fundadas nas opressões de gênero e raça, é

fundamental uma aproximação com as perspectivas criminológicas feministas, especialmente o feminismo negro brasileiro, atento às questões sócio-históricas que estão nas matrizes das desigualdades e, portanto, nas opressões de gênero e de raça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo tratou sobre a complexa relação entre gênero, violência e racismo, apontando reflexões em torno das violências praticadas contra as mulheres no Brasil, a partir perspectivas feministas e antirracistas.

Por meio da análise dos dados sobre violência contra as mulheres no Brasil, assim como outros dados específicos sobre a situação da população negra – especialmente as mulheres negras –, buscou-se evidenciar que o tema da violência de gênero possui aspectos específicos que não podem ser ignorados nas análises sobre violência. Afinal, a violência de gênero é um tipo específico de violência que só pode ser analisado a partir de concepções que coloquem o gênero como centro da questão. A categoria “gênero” é, portanto, absolutamente necessária para recuperar a história feminina e situar-se como fator elementar no desenvolvimento humano, ainda mais para o desenvolvimento das mulheres.

No entanto, quando os dados evidenciam que a vitimização é demarcada por raça/cor, a necessidade de aproximar as desigualdades de gênero às opressões racistas se impõem, sem que uma preceda a outra. Através de uma análise imbricada entre opressões gênero e racismo, tentou-se demonstrar que a violência praticada contra mulheres negras apresenta fatores históricos e sociais que, ainda hoje, apresentam conseqüências para a população negra e que são evidenciadas nos dados sobre as condições de vida das mulheres negras. As exclusões social e econômica às quais foram submetidas a população negra no Brasil são fatores que não podem ser ignorados nas análises. Parte-se, portanto, não de uma concepção biológica de raça, mas de uma análise histórica, social e política,

de uma cultura de opressões patriarcais enraizadas nas sociedades, que acabam em práticas de reprodução racistas.

A defesa de aproximações teóricas, por meio de perspectivas epistemológicas feministas que estão nas bases das criminologias feministas e do feminismo negro, para dialogar com teorias sociológicas que firmaram conceitos como *habitus*, estigma, etiquetamento, aparece como caminho crítico importante para se pensar diversas formas de violência, desde que fincada na historicidade das práticas opressoras muito típicas das realidades brasileiras. Para tanto, o protagonismo dos estudos étnicos-raciais sobre o Brasil, especialmente nos olhares plurais do feminismo negro, é imprescindível.

Por isso, é importante compreender que as mais diversas perspectivas teóricas são importantes, em sua pluralidade, mas apenas servem como instrumentos analíticos se passarem por um exercício hermenêutico que aproxime as teorias da realidade social de mulheres vitimadas pela violência de gênero que, no Brasil, também é violência fincada nas matrizes do racismo estrutural.

REFERÊNCIAS

- BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 17.
- BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: 4º Ed. Editora Bertrand BRASIL, 2005. Prefácio à edição alemã.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria de políticas para as mulheres. *Relatório Anual Socioeconômico da mulher*. 1º Impressão. Brasília: Secretaria de políticas para as mulheres, março de 2015.
- CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista: teoria feminista e críticas às criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CARNEIRO, SUELAINÉ. *Mulheres negras e violência doméstica: decodificando os números*. São Paulo: Gelédes Instituto da Mulher Negra, 2017.
- CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. 1º ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.
- DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. *Ciênc. saúde coletiva*, 2017, vol.22, n.2, pp.653-660. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>.
- 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. Disponível em: repositorio.unb.br/handle/104882/5117.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GARCIA, Leila Posenato; FREITAS, Lúcia Rolim Santana de; SILVA, Gabriela Drummond Marques da; Hofelmann, Doroteia Aparecida. *Violência contra a mulher: Femicídios no Brasil*. IPEA- Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada, 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4º ed. – Rio de Janeiro: LTC, 2012.

HARVEY, DAVID. *O neoliberalismo: história e implicações*. Tradução Adail Sobral, Maria Stela Gonçalves. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada, Brasília. *Mortalidade de Mulheres por agressões no Brasil: perfil e estimativas corrigidas (2011-2013)*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27250

JUNIOR, José Maria Pereira da Nóbrega. *Teorias do crime e da violência: Uma revisão da literatura*. Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais - BIB, São Paulo, n. 77, 1º semestre de 2014. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-77>.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 2º ed. - São Paulo: Perspectiva, 2017.

PASSOS, Joana Célia dos; ROSA, Stela; *Violências de gênero e racismo*. In: *Gênero e violências: diálogos interdisciplinares*/ Ana Maria Veiga, Tereza Kleba Lisboa e Cristina Scheibe Wolff (organizadores) - Florianópolis: edições do Bosque/CFH/UFSC, 2016. - (série diversidades).

RODRIGUES, Hebert; ANCHIETA, Isabelle. *A tensa manutenção da relação entre os sexos: um diálogo com Pierre Bourdieu e Erving Goffman*. Revista Pensata, v. 5, n 1, 2016. Disponível em: <http://www2.unifesp.br/revistas/pensata/wp-content/uploads/2011/03/5.2-artigos-RP-7.15-Herbert-Rodrigues.pdf>.

SAPORI, Luís Flávio; SOARES, Gláucio Ary Dillon. *Porque cresce a violência no Brasil?*. Belo Horizonte: Autêntica Editora: Editora PUC Minas, 2014.

WALSELFISZ, Júlio Jacobo. CEBELA - Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos. *Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil*. Flacso Brasil Área de Estudos sobre violência, Coordenação: Julio Jacobo Walselisz, 2015. Disponível em: http://mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php.

Normas de Publicação

Normas determinadas pela coordenação editorial, sujeita à revisão periódica.

1. Regras para submissão

Os trabalhos deverão ser enviados apenas por meio do link <http://www.revistaliberdades.org.br/site/enviarArtigo/enviarArtigo.php>, onde devem ser informados os dados do autor e posteriormente feito o *upload* do artigo. Demais comunicações podem ser enviadas para o e-mail revistaliberdades@ibccrim.org.br

1.1. Condições para submissão

- a) Não é exigida titulação mínima para submissão de artigos ao processo de avaliação.
- b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações;
- c) Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão).
- d) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre

a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

- e) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano;
- f) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

2. Elementos formais obrigatórios

- a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e ORCID.
- b) Todos os trabalhos encaminhados deverão respeitar os limites de páginas estabelecidos: artigos (15 a 40 páginas), contos (até 15 páginas) e resenhas (até 15 páginas).
- c) Como fonte, usar Times New Roman, corpo 12.
- d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano.
- f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).
- g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algaris-

mos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

- h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.
- i) A Revista Liberdades não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.
- j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.
- k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. E-mail.

- l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade

do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45.

Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses.

Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

- Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35) descreve: “O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]”. OU: “Não se mova, faça de conta que está morta.” (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

- Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor

(corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão “Disponível em:” e a data de acesso, precedida da expressão “Acesso em:”. As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.

q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

3. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, resumizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, aos direitos hu-

manos e à infância e juventude, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada.

3.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

- a) **Autoria:** Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas.
- b) **Coautoria:** Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.
- c) **Vedação de Plágio:** Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.
- d) **Vedação de Autoplágio:** Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.
- e) **Responsabilidade:** O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo exposto e preciso.
- f) **Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE):** Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.
- g) **Conflito de interesses:** quando houver possível conflito de inte-

resses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h) Responsabilidade com Dados

- **Fontes:** Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- **Termo de Confidencialidade:** Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
- **Manipulação:** Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

3.2. Responsabilidade editorial

- a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.
- b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.
- c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.
- d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Liberdades, mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

3.3. Política de Privacidade

- a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
- b) A Revista Liberdades adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.
- c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Liberdades, embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.
- d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.
- e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Liberdades, o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

4. Resenhas de livros, resenhas de filmes, contos e entrevistas

- a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas resenhas de livros de interesse jurídico e científico para a linha editorial do periódico. O tamanho do

texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b). A resenha deverá apresentar uma análise crítica sobre a temática, preferencialmente com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico.

- b) Resenhas de filmes: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. As resenhas de filmes devem observar o limite de paginação (Item 2, b) e relacionar-se de maneira crítica com as ciências criminais, os direitos humanos e infância e juventude.
- c) Contos: os contos devem observar o limite de paginação (Item 2, b) e traduzir questões relativas ao mundo das ciências criminais, direitos humanos e infância e juventude.
- d) Entrevistas: serão elaboradas de acordo com critérios discricionários da coordenação.
- e) A avaliação das resenhas e dos contos será realizada pela equipe editorial da Revista Liberdades, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho à política editorial da revista, sem envio à análise cega por pares.

5. Processo de avaliação e publicação

- a) Controle preliminar formal (*desk review*): Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:
 1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Liberdades?
 2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
 3. O trabalho apresenta linguagem adequada e científica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)

4. O trabalho é inédito?
 5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
 6. O artigo utiliza referências bibliográficas atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.
- c) No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.
- d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico.
- e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

6. Direitos autorais

- a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

Por se tratar de periódico de acesso aberto, permite-se o uso gratuito dos artigos em aplicações educacionais e científicas desde que citada a fonte.

- b) É autorizado, sem restrições, o arquivamento do PDF final publicado, em qualquer servidor de acesso aberto, indexador, repositório ou site pessoal, como Academia.edu e *ResearchGate*.

7. Revisão, diagramação e publicação

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM.

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório des-

de 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Liberdades adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser “meras correções ortográficas”. Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

8. Critérios de espera e preferência para publicação

- a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.
- b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância;
- c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterà preferencialmente entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação;
- d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada;

- e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras;
- f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro;
- g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PRO-EX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).
- h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Liberdades e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.
- i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

8.1 Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Liberdades poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais, aos direitos humanos e à infância e juventude. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares (*double blind peer review*) e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o

percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

8.2 Volumes e dossiês especiais

A Revista Liberdades poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema.

Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares (*double blind peer review*).

Publication Standards

Standards determined by the editorial coordination, subject to periodic review

1. Rules for Submission

The works shall be sent only through the following link: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/enviarArtigo/enviarArtigo.php>, where the author's data must be informed and, afterwards, the article must be uploaded. Other communications can be sent to the e-mail address revistaliberdades@ibccrim.org.br.

1.1. Conditions for submission

- a) There is no minimum degree required for the submission of articles to the evaluation process.
- b) The article must be unpublished in any other scientific journal and/or communication channels. It is worth emphasizing that this shall not be mistaken with originality, as it is allowed that the subject addressed by the article has already been discussed by other authors and/or publications;
- c) It is not considered unpublished the articles that have been: made available on the Internet; published abroad (even in another language); published in annals of scientific events. Articles that consist of reduced versions of masters' or doctoral theses will be considered unpublished, even when published entirely in thesis banks of postgraduate programs and those previously published in annals of scientific events, but that present effective improvements due to discussions and subsequent studies (highlight such modifications to the editorial staff in the submission email).
- d) Translations of articles may also be submitted to the journal re-

view, provided they are accompanied by the authorization of their respective authors and, when necessary, of the journal that holds their publication rights. However, it is up to the Journal Coordination to decide on whether, or not, to publish the article.

- e) Once submitted an article for evaluation, with the purpose to publish it, it is forbidden to simultaneously submit the same article to another journal, under penalty of being unable to submit new works to this journal for a period of one year;
- f) Upon receipt and registration of the article, the journal staff will contact the author to acknowledge receipt and request any missing information.

2. Mandatory formal elements

- a) The articles should be preceded by a page of presentation, which will include: work title, the author's name (or authors' names), qualification (academic status, titles with year of acquisition, institutions to which the author belongs and main activity carried out), CPF number, complete mailing address, telephone, e-mail address, link to the LATTES curriculum and ORCID.
- b) All the submitted works must comply with the established limits of pages: articles (15 to 40 pages), short stories (up to 15 pages) and books and movies reviews (up to 15 pages).
- c) Font should be 12-point Times New Roman.
- d) The paragraphs must be justified. There shall be no paragraph indentation or spacing; the line spacing must be set to 1.5 (one-and-half); the top and bottom margins must be 2.0 cm and the side margins must be 2.5 cm. The paper size of the document shall be A4.
- e) Papers can be written in Portuguese, Spanish, English, French, German or Italian.
- f) Articles must have the following elements in Portuguese and English: título/title; resumo/abstract; palavras-chave/keywords; summary (only in Portuguese or in the article's original language).

- g) The numbering of the summary shall always be in Arabic numerals. The numeration of the items in Roman numerals is prohibited. The summary must feature items with up to three digits. Example:

Summary: 1. Introduction - 2. Environmental liability: legislation: 2.1 Classical standards; 2.2 Innovations: 2.2.1 Ecological damage; 2.2.2 Objective liability. Final considerations. References.

- h) The articles shall contain specific items for the introduction, final considerations (conclusions) and references.
- i) The Liberdades Journal will not complement any element of the works submitted, such as insertion of the summary, abstract or keywords, which will be entirely the responsibility of the author.
- j) The title of the article should not be too long, but must necessarily present the theme and the delimitation of its object in a clear manner.
- k) The qualification/affiliation of the author(s) must comply to the following criteria: start with the academic degree (from the last to the first); if you teach, enter the relevant data, right after the titles; then complete the additional information (if a member of associations or other institutions and its respective state of the federation and the city); end with the function or profession exercised (other than the academia). Refer an e-mail address for contact. Example:
PhD in Civil Procedural Law by PUC-SP. Professor in Civil Procedural Law at the Faculty of Law of USP. Member of the IBDP. Federal Judge in Londrina. E-mail.
- l) The author is requested to inform in a footnote any financing or benefits received from commercial sources (for example, if the article is the result of a contracted legal opinion), and declare that there is no conflict of interests that compromises the scientific nature of the work presented. If the work is the result of research financed by development agencies (disregard scholarships for

scientific initiation, masters and doctoral candidates or resulting from calls for programs such as PROEX, PROAP, PROSUP and similar versions of the state development agencies), this should be informed in a footnote, specifying the call from which the financing came from.

m) References should follow the standard of NBR 6023/2018 (by the Brazilian Association of Technical Standards – ABNT). The complete bibliographic references should only be included in the list of REFERENCES, at the end of the article. Example:

PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45.

Footnotes shall not include complete references, being acceptable the use of the model author/date/page. This same model shall be used in the body of the text, with the information enclosed in parentheses, when the author cites excerpts from other works. Examples: PEREIRA, 2016, p. 45, when in footnotes; and (PEREIRA, 2016, p. 45), when in the body of the text.

n) Words in a foreign language must be italicized. It should never be bolded or underlined.

o) Direct citations (textual transcription of part of the work of a consulted author) in the body of the text must follow the norm NBR 1052 (ABNT/2002), that is:

- Direct quotations of up to three lines must be enclosed in double quotation marks, in the body of the paragraph to which they refer. Example: Barbour (1971, p.35) describes: “The study of the morphology of active lands ...”. OR: “Do not move, pretend you are dead.” (Clark, Bonnin, 1985, p. 72)

- Direct citations of more than three lines should be stressed from the text, with a 4 cm indentation on the left margin, with smaller letter (10-point) than the one used in for the text, single spacing between lines and without quotes.

The teleconference allows the individual to participate in a national or regional meeting without the need to leave their place of origin. Common types of teleconferencing include the use of

television, telephone and computer. Through audio conference, using the local telephone company, an audio signal can be issued in a hall of any size. (NICHOLS, 1993, p.181).

- p) The legislative or jurisprudential references must contain all the necessary data for their proper identification and location. In internet site citations, the link, introduced by the expression “Available in:” and the access date, preceded by the expression “Access in:”, should be indicated. Dates must follow the ABNT universal abbreviation standard. Example: 20 aug. 2012; 15 sep. 2018; 22 feb. 2019 etc.
- q) It is suggested that diagrams, organization charts, tables and graphs be inserted in the text in images, in order to avoid distortions in the subsequent diagramming.

3. Scientificity

The articles should have a scientific character, defining and clarifying one (or more) specific problem, summarizing the previous studies on the subject and informing the readers the state of a particular research area. In addition, the work should seek to identify relations, contradictions, gaps and inconsistencies in the literature and indicate suggestions for solving identified problems.

Preference will be given to articles that present an unprecedented and effective contribution to the criminal sciences, human rights, and childhood and youth studies, based on solid references and/or unpublished empirical research. Thus, the work should be a reliable source for the reader to know the current state of each area on the subject addressed.

3.1 Assumptions of Ethical Integrity in Research

- a) Authorship: All persons who contributed to the research must be indicated.

- b) Co-authoring: the publication of results obtained through collective research, it is necessary to certify the direct and effective intellectual contribution and the consent of all the collaborators. The assignment of financial resources and infrastructure is not an indication of co-authorship.
- c) Prohibition of Plagiarism: When an idea or a formulation used in the work is obviously not of public domain in the area of research in question, it is presumed that this is an original contribution. If this is not the case, the idea or wording should be expressly credited, under penalty of plagiarism.
- d) Prohibition of self-plagiarism: When identical or substantially similar work has been published in another communication vehicle, even in another language, this fact must be expressly stated in the text and informed to the editor at the time of submission. The lack of express mention of this fact will characterize the self-plagiarism.
- e) Responsibility: The author or, where applicable, each author, is responsible for the quality of the work as a whole, unless the limits of its contribution are indicated expressly and precisely.
- f) Term of free and informed consent (TFIC): Whenever, by virtue of the object or other research circumstances, it is possible to identify the interviewees, it will be required to present the TFIC of the interviewees who could be identified.
- g) Conflict of interests: when there is a possible conflict of interests, authors must inform the editorial team at the time of the submission of the work. The editors will decide on the configuration of conflict of interests evaluating if the scientificity of the work has been compromised.
- h) Data Responsibility
 - Sources: Whenever reference is made to data, it is necessary to indicate its source.
 - CT: Whenever a paper makes use of data obtained through a confidentiality term (CT), the authors must submit the CT at the time of submission of the work so that it can be verified.

- Manipulation: Whenever statistical correction methods are used, they must be identified and justified.

3.2 Editorial Responsibility

- a) The blind review must be performed with rigor, objectivity, impartiality and promptness. Interest in achieving the best appraisal should prevail before other interests, such as strict compliance with deadlines. Differences in judgment should not be taken as enough reason for issuing an unfavorable review.
- b) The reviewer must maintain confidentiality and not make use of information accessible to him by means of his function.
- c) The reviewer should abstain from his evaluating role, due to potential conflict of interest, when maintaining regular scientific collaboration, in research activity, publication, orientation or tutoring, or when he has a family or affective relationship with one of the investigators responsible for the proposal submitted for his evaluation.
- d) All cases where ethical violations may be found will be duly investigated by the board of this Journal, through study, discussion and indication of appropriate measures.

3.3 Privacy Guidelines

- a) Names and addresses informed will be used exclusively for the services provided by this publication and will not be made available for other purposes or to third parties.
- b) This Journal adopts the double-blind peer review, so that there is anonymity between reviewers and authors, honoring the data confidentiality of the reviewer when the feedback is forwarded to the author.
- c) Concerning the opinions that may be issued by reviewers, although the double-blind control system is utilized (in which author and reviewers do not have mutual information at the time of the

review), after the editorial process is finished, from the moment the final decision is made by the editorial team, the publication of the assessment by its author (the reviewer) is not prohibited. For instance, it is authorized (and encouraged) the publication of the content of the review in the PUBLONS system. In other words, copyrights on the opinions are of their respective authors (reviewers). The right to anonymity concerning the evaluation pertains to the reviewer, who may choose to publish it at a later date.

- d) Along the same lines, it should be emphasized that authors of submitted papers cannot publicize any received opinions, except in case of express authorization from the reviewer.
- e) Finally, in submitting the paper to the editorial process of this Journal, the author expresses that he is aware and authorizes an eventual disclosure of the evaluation issued by any reviewer, for instance, in the PUBLONS system.

4. Book reviews, movie reviews, short stories, and interviews

- a) Book reviews: purely descriptive reviews will not be accepted. Reviews produced from books of legal and scientific interest to the journal's editorial line are to be published. The size of the paper must regard information limits and requirements necessary to the proper understanding of the analyzed text (Item 2, b). The review should present a critical analysis on the subject, preferably with citation of other references, and not just a summary of the specific work.
- b) Movie reviews: purely descriptive reviews will not be accepted. Movie reviews should observe the size threshold (Item 2, b), and establish a critical rapport with the criminal sciences, human rights, or youth and childhood studies.
- c) Short stories: short stories must observe the size threshold (Item 2, b), and deal with subjects pertaining to the world of criminal sciences, human rights, or youth and childhood studies.

- d) Interviews: interviews will be produced according to the editorial team's discretionary criteria.
- e) Book reviews, movie reviews and short stories will be evaluated by the Journal's editorial team, assessing relevance, scientific merit, and adherence to editorial policy, without resorting to blind peer review.

5. Evaluation and publication process

- a) Desk review: Once the manuscript is received, there will initially be a preliminary check performed by the Journal's editors (chief, assistants, executive or associated editors), which will condition its submission to the peer review. At this point, the evaluation will limit itself to the essential formal aspects of the paper, according to the rules outlined above, analyzing the following aspects:
 1. Does the work comply with the publication standards of the Journal?
 2. Is the work compatible with the Journal's editorial line?
 3. Does the work present adequate and scientific language, without excessive mistakes? (bear in mind that there will be spelling and grammatical revision if approved)
 4. Is the work original?
 5. Is the addressed issue current and/or relevant?
 6. Does the paper use updated bibliographical references, and national and foreign authors central to the discussed theme?
- b) In case of preliminary rejection, the review (with the reasons for the refusal) will be submitted to the author of the paper, to take notice of them. In such a situation, the paper can be submitted again for a new evaluation at a later issue, if the originality is maintained and the mentioned deficiencies corrected.
- c) If the peer review process results in two dissenting opinions regarding the publication, the paper is to be sent to a third reviewer. In exceptional cases, it will be possible to forward it to

a guest reviewer, provided that the specificity of the theme and the notorious knowledge of the reviewer in the area justifies it. In similar fashion, if the analysis is not completed for a prolonged period by reason of reviewer inertia and of opposite votes, the Journal team may cast the deciding vote through its own assessment.

- d) On the evaluator's review, works can be rejected, approved or approved with reservations (with suggestions for necessary corrections). In the last case, the author will be informed about the suggested corrections and can rectify them or maintain the original format with the necessary justification for doing so. In any circumstance, the final decision on the publication belongs to the journal's editorial team.
- e) In every case, the anonymous reviews (without the identifying characteristics of the reviewer) will be made available to the authors.

6. Copyrights

- a) Copyrights of published papers belong to the author, with the Journal detaining rights on the first publication.

Authors may use the same findings in other publications only when clearly indicating this Journal as the original source its publication. If there is no such indication, it will be considered as self-plagiarism.

Therefore, the total or partial reproduction of papers published here is subject to the explicit indication of its origin in this Journal, citing volume and issue of the publication. For legal purposes, the source of original publication must be recorded.

Since we are an open access Journal, free use of papers for educational and scientific purposes is permitted, provided the due mention of its source.

- b) Unrestricted archiving of the published final PDF is permitted on any open access server, indexing service, repository, or personal site, such as Academia.edu and ResearchGate.

7. Revision, layout and publication

Once the editorial screening of papers is completed, the approved and selected works for the following issue will be subjected to revision and layout, performed by the IBCCRIM.

Spelling and grammatical revision, as well as format adjustment (layout) of the files are performed, and then the papers are returned to the IBCCRIM. Thus, on a date near to near the actual publication, a new contact with the author will be made so that he may analyze the suggested corrections post-revision and the layout, with a three-day deadline for a response. In case of inertia, the suggested corrections will be fully incorporated. At this point, the author is requested to refrain from making any profound changes to the text, and carry out the suggested revisions and indispensable updates only.

Regarding the spelling revision, IBCCRIM adopts the orthographic correction (spelling, accentuation, hyphenation etc.) of the most recent Orthographic Agreement (2009) in force (mandatory since Jan. 1st, 2016), even regarding original citations prior to the Agreement. Exception is made to old documents in contexts in which the preservation of the original spelling has historiographic and/or linguistic significance and importance etc.

Papers with the author's approval or rejection of the suggested corrections are, then, submitted to the final layout process and publication.

The Journal holds a policy of complete respect for the author, which precludes any changes without approval (barring the lack of response within the deadline), even when they appear to be "mere grammar corrections". Any posture that differs from these guidelines is repudiated by the editorial staff.

8. Waiting and preference criteria for publication

- a) Publication of papers already approved by peer review and selected by the journal editors follows the chronological order of

submission and approval, except for invited authors. The rules established by the Qualis/CAPES committee, however, stipulate criteria for preferential evaluation and publication, which can be met by authors seeking greater speed in publication.

- b) Exogeny norms establish that papers by authors representing the State of São Paulo are limited to 25% of the total amount of works published in an edition, so there is a specific queue for papers that fit such description.
- c) Given the imposed quality standards, each published edition will preferably contain 50 to 60% of papers with an author (at least one) that holds a PhD degree, so there is a cap on papers authored by people without such degree.
- d) Co-authored papers from tenured teachers on Higher Learning Institutions of different units of the federation, with their affiliation properly identified.
- e) Original papers submitted by professionals from foreign Higher Learning Institutions.
- f) Papers in English or other languages, even if the author is Brazilian.
- g) Papers produced with research grants by development agencies (barring scholarships such as: undergraduate research grants, master's and doctoral research grants or grants from PROEX, PROAP, PROSUP or similar versions of state development agencies) duly identified in the work (one must specify the grant details in a footnote).
- h) Beyond such cases, papers that address current relevant issues and may become obsolete in case of delayed release can be preferably published. These situations are determined by the editorial staff of the Journal and may be suggested in the reviewers in their report.
- i) It is worth noting that, although the criteria presented in this topic set the preference in the evaluation and publication process, they are not indispensable conditions. For instance, although papers authored by someone with a doctorate have preference, there is

no obstacle to the publication of papers without such attribute. All papers will be submitted to peer-review, which will adopt the same identical selection parameters, aiming quality scientific production.

8.1 Invited authors

Based on the decision of its editorial team, the Journal may invite authors to publish papers on specific topics, due to their relevance, topicality and significant contribution to the criminal sciences, human rights or childhood/youth studies. In such cases, exceptionally, there will be no double blind peer review and no consideration for the publication queue. In accordance to the Qualis/CAPES rules, the percentage of papers from invited authors is limited to 25% per issue.

8.2 Special issues and dossiers

The Journal may publish special issues or specific dossiers in its ordinary volumes when it deems necessary, for reasons of thematic relevance and pertinence, as decided by the editorial team and board. The responsibility over the issue or dossier may be granted to an associated editor that possesses relevant knowledge on the subject.

In such situations, "call for papers" with the necessary information, rules and deadlines for submission will be duly publicized. In any case, there will be double blind peer review.

A comunicação e o processo de análise da quebra das regras de integridade científica

Qualquer comunicação sobre a eventual quebra das regras de integridade científica pode ser feita diretamente ao e-mail revistaliberdades@ibccrim.org.br com a respectiva prova daquilo que se alega. Nesses termos, a equipe editorial da **Revista Liberdades** deflagrará o contraditório e, dentro de um prazo razoavelmente curto, de maneira motivada, podendo ainda se valer de especialistas externos, decidirá a questão comunicando prontamente aos diretamente interessados. Uma vez comprovada a violação, as seguintes sanções podem ser, isolada ou cumulativamente, impostas: advertência privada; advertência pública; comunicação do fato para a instituição de origem ou para agência de fomento; suspensão do avaliador ou editor por período determinado; retratação formal do artigo publicado; interdição de novas submissões por período determinado.