

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA



V SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



ORGS.
Gilberto Giacoia
Luiz Fernando Kazmierczak
Samuel Rodríguez Ferrández

2015 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (V SIACRID)

Gilberto Giacoia; Luiz Fernando Kazmierczak; Samuel Rodríguez Ferrández
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do V SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)

Prof^a Dr^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)

Prof. Dr. Angel Cobacho López (Universidade de Murcia)

Prof. Dr. Sergio Tibiriçá Amaral (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Violência e Criminologia / Gilberto Giacoia; Luiz Fernando Kazmierczak; Samuel Rodríguez Ferrández, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. (Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-26-5

1. Violência e Criminologia / Gilberto Giacoia; Luiz Fernando Kazmierczak; Samuel Rodríguez Ferrández.

CDU-344

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Penal Especial.
344

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores.

É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A PREVENÇÃO GERAL NA EXECUÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA: REFLEXOS DA REFORMA DE 1984	04
Letícia Gabriella ALMEIDA	
A “PSIQUIATRIZAÇÃO ARTIFICIAL” DO EXAME CRIMINOLÓGICO NA PROGRESSÃO DE REGIMES PRISIONAIS	16
Florestan Rodrigo do PRADO	
ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DOS ASSASSINOS EM SÉRIE E SUA IMPUTABILIDADE PENAL	33
Alana Cássia Martins de LIMA Maria Carolina Alves Modesto e SILVA	
UMA ANÁLISE DO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL ATRAVÉS DA TEORIA CRÍTICA DE HANNAH ARENDT ACERCA DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL	47
Pérola Amaral TIOSSO	
ESBOÇOS DE UMA CRÍTICA MARXISTA DO DIREITO E A PENALIDADE NO CONTEXTO BIOPOLÍTICO	62
Diogo Mariano de Carvalho OLIVEIRA	
ESTADO ISLÂMICO, LIBERDADE RELIGIOSA E TERRORISMO: UMA AFRONTA À CIDADANIA E AOS DIREITOS HUMANOS	89
Vanderlei de Freitas NASCIMENTO JUNIOR Thiago Nogueira RUSSO	
O CIBERESPAÇO E O DIAGRAMA PANÓPTICO: VIGILÂNCIA E PUNIÇÃO EM TEMPOS DE WEB 2.0	110
Alexis Andreus GAMA	
O CONSENSO NO DIREITO CRIMINAL COMO PACIFICADOR SOCIAL E GARANTIDOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	127
Renato Henrique FERRAREZI Ellim Fernanda Silva FERRAREZI	
O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL NA REPRESSÃO ÀS CONDUTAS CRIMINOSAS INTERNACIONAIS E NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	142
Gabriela Bonora de Farias TRINDADE	
REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL – RESPOSTA LEGISLATIVA SIMBÓLICA AO CLAMOR SOCIAL	163
Angélica Rodrigues ALVES	

A PREVENÇÃO GERAL NA EXECUÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA: REFLEXOS DA REFORMA DE 1984

Letícia Gabriella ALMEIDA¹

RESUMO

Trata-se de um trabalho desenvolvido com o escopo de confrontar as finalidades da sanção penal às necessidades do infrator submetido à medida de segurança. A análise de alguns aspectos da dogmática retributiva e preventiva e a exposição histórica da medida de segurança implicam na compreensão da prevenção especial como finalidade precípua desta modalidade de sanção. Não obstante, o artigo 97 do código penal enfatiza a importância da gravidade do delito na definição da espécie – restritiva ou detentiva – a ser aplicada. O dispositivo destoia do entendimento doutrinário acerca do tema, cuja crítica se baseia na necessidade de priorizar a recuperação e reinserção social do delinquente.

PALAVRAS-CHAVE: Finalidades da sanção penal; Medida de segurança; Recuperação e reinserção social do delinquente.

ABSTRACT

The present study aims to confront the purposes of criminal sanction with the needs of the offender's subjected to a security measure. The analysis of some aspects of retributive and preventive dogmatic and historical exhibition of security measures implies the conclusion that the special prevention is the main purpose of this kind of sanction. Nevertheless, Article 97 of the Penal Code emphasizes the importance of the seriousness of the crime in the definition of the species – restrictive or custodial - to be applied. The device clashes with the doctrinal understanding of the subject, whose criticism is based on the need to prioritize the recovery and social reintegration of the offender.

KEYWORDS: Criminal sanction purposes; Security Measure; Recovering and social reintegration of the offender.

INTRODUÇÃO

Historicamente, o tratamento dispensado ao doente mental percorreu uma trajetória de discriminação e isolamento. Qualquer indivíduo que apresentasse comportamento divergente aos padrões de normalidade era imediatamente excluído do grupo, já que apresentava perigo à sobrevivência dos demais.

Em que pese a exclusão social desses indivíduos exista desde as civilizações antigas, que atribuíam às doenças mentais os maus espíritos, foi na Idade Média que ela substituiu a figura do “leproso” e assumiu o papel de “vilã social”. Neste contexto, os indivíduos taxados

¹ Estudante de Graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

como “loucos” passaram por um processo de isolamento, que consolidou-se, em meados do século XVII, como o “período da grande internação”. Institucionalizada a ideia da loucura na figura do manicômio, instituiu-se um sistema de verdadeira exclusão social, silenciando, aparentemente, a loucura, a pobreza e a própria marginalização.

O tratamento dispensado aos loucos apenas começa a mudar no final do século, marcado por Beccaria e a publicação de seu Tratado dos delitos e das penas. A loucura passa a ser visualizada como doença, dando origem à concepção de tratamento dos detentores de distúrbio mental em sistemas de internação nas entidades criadas para esse fim.

O final do século XVIII e início do século XIX é compreendido como término do período da “grande internação” e nascimento da Psiquiatria. As internações, que antes apenas indicavam a exclusão social, passam a ter um status científico. Tais mudanças despertam o interesse do médico Philippe Pinel que, pela primeira vez, reconheceu o louco como juridicamente incapaz, limitando sua capacidade jurídica, sem, no entanto excluir sua existência. A loucura, nesse momento, passa a ser tratada como doença mental.

A partir dessa evolução histórica, o presente trabalho busca elucidar as questões referentes ao tema na legislação brasileira, mormente no que diz respeito ao doente infrator, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, sujeitando-se, portanto, à medida de segurança.

A organização do estudo compreende uma análise das finalidades da sanção penal, em seus aspectos retributivos e preventivos; dos elementos fundamentais na aplicação da medida de segurança; e, da incidência da função preventiva geral e especial nos dispositivos que envolvem o tema.

FINALIDADES DA SANÇÃO PENAL

Sanção penal é a reação do Estado frente à violação de um bem penalmente protegido; é o gênero, do qual derivam duas espécies: As penas e as medidas de segurança.

Conceitua-se como pena a sanção aplicada ao indivíduo imputável ou semi-imputável que cometeu determinada conduta típica, ilícita e culpável sendo, portanto, punível. A sanção se fundamenta na culpabilidade do agente, e tem por objetivo sua punição e reinserção no meio social.

A medida de segurança, por sua vez, é uma sanção aplicada exclusivamente aos indivíduos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis. Possui caráter preventivo, e destina-se à cura e ressocialização do indivíduo, tornando-o apto para a convivência social.

Neste contexto, verifica-se a incidência de dois propósitos distintos na aplicação da

sanção penal: retributivo e preventivo.

Inspirado, a princípio, pela concepção teocrática, o *retributivismo* foi o primeiro fim justificador das penas, cujo objetivo era a expiação pelo mal divino e a condução do criminoso à redenção.

Posteriormente, Kant e sua concepção moralista retiram do retributivismo o caráter religioso, imputando-lhe um conteúdo de justiça; a pena passou a ter por finalidade a retribuição ao mal anteriormente praticado, em uma manifestação concreta do “dever-ser”.

Enfim, Hegel atribui à retribuição um aspecto jurídico, aplicando-se a sanção penal para reafirmar a validade do ordenamento. Acerca desta última concepção, aduz Eduardo Reale Ferrari:

De acordo com Hegel, quando um cidadão afrontava o bem jurídico penalmente protegido, revelava estar negando a existência e validade do ordenamento jurídico. Para reafirmar a validade desse ordenamento, o Estado impunha a pena ao cidadão como uma maneira de demonstrar que aquele que contrariasse o direito seria punido.

6

Divina, moralista ou jurídica, a pena destinava-se exclusivamente à reafirmação do poder do Estado punitivo, pouco evoluindo na diminuição dos índices de criminalidade. Foucault ressalta a incidência de um espécie de ciclo, em que a pena justifica a si mesma, sem qualquer outro propósito que não a vingança do próprio Estado. Transcreve-se:

O ciclo está fechado: da tortura à execução, o corpo produziu e reproduziu a verdade do crime. Ou melhor, ele constitui o elemento que, através de todo um jogo de rituais e de provas, confessa que o crime aconteceu, que ele mesmo cometeu, mostra que o leva inscrito em si e sobre si, suporta a operação do castigo e manifesta seus efeitos da maneira mais ostensiva.

Com o tempo, estudiosos constataram que a finalidade retributiva era insuficiente, razão pela qual definiu-se a dogmática *preventista* da sanção penal, que supera a concepção da pena como mero meio de castigo e introduz a função de controle social do crime.

A prevenção pode ser dividida em:

Prevenção geral:

Dirigida à generalidade das pessoas. A princípio, era observada apenas sob a ótica

negativa, idealizada por Feuerback e sua teoria psicológica das normas. Atribuía-se à pena um caráter pedagógico, ou seja, a pena era utilizada como uma espécie de exemplo a “potenciais delinquentes”, os quais, intimidados, deixariam de praticar a conduta ilícita. Posteriormente, a escola funcionalista, através de Émile Durkheim, passou a observar a prevenção geral sob seu aspecto *positivo*, servindo de garantia à eficácia e vigência do ordenamento jurídico. Nesse sentido, “a pena serviria para manter a coesão social e a consciência comum, mantendo-se a solidariedade social e atingindo-se o objetivo da defesa social: proteger a sociedade mediante a expiação da culpa”.

Prevenção Especial:

Voltada à esfera particular do infrator. Sob a ótica *positivista*, a finalidade da sanção se pauta na recuperação do delincente, analisada como meio corretivo. Excepcionalmente, admite-se a segregação (prevenção especial *negativa*), voltada aos delinquentes habituais, considerados incorrigíveis.

MEDIDAS DE SEGURANÇA

A primeira noção registrada pela história acerca da medida de segurança relaciona-se intimamente à ideia de periculosidade social. Aos indivíduos socialmente “perigosos” – mendigos, prostitutas, toxicômanos, enfermos mentais – era imposta a segregação. Evidente, sob essa ótica, a supervalorização da defesa social, sendo o isolamento uma prevenção à prática de delitos que pudessem colocar em risco a tranquilidade pública.

Ainda nesse contexto, o final do século XIX evidenciou a chamada “crise da pena”, uma vez que a intimidação e o castigo se mostraram pouco eficazes frente aos criminosos habitualmente reincidentes e menores de idade.

Essa busca pela segurança pública associada à crise da pena deu ensejo à uma discussão sobre a importância de fundamentos preventivos na sanção penal, dividindo os estudiosos em duas correntes.

Para a primeira, a pena deveria ser mantida e, sob a premissa de que o agente precisa de tratamento, teria seu fim retributivo convertido em preventivo.

A acepção, por sua vez, defende a manutenção do caráter retributivo da pena, e a criação paralela de uma nova espécie de sanção penal, esta de cunho eminentemente preventivo. A nova modalidade obteve apoio ideológico de positivistas italianos, que consideram o crime uma doença social cuja cura poderia ser alcançada mediante tratamento.

Neste contexto, impulsionada pelo apoio da Escola positivista italiana, pelo movimento da Defesa Social e pelas ideias da *pena-fim* de Von Listz, a “medida de segurança, embebida dos princípios da defesa social, do determinismo, da periculosidade e do utilitarismo foi finalmente positivada no Anteprojeto do Código Penal Suíço de 1893, de autoria de Karl Stoos”.

O referido texto previa, em seu art. 40, que a medida de internamento em instituições específicas seria imposta nos casos em que a pena não fosse eficaz. Haveria, portanto, uma substituição da pena pela medida de segurança.

A sistematização dessa nova modalidade de sanção penal no Anteprojeto do Código Penal Suíço, em 1893, foi seguida por diversos projetos, códigos e leis criminais ao redor do mundo.

No Brasil, em que pese a medida de tratamento já fosse disciplinada sob a denominação de pena, foi o Decreto 1.132, de 22 de dezembro de 1903 que fez menção, pela primeira vez, ao termo. Dispunha o texto legal em seu art. 1º: “O indivíduo que, por molestia mental, congênita ou adquirida, comprometer a ordem pública ou a segurança das pessoas, será recolhido a um estabelecimento de alienados”.

Em 1913, o Projeto do Código Penal de Galindo Siqueira também previa a segregação do alienado em manicômios. Ressalta-se que foi incorporada nesse projeto a imposição de uma pena complementar ao reincidente perigoso, cuja duração era três vezes superior à comum, não ultrapassando o limite de 15 anos em qualquer caso.

A medida de tratamento veio a ser discutida novamente em 1927, com o projeto de Vergílio de Sá Pereira. O projeto, contudo, não obteve êxito.

Finalmente, a promulgação do Código Penal de 1940 instituiu, de fato, a medida de segurança no Brasil. A codificação adotou o sistema duplo binário, estabelecendo que, observada a periculosidade do agente, imputável ou não, a pena e a medida de segurança poderiam ser aplicadas conjunta e sucessivamente, cessando apenas com a cura total do indivíduo.

Salienta-se que, não obstante a previsão expressa acerca da necessidade de um delito para aplicação da medida de segurança, o próprio código pontuava situações em que a referida sanção penal poderia ser indicada de forma preventiva. Sobre o assunto, aduz Eduardo Reale Ferrari:

A legislação era incoerente: ora exigia, para a aplicação da medida de segurança, a prática prévia do delito, ora o dispensava. A exigência constituía um mero controle a evitar o arbítrio judicial, demonstrando-se

como um indivíduo de efetiva periculosidade. Em casos excepcionais, dispensava-se a prática do crime, configurando-se suficientes para a sanção fatos perigosos socialmente (quase-crimes), que também poderiam atestar a perigosidade do indivíduo. Admitia-se a medida de segurança de cunho social, presumindo-o delinquente.

O diploma elencava, ainda, algumas situações em que o indivíduo era presumidamente perigoso, sendo imposta a medida de segurança sem qualquer averiguação judicial. O agente submetia-se primeiro a uma pena e, depois, ao tratamento, em uma clara demonstração de isolamento social.

O Código penal de 1969 manteve boa parte dos dispositivos já vigentes. Ainda assim, trouxe importantes inovações no âmbito da inimputabilidade e da execução penal, entre as quais se destaca a necessidade do julgador em considerar o indivíduo imputável ou inimputável, aplicando, para cada um, a sanção penal ou a medida de segurança, isoladamente. Também foi conferida maior importância ao semi-imputável, ficando a critério do juiz a aplicação da medida de segurança ou de pena diminuída.

Apesar das importantes mudanças, o código de 1969 sofreu diversas prorrogações e, em 1975, foi revogado, sem nunca ter entrado em vigência. Manteve-se integralmente a legislação penal de 1940, preservando o sistema duplo binário e a presunção da periculosidade.

Tais ideias, contudo, já destoavam do entendimento criminal brasileiro, razão pela qual a medida de segurança se tornou um dos temas mais relevantes da comissão constituída em 1981, responsável por importantes alterações no código penal.

Neste contexto, a Lei 7.209 de 1984 instituiu a reforma da parte geral do código, que definiu padrões vigentes até hoje.

Adotou-se o sistema vicariante, determinando que a medida de segurança é uma sanção aplicada exclusivamente aos indivíduos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, que tem por objetivo o tratamento e a ressocialização do indivíduo, tornando-o apto para a convivência social. Aduz o artigo 26 do código penal:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Entende-se por *doença mental* uma perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entendimento do agente em relação ao caráter criminoso do fato ou de comandar sua vontade de acordo com esse entendimento. Para Nucci, o conceito abordado pelo código deve ser analisado em sentido lato, abrangendo doenças de origem patológica e toxicológica, tais como a epilepsia, a histeria, neurastenia, psicose maníaco-depressiva, melancolia, paranoia, alcoolismo, senilidade, entre outras.

Por *desenvolvimento mental incompleto* compreende-se àquele que ainda não se concluiu, em razão da recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional. Em relação à menoridade, a legislação brasileira seguiu o critério biológico. Dessa forma, e em consonância ao disposto no artigo 228 da Constituição Federal e o artigo 27 do Código Penal, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90). O termo abrange, também, os surdos-mudos e os silvícolas inadaptados, que recebem o tratamento do sistema biopsicológico e só serão considerados inimputáveis após análise do caso concreto.

O *desenvolvimento mental retardado* consiste em capacidade que não corresponde às expectativas para aquele momento da vida. É o caso dos oligofrênicos (débeis mentais, imbecis e idiotas), pessoas com reduzidíssimo coeficiente intelectual, os quais dada sua limitada capacidade mental ficam impossibilitados de efetuar uma correta avaliação da situação de fato que se lhes apresenta, não tendo, por conseguinte, condições de entender o crime que cometerem.

Além disso, considera-se excludente de culpabilidade a *embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou de força maior*. Dessa forma, ficará isento de pena o agente inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, por razões de desconhecimento da natureza tóxica do que está sendo ingerido; da impossibilidade de prever que determinada substância, na quantidade ingerida, ou nas circunstâncias em que o faz, poderá provocar a embriaguez; ou de situação que independe do controle ou da vontade do agente, que sabe o que está acontecendo, mas não consegue evitar

A PREVENÇÃO GERAL NA MEDIDA DE SEGURANÇA

Em relação a pena no Brasil, vislumbra-se, por expressa previsão legal, a opção do legislador de 1984 em adotar o critério misto. Transcreve-se:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime** I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível(grifo nosso).

Entende-se, portanto, que a pena restringe a liberdade do indivíduo, configurando-se como um castigo, mas também se preocupa com a utilidade e eficácia da medida, a fim de evitar a reiteração delituosa.

Por outro lado, a imposição da medida de segurança afasta o caráter retributivo da sanção penal, limitando-se ao seu aspecto preventivo.

Sob essa ótica, “a existência de prevenção especial como finalidade precípua da medida de segurança é incontroversa”, haja vista a busca pela reinserção social do inimputável e proteção da sociedade.

Imperioso ressaltar que o fim socializador deve sempre prevalecer sobre o propósito da segurança social. Nesse sentido aduz Ferrari:

Em um Estado Democrático de Direito, inadmissível a mera e exclusiva segregação sem uma análise quanto à possibilidade da recuperação do doente. Excepcionalmente, há casos em que, diante da impossibilidade da socialização, necessária constitui uma limitada segregação. O fim de segregação das medidas de segurança criminais existe, porém, subsidiário ao fim da socialização, apenas nas situações em que difícil a socialização.

Nesses termos, verifica-se que, apesar de presentes as finalidades preventivas especiais positiva e negativa, a primeira tem preferência em detrimento da segunda.

No tocante à prevenção geral, entretanto, a doutrina diverge.

Para Gracia Martín, a conduta do inimputável não afetaria o comportamento social, uma vez que a coletividade atribui ao fato à condição do agente, à imprevisibilidade de seu comportamento.

Relevante também é a colocação de González-Rivero, que divide a medida de segurança em fases. Inicialmente, o reconhecimento da inimputabilidade e a valoração da periculosidade do indivíduo ressalta o caráter preventivo geral da medida. Em contraponto, a fase da execução se limita à prevenção especial positiva, objetivando a reinserção social do

inimputável.

Enfim, Jorge Figueiredo Dias posiciona-se em sentido oposto. Para ele, “o legislador quis alcançar finalidades preventivas gerais, sobretudo positivas”. O autor pontua que não há diferenças essenciais entre as medidas de segurança e as penas, ressaltando apenas que, para as últimas, o propósito preventivo geral é predominante. Sob essa perspectiva também se situa Ferrari: “O abalo social propagado pelo inimputável à comunidade exige uma estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada, representando-se como um dos motivos para aplicação de uma medida privativa e não restritiva de tratamento”.

Acerca do assunto, Michele Cia pactua com o entendimento de que a medida de segurança possui finalidades preventivo-gerais de índole positiva, mas destaca sua posição secundária, uma vez que “a prevenção geral negativa não se inclui entre as expectativas próprias da medida de segurança, eis que o ato do inimputável não gera abalo na confiança comunitária com relação à vigência da norma”.

Apresentados os diversos posicionamentos acerca da influência da prevenção geral na aplicação da medida de segurança, reputa-se necessária uma análise de alguns dispositivos introduzidos pela reforma de 1984. Dispõe o artigo 96 do código penal: “As medidas de segurança são: I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - sujeição a tratamento ambulatorial.”

A internação psiquiátrica, também denominada medida de segurança detentiva, determina o cumprimento da medida de segurança nos chamados Hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTPs) ou, na ausência destes, em estabelecimentos adequados com características similares. Antes da reforma, os hospitais eram intitulados “manicômios judiciários”; a alteração na terminologia em nada modificou as condições dos estabelecimentos, que permaneceram com as mesmas características manicomialis.

A segunda espécie é também denominada medida de segurança restritiva. Consiste na sujeição a tratamento ambulatorial, isto é, “imposição do acompanhamento médico psiquiátrico sem a obrigatoriedade de que o paciente permaneça recluso na instituição”. A referida espécie é prevista como uma providência excepcional, aplicável tão somente quando o fato for punível com detenção.

Neste contexto, estabelece o artigo subsequente:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. “§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando

enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Pelo exposto, constata-se que o critério para definição da espécie de medida de segurança é estabelecida conforme a gravidade do delito. O prazo de duração da medida, por sua vez, fica condicionado a um tempo mínimo, ainda que cessada a periculosidade do agente.

O raciocínio exposto consiste, no entanto, em uma incoerência do sistema penal brasileiro quando confrontado aos direitos do inimputável e à finalidade precípua da sanção penal.

Isto porque ao utilizar-se do critério da gravidade do delito, bem como ao fixar um prazo mínimo para a averiguação da cessação de periculosidade, o legislador adotou implicitamente a prevenção geral como finalidade prioritária da respectiva sanção penal. A prática, contudo, destoa de toda a compreensão atual acerca do tema, inclusive da exposição de motivos do próprio Código Penal, que ressalta o caráter preventivo e assistencial da medida de segurança.

Sobre o *caput* do artigo supramencionado pontua Salo de Carvalho:

A previsão em abstrato da forma reclusiva ou detentiva como critério único de definição da espécie de medida de segurança a ser cumprida não parece estar adequada ao postulado constitucional que determina ao julgador a *individualização da sanção penal (medida de segurança)*. Note-se que, em relação às penas, a fixação do regime ou a possibilidade de substituição por pena restritiva de direitos independe da espécie de privação de liberdade prevista em lei. Assim, o tipo de regime (aberto, semiaberto ou fechado) e a espécie de sanção (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) estarão subordinados aos critérios judiciais expostos motivadamente na sentença (individualização da pena). A definição das espécies de medida a partir de um critério abstrato parece, portanto, estar em oposição à estrutura principiológica (constitucional e legal) que orienta a aplicação das sanções.

Além disso, em relação ao §1º, Ferrari preleciona que a determinação de um prazo mínimo presume que as medidas de segurança não se desvinculariam totalmente da pena, uma vez que permanecem relacionadas à ideia de retribuição ao mal praticado.

Nesse ponto, resta evidente a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, mormente na incidência de casos concretos que envolvam um sujeito que, no momento da sentença ou durante o cumprimento da medida, tem sua periculosidade cessada e está apto ao convívio social, mas permanece submetido à medida de segurança até o término do prazo mínimo estipulado por lei.

Michele Cia também destaca uma urgente necessidade de revisão do artigo 97 do Código Penal. Afirma que dispositivo citado se baseia na finalidade preventivo-geral, enquanto deveria prevalecer a finalidade preventivo-especial positiva, protegendo sempre as particularidades psicológicas dos inimputáveis.

CONCLUSÃO

A medida de segurança é a sanção aplicável aos indivíduos inimputáveis cuja anomalia psíquica impeça o discernimento da conduta ilícita de seus atos. No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto sofreu diversas alterações, que traduziam o anseio coletivo e evoluíam de acordo com a inclusão dos direitos fundamentais na legislação vigente no país.

Atualmente, com a Reforma de 1984 e a primazia da finalidade preventivo especial na aplicação da respectiva sanção, sua incidência tem por propósito a recuperação dos doentes infratores, que se submetem a medidas restritivas ou detentivas por tempo indeterminado, sempre acompanhados de profissionais atentos ao diagnóstico e progresso do paciente.

Não obstante, observa-se que o artigo 97 do código penal – introduzido pela reforma de 1984 – evidencia a predominância do caráter preventivo geral na execução da medida de segurança, uma vez que a definição de suas espécies fica sujeita à gravidade do delito e seu prazo deve obedecer a um tempo mínimo previamente estipulado.

Dessa forma, a realidade do ordenamento jurídico se distancia do propósito específico da referida sanção, e se aproxima da ideia de defesa social, em uma clara violação aos direitos alcançados por essa minoria ao longo da história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral** – 14. Ed – São Paulo : Saraiva, 2009.

BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

BRASIL, República do. **Decreto nº 1.132, de 22 de dezembro de 1903**. Disponível em
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903-585004-publicacaooriginal-107902-pl.html>>

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral** : arts. 1º a 120º) – 16 ed. – São Paulo : Saraiva, 2012

CARDOSO, Danilo Almeida; PINHEIRO, Jorge Augusto de Medeiros. **Medidas de segurança: ressocialização e dignidade da pessoa humana** – Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Penas de medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial** – São Paulo: Saraiva, 2013.

CIA, Michele. **Medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: a desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal**. São Paulo. Editora Unesp, 2011.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhet. 36ª edição. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: partespecial** – 7. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raill. **Manual de direito penal brasileiro : volume 1 : parte geral**. 9ª ed. rev. e atual. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

A “PSIQUIATRIZAÇÃO ARTIFICIAL” DO EXAME CRIMINOLÓGICO NA PROGRESSÃO DE REGIMES PRISIONAIS

Florestan Rodrigo do PRADO²

RESUMO

O artigo desenvolve um raciocínio sobre a individualização da pena na etapa de execução penal, almejando ressaltar a importância da classificação do prisioneiro e o papel do exame criminológico nesta fase. Nesse sentido, foi sistematizada uma abordagem a respeito da natureza do exame criminológico e sua diferença em face de outras espécies de exames de personalidade. O texto também narra a determinação do exame criminológico para fins de comprovação do requisito subjetivo e o atual posicionamento dos juízes de execução penal em face do advento da Súmula Vinculante nº. 26 do Supremo Tribunal Federal. Tenta-se apontar as deficiências e as distorções do laudo criminológico, enfocando a postura dos peritos na elaboração deste exame e o papel do juiz neste contexto. A ideia final consistiu em estabelecer um tratamento prático da matéria, voltando-se os olhos a um processo concreto e discutindo a temática em torno deste caso.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia e Direito de Execução Penal; Princípio da individualização da pena; Exame Criminológico; Progressão de Regimes.

ABSTRACT

The article develops an argument about the individualization of punishment in the application stage, seeking to emphasize the importance of classification of the prisoner and the role of criminological examination in this phase. Thus, it was a systematic approach to the nature of the criminological and take their difference in the face of other kinds of personality tests. The text also tells the determination of criminological examination in order to prove the requisite subjective and the current position of the judges of penal execution in the face of the advent of no binding precedent. 26 of the Supreme Court. We try to point out the deficiencies and distortions in the criminological report, focusing on the attitude of experts in the development of this test and judge's role in this context. The final idea was to establish a practical treatment of the subject, turning their eyes to a concrete process and discussing the issue surrounding this case.

KEYWORDS: Criminology and Penal Execution Law; Principle of individualization of punishment; exam criminology Progression Schemes.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade observar a sistemática da progressão de regime estruturada na Lei de Execuções Penais, estabelecendo um enfoque em torno das decisões dos juízes de execução penal que, após o advento da Súmula Vinculante nº. 26 passaram,

² Mestre em Ciência Jurídica e Docente do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

sistematicamente a determinar a realização do exame criminológico para a aferição do requisito subjetivo.

Parte-se de uma análise crítica do exame criminológico, defendendo-se a ideia de que o mesmo não é elaborado corretamente quando requisitado para fins de benefícios prisionais. Defenderemos que existe uma inadequada usurpação da atividade jurisdicional no campo da execução da pena, o que resolvemos chamar de *psiquiatrização artificial* do exame criminológico. Sustenta-se a ideia de que ocorre uma exclusão do preso em decorrência desta sistemática, visto que lhe é negado uma adequada individualização da pena.

Ingressaremos na abordagem dos requisitos da progressão de regime, estabelecendo uma ligação com a criminologia clínica praticada no âmbito dos estabelecimentos penais, enfrentando os problemas do cotidiano do cárcere, estabelecendo uma análise nas deficiências do exame criminológico nos moldes em que se encontra estruturado atualmente.

Faremos uma abordagem de um caso concreto, discutindo as circunstâncias que envolveram este episódio e a sua adequação ao tema ventilado.

É certo que o tema possui relevância impar para o Direito de Execução Penal e para a Criminologia, uma vez que se analisará o comportamento dos juízes da execução penal e a aplicabilidade das normas que compreendem a execução da pena privativa de liberdade, bem como o papel da criminologia como ciência auxiliar do Direito, facilitando a compreensão da estrutura e dos problemas existentes hoje em nosso sistema penitenciário progressivo.

17

A CRIMINOLOGIA E O DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL

A criminologia é uma ciência empírica, cuja principal finalidade é estudar o fenômeno do crime, sob o ponto de vista do homem e da sociedade. Segundo alude García-Pablos de Molina (2000, p. 37), a criminologia é uma ciência interdisciplinar que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo. Para Zaffaroni e Pierangeli,(2004, p. 153), a Criminologia é a disciplina que estuda a questão criminal do ponto de vista biopsicossocial, integrando-se com as ciências da conduta aplicadas às condutas criminais.

Como é sabido, a Criminologia e o Direito de Execução Penal são disciplinas diferentes, com objetos distintos. A criminologia estuda a periculosidade, tendo por meta a pesquisa teórica da etiologia do crime (FERNANDES, 2002, p. 32). O Direito de Execução Penal, por sua vez, é uma ciência normativa, consistente em um conjunto de normas voltadas à execução das penas e das medidas de segurança.

Salo de Carvalho expõe que, na clássica distinção enciclopédica das ciências criminais, o

Direito Penal seria relativo ao caráter normativo e dogmático, enquanto que a Criminologia estaria ligada à condição empírica (2013, p. 47).

No entanto, as duas disciplinas científicas se convergem, na medida em que a Criminologia fornece uma base teórica para o Direito de Execução Penal. Assim, as duas ciências se relacionam e possibilitam um mecanismo de controle da criminalidade pelo Estado, definindo o que podemos chamar de *política criminal*.

Conforme preceitua Sérgio Salomão Shecaira (2008, p. 46):

A política criminal é uma disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para controle do crime, de tal forma a servir de ponte eficaz entre o direito penal e a criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua eventual transformação em preceitos normativos. Assim, a criminologia fornece o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico. A política criminal, por seu turno, incumbe-se de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos.

A criminologia clínica, no âmbito penitenciário, é uma hipótese evidente deste liame entre as duas disciplinas, uma vez que ela possibilita a aplicação prática dos conhecimentos teóricos da criminologia geral, ajudando a explicar o comportamento criminal através de contribuições psicossociológicas.

Na visão de Franco Ferracuti (1975, p. 01):

A discussão das conexões entre as contribuições psicológicas e a criminologia clínica, nas suas aplicações práticas, especialmente no setor penitenciário, pode ter um certo valor eurístico, pelo enquadramento dos princípios das ideias teóricas gerais no setor de aplicação específica, seja ele preventivo ou de tratamento.

Esta espécie de criminologia se manifesta através da aplicação do saber criminológico nas questões penitenciárias, onde o conhecimento técnico é externado para fins de solução de casos concretos, como ocorre, por exemplo, nos laudos e nos exames de natureza criminológica confeccionados no âmbito do processo de execução penal, via de regra produzidos para fins de instrução de benefícios previstos na Lei de Execuções Penais (Lei nº. 7.210/84).

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL

O derradeiro momento da atuação do princípio constitucional da individualização da pena é na etapa de execução. Nesta fase, a sanção penal se concretiza materialmente,

tornando-se real e podendo ser sentida pelo sentenciado, que irá cumprir sua reprimenda nos termos estabelecidos pelo édito condenatório.

Diante desse matiz, pode-se afirmar que a noção de individualização da pena coincide com a garantia de que não há homogeneidade no tratamento penitenciário, uma vez que sacramentou-se o postulado de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos.

Não sendo única e inflexível, a individualização executiva da pena volta seus olhos para o futuro do sentenciado, transformando mecanismos como a progressão de regimes, o livramento condicional, a remição de penas, o indulto e a comutação de penas, dentre outros, em importantíssimos instrumentos de readaptação social, resgatando a essência da atividade executiva de individualização e cumprindo a finalidade preventivo-especial positiva da pena (SOUZA, 2006, p. 250).

Em decorrência disso, a Lei de Execuções Penais impõe a necessidade de classificação do condenado conforme os antecedentes e a personalidade, bem como a elaboração do exame criminológico como instrumento de aferição do mérito carcerário.

Reforçando a ideia da importância do exame criminológico na execução penal expõe Álvaro Mayrink da Costa (1997, p. 07):

O exame criminológico do delinquente permite o conhecimento integral do homem, sem o qual não se poderá vislumbrar uma injustiça eficaz e apropriada uma vez que a aplicação fria da norma penal, tomando como ponto de partida um critério de valoração político-jurídica, inevitavelmente conduziria a enormes injustiças e monstruosos equívocos.

No entanto, o processo de execução penal, em muitos casos, afasta-se do princípio da individualização da pena, demonstrando uma dicotomia hermenêutico-jurídica, prevalecendo o arbítrio estatal pautado em uma espécie de sentimento social de vingança impregnada no espírito dos operadores da execução penal.

Há uma crise de execução penal instalada no Direito brasileiro, que perdura por anos e que é alimentada por deficiências legislativas, sustentada por uma ideologia autoritária e majorada pelo sentimento de injustiça e de indignação popular conduzido pela mídia sensacionalista.

Assim, ao preso é negada mais uma garantia constitucional, a da individualização na execução da pena, conduzindo-o, por intermédio disso, a mais uma espécie de exclusão e de etiquetamento.

O EXAME CRIMINOLÓGICO E A EXECUÇÃO DA PENA

Visando a individualização da pena, a Lei de Execução Penal em seu artigo 5º, determina que o condenado deve ser classificado em razão de seus antecedentes e de sua personalidade. Não se pode confundir exame criminológico com exame de personalidade. Segundo prenuncia o item 34 da Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais, o exame criminológico é uma espécie do gênero exame da personalidade e parte do binômio delicto-delinquente, numa interação de *causae* e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social.

Consoante informa Penteadado Filho (2010, p. 154):

Denomina-se exame criminológico o conjunto de pesquisas científicas de cunho biopsicossocial do criminoso para levantar um prognóstico de sua personalidade e, assim, obter um prognóstico criminal. Esse exame tem por objetivo detalhar a personalidade do delinquente, sua imputabilidade ou não, o teor de sua periculosidade, a sensibilidade à pena e a probabilidade de sua correção.

É necessário indicar que, no exame criminológico, tem-se por objeto a personalidade do condenado, estabelecendo-se como foco o crime praticado, realizando um diagnóstico criminológico com vistas a uma prognose positiva ou negativa de reeducação penal. O exame de personalidade é constituído por um exame biológico, um psicológico, um psiquiátrico e um social, sendo de vital importância para a classificação do condenado a investigação sobre seus antecedentes criminais e sobre sua vida pregressa (COIMBRA, 2009, p. 33-34).

Assim, pode-se afirmar que o exame criminológico deve ser realizado para efeito da classificação do condenado quando do início da execução da pena privativa de liberdade em regime fechado, nos termos do que dispõe o artigo 8º da Lei de Execuções Penais. Entretanto, também é correto afirmar que o exame criminológico pode ser exigido pelo juiz para instruir pedido de progressão de regime.

Diante disso, temos o exame criminológico em duas situações distintas na execução penal: uma, no início dela, objetivando a classificação e a individualização do condenado e outra, no curso da execução penal, objetivando a comprovação do requisito subjetivo para fins de progressão de regime prisional ou outros benefícios legais.

Segundo se observa, no cotidiano dos estabelecimentos prisionais, tais exames são realizados de maneira deficiente. Tal situação prejudica a adequada individualização do apenado e sua ressocialização, reforçando o tratamento penal deficiente.

A proposta da LEP é, pois, que, através de exame criminológico inicial, se promova a correta individualização da pena a ser cumprida, adequando-a às

características pessoais do preso, respeitando-se sua personalidade e seu potencial desenvolvimento. No entanto, sem a necessária infraestrutura, os objetivos propostos não podem ser alcançados e os exames previstos originariamente na LEP perdem sentido. Conhecidas a falida estrutura penitenciária, a falta geral de vagas e desorganização endêmica, tecer atualmente arcabouço legislativo ou jurisprudencial, que tenha como premissa referida infraestrutura, transborda os limites da utopia e margeia a irresponsabilidade. (BARROS, 2010, p. 03).

Percebe-se que, na prática, muitas vezes, o exame criminológico realizado para fins de classificação do condenado limita-se a uma conversa com o funcionário responsável pelo setor de disciplina do estabelecimento penal, bem como ao preenchimento de uma ficha qualificativa, onde se colhe informações sobre sua vida pregressa.

A PROGRESSÃO DE REGIMES E O EXAME CRIMINOLÓGICO PARA A COMPROVAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO

Nossa legislação adotou o sistema progressivo de execução de pena, buscando-se maior eficácia nas atividades de reintegração social, a exemplo do trabalho e do estudo, por parte do condenado, bem como almejando um melhor controle disciplinar durante a execução da pena, uma vez que se trata de uma via de mão dupla, onde, não demonstrando, sinais de modificação de seu comportamento, o sentenciado pode ser regredido para regime mais rigoroso, ou nunca conquistar a promoção para o regime semiaberto ou aberto.

Tendo em vista a finalidade da pena, de integração ou reinserção social, o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário. Assim, ao dirigir a execução para a “forma progressiva” estabelece o artigo 112 a progressão, ou seja, a transferência do condenado de regime mais rigoroso a outro menos rigoroso quando demonstra condições de adaptação ao mais suave. De outro lado, determina a transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso quando o condenado demonstrar inadaptação ao menos severo, pela regressão, que ocorre nas hipóteses do art. 118 da Lei de Execução Penal (MIRABETE, 2004, p. 387).

Para conquistar a progressão de regime, o apenado precisa demonstrar o preenchimento de certos requisitos de ordem objetiva e subjetiva. O primeiro, também chamado de lapso temporal, consiste no cumprimento de, no mínimo, 1/6 (um sexto) da pena nos crimes comuns e, nos crimes hediondos ou equiparados, 2/5 (dois quintos) em caso de primariedade e 3/5 (três quintos) na hipótese de reincidência. Quanto ao segundo requisito, o sentenciado deverá demonstrar mérito carcerário através de seu comportamento penitenciário, comprovado, segundo a Lei de Execuções Penais, mediante atestado de conduta carcerária expedido pela autoridade penitenciária competente.

Embora a Lei nº. 10.792/2003 tenha excluído a necessidade de parecer da comissão técnica de classificação e do exame criminológico, a jurisprudência passou a adotar o entendimento de que o exame criminológico não havia sido extinto pela nova lei, podendo o juiz, no caso concreto, determinar, de maneira fundamentada, a realização do exame. Essa ideia decorre do fato de que o juiz pode requisitar qualquer tipo de prova para proferir a decisão de promoção para o regime mais brando, e o exame criminológico é uma prova pericial, inexistindo qualquer vedação à sua utilização sempre que o magistrado julgar necessária, nos termos do artigo 196 § 2º da Lei de Execuções Penais.

A questão telada passou a ser objeto de súmulas de jurisprudência, a exemplo da Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula Vinculante nº. 26 do Supremo Tribunal Federal, que consagraram o entendimento de que o juiz tem a faculdade de requisitar ou não o exame criminológico, devendo fazer isso de forma fundamentada.

No entanto, apesar dos enunciados de jurisprudência conferirem uma prerrogativa ao magistrado em requisitar ou não o exame, percebe-se que, na prática, a ampla maioria dos juízes das varas de execuções criminais estão solicitando a realização do laudo criminológico, constituindo exceção a concessão deste benefício com base tão somente no atestado de conduta carcerária expedido pelo Diretor do estabelecimento prisional.

Tal fenômeno fez ressuscitar as mesmas problemáticas existentes nos tempos anteriores à Lei nº. 10.792/2003, traduzidas pela falta de estrutura técnica dos estabelecimentos prisionais que possuem um deficiente quadro de profissionais para este fim, prejudicando o andamento dos pedidos e provocando revolta na população carcerária.

Aliada a esta circunstância está o fato de que é difícil elaborar um exame criminológico adequado com base em uma entrevista de poucos minutos entabulada com o perito, sem olvidar da essência do exame criminológico, que não se presta a descobrir a potencialidade do sentenciado para a prática de novos crimes, transformando a perícia em um mero instrumento de *seleção arbitrária* de pessoas (JUNQUEIRA, 2010, p. 56).

Existem posicionamentos no sentido de que o exame criminológico, para fins de instrução de benefícios, é inócuo, pois é impossível estabelecer-se um prognóstico da reincidência.

Nesse sentido escreve Alvino Augusto de Sá (2010, p. 04-05):

O prognóstico da reincidência, em si, é hoje praticamente insustentável. Não por motivos ideológicos ou panfletista, do tipo: ninguém tem o direito ou o condão de pôr-se a adivinhar o comportamento futuro de alguém; todos nós podemos cometer crimes amanhã ou depois; é uma violação aos direitos do

preso pretender prever sua conduta futura etc. O prognóstico em si, é parte que naturalmente se segue ao diagnóstico [...]

E segue,

O problema oferecido pelo prognóstico criminológico, como parte integrante do exame criminológico. É que, pela expectativa e pela exigência do judiciário e da própria lei (quando previsto em lei), ele deve se fazer em termos bastante específicos e oferecer uma boa dose de certeza sobre a probabilidade do comportamento criminoso se repetir ou não no futuro. Se o contexto do passado é conhecido (para a formulação do diagnóstico), o contexto do futuro não é conhecido (para os fins do prognóstico). Assim, de um lado se essa dose de certeza sobre a probabilidade de ocorrência de um comportamento específico no futuro é enganosa – esse é o primeiro grande problema, já sobejamente comentado na literatura – por outro lado – e este é o ouro problema – trata-se de uma manifestação técnica que, oferecido um respaldo enganosamente seguro ao judiciário, vai motivar e fundamentar decisões que são vitais para o examinando e toda sua família.

Não se almeja perscrutar se o exame criminológico deve ser realizado ou não para fins de progressão de regime prisional, ou se a conduta carcerária substituiu a exigência do mérito carcerário para a constatação do requisito subjetivo.

Busca-se, neste breve estudo, a sustentação da ideia de que a realização do exame criminológico para fins de progressão, nos moldes estabelecidos atualmente, constitui relevante instrumento de exclusão do tratamento penitenciário, uma vez que o exame é portador de inúmeras deficiências e distorções que prejudicam o apenado, negando-lhe o direito à progressão e, conseqüentemente, retirando-lhe a garantia da adequada individualização executiva da pena.

Consoante adverte Cristina Rauter (2003, p. 84):

Torna-se, pois, da maior gravidade a questão da confiabilidade que se tem nos resultados dos referidos exames. Das duas uma: ou de fato eles constituem uma avaliação científica e, como tal, confiável, acerca da personalidade de alguém, ou se está diante de uma perigosa fonte de arbitrariedade.

Assim, o princípio da individualização da pena tomou proporções extremamente amplas. As Unidades Penais devem se transformar em locais especializados na avaliação comportamental do preso, já que a personalidade do sentenciado, na verdade, norteia toda a execução progressiva da pena.

DEFICIÊNCIAS E DISTORÇÕES DO EXAME CRIMINOLÓGICO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIMES

A realização de exame criminológico para fins de progressão de regime se tornou rotina após o advento da Súmula Vinculante nº. 26 do STF. Apesar da Lei de Execuções Penais não determinar a vinculação do juiz ao exame criminológico, na prática, a ampla maioria dos magistrados preferem acolher a opinião desfavorável do psicólogo ou psiquiatra do que avaliar o mérito do condenado pela sua conduta global no interior do cárcere.

Na visão de Heráclito Antônio Mossin (2011, p. 27), a súmula encimada teria restaurado a redação original do artigo 112 § 1º da Lei de Execuções Penais, invadindo o campo de atuação do legislador.

Independente do juízo de valor sobre a imprescindibilidade ou não, conforme o caso, de ser feito o exame criminológico, a verdade é que ambos os Tribunais superiores usurparam a função do legislador, o que não se pode tolerar do ponto de vista constitucional. Evidentemente, cada “Poder” tem sua função previamente determinada na Constituição Federal. O legislativo tem a incumbência de aprovar ou não projetos de leis de sua iniciativa ou do Executivo, ao passo que este último poderá sancioná-los ou não. Já o Poder Judiciário é o organismo estatal incumbido da aplicação das leis, quando para isso for provocado, posto que os juízes não procedem de ofício. Portanto, a partir do momento que esses Tribunais Superiores passam a prever por intermédio de Súmulas a viabilidade de ser feito o exame tratado, sem que haja lei fazendo essa previsão, eles passaram a legislar, o que não é plausível e menos ainda recomendável em um Estado Democrático de Direito, uma vez que isso implica quebra de regra básica de atuação.

24

Verifica-se que o exame criminológico é uma espécie de escudo de proteção da sociedade, que não deixa alcançar a liberdade quem é irrecuperável. Nos parece que muitos magistrados não querem assumir a responsabilidade de colocar “na rua” alguém que supostamente pode praticar um crime novamente.

Nesse contexto, percebemos uma usurpação da função judicante, pelos técnicos que elaboram o exame criminológico, pois, quando o juiz de execução se atém exclusivamente às conclusões do laudo criminológico, ele está delegando a sua função aos peritos, subtraindo do Judiciário o poder de aplicação da lei ao caso concreto.

Em outras palavras, os psicólogos e os psiquiatras estão virando juízes de execução penal, inoculando uma ditadura da psiquiatria forense.

Conforme sintetiza Michel Foucault (2002, 22 p.):

E ele [referindo-se ao Juiz] não julga mais sozinho. Ao longo do processo penal e da execução da pena, prolifera toda uma série de instâncias anexas. Pequenas justiças e juízes paralelos se multiplicaram em torno do julgamento principal: peritos psiquiátricos ou psicológicos, magistrados da aplicação da pena, educadores, funcionários, da administração penitenciária

fracionam o poder legal de punir; dir-se-á que nenhum deles partilha realmente do direito de julgar; que uns, depois das sentenças, só tem o direito de fazer executar pena fixada pelo tribunal e principalmente que outros- os peritos – não intervém antes da sentença para fazer um julgamento, mas para esclarecer a decisão dos juízes.. Mas desde que as penas e as medidas de segurança definidas pelo tribunal não são determinadas de uma maneira absoluta, a partir do momento em que se deixa aas pessoas que não são juízes da infração o cuidado de decidir se o condenado “merece” ser posto em semiliberdade ou em liberdade condicional, se eles podem por termo a sua tutela penal, são sem dúvida mecanismos de punição anexos, mas juízes de todo modo.

Na realidade, a execução penal está sendo caracterizada por uma *psiquiatrização artificial* de sua estrutura, visto que, conforme asseverado, os juízes delegam constantemente a motivação do ato decisório aos peritos, que são operadores secundários do sistema e que passam a ganhar importância incondicional através de seus pareceres, visto que suas opiniões, além de instruírem as decisões dos juízes, exercem total poder sobre tais sentenças proferidas.

Diante disso, o instituto da progressão de regimes está ficando na mão do perito que irá entrevistar o prisioneiro e realizar o laudo. Ele que extrai a impressão através de uma rápida conversa com o prisioneiro e decide se, naquele caso, o laudo vai ser favorável ou não ao preso.

Assinala Hélio David Figueira dos Santos ([s.d.], p. 03) que:

Inobstante isso, os exames criminológicos são rotina na execução criminal e suas conclusões tem servido de principal fundamento para autorizar ou negar os benefícios legais em que pese a estabelecer a LEP que o juiz não fica adstrito a essas conclusões. Na verdade há uma certa acomodação das agências judiciais, que preferem acolher a opinião desfavorável do psicólogo ou psiquiatra, do que apreciar o mérito do apenado pelo exercício do trabalho cotidiano no interior do presídio e o relatório sobre o seu comportamento carcerário. É como se o magistrado viesse a ter responsabilidade pelo que o individuo venha a praticar no futuro, com base em um prognóstico médico de que o apenado ainda não está pronto para a liberdade, o que levanta aqui a perturbadora questão de como reagir ante esse condenado irrecuperável em face do término de sua pena.

Fora isso, os exames criminológicos, via de regra, são elaborados de maneira padronizada, muitas vezes inconclusivos ou ambíguos, mantendo-se um discurso paradigmático pautado em uma entrevista perfunctória do perito que, não raras vezes, a faz em quinze minutos. É comum encontrarmos expressões semelhantes nos laudos, como se fossem jargões da psiquiatria forense, donde se percebe que pouca coisa muda em seu conteúdo, existindo casos em que são trocados apenas os nomes dos sentenciados e

maquiadas algumas palavras.

Fala-se muito em *terapia penal* ou falta de *desenvolvimento psicológico* ou *imaturidade* ou, ainda, que o paciente não cumpriu pena suficiente para assimilar a *terapêutica penal*. Isso demonstra um vago e impreciso teor subjetivo nos laudos, o que prejudica a execução da pena e revela-se como uma violação ao sistema progressivo. Ora, o que seria *terapia penal*?

Na grande maioria dos presídios do Estado de São Paulo não existe escola ou oficinas de trabalho. A falta do que fazer no cárcere constitui um dos grandes problemas na atualidade. Dos 563.526 presos do Brasil, menos de 10% exercem atividade laborativa interna em 14 Estados brasileiros. Os demais Estados contam com menos de 20% ou 30%, com exceção do Estado de Santa Catarina que possui 40% de seus prisioneiros em trabalho interno.

Não há mais o caráter ressocializador da pena em seu aspecto substancial. Temos que nos preocupar se o preso irá se tornar uma pessoa pior do que aquela que entrou, e não analisar se o mesmo está ou não se ressocializando. Em outras palavras, não podemos esperar que a pena reedue, mas teremos sorte se ela não deseducar.

Carmen Silvia de Moraes Barros(2010, p. 04-05) relata que:

no mundo real, o que se pode esperar da pena privativa de liberdade é que, se não reedue, tampouco desedue; não pretendo fazer o preso melhor, tampouco o faça pior; não podendo ressocializá-lo, que ao menos não o dessocialize Para tanto a pena deve ser cumprida da forma mais digna possível. No entanto, diante da realidade de superlotação de nossos estabelecimentos prisionais, de abandono e desrespeito aos direitos mais básicos do preso, tudo que se pode esperar do exame criminológico (parecer) é que esclareça como o cumprimento da pena fez mal ao preso, quanto o tornou pior. Sabido que quanto maior o tempo de permanência no cárcere, maior a incorporação de seus valores próprios e a probabilidade de reincidência, não é admissível que se aja de forma hipócrita e se pretenda que profissionais sérios afirmem “que o preso não merece ter seu pedido deferido porque ‘não está aproveitando a TERAPÊUTICA PENAL’”.

Pondera, ainda,

Qual terapêutica penal? A que socou com mais de vinte pessoas em uma cela na qual caibam duas? A que o submeteu às ordens de facção criminosa para obter a proteção que competia o Estado dar? A que o sujeitou a maus tratos? A que submeteu sua família à extorsão? A que o obrigou a assumir o porte do que não lhe pertencia, a ficar em isolamento, sem poder pedir benefício, para então ser entrevistado rapidamente por um profissional que nunca viu e cuja conclusão que seu pedido deve ser indeferido porque não está aproveitando a “terapêutica penal”? Essa terapêutica penal que não o faz uma pessoa apta a retornar ao convívio social é a mesma que fez os índices de reincidência atingirem 85%!

Ademais, não podemos deixar de mencionar que muitas vezes os peritos são tendenciosos e se conduzem pela sua formação moral, o que é revelado em seus pareceres carregados de preconceitos, por vezes. Ou ainda, as entrevistas são realizadas por psicólogos que passam seus relatos aos médicos que subscrevem os laudos. A manifestação final fica ao encargo de um profissional que não conversa diretamente com o detento, e muitas vezes não tem formação em psiquiatria, não sendo médico especialista. Trata-se da interpretação da interpretação.

Como afirmado, requisitando o exame criminológico e este apresentando-se desfavorável, os juízes não hesitam em indeferir a progressão de regimes mesmo com o cumprimento do requisito objetivo (parcela da pena) e da presença do bom comportamento carcerário comprovado pelo atestado de conduta expedido pelo Diretor do estabelecimento penal (requisito subjetivo).

Sustentamos o posicionamento de que o juiz de execução não pode negar a concessão da progressão de regime quando presentes os requisitos plasmados no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, pois, com o advento da Lei nº. 10.792/2003 exige-se, tão somente o cumprimento de parte da pena e a apresentação de atestado de boa conduta carcerária. Se isto não ocorrer, estaríamos revogando obliquamente uma Lei por intermédio de uma Súmula Vinculante, o que é defeso pelo ordenamento jurídico.

Para Renato Marcão (2013, p. 270):

A prova do requisito subjetivo deve ser feita com a apresentação de atestado de conduta carcerária firmado pelo diretor do estabelecimento em que se encontrar o executado. Com a mudança, o art. 112 da LEP deixou de exigir expressamente o mérito. Basta a comprovação de bom comportamento carcerário, a ser documentada em atestado firmado pelo diretor do estabelecimento. Porém, não se pode negar que referido “atestado” se presta exatamente a demonstrar a aptidão subjetiva do preso e, de consequência, a existência ou não de mérito para a progressão de regime, tanto assim que não demais dizer que o preso que não ostentar bom comportamento carcerário não reunirá mérito para a progressão.

Se o juiz indefere o pedido de progressão com espeque em informações trazidas pelo laudo criminológico, ele está pautando sua decisão em um requisito que não é exigido por lei, negando a individualização da pena ao recluso e, por via de consequência, excluindo-o.

Neste viés surge o fenômeno do etiquetamento do preso (*labelling approach*), pois há uma manifesta incapacidade do Estado de manifestar, em suas ações, a implementação de políticas públicas que supram as necessidades dos prisioneiros. Assim, os reclusos são estigmatizados pela qualificação de irrecuperáveis.

É como se o Estado virasse as costas para as pessoas marginalizadas, criando um mundo para elas e afastando-as do resto da população (BAUMAN, 1999, p. 29). Os presos estão expulsos da sociedade e para ela não podem voltar, ficam no mundo da delinquência, se adaptando ao crime como uma forma natural de vida, sofrendo um endurecimento das instituições penais que bloqueiam o retorno do desviado ao convívio da sociedade supostamente honrada. (ANÍTUA, 2008, p. 589).

Assim, a prisão funciona como um mecanismo excludente não só pelos motivos aqui apontados, mas por um complexo conjunto de fatores que englobam questões ligadas tanto aos aspectos penais propriamente ditos, quanto aos aspectos processuais atinentes ao campo do Direito de Execução Penal, a exemplo do tema que estamos abordando (o exame criminológico para fins de progressão de regime carcerário).

Vale dizer, que o recurso adequado das decisões proferidas pelo juiz da execução penal é o agravo em execução, previsto no artigo 197 da Lei de Execuções Penais. Entretanto, apesar de existir corrente jurisprudencial em sentido contrário, a impetração de *habeas corpus* vem sendo aceita por nossos tribunais quando evidente o constrangimento ilegal do paciente, uma vez que o remédio do *habeas corpus* não está vinculado a qualquer limite.

Entendemos que, na hipótese alinhavada, a melhor alternativa é a impetração do *habeas corpus* ante a cristalina situação de constrangimento ilegal, uma vez que a decisão do magistrado gera reflexos imediatos na liberdade de locomoção do paciente.

Finalizando, os peritos estão se transformando em juízes de execução penal, prejudicando o sentenciado e violando o princípio da individualização da pena, restando como medida eficaz no combate a esta ilegalidade, a via do *habeas corpus*.

ESTUDO DE CASO: A PROGRESSÃO DE REGIMES DO PRISIONEIRO J.A.S.S.

Observando um episódio em concreto, buscamos destacar o caso do sentenciado J.A.S.S, que atualmente cumpre suas penas em uma penitenciária do interior do Estado de São Paulo. Após entrevista realizada com o detento e, ao empreender análise de seu processo de execução penal (processo nº 423.770), verificou-se a possibilidade de ser pleiteada a progressão do regime fechado para o regime semiaberto.

Aludido prisioneiro conta com uma pena total de 18 anos, 01 mês e 27 dias de reclusão, decorrentes da prática de tentativa de roubo agravado (artigo 157, § 2º, I e II c.c. 14, II do Código Penal), de roubo agravado consumado (artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal) e de homicídio simples tentado (artigo 121 “caput” c.c. 14, II do Código Penal).

Referido apenado encontrava-se preso em regime fechado desde o dia 17 de setembro

de 1996, sendo que o cálculo de sua pena assinala o dia 05 de outubro de 2017 como a data final do término de sua pena.

Foi requerida a progressão junto a Vara de Execuções Criminais de São Paulo, sendo determinada a realização de exame criminológico. Após a realização do laudo, o Juiz monocrático prolatou decisão de indeferimento do pedido, sob o argumento de que não foi comprovado mérito suficiente para o abrandamento do regime prisional. O magistrado acolheu o parecer elaborado pelo perito indeferindo o pedido formulado pelo preso.

No laudo psicológico encontramos a seguinte explanação: “[...] situação de crítica frágil e insatisfatória, referindo falta de identificação com o próximo e ausência de incorporação de responsabilidade pelos atos e consequências desses”.

Da decisão proferida foi impetrado *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 0140317-68.2011.8.26.0000), sendo o remédio distribuído à 1ª Câmara de Direito Criminal, ficando aos cuidados do Desembargador relator Figueiredo Gonçalves.

Em síntese, argumentava-se no *habeas corpus* que o paciente havia sofrido um constrangimento ilegal porque este teria preenchido todos os requisitos necessários para a obtenção da promoção ao regime intermediário e o juiz teria lhe negado a benesse indevidamente, sendo-lhe vedado decidir com base no exame criminológico que não constitui requisito para o benefício da progressão ante a determinação da Lei nº. 10.792/2003.

Após o indeferimento da liminar, prestação de informações da autoridade coatora e manifestação contrária da Procuradoria Geral de Justiça, foi concedida a ordem para deferir a progressão ao regime semiaberto ao paciente, por unanimidade (Acórdão registrado sob o nº 2011.0000171514).

Dispõe a decisão:

Entretanto, com o devido respeito à avaliação social e psicológica do sentenciado, há que se considerar que os apontamentos foram feitos após singela entrevista entabulada entre o recluso e as profissionais, não se podendo negar razão ao defensor, quando afirma que a conclusão da psicóloga não passa de suposições, sem respaldo fático ou técnico. No boletim informativo que instrui o recurso [sic] inexistiu qualquer anotação recente de episódios de falta disciplinar ou interrupção no cumprimento da pena (fls. 19-26). De outro lado, demonstrou o sentenciado boa conduta carcerária. Na fase de execução, devem ser analisados apenas os requisitos de natureza objetiva e subjetiva. Ora, negar a benesse pretendida com lastro em apontamentos do exame criminológico desfavoráveis ao sentenciado, desprezando os aspectos favoráveis não condiz com o sistema legal de execução penal e viola a certeza que deve advir da interpretação das normas restritivas da liberdade individual.

Atualmente o recluso encontra-se cumprindo sua pena em regime semiaberto tendo conquistado esse direito, como visto, através da impetração de *habeas corpus*.

Verificamos que, neste caso concreto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo adotou o entendimento de que o juiz não pode indeferir a progressão de regimes com base em apontamentos extraídos do laudo criminológico quando evidente o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da benesse.

CONCLUSÃO

Conforme ficou esclarecido no decorrer deste estudo, pôde-se constatar que, sem sombra de dúvidas, a privação da liberdade se apresenta como um potencial instrumento de exclusão social do prisioneiro, pois além de não cumprir sua função reabilitadora, estigmatiza e rotula o cidadão como ex-presidiário, potencializando a rejeição social que impera sobre o mesmo.

Notou-se que o exame criminológico constitui importante instrumento de individualização da pena, mas é empregado indevidamente, de uma maneira artificial, desvirtuando a sistemática progressiva, conforme observamos no caso do prisioneiro J.A.S.S.

Apesar da predominância da atividade jurisdicional da execução da pena, ficou detectado que há uma usurpação da atividade psiquiátrica na execução da pena, uma vez que os juízes de execução determinam a realização do laudo criminológico e julgam conforme a indicação desses pareceres, transformando o recluso em um objeto de execução, fazendo-o perder o caráter de sujeito de direitos, transformando a execução da pena privativa de liberdade em um poderoso mecanismo de exclusão e de etiquetamento negativo social.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel-Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2002.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Exame Criminológico- hora de por fim ao equívoco**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 215, Outubro, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**, tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editora, 1999.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança do direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COIMBRA, Mário; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi. **Execução Penal.** In :PRADO, Luiz Regis (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: **Sistemas. Geopresídios. Estatísticas.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/Presidios_IE/pages/jsp/index.jsp> Acesso em 26 jun. 2015.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Exame Criminológico.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRACUTI, Franco. **A integração das contribuições psicossociológicas na criminologia clínica.** In : FERRACUTI, Franco (org.) Temas de Criminologia. Adaptação de Ayush Morad Amar. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1975.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir,** tradução de Raquel Ramallete. 25. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à lei nº 7.210, 11-7-1984.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOLINA, Antônio García-Plabos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais.** Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio Cesar O.G.. **Execução Penal: aspectos processuais.** Leme : Editora J. H. Mizuno, 2011.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia.** São Paulo : Editora Saraiva, 2010.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil.** Rio de Janeiro : Editora Revan, 2003.

SÁ, Alvinho Augusto de. **O exame Criminológico e seus elementos essenciais.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 214, Setembro, 2010.

SANTOS, Hélio David Vieira Figueira dos. **Exames criminológicos e execução penal.** Disponível em :<http://www.execucaopenal.com.br/Exames_criminologicos.PDF> . Acesso em 25 set 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Paulo Sérgio Xavier de. **Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito.** Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres : a nova geração da miséria nos Estados Unidos** [*A onda punitiva*]. Tradução de Sérgio Laramão. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2002.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DOS ASSASSINOS EM SÉRIE E SUA IMPUTABILIDADE PENAL

Alana Cássia Martins LIMA³

Maria Carolina Alves Modesto e SILVA⁴

RESUMO

São loucos ou normais? Imputável ou inimputável? Essas são as questões levantadas no presente artigo, que tem como escopo discutir sobre os assassinos em série, também conhecidos como serial killers. Importante analisar tais indivíduos do ponto de vista criminológico, suas características gerais e psicológicas, assim como sua classificação. Num segundo momento, pormenoriza a questão da imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade, fazendo um paralelo com os assassinos em série, se eles podem ou não serem responsabilizados com pena ou medida de segurança. Esse é o tema do presente trabalho, que faz uma contextualização entre perfil criminológico e imputabilidade desses indivíduos presentes na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Assassinos em Série. Perfil Criminológico. Imputabilidade. Inimputabilidade. Criminologia.

33

ABSTRACT

They are crazy or normal? Attributable or untouchable? These are the questions in this article, which is scoped to discuss about serial killers. Important to analyze this person of the criminological point of view, it is general and psychological characteristics, as well as the classification of them. Secondly, it details the issue of liability, unimputable and semi-liability, making a parallel to serial killers, if they can or cannot be made responsible with punishment or security measure. This is the theme of this work, which make a contextualization between criminological profile and liability these individuals present in the society.

KEYWORDS: Serial Killer. Criminological Profile. Liability. Unimputable. Criminology.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo tratar dos assassinos seriais, mais conhecidos como serial killers, pois tratam-se de indivíduos altamente perigosos e que estão presentes na nossa

³ Estudante de Graduação - Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo.

⁴ Estudante de Graduação - CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE.

sociedade, de forma disfarçada.

Primeiramente trouxe uma definição dos assassinos em série, suas características gerais, psicológicas e como são classificados pelos estudiosos do assunto, formando-se assim um perfil dos assassinos seriais.

Num segundo momento, passou-se a explicitar a imputabilidade, inimputabilidade, semi-imputabilidade e suas consequências, trazidas pelo Código Penal Brasileiro.

Posteriormente, foi apresentada a questão da imputabilidade dos assassinos em série. Se se tratam de doentes mentais, fronteiros ou normais, e quais as consequências disso. Ou seja, demonstrou como deve ser o tratamento penal para esses indivíduos.

E por fim, tratou-se da ressocializabilidade de tais assassinos, se seriam capazes ou não de serem curados.

Para a realização do presente trabalho, utilizou-se do método dedutivo, fazendo uma análise dos conceitos apresentados e sua relação. A pesquisa bibliográfica deu-se em livros, revistas, doutrinas e internet.

PERFIL DOS ASSASSINOS EM SÉRIE

DEFINIÇÃO

O assassino em série, conhecido como serial killer, cujo termo foi utilizado pela primeira vez por um agente aposentado do FBI (Federal Bureau of Investigation), nos anos 70, por muito tempo foi considerado com um assassino em massa (Mass Murder). Porém, há diferenças entre eles.

Cumprime primeiramente diferenciar os assassinos em massa, dos “serial killers”. O assassino em massa, são aqueles que matam várias pessoas em questão de horas. Por sua vez, os serial killers podem ser definidos, segundo Ilana Casoy (2002, p. 16), como indivíduos que cometem uma série de homicídios durante um período de tempo, com pelo menos alguns dias de intervalo entre eles.

No tocante a essa definição, há um certo número de pessoas que precisam ser mortas para que um indivíduo seja considerado serial killer. Alguns estudiosos alegam que o cometimento de dois homicídios, bastam para considerar assassino em série. Já para outros estudiosos, é necessário o cometimento de quatro homicídios.

Segundo a definição do FBI, assassinos em série são aqueles que matam três ou mais pessoas, com períodos de calma entre os assassinatos (Shanna Freeman, s.d, s.p)

Ademais, os crimes geralmente são cometidos sem um motivo específico. Podem

ocorrer por puro prazer do agente. Não há sentido algum nos crimes, inclusive para o próprio agente. Trata-se de círculo vicioso, que só cessa com a morte ou prisão do indivíduo.

Como explicita o Doutor Joel Norris *apud* Ilana Casoy (2002, p. 17), os assassinos em série possuem um ciclo, que apresenta seis fases. São elas:

- Fase Áurea, que se dá quando o assassino tem a perda da realidade em que vive;
- Fase da Pesca, em que o assassino faz uma seleção, buscando sua vítima;
- Fase Galanteadora, na qual o assassino seduz a vítima, enganando-a;
- Fase da Captura, que se dá quando a vítima cai na armadilha, é capturada pelo agente;
- Fase do Assassinato ou Totem, que consiste no clímax de suas emoções;
- Fase da Depressão, que advém após a morte da vítima.

Dessa forma, há uma grande dificuldade em conceituar o assassino em série.

CARACTERÍSTICAS GERAIS E PSICOLÓGICAS

35

Os assassinos em série não possuem um perfil absoluto, fácil de ser traçado, haja vista, que cada agente pode apresentar uma característica, um traço diferente.

Geralmente, os assassinos em série são homens, brancos, jovens de meia idade, sendo suas vítimas, na grande maioria, mulheres. Tratam-se de cidadãos respeitados na sociedade, que não apresentam nenhum comportamento estranho diante das pessoas, sendo boas pessoas e bons profissionais. Portanto, possuem um perfil totalmente diferente no meio social. Criam um verniz social, é a chamada dissociação. Como explica Ilana Casoy (2002, p. 20):

A dissociação não é anormal, todos nós temos um comportamento social mais “controlado” do que aquele que temos com nossos familiares mais íntimos.

No caso do serial killer, a dissociação de sua realidade e fantasia é extrema. Muitos têm esposas, filhos e empregos normais, mas são extremamente doentes. Mutilar a vítima, dirigir sua atuação como em um teatro ou sua desumanização também ajudam o serial killer a dissociar-se.

Quanto às mulheres assassinas em série, explica Ballone (2005, s.p):

As mulheres assassinas em série representam apenas 11% dos casos e, em geral, são muito menos violentas que os assassinos masculinos e raramente cometem um homicídio de caráter sexual. Quando matam, não costumam

utilizar armas de fogo e raramente usam armas brancas, sendo a preferência os métodos mais discretos e sensíveis, como por exemplo o veneno. Elas costumam ser mais metódicas e cuidadosas que os homens.

Na infância não demonstram nenhum comportamento que possa defini-lo como serial killer. Porém, há a chamada “terrível tríade” ou “Tríade MacDonald”, que aparece na maioria dos históricos dos assassinos em série.

A “terrível tríade” consiste em três comportamentos durante a infância: enurese, abuso sádico de animais e outras crianças e piromania.

Segundo Ilana Casoy (2002, p. 18), ainda na infância apresentam algumas outras características, como os devaneios diurnos, isolamento social, mentiras crônicas, roubos, acessos de raiva exagerados, baixa autoestima, problemas alimentares, convulsões, propensão a acidentes, entre outros comportamentos.

Outra característica que muitos assassinos em série apresentam é o isolamento familiar, que com isso passam a ter devaneios e fantasias. Porém, tais fantasias são complexas e compulsivas, passando a ser constante e não apenas uma distração.

Em sua grande maioria, os serial killers sofreram algum tipo de abuso na infância, seja por negligência, abandono, sejam abusos físicos, sexuais ou emocionais.

É cediço que os assassinos em série matam seguindo um padrão, possuem um método, escolhem suas vítimas conforme suas características. Neste sentido, Marta e Mazzoni (2010, p. 306):

Com frequência eles matam seguindo um determinado padrão, seja através de uma determinada seleção da vítima ou de um grupo social com características definidas como, por exemplo, prostitutas, homossexuais, policiais etc.

Geralmente, os assassinos em série sofrem de Transtorno de personalidade antissocial, ou seja, são amorais, incorrigíveis, assim como não tem sentimentos de afeto e compaixão com as pessoas. Porém apresentam empatia, pois se desejam ver a vítima amedrontada ou humilhada, precisam saber como fazer isso. Como leciona Ilana Casoy (2002, p. 22):

É um erro pressupor que o serial killer não sabe fazer empatia, uma vez que ele compreende exatamente o que é humilhante, degradante ou doloroso para a vítima e planeja sua ação para obter desta o que necessita e deseja.

Importa destacar que os assassinos em série, ainda que tenham provas materiais da autoria do crime, negam que o cometeram, alegando sua inocência. Se assumem que

cometeram os delitos, afirmam que sofrem de doenças mentais ou insanidades, afastando a imputabilidade penal. Isso decorre da dissociação, já explicitada no texto. Conforme Ilana Casoy (2002, p. 21):

A dissociação que fazem dos seus crimes enquanto estão num contexto social é tão profunda que muito serial killers, quando são presos, negam sua culpa e alegam inocência com convicção e, mesmo que as provas para sua condenação incluam fotografias dele mesmo com suas vítimas, objetos pessoais das vítimas encontrados em seu poder ou qualquer outra prova irrefutável, continuam negando veementemente sua participação no crime.

Portanto, os serial killers apresentam uma série de características ímpares, contudo, eles podem estar na sociedade como qualquer pessoa que nos rodeia, disfarçados, devido ao seu comportamento de dissociação, levando-nos a acreditar em uma personalidade totalmente diversa de sua personalidade real.

CLASSIFICAÇÃO

Os assassinos em série podem ser classificados de diversas formas: uma baseada no motivo, outra baseada nos padrões organizacionais e sociais, também chamada de tipologia de Holmes e quanto à organização.

Conforme a tipologia de Holmes, os assassinos em série podem ser divididos em dois tipos: Aqueles que se concentram no ato ou aqueles que se concentram no processo.

Os que se concentram no ato, são aqueles que acreditam que matar é apenas um ato em si. Há nesse caso, os visionários, que matam, pois escutam vozes ou tem alucinações que os levam a isso. Ou ainda, os missionários, que creem que devem acabar com um grupo de pessoas.

Já para os que se concentram no processo, há um prazer no momento da morte, no momento da tortura da vítima. Nesse grupo há três tipos de assassinos: os que tem prazer sexual em matar; os que buscam emoção; e por fim, os assassinos que buscam poder, isto é, querem brincar de controlar a vida e a morte.

Ilana Casoy (2002, p. 16), explica que há uma outra classificação baseada nos motivos, que divide os serial killers em quatro tipos:

- Visionário: É o sujeito insano, psicótico, que ouve vozes e as segue, ou ainda, tem alucinações.
- Missionários: São aqueles que acreditam que devem exterminar determinado grupo de pessoas, desejando livrar o mundo daquilo que julga imoral ou indigno.
- Emotivos: Trata-se do indivíduo que tem prazer em matar, utilizando-se de métodos

sádicos, como uma diversão.

- Libertinos: É o indivíduo que busca um prazer sexual com a morte da vítima, estando ligada ao sofrimento desta.

Segundo Ilana Casoy (2002, p. 39, 40 e 41), há ainda uma outra classificação de acordo com as habilidades sociais e organizacionais. Nesta os assassinos são divididos em organizados e desorganizados. Para tal classificação é necessária a observação da cena do crime.

Os organizados são aqueles que possuem um melhor relacionamento com a sociedade, e dessa forma, conseguem seduzir as vítimas mais facilmente. Além disso, são mais inteligentes, astutos, planejam a cena e os tormentos que perpetram na vítima. Geralmente levam embora sua arma e instrumentos após o crime. Escolhem como vítimas, pessoas completamente estranhas, com certa característica. Além disso, acompanha a repercussão de seu delito pela mídia de forma cuidadosa (Ilana Casoy, 2002, p. 39, 40 e 41).

Por sua vez, os desorganizados, não mantêm contato com pessoas, são socialmente inadequados. Apresentam inteligência abaixo da média, são impulsivos, movidos pela emoção. Estes assassinos não planejam o crime, bem como, não preocupam-se em limpar a cena do crime, deixando armas, instrumentos e o corpo no local. Selecionam suas vítimas aleatoriamente.

Diante disso, é possível perceber que os assassinos em série podem ser classificados de modos diferentes ou ainda, podem não apresentar nenhuma das características de tais classificações, sendo atípicos.

CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO

IMPUTABILIDADE

Antes de iniciar a análise da imputabilidade, é importante destacar que esta é um dos elementos da culpabilidade.

Importante ressaltar também que, existem três critérios para a determinação da imputabilidade, sendo o primeiro o biológico, onde vigora a ideia de que não há necessidade de análise da capacidade de entendimento do agente no momento do delito, basta que o mesmo possua doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como pressupõe a hipótese da menoridade penal, independentemente assim, de análise quanto à capacidade de discernimento ou não quando da prática da conduta; já no segundo, o psicológico, há apenas a análise da capacidade de entendimento do sujeito no momento da atividade delituosa, não sendo avaliada a existência ou não de qualquer doença e, por fim, o

critério biopsicológico, onde são incorporadas as ideias dos critérios anteriores, havendo assim, a necessidade de comprovação de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que altere a capacidade de entendimento da conduta delituosa, aliada a incapacidade de manifestação de vontade coerente a tal entendimento, no momento da prática delituosa, e este é o critério que se aplica como regra no Código Penal.

A imputabilidade restará demonstrada segundo Fernando Capez, (2012, p. 332) quando:

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade.

Ainda, segundo análises de Cezar Roberto Bitencourt, (2013, p. 456), Imputabilidade é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora convém destacar, não se confunda com *responsabilidade*, que é o princípio segundo o qual o *imputável* deve responder por suas ações.

Dessa maneira, fica evidente que a imputabilidade está relacionada com a possibilidade de entendimento da ilicitude da conduta a ser praticada, devendo ainda o agente estar em condições normais para manifestar sua vontade e, não pode ser confundida com responsabilidade.

De maneira brilhante, Fernando Capez, fez uma breve diferenciação entre imputabilidade e responsabilidade (2012, p. 334):

Com efeito, responsabilidade é a aptidão do agente para ser punido por seus atos e exige três requisitos: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Deste modo, o sujeito pode ser imputável, mas não responsável pela infração praticada, quando não tiver a possibilidade de conhecimento do injusto ou quando dele for inexigível conduta diversa.

Sendo assim, fica cristalino que a imputabilidade é, um dos elementos essenciais para que o sujeito seja considerado culpado pela prática de um delito, devendo ser provado mediante a capacidade de discernimento do sujeito quanto à conduta a ser praticada, bem como a possibilidade de manifestar livremente sua vontade, sem qualquer interferência de agente externo, havendo ainda a necessidade de ser diferenciada da responsabilidade, haja vista, esta ser uma área ampla, na qual a imputabilidade está inserida.

Importante salientar ainda, que em nenhum momento, o atual Código Penal, trouxe as

hipóteses de imputabilidade, determinando assim que serão imputáveis aqueles que não se enquadrarem nas causas de exclusão, que serão tratadas no tópico seguinte.

INIMPUTABILIDADE

Conforme demonstrado acima, apesar do legislador ter denominado o título III, como da imputabilidade penal, apenas expôs as causas de exclusão desta, ora inimputabilidade, nos artigos 26 a 29 do Código Penal.

Cumprido salientar ainda, que apesar de existirem outras hipóteses de inimputabilidade, apenas serão tratadas aquelas que interessam ao presente trabalho, quais sejam, a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, apresentados no artigo 26, do Código Penal, onde resta demonstrada a opção do legislador pelo critério biopsicológico:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É essencial demonstrar especificadamente cada uma dessas hipóteses, iniciando-se pela doença mental, que deve ser considerada como aquela que atinge a capacidade de julgamento acerca da licitude da conduta, bem como a manifestação de vontade.

De forma brilhante, Fernando Capez apresenta uma definição para as doenças mentais, (2012, p. 334):

É a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infindável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral etc.

Há também a hipótese de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, explanadas por meio das lições de Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 479-480):

Em outros termos, *desenvolvimento mental retardado* é aquele em que não se atingiu a *maturidade psíquica*, por deficiência de saúde mental. De regra, nas hipóteses de *desenvolvimento mental retardado* aparecem com alguma frequência as dificuldades dos chamados casos *fronteiriços*, particularmente nas *oligofrenias*, onde o diagnóstico não oferece a segurança desejada.

Importante destacar também as observações de Fernando Capez, (2012, p. 335- 336), acerca deste tema:

É o caso dos oligofrênicos, que são pessoas de reduzidíssimo coeficiente intelectual. Classificam-se numa escala de inteligência decrescente em débeis mentais, imbecis e idiotas. Dada a sua insignificante capacidade mental, ficam impossibilitados de efetuar uma correta avaliação da situação de fato que se lhes apresenta, não tendo, por conseguinte, condições de entender o crime que cometerem.

Dessa forma, fica evidente, que enquadrar-se-ão nas hipóteses de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, os oligofrênicos, os débeis mentais, imbecis e idiotas, bem como os surdos-mudos e silvícolas que passaram por processo de adaptação.

É necessária a realização de uma breve observação quanto aos surdos-mudos, vez que, dependendo do grau de instrução e adaptação social, eles poderão ser considerados imputáveis, necessitando assim de observação em cada caso, conforme explana Cezar Roberto Bitencourt, (2013, p. 480):

Será indispensável comprovar-se, *in concreto*, as consequências decorrentes da surdo-mudez, isto é, constatar se ela produz a incapacidade de compreensão e de autodeterminação decorrentes dessa deficiência congênita.

Há ainda que se destacar que em ambos os casos, deverão estar ausentes tanto à capacidade de entendimento da prática delituosa, quanto à de manifestação adequada de vontade conforme tal entendimento, reforçando assim, a aplicação do critério biopsicológico.

Cumpra evidenciar ainda, que conforme determina Cezar Roberto Bitencourt, quaisquer desses casos deverão possuir comprovação por laudos médicos (2013, p. 481):

Todos esses *estados* passam, necessariamente, pelo exame médico-pericial para comprovar a gravidade que, *in concreto*, apresentam. No plano processual, viabiliza-se esse exame pericial através da instauração de *incidente de insanidade mental do acusado* (arts. 149 a 154 do CPP).

Por fim, é importante ressaltar, que os agentes que apresentarem doenças mentais ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, desde que comprovadas a impossibilidade de compreensão da conduta delituosa, bem como a impossibilidade de adequar sua conduta a tal entendimento, serão isentos de pena, em virtude da falta de um dos elementos da culpabilidade, mas, serão submetidos a medida de segurança.

SEMI-IMPUTABILIDADE

A semi-imputabilidade, culpabilidade diminuída ou ainda imputabilidade diminuída está prevista no Código Penal em seu artigo 26, parágrafo único, que dispõe:

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A semi-imputabilidade se dá quando o indivíduo demonstra ter sua saúde mental afetada, todavia, ela não é excluída, ou como expressa o próprio Código Penal, o agente não é inteiramente capaz de entender o ato. Trata-se de uma faixa intermediária entre a imputabilidade e a inimputabilidade, onde há várias graduações. Ou como leciona Luiz Régis Prado (2010, p. 351):

A denominada imputabilidade diminuída ou atenuada— redução da capacidade de culpabilidade—constitui uma área intermediária. Estado limítrofe, terreno neutro, situada entre a perfeita saúde mental e a insanidade, em virtude da dificuldade existente muitas vezes em ser traçada uma linha precisa de demarcação. Assim, quando tratar-se de perturbação da saúde mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que tão só reduzem (não era inteiramente capaz—art 26, parágrafo único, CP) a capacidade do agente de conhecer o caráter ilícito de seu comportamento ou de determinar-se conforme esse entendimento, a responsabilidade penal será obrigatoriamente diminuída de forma proporcional a redução de sua capacidade de culpabilidade.

42

Ou ainda como explica Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 481):

Situam-se nessa faixa intermediária os chamados *fronteiriços*, que apresentam *situações atenuadas* ou residuais de *psicoses*, de *oligofrenias* e, particularmente, grande parte das chamadas *personalidades psicopáticas* ou mesmo transtornos mentais transitórios.

Há ainda que se ressaltar a diferença entre inimputabilidade e semi-imputabilidade, na qual é melhor explicitado por Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 483):

Essas condições biológicas, com exceção da menoridade, podem fazer o agente perder totalmente a capacidade de entendimento ou de autodeterminação, ou, simplesmente, diminuir essa capacidade. Pode ter íntegra uma e diminuída a outra, mas como precisa, para ser imputável, das duas capacidades, de entendimento e de autodeterminação, a ausência de uma basta para inimputabilidade. Se houver prejuízo de uma delas, total — é inimputável; se houver prejuízo de uma delas, parcial — é semi-imputável, isto é, tem capacidade de culpabilidade diminuída.

A culpabilidade diminuída é uma hipótese de diminuição de culpabilidade, reduzindo-

se a pena, conforme o supracitado artigo do Código Penal. Portanto, demonstrada a semi-imputabilidade do indivíduo, este deve ter sua pena diminuída de um a dois terços, devido ao seu estado de saúde mental à época dos fatos. Poderá também ser aplicada a medida de segurança nesses casos, contudo, ela somente será aplicada em substituição à pena reduzida imposta, dependendo para tanto da necessidade do indivíduo em ter um tratamento especial, como salienta Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 483).

Destarte, o agente semi-imputável tem sua capacidade de entender o ato de forma incompleta, devido à perturbação da saúde mental ou do desenvolvimento mental incompleto, devendo desta maneira, à eles serem impostas penas, porém de forma reduzida.

IMPUTABILIDADE DOS ASSASSINOS EM SÉRIE

Após a análise do perfil do assassino em série e discorrer sobre a questão da imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade, é cediço retratar a questão da imputabilidade dos serial killers.

Os serial killers, conforme já explicitado, são aqueles indivíduos que cometem vários homicídios, havendo lapso temporal entre eles.

Cabe ressaltar que o assassino em série não pode ser confundido com psicopata. Muitas vezes uma mesma pessoa pode apresentar ambos perfis. Não há uma regra quanto à um psicopata ser um serial killer ou então um serial killer ser portador de psicopatia.

Imputabilidade por sua vez significa conferir a prática de um ato à alguém, podendo ser total, ou seja, quando o sujeito à época do ato era totalmente capaz de entendê-lo. Pode ser parcial, quando o indivíduo é parcialmente capaz de entender seus atos. Ou ainda, nula, quando não tem capacidade nenhuma de entender seus atos.

Á vista disso, há uma discussão no tocante à imputabilidade dos assassinos em série.

A partir da análise do perfil do assassino em série, é possível depreender que nem sempre estes indivíduos serão doentes mentais, deste modo, conforme Guido Arturo Palomba (2003, p. 524), o assassino em série pode ser normal mentalmente, doente mental e fronteiroço. Isto é, eles podem ser doentes mentais, normais ou então, parcialmente capazes de entenderem seus atos.

Quanto à isso é cabível a explicação de Guido Arturo Palomba (2003, p. 524): “o serial killer (assassino serial) doente mental sempre age sozinho, e comete seus atos, via de regra, como fruto de uma descarga de agressividade inaudita, quase sempre de uma só vez”.

Pode se concluir que não há uma regra, uma norma especial para a imputabilidade penal dos assassinos em série. Para alguns, eles devem ser considerados normais

mentalmente, tendo capacidade de entender o caráter de seu ato, pois apresentam perfis com grande habilidade em mentir, enganar, sendo uma pessoa totalmente diferente no meio social. Edílson Mougenot Bonfim (s.d, s.p) esclarece isso:

Há uma corrente psiquiátrica forte que afirma que eles têm condição de entender o que fazem e também de se autodeterminarem de acordo com esse entendimento. Eles sabem o que é certo e o que é errado, porque aprenderam isso na sociedade, mas como não absorveram os valores fazem uma opção pelo outro caminho. E, ainda que podendo se controlar, optam pelo segundo caminho.

Para a aplicação de pena ou medida de segurança é necessário que haja uma análise caso a caso, analisando o perfil do agente, e caso seja doente mental, será inimputável, aplicando a ele a medida de segurança. Caso seja normal, será considerado imputável, aplicando a pena normalmente. E por fim, no caso do fronteiroço, será considerado semi-imputável, aplicando-se a pena de forma reduzida.

Todavia, todo assassino em série, apresenta um perfil diferente, de modo que não é viável considerá-lo como um indivíduo normal, devendo a ele ser aplicada a pena reduzida e em casos mais graves, a medida de segurança.

44

RESSOCIABILIDADE

Os assassinos em série apresentam a ausência de afeto, de remorso, de culpa, de sentimentos para com as demais pessoas.

Contudo, é um indivíduo que controla seu comportamento, pois sabe que seus atos não são aceitáveis no meio social, dessa forma, cria um comportamento para viver em sociedade.

É quase que unânime na psiquiatria mundial que os serial killers não são passíveis de recuperação, pois como já explicitado, são pessoas que não tem remorso, não demonstram arrependimento ou culpa de seus atos, não havendo tratamento eficiente para eles.

Assim sendo, resta dificultada a “cura” desses indivíduos, haja vista, a não capacidade de modificação da personalidade.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho discorreu-se sobre os assassinos em série, demonstrando a periculosidade de tais indivíduos, bem como a sua presença disfarçada no meio social.

Os serial killers como são conhecidos, são indivíduos que podem facilmente serem encontrados na sociedade como uma pessoa qualquer, sem demonstrar nenhum

comportamento diverso.

É cediço que nem sempre os assassinos em série serão doentes mentais. Eles apresentam características peculiares na execução de seus crimes, porém, isso não o faz doente mental. Contudo, em alguns casos, eles podem ser além de serial killers, doentes mentais.

Num segundo momento, trabalhou-se a questão da imputabilidade, apresentando uma breve explicação sobre imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade, bem como, as suas consequências.

Passou-se então a trabalhar a respeito da imputabilidade dos assassinos aqui tratados, explicitando que a imputabilidade ou inimputabilidade desses assassinos varia caso a caso, analisando o perfil do indivíduo em conjunto com o artigo 26, “caput” e parágrafo único do Código Penal.

Por derradeiro, explicou-se sobre a ressociabilidade dos serial killers, como sendo algo quase que impossível, devido ao seu perfil criminológico e ausência de sentimentos e remorso.

Conclui-se portanto, que os assassinos seriais podem estar presentes de forma disfarçada em nossa sociedade, e que podem a qualquer momento cometerem seus delitos, enganando qualquer um. Ademais, quanto à aplicação de sua pena, tudo dependerá da análise de seu perfil, podendo ser aplicada a pena, pena reduzida ou então, medida de segurança.

45

REFERENCIAL

BALLONE, G.J. **Criminologia**. 2005. Disponível em:

<<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=22>>. Acesso em 23 de junho de 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASOY, Ilana. **Serial Killer: Louco ou cruel?** 2ª ed. São Paulo: WVC editora, 2002.

FARIA, Josiane Petry; MARTINS, Paulo César Ribeiro; PRADO, Maitê. **Serial Killer: Prisão ou Tratamento?** Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9782)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9782](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9782)>. Acesso em: 26 de junho de 2015.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREEMAN, Shanna. **O comportamento dos Serial Killers**. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/serial-killer2.htm>>. Acesso em 22 de junho de 2015.

FREIRE, Renan Arnaldo. **PLS nº 140/2010: O Tratamento Penal ao Serial Killer**. 2012. Disponível: <<http://jus.com.br/artigos/22638/pls-n-140-2010-o-tratamento-penal-ao-serial-killer>>. Acesso em: 25 de junho de 2015.

MARTA, Tais Nader; MAZZONI, Henata Mariana de O. **Assassinos em Série: Uma análise legal e psicológica**. Fortaleza. 2010. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v15n1_artigo13.pdf>. Acesso em 22 de junho de 2015.

MOURA, Bruna Toniolo. **A Análise Criminológica e a Imputabilidade dos Assassinos em Série**. 2010. 62 fls. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2010.

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de Psiquiatria Forense Civil e Penal**. São Paulo: Atheneu, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O Psicopata Mora ao Lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

UMA ANÁLISE DO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL ATRAVÉS DA TEORIA CRÍTICA DE HANNAH ARENDT ACERCA DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Pérola Amaral TIOSSO⁵

RESUMO

Analisa o Primeiro Comando da Capital como produto de uma atuação negligente do Estado, bem como estabelece as causas legítimas de seu nascimento. Examina a organização como um movimento inicialmente resistente às opressões estatais. Expõe, em seguida, a teoria da desobediência civil com base nos ensinamentos de Hannah Arendt, comparando-a rapidamente a outros teóricos que apresentam o mesmo tema. Dispõe acerca da violência como requisito inexistente no fenômeno da desobediência civil, para, após, questionar se a organização se trata legitimamente de um tipo de desobediência civil ou de uma verdadeira organização criminosa, que se utiliza da violência e do terror para a perpetuação de seu poder.

PALAVRAS-CHAVE: Primeiro Comando da Capital. Desobediência civil. Hannah Arendt.

ABSTRACT

This paper analyzes the "Primeiro Comando da Capital", or "First Command of the Capital" as product of a negligent action of the State, as well as establishes the legitimate causes of its roots. It proceeds to examine the organization in its beginning as a movement resistant to the state's oppression. It then exposes the theory of civil disobedience through Hannah Arendt's teachings, briefly relating it to other theoreticians who present the same subject. It disposes about violence as an inexisting requisition on the phenomenon of civil disobedience, to then question if the organization is legitimately a kind of civil disobedience or a truly criminal organization, which uses violence and terror in order to perpetuate its power.

KEYWORDS: First Command of the Capital. Civil Disobedience. Hannah Arendt.

INTRODUÇÃO

Em um ambiente maltratado pela enraizada desigualdade social, as minorias sociais são sempre as maiores vítimas das afrontas ao mínimo existencial.

O Brasil, neste sentido, ostenta um dos maiores índices de população carcerária, com um constante aumento conforme os anos se passam. A cultura de encarceramento, no entanto, evoluiu para um melhoramento com o conseqüente aumento de direitos provenientes do nascimento da Constituição Federal de 1988.

⁵ Graduada em Direito pela UEL.

No entanto, apesar do preceituado em Lei, o Estado ainda não possui êxito em executá-la efetivamente. Isso, deste modo, resulta no estabelecimento de uma população que vive à margem da sociedade, com a carência de elementos vivos para uma vivência digna.

Tais fatores, como se sabe, criam os intitulados *criminosos*, os quais, muitas vezes, ao não vislumbrarem um modo de vida perante esta situação, acabam por se dirigirem ao contexto do crime.

Neste sentido, este artigo objetiva analisar as causas do nascimento do Primeiro Comando da Capital, a maior organização criminosa brasileira do país.

Em seguida, visa analisá-lo como uma organização que nasceu inicialmente como movimento de resistência às arbitrariedades e torturas praticadas pelo Estado.

A partir de tal contexto, será explanada a teoria da desobediência civil com base nos pensamentos de Hannah Arendt, teórica política, a qual vivenciou os regimes totalitários do século XX, e, a partir disso, dirigiu sua vida aos estudos políticos. Para isso, foram utilizados as obras *Sobre a revolução* e *Crises da República*, ambas da autora em comento, as quais retratam acerca da desobediência civil.

Por fim, os pensamentos de Hannah Arendt serão analisados, de forma a questionar a legitimidade da organização como movimento de resistência.

48

1. PCC: UM MOVIMENTO DE RESISTÊNCIA QUE ORIGINOU A MAIOR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DO PAÍS

Apesar de ter confeccionado uma das mais completas e democráticas Constituições atuais, como é o caso da Constituição Federal de 1988, o Estado Brasileiro reitera cotidianamente a ineficácia dos termos nela propostos. Direitos são assegurados na letra da Lei Maior de modo a criarem uma percepção de que, desta vez, os direitos relacionados a dignidade humana são a maior preocupação do Estado. Em contraposição, o Estado, além de alegar ausência de verbas para assegurar os direitos positivos transcritos em lei, também se vê eternizando a escolha de prioridades no seu arbítrio diário.

Dentro desta discricionariedade, um dos menores anseios da população para o direcionamento de atenção estatal são as pessoas custodiadas pelo sistema prisional brasileiro.

O sistema penal, dessa forma, permanece frágil, oculto e falido. Sem um direcionamento de verbas adequadas, uma preocupação do Estado em assegurar os direitos humanos dentro dos presídios, um combate à corrupção policial, bem como, acima de tudo, a luta necessária contra a desigualdade social, o Direito Penal se vê ilegítimo e inconstitucional, sem base legal para sua eficácia. Neste sentido, o desamparo se torna uma constante:

[...] o mais grave dessa atuação distorcida da administração prisional é o ceticismo e a descrença do preso frente ao regulamento penitenciário e, por extensão, diante da lei e da justiça como um todo, que foi capaz de condená-lo, mas não é capaz de garantir seus direitos. Deixando de cumprir um imperativo legal, mas também uma imposição moral associada a sua função de recuperar o preso para respeito às leis e às regras socialmente válidas (COELHO, 2005, p. 81), o Estado, por meio da administração prisional, age claramente na contramão do discurso oficial no que se refere ao objetivo das prisões. (DIAS, 2013, p. 246 – 247).

Além disso, a crença utópica no fato de que a custódia funcionará de forma a evitar uma reiteração na prática de condutas delituosas só eterniza a problemática referente à reincidência e vai de encontro com as pesquisas que apontam a prisão como verdadeira “escola para formação de criminosos”:

[...] os criminosos habituais não vão se regenerar por causa da cadeia. Aqueles que não eram criminosos, mas praticaram um crime eventual, pode ser que continuem distantes da criminalidade. Mas pode ser também que venham a aprender como se transformar em profissionais do crime. Ou pode ser que se comprometam irremediavelmente a ingressar no mundo do crime em virtude de favores que ficaram devendo ou em virtude de dívidas que contraíram com integrantes de comandos e de gangues. (NEGRINI, 2002, p. 163, apud DIAS, 2013, p. 247).

A desigualdade também impera dentro do sistema prisional, tendo em vista a comparação constante de forças e influências dentro dos presídios, o que ocasiona um transbordamento de violência e caos, somado ao descaso do Estado frente ao sistema. Torna-se muito comum a ameaça e o constante medo a partir do momento em que se entra em um presídio como custodiado, tendo em vista a hierarquia de forças presentes. Neste sentido, ZAFFARONI (2014, p. 12 – 13) ressalta acerca da falência do sistema penal e da desigualdade social proeminente:

A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão perdidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade.

É bastante claro que, enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas -, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa. Cálculos provenientes de fontes confiáveis estabeleceram que, em nossa região morrem, anualmente, cerca de duzentas mil crianças durante o primeiro ano de vida, em consequência de carências alimentares ou sanitárias básicas; um número igual ou maior sobreviverá, mas jamais alcançará seu completo desenvolvimento biopsíquico devido a seqüelas provocadas por essas carências.

O ceticismo tão propagado por Zaffaroni não advém somente das consequências inegáveis de uma atuação ineficaz do Estado, mas principalmente do sistema penal como um todo. Contudo, longe de querer analisar detalhadamente os pensamentos propagados pelo ilustre professor citado, cumpre ressaltar este fator importante para o entendimento da origem do Primeiro Comando da Capital, bem como de seu modo de resistência.

A dura realidade brasileira, consequência de um histórico baseado na desigualdade social, na corrupção e na violência, desperta cotidianamente injustiças que desmontam qualquer letra de lei. Neste sentido, os encarcerados, “uma minoria social”, são relegados à última instância de preocupação estatal, somado ao fato da mídia, a qual exerce uma forte influência na determinação dos encarcerados como simples marginais, através de uma perspectiva reducionista desvinculada de qualquer contexto social e econômico.

Neste sentido, Camila Caldeira Nunes Dias critica a atuação estatal frente ao sistema prisional, principalmente no tocante à corrupção policial, a qual gradualmente deslegitima a autoridade moral do Estado (2013, p. 246). No mesmo sentido, Camila repõe as palavras de NEGRINI (2002, p. 131, apud DIAS, 2013, p. 246) ao afirmar:

Certo é que o Estado não dá garantia de proteção à vida de ninguém que esteja ali. O condenado é jogado num depósito de presos à sua própria sorte. Nesse ambiente, valem as regras feitas pelos seus moradores e não as do Estado.

Neste sentido, o Primeiro Comando da Capital surgiu em 1993, no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, conhecido também como Piranhão, região do Vale do Paraíba, no Estado de São Paulo. Tal presídio foi inaugurado no início dos anos 80, representando uma espécie de castigo, tendo em vista que era conhecido por sua arbitrariedade no trato com os presidiários, com conseqüentes restrições de banhos de sol e visitas, bem como com desumanos maus tratos (DIAS, 2013, p. 211).

A Casa de Custódia de Taubaté era destinada ao cumprimento de medidas de segurança para casos considerados inimputáveis e portadores de periculosidade. No entanto, na maioria dos casos, tal prisão era o destino dos presos com problema de indisciplina. Com o passar do tempo, a Casa de Custódia de Taubaté passou a representar uma das mais obscuras instituições do sistema prisional paulista, sem qualquer formalização ou regulamentação por parte do Estado (DIAS, 2013, p. 132 – 133).

De acordo com DIAS (2013, p. 133 - 134),

Esta unidade funcionava nos moldes de uma cela forte, onde vigorava uma

feroz disciplina em que os presos permaneciam 23 horas trancados em celas individuais e quando saíam para o banho de sol era em pequenos grupos, sendo vedada a comunicação entre eles, assim como eram restritas as visitas. Para além deste rol de procedimentos, que seriam toleráveis caso a unidade prisional fosse claramente definida em seus objetivos e em suas características especiais em termos disciplinares, o Anexo ficou conhecido nacionalmente por ser também um núcleo de práticas violentas e arbitrárias por parte dos funcionários, os maus-tratos sendo parte da rotina da instituição.

Dente os abusos cometidos pelos funcionários – e, ao que indicam os depoimentos de presos que lá estiveram, com a colaboração direta da direção da unidade – estão espancamentos com barras de ferro; distribuição insuficiente de alimentação ou introdução de dejetos e insetos nas refeições; manutenção de válvulas de descarga do vaso sanitário do lado de fora da cela, podendo ser acionada somente pelo funcionário, que o fazia a seu bel-prazer, ausência de limpeza das dependências da unidade, na qual se acumulavam lixo, restos de comida, dejetos, etc., configurando condições sanitárias, higiênicas e de habitabilidade que colidiam fortemente com o respeito mínimo aos direitos básicos da pessoa humana.

Diante disso, bem como diante do massacre do Carandiru, com a morte de 111 detentos, a reunião dos presos como forma de rebelião foi a alternativa encontrada:

Para Georges Balandier, “[...] o passado coletivo, elaborado em uma tradição, em costume, é a origem da legitimação. [...] permite empregar uma história idealizada, construída e reconstruída segundo as necessidades, a serviço do poder presente” (BALANDIER, 1982, p.7). Assim, a imagem de uma irmandade, constituída a partir de uma experiência comum de privação, sofrimento, opressão e injustiça entre os irmãos é relativada pelo ritual de batismo, por meio da leitura do estatuto, escrito por Mizael, relembando fatos marcantes na história dos abusos cometidos pelas autoridades no sistema penitenciário paulista, como o massacre do Carandiru e a tortura constante no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté. (DIAS, 2013, p. 215 – 216)

Ou seja, diante das constantes injustiças cometidas contra os presidiários, a forma encontrada para se rebelar contra o sistema como um todo foi a reunião destes. Uma forma de resistência e de desobediência civil, como analisaremos no decorrer deste trabalho:

O caráter incompleto da redemocratização brasileira, dado entre outras razões pela ausência de mudanças sólidas nas instituições do sistema de justiça criminal no sentido de adequar o seu funcionamento às exigências da democracia, já foi apontado no capítulo 4. Isso acabou produzindo efeitos importantes nas percepções e nas crenças de amplas parcelas da população que não são incorporadas de forma plena aos rumos da transformação da sociedade brasileira, que passa pela abertura de canais de participação política e, essencialmente, alcança a ampliação formal e legal de direitos individuais que garantem a proteção dos cidadãos contra eventuais arbitrariedades de agentes do Estado. Neste sentido, há um profundo abismo que separa, de um lado, a lei, as garantias formais que ela prevê e seu caráter universalista; e, do outro, a sua aplicação, o caráter informal que adquire a

partir da apropriação particularizada que dela fazem os encarregados da sua aplicação e o caráter seletivo que ela assume nas dinâmicas e práticas sociais que ela engendra e que a engendram.

A ineficácia das instituições do sistema de justiça criminal, além de produzir o seu descrédito e o seu desprestígio, amplia os sentimentos de insegurança coletiva e alimentam demandas por lei e ordem que, paradoxalmente, passam pelo desrespeito e pela transgressão à garantias constitucionais recém-conquistadas de amplos estratos sociais, particularmente aqueles que reúnem os cidadãos mais pobres da sociedade. (DIAS, 2013, p. 419)

Contudo, não obstante as causas legítimas para uma atuação dos presos em busca dos direitos estabelecidos em lei, a violência e a forma organizacional adotada pelos detentos foi o motivo pelo qual a legitimidade da origem de seu movimento ter se deturpado e desaparecido. Conforme relatado, o Primeiro Comando da Capital se formou para reivindicar seus direitos básicos, através de um ideário de união e solidariedade, com o objetivo primário de justiça e liberdade. Dentro desse contexto, no entanto, o Primeiro Comando da Capital decidiu estabelecer uma luta ininterrupta contra o Estado e a sociedade, devido ao histórico de injustiças cometidas:

Ainda que as idéias e os ideais propagados pelo PCC em torno de noções de solidariedade e união como elementos necessários para a população carcerária fazer frente à injustiças e à opressão do Estado tivessem lastro na realidade prisional, e dessa forma fossem poderosas frentes de aglutinação de interesses dos presos, a violência física constituiu instrumento central na expansão do PCC nesta fase inicial, na qual o grupo passou a travar lutas ferozes nas disputas pelos territórios que pretendia dominar, conforme seus membros iam se expandindo para novas unidades prisionais. (DIAS, 2013, p. 212).

52

Não há pretensão de detalhamento acerca das formas de violência exercidas pelos membros do Primeiro Comando da Capital, mas, sim, a intenção precípua de analisar tal organização como uma forma inicial de resistência à negligência estatal, principalmente no tocante aos fatos que antecederam o berço desta organização, bem como de verificar, em seguida, a ilegitimidade de tal resistência devido à violência e ao modo destrutivo e desumano adotado por esta. Outrossim, cumpre ressaltar que, através das atitudes tomadas pelo Primeiro Comando da Capital, constata-se seu objetivo precípua, o qual desvincula qualquer ideal moral: o lucro.

2. HANNAH ARENDT E A TEORIA DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Hannah Arendt nasceu em Hannover, na Alemanha, em 14 de outubro de 1906, proveniente de uma família de judeus de classe média que eram membros do partido social-democrático.

Como judia em um ambiente devastado pelo nazismo na Alemanha, a estudiosa se viu obrigada a se refugiar na França por dez anos, se dirigindo, após, aos Estados Unidos, seu país de admiração, conforme se vê em seus ensaios e obras.

Como exemplo, em *Origens do Totalitarismo*, publicado em 1951, ela relata e detalha acerca dos regimes totalitários de Hitler na Alemanha, bem como de Stalin na União Soviética. Anos depois, com base em estudos históricos, Arendt redige *Sobre a Revolução*, livro em que exprime sua esperança em movimentos não violentos que fazem emergir governos baseados na democracia e no fator igualitário.

Quando questionada acerca de sua profissão, Hannah se recusava a ser intitulada como filósofa, mas, sim, como teórica política. Neste sentido, ela se debruçava sobre as análises históricas de poder para refletir acerca do futuro:

Arendt somava uma capacidade de reação visceral e apaixonada aos acontecimentos contemporâneos a uma imensa bagagem de conhecimento histórico e filosófico. Seguia atentamente as notícias em que aquela “velha malandra da História Universal” (como Arendt e o marido costumavam dizer nas cartas que trocavam entre si) estava em ação, e as séries de “Ach!” e outros suspiros e exclamações enquanto assistia aos telejornais eram motivo de comentários afetuosos e divertidos entre os amigos. Seria tentador dizer que Arendt aplicava a filosofia aos acontecimentos; mas, na verdade, o mais provável é que tenha sido o contrário. Eram os acontecimentos que ativavam seu intelecto, e era a filosofia que tinha de se ajustar. Às vezes o ajuste era pequeno – uma ríspida censura a alguma amostra de convencionalismo conceitual (por exemplo, a ideia de que o totalitarismo seria apenas uma nova variante da ditadura) – e às vezes era colossal (por exemplo, sua crítica à posição de inferioridade que toda a tradição filosófica ocidental, desde os antigos gregos, atribuía à política). (SCHELL, 2011, p. 12).

Hannah, acima de tudo, pode ser considerada como uma figura polêmica dentro do setor político-sociológico. Como uma crítica fervorosa ao marxismo, bem como a explanações que indiquem a necessidade de revoluções com cunho violento e sem ideário estritamente político, Hannah representa um lado pouco esclarecido do estudo político.

No entanto, não obstante as críticas estabelecidas à filosofia de Karl Marx, bem como ao considerado desvirtuamento de seu ideal, Arendt foi decisiva em seu livro *Sobre a revolução* ao atribuir uma importância incontestável às manifestações populares como um direito político de qualquer cidadão, bem como ao reconhecer a importância dos estudos de Marx acerca da incompatibilidade entre liberdade e pobreza:

Seja como for, não resta dúvida de que o jovem Marx se convenceu de que a Revolução Francesa havia falhado em instaurar a liberdade porque havia falhado em resolver a questão social. Disso ele concluiu que liberdade e

pobreza eram incompatíveis. Sua contribuição mais explosiva e, de fato, mais original à causa da revolução foi interpretar as necessidades imperiosas da pobreza das massas em termos políticos, como uma revolta não por pão ou por bens, mas também pela liberdade. (ARENDT, 2011, p. 95).

Se Marx ajudou a libertar os pobres, foi não por lhes dizer que eram a encarnação viva de alguma necessidade histórica ou outra qualquer, mas por persuadi-los de que a pobreza em si é um fenômeno político, não natural, resultado da violência e da violação, e não da escassez. (ARENDT, 2011, p. 96).

Ciente de que a liberdade configurava um dos maiores bens existentes e pertencentes a qualquer pessoa, Arendt confeccionou um ensaio acerca da desobediência civil, ensaio pelo qual ela analisa os estudos de Thoreau e Sócrates sobre tal direito e expõe seu ponto de vista. Segundo as análises de Hannah, Sócrates nunca contestou “as leis em si mesmas – mas sim aquele erro judicial específico, ao qual ele se referiu como o ‘acidente’ que lhe tinha ocorrido (ARENDT, 2013, p. 56)”. De acordo com Hannah, a desavença de Sócrates com os juízes deslegitimava sua forma de revolta como desobediência civil, tendo em vista que se demonstrava como um caso específico referente a um erro judicial, e não como uma manifestação e negação à lei em si.

Já no que concerne aos estudos de Thoreau acerca da desobediência civil, apesar de ter se recusado a pagar impostos ao governo, em desacordo com o que estipulava a lei, e, por esta razão, ter sido preso, o estudioso não estipulava acerca do dever moral como *cidadão*, mas sim como indivíduo sem qualquer obrigação de auxiliar em um mundo mais justo. Ou seja, ele defendia somente o campo da consciência individual, sem se preocupar com fatores externos (ARENDT, 2013a, p. 57 – 58).

Ao expor as críticas aos filósofos supracitados, a autora abria o caminho de seus estudos para explicar sua teoria da desobediência civil como um fenômeno de motivação exclusivamente política, vinculado à cidadania, exercido coletivamente e baseado na não violência:

A desobediência civil aparece quando um número significativo de cidadãos se convence de que, ou os canais normais para mudanças já não funcionam, e que as queixas não serão ouvidas nem terão qualquer efeito, ou então, pelo contrário, o governo está em vias de efetuar mudanças e se envolve e persiste em modos de agir cuja legalidade e constitucionalidade estão expostas a graves dúvidas. (ARENDT, 2013a, p. 68).

Em outras palavras, a desobediência civil pode servir tanto para mudanças necessárias e desejadas como para preservação ou restauração necessária e desejada do status quo – preservação dos direitos garantidos pela Primeira Emenda ou restauração do equilíbrio dos poderes do governo, ameaçado pelo poder executivo e pelo enorme crescimento do poder federal em

detrimento dos direitos dos estados. Em nenhum dos casos a desobediência civil pode ser comparada à desobediência criminosa. (ARENDR, 2013a, p. 69)

Ao estabelecer a legitimidade do uso da desobediência civil, Hannah salienta o fato de que, não obstante seja uma ação questionadora de determinada lei, tal fenômeno busca trazer os preceitos dos princípios que foram base para a criação de tal lei, bem como dar ênfase aos ideais que mobilizaram o corpo político. Neste sentido, a desobediência civil, ao contrário do que se pode concluir, não fere a legalidade, mas tenta estabelecer o conjunto principiológico que fez nascer a lei.

Ou seja, disposta a vincular a desobediência civil ao direito político de questionar arbitrariedades exercidas pelo governo, Hannah Arendt assevera acerca da necessidade de se dar voz aos anseios das minorias e de se fazer prevalecer os preceitos da Constituição:

Imaginar as minorias contestadoras como rebeldes ou traidoras vai contra as palavras e o espírito de uma Constituição cujos idealizadores eram especialmente sensíveis aos perigos de um controle desenfreado pela maioria. (ARENDR, 2013a, p. 70)

Ademais, Hannah enfatiza a diferença inequívoca entre a desobediência civil e revolução, sendo que a desobediência civil, além de não utilizar a violência como meio (o que representa um instrumento comum e constante para a revolução), não deseja a derrocada da autoridade instituída, nem do sistema de leis.

No momento em que descreve a desobediência civil como um movimento digno, o qual deve ser exercido de forma coletiva, a angariar uma quantidade considerável de pessoas para o fim de exercerem uma pressão sobre o governo em si, Hannah analisou os movimentos estudantis pós guerra. Outrossim, defendeu, quando um governo se auto-intitula como democrático-representativo, a necessidade da incorporação de tal fenômeno no sistema jurídico-legal, visto que o poder, com base em tal tipo de governo, deve ser referido ao povo, como sociedade política a qual elegeu seus governantes para executarem as leis da forma como foram criadas:

O compromisso moral do cidadão em obedecer às leis, tradicionalmente provém da suposição de que ele, ou deu seu consentimento a elas, ou foi o próprio legislador; sob o domínio da lei, o homem não está sujeito a uma vontade alheia, está obedecendo a si mesmo – e o resultado, naturalmente, é que cada pessoa é ao mesmo tempo seu próprio senhor e seu próprio escravo, o que é visto como o conflito original entre o cidadão, relacionado com o bem público, e o eu, que persegue sua felicidade particular, fica subjetivado. (ARENDR, 2013a, p. 75 - 76).

Daí que se conclui a necessidade de um grupo coletivo de pessoas para a execução do fenômeno político da desobediência civil:

Sempre que os juristas procuram justificar a desobediência civil em termos de moral e legalidade, interpretam sua causa à imagem ou do objeto de consciência ou do homem que testa a constitucionalidade de um estatuto. O problema é que a condição de contestador civil não tem qualquer analogia com nenhum dos casos, pela simples razão que ele nunca existe como um único indivíduo; ele só pode funcionar e sobreviver como membro de um grupo. Raramente isto é admitido, e mesmo nestes raros exemplos só é mencionado de passagem; é improvável que desobediência civil praticada por um único elemento tenha algum efeito. Ele será encarado como um excêntrico mais interessante de observar do que de suprimir. Deste modo, a desobediência civil significativa será praticada por um número de pessoas com identidade de interesses. (ARENDDT, 2013a, p. 54 – 55)

Sobre o estabelecimento da desobediência civil no sistema legal de um governo, Arendt salienta tal necessidade como uma forma de evitar as lacunas existentes no contexto jurídico, prevalecer os preceitos constitucionais, e assegurar uma forma de manifestação de opinião das minorias sociais:

O estabelecimento da desobediência civil entre nossas instituições políticas poderia ser o melhor remédio possível para a falha básica da revisão judicial. O primeiro passo seria obter o mesmo reconhecimento que é dado a inúmeros grupos de interesses especiais (grupos minoritários, por definição) do país para as minorias contestadoras, e tratar os grupos de contestadores civis do mesmo modo que os grupos de pressão, os quais através de seus representantes, os olheiros registrados, podem influenciar e “auxiliar” o congresso por meio de persuasão, opinião qualificada e pelo número de seus constituintes. Estas minorias de opinião poderiam, desta forma, estabelecer-se como um poder que não fosse somente “visto ao longe” durante passeatas e outras dramatizações de seus pontos de vista, mas que estivesse sempre presente e fosse considerado nos negócios diários do governo. (ARENDDT, 2013a, p. 89).

Conclui-se, portanto, que a desobediência civil é legítima, pois está implícita no próprio conceito de cidadania, a qual é assegurada pelo Estado Democrático de Direito. Afinal, não obstante os preceitos legais sejam formados através do consenso da população, o dissenso representado pela desobediência civil possibilita a discussão de idéias e a formação de um contexto mais justo e baseado no seu nascedouro: a democracia.

3. UMA ANÁLISE DO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL COMO MOVIMENTO DE RESISTÊNCIA ATRAVÉS DA TEORIA CRÍTICA DE HANNAH ARENDT ACERCA DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

O Primeiro Comando da Capital, conforme se viu acima, teve como causa de seu

nascedouro torturas, arbitrariedades, e, acima de tudo, injustiças sociais. Não seria errôneo concluir a necessidade da criação de um movimento de resistência dos presos contra o contexto social injusto e deteriorado, bem como ao sistema penal como um todo. Neste sentido, aspectos políticos e sociais tão estudados e constatados por décadas foram sentidos à flor da pele pelos presos do sistema carcerário brasileiro. Temos como exemplo a ausência de igualdade perante indivíduos desiguais, e a carência de liberdade quando ausente a igualdade de condições.

O cerne da questão social foi absorvido pelos encarcerados, e a luta pela igualdade e liberdade foi destacada como crucial para o recrudescimento e o retorno da dignidade afastada.

Sobre a inequívoca e estrita relação entre liberdade, justiça e igualdade, indispensáveis são as palavras de CAMUS (2004, p. 117).

A revolução do século XX separou arbitrariamente, para fins desmesurados de conquista, duas noções inseparáveis. A liberdade absoluta mete a justiça a ridículo. A justiça absoluta nega a liberdade. Para serem fecundas, as duas noções devem descobrir os seus limites uma dentro da outra. Nenhum homem considera livre a sua condição se ela não for ao mesmo tempo justa, nem justa se não for livre. Precisamente, não pode conceber-se a liberdade sem o poder de clarificar o justo e o injusto, de reivindicar todo o ser em nome de uma parcela de ser que se recusa a extinguir-se. Finalmente, tem de haver uma justiça, embora bem diferente, para se restaurar a liberdade, único valor imperecível da história. Os homens só morrem bem quando o fizeram pela liberdade: pois, nessa altura, não acreditavam que morressem por completo.

57

No entanto, não obstante possa se concluir a legitimidade da resistência dos presos que iniciaram o Primeiro Comando da Capital através de uma primeira análise das causas que possibilitaram a criação desta organização, não há como concordar com seu modo de atuação.

Cotidianamente vislumbramos imagens de terror através das mídias sociais, as quais demonstram os ataques do Primeiro Comando da Capital à sociedade. Não bastasse o ataque violento ao Estado em si, através de seus representantes e corpo policial, o PCC iniciou uma guerra contra a sociedade como um todo.

Decididos a demonstrar o seu poder e a sua organização, o grupo se alastrou por praticamente todas as penitenciárias com diversos objetivos, os quais foram notavelmente desvirtuados. Quando no começo, seus objetivos eram reconhecidamente legítimos, por agora o Primeiro Comando da Capital representa uma organização criminosa com o objetivo precípuo de manipulação e comando do tráfico e do crime em si no país.

Nesta esteira, Hannah Arendt entra como figura imprescindível para o entendimento

deste fator. Ao analisar o fator da desobediência civil e da revolução, a teórica política reconhece a possibilidade de deterioração de um governo a partir do momento em que suas ações entram em contradição com o que está preceituado em lei. Reconhece, outrossim, o descrédito dos governantes perante a sociedade e, por conseqüência, a revolta da população acerca da legitimidade dos que estão no poder:

A desobediência – civil e criminosa – à lei, tornou-se um fenômeno de massa nos últimos anos, não somente nos Estados Unidos, mas em muitas outras partes do mundo. O desprezo pela autoridade estabelecida, religiosa e secular, social e política, como um fenômeno mundial, poderá um dia ser considerado como o evento proeminente da última década. Realmente “as leis parecem ter perdido seu poder”. Observados de fora e considerados numa perspectiva histórica, não se poderia imaginar evidência mais exposta, nem sinais mais explícitos da instabilidade e vulnerabilidade interiores dos governos e sistemas legais de hoje. Se a história ensina alguma coisa sobre as causas da revolução – e ela não ensina muito, mas ensina consideravelmente mais que as teorias das ciências sociais – será que a desintegração dos sistemas políticos precede às revoluções, que o sintoma claro de desintegração é uma progressiva erosão da autoridade governamental, e que esta erosão é causada pela incapacidade do governo em funcionar adequadamente, de onde brotam as dúvidas dos cidadãos sobre sua legitimidade. (ARENDDT, 2013a, p. 64)

58

Por esta razão, Arendt reconhece a inserção da população marginal (os que foram deixados de lado pelo trato do governo em um contexto capitalista) nas revoluções, a qual, afundada “a um nível sub-humano, [...] pode emergir como figura humana a garantir uma superioridade numérica a qualquer partido a que possa se associar. (ARENDDT, 2011, p. 282)”.

A teórica política, deste modo, diferencia em seu ensaio o contestador civil e o mero criminoso, o qual age por seu bem próprio e utiliza da violência como meio para atingir seu objetivo:

Há um abismo de diferença entre o criminoso que evita os olhos do público e o contestador civil que toma a lei em suas próprias mãos em aberto desafio. A distinção entre a violação aberta da lei, executada em público, e a violação clandestina é tão claramente óbvia que só pode por preconceito ou má vontade. Atualmente isto é reconhecido por todos os escritores sérios do assunto e é nitidamente a condição primeira para qualquer tentativa de debater a compatibilidade da desobediência civil com a legislação e as instituições governamentais norte-americanas. Além disso, o transgressor comum, mesmo que pertença a uma organização criminosa, age exclusivamente em seu próprio benefício; recusa-se a ser dominado pelo consentimento dos outros e só cederá ante a violência das entidades mantenedoras da lei. Já o contestador civil, ainda que seja normalmente um dissidente da maioria, age em nome e para o bem de um grupo; ele desafia a lei e as autoridades estabelecidas no terreno da dissensão básica, e não porque, como indivíduo, queira algum privilégio para si, para fugir com ele. (ARENDDT, 2013a, p. 69)

Do mesmo modo, Hannah não se esquivava ao diferenciar o contestador civil e o criminoso da figura do revolucionário. O último, não obstante se utilize da violência como meio para obter seu intento, acaba por se assemelhar ao contestador civil no momento em que ambos anseiam ‘mudar o mundo para melhor’:

De todos os meios que os contestadores civis possam lançar mão para a persuasão e para a dramatização dos problemas, o único que pode justificar a alcunha de “rebeldes” é o meio da violência. Assim, a segunda característica necessária largamente aceita pela desobediência civil não é a revolução (...) O contestador civil aceita, enquanto o revolucionário rejeita, a estrutura da autoridade estabelecida e a legitimidade geral do sistema de leis. Esta segunda distinção entre o revolucionário e o contestador civil, tão plausível à primeira vista, mostra-se mais difícil de ser sustentada que a distinção entre o contestador civil e criminoso. O contestador civil compartilha com o revolucionário o desejo de “mudar o mundo”, e as mudanças que ele quer executar podem ser realmente drásticas – como, por exemplo, no caso de Gandhi, sempre citado como o maior exemplo, neste contexto, da não violência. (ARENDR, 2013a, p. 70).

Ao diferenciá-los, Arendt rechaça qualquer tentativa de se justificar uma equívoca ideia de que a violência seja subentendida como meio para a utilização da desobediência civil, tendo em vista o argumento falho do já pré-existente descumprimento de lei:

Uma vez que contestação e desprezo pela autoridade são sinais gerais de nosso tempo, é tentador ver a desobediência civil como um simples caso especial. Do ponto de vista dos juristas, a lei é violada tanto pelo contestador civil como pelo criminoso e é compreensível que as pessoas (especialmente os advogados) achem que a desobediência civil, precisamente por ser exercida em público, esteja na origem da gama criminal – não obstante toda evidência e argumentos em contrário, pois não é apenas “insuficiente” mas inexistente qualquer evidência “para demonstrar que atos de desobediência civil... levam a... uma propensão para o crime. (ARENDR, 2013a, p. 68).

Os *criminosos*, assim intitulados por Arendt, desvirtuam e deturpam o fenômeno da desobediência civil, a partir do momento em que anseiam a destruição da autoridade e da lei e espalham o terror perante a sociedade. Neste contexto, a teórica afirma o fato de que “a desobediência criminosa não é mais que a consequência inevitável da desastrosa erosão da competência e do poder policial. (ARENDR, 2013, p. 68)

Ao tratar, assim, sobre a violência, Hannah discorre amplamente sobre o tema com o principal intento de identificá-lo como câncer da história da humanidade. Quando a violência é utilizada como meio, mesmo com fins justos e democráticos, os prejuízos resultam em maior quantidade comparada aos benefícios. Ao contrário do que muitos estudiosos alegam, segundo Arendt, a violência acaba se demonstrando, não como uma arma da revolução, mas,

sim, da reforma (ARENDR, 2013a, p. 149 - 150), pois, conforme é utilizada, ela se desnuda como opressora, e não libertadora:

A violência pode ser justificável, mas nunca será legítima. Sua justificação perde em plausibilidade quanto mais o fim almejado se distancia do futuro. (ARENDR, 2013b, p. 69)

A violência não estimula causas, nem história nem revolução, nem progresso nem reação; mas serve para dramatizar ressentimentos e trazê-los ao conhecimento do público. (ARENDR, 2013a, p. 149).

A prática da violência, como toda ação, muda o mundo, mas é mais provável que seja uma mudança para um mundo mais violento. (ARENDR, 2013a, p. 151).

A violência fere qualquer caráter democrático, deslegitimando qualquer anseio que foi desejado por meio dela.

Não obstante o berço do Primeiro Comando da Capital tenha sido um grupo de injustiças sociais e arbitrariedades, de acordo com os estudos propagados por Arendt, não justificam o uso da violência. Além disso, a atuação do PCC, durante o decorrer dos anos, se demonstrou mais como uma forma criminosa, inconseqüente e sombria de tomada do poder perante as penitenciárias.

60

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deslocados à margem da sociedade, e malquistos por toda a população, a população carcerária foi e continua sendo alvo de inúmeras arbitrariedades e injustiças sociais.

No entanto, a partir do acontecimento trágico da penitenciária Carandiru e dos maus-tratos cometidos aos presos do conhecido Piranhão, foi constatada a necessidade de união dos presos para resistência contra tais fatores. Algumas organizações foram criadas, como o Comando Vermelho, por exemplo, mas a que verdadeiramente tomou forma e adquiriu relevância até os dias de hoje ficou conhecida como Primeiro Comando da Capital.

Nascido no Piranhão, o PCC cresceu com os ideários de união, solidariedade entre seus membros, liberdade, igualdade e justiça. Foi resultado de uma atuação negligente do Estado e da própria sociedade perante a situação precária dos presídios e da má preparação do corpo penitenciário. Foi, sobretudo, uma resposta à ação de “limpeza” da população marginal das ruas pelo Estado e a conseqüente colocação dela em um local específico sem condições mínimas e dignas. Neste sentido, o Primeiro Comando da Capital possuía diversas razões para contestar a ação estatal. Possuía legitimidade, bem como fatores políticos que embasavam uma atuação de resistência.

No entanto, seu maior meio de atuação se destacou como a violência. Através dela, a organização criminosa em comento comandava e ainda comanda as redes de tráfico em todo o território brasileiro, bem como é a mandante de muitos outros crimes que assolam o país.

Dentro deste contexto, então, foi analisada a teoria da desobediência civil com base nos pensamentos de Hannah Arendt, uma das maiores estudiosas acerca de tal fenômeno. E, através de tais ensinamentos, foi possível constatar a derrubada da ideia do Primeiro Comando da Capital como movimento inicialmente revolucionário ou um fenômeno de desobediência civil. Isto porque, não obstante as causas legítimas apontadas acima para uma reivindicação dos seus direitos, o grupo se baseou no uso violento de uma causa inicialmente legítima para espalhar maior terror entre a população.

Incontestável é o fato de que, infelizmente, a carência de direitos que propiciou a criação desta organização foi a causa central do aumento do índice de violência durante o crescimento dela.

Inatacável, outrossim, é a conclusão de que o descaso estatal e negligência da própria sociedade perante a população carcerária criou indiretamente este monstro que ameaça cotidianamente a segurança de todos: a maior organização criminosa brasileira.

61

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Crises da República**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ARENDDT, Hannah. **Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004.

DIAS, Camila Caldeira Nunes Dias. **PCC: Hegemonia nas prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SCHELL, Jonathan (Apres.). Apresentação. In: ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014

ESBOÇOS DE UMA CRÍTICA MARXISTA DO DIREITO E A PENALIDADE NO CONTEXTO BIOPOLÍTICO

Diogo Mariano Carvalho de OLIVEIRA⁶

RESUMO

O presente trabalho parte de uma pesquisa maior que busca estudar os fenômenos que se estendem na relação entre penalidade e economia. O que se intentou foi a construção de um esboço – já que o presente artigo não possui a pretensão de esgotar o vasto domínio de conteúdo que permeia o tema – de uma crítica marxista do Direito enquanto aparato ideológico de dominação e controle social sobre determinadas classes politicamente selecionadas, utilizando-se assim de uma metodologia materialista-histórica. Dessa forma constatou-se uma íntima relação entre as políticas econômicas e as políticas penais onde ambas se interrelacionam e mutuamente influenciam-se, de tal forma que as alterações estruturais de uma repercutem diretamente no complexo organizativo da outra. Para que tal conclusão pudesse ser alcançada, foi necessário expor como o Direito se constitui como uma forma de dominação enquanto roupagem jurídico-ideológica do discurso hegemônico capitalista, analisando as implicações de uma sociedade disciplinar inserida em um paradigma de produção fordista que posteriormente desembocará em um pós-fordismo caracterizado pelo trabalho imaterial, pela ruptura com a tradicional estruturação capitalista e corolária formação de uma nova figura social, a Multidão, inseridos num contexto de controle social biopolítico.

62

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Capitalismo; Biopolítica; Estado de exceção.

ABSTRACT

The present work comes from a bigger research which seeks to study the phenomenon which extend in the relation between penalty and economy. What was intend it was the construction of an outline – as the present article does not have the pretension to exhaust the vast domain of the content which permeates the theme – of an marxist criticism over the Law while ideological device of domination and social control on certain classes politically selected, using thus an historical-materialist methodology. Thus it was found the close relation between the economical policies and the criminal policies where both interrelate and mutually influence each other such that the structural changes of one reverberate directly on the organizational complex of the other. For that this conclusion could be reached, it was necessary to expose how the Law constitutes itself as a way of domination while a legal-ideological drapery of the capitalist hegemonic speech, analyzing the implications of a disciplinary society inserted into a paradigm of fordist production that subsenquetly will debouch into a post-fordism featured by the immaterial labor, the break with the traditional capitalist structure and corollary formation of a new social figure, the Crowd, inserted into a context of biopolitic social control.

KEY WORDS: Law; Capitalism; Biopolitics; State of exception.

⁶ Estudante de Graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

INTRODUÇÃO

A história da penalidade e das instituições penais não pode ser compreendida sem que se entenda também a própria história das sociedades e de seus arranjos econômico-políticos. Ao longo da história, a penalidade sempre existiu. No início, encontrava-se sempre vinculada ao entrecho da justiça divina. Essa forma de estabelecimento e reprodução do discurso penal encontrava-se visceralmente ligada à própria formação das primeiras sociedades, caracterizadas essencialmente pela figura de um poder soberano divino, representante de desígnios transcendentais.

Com algumas alterações deflagradas pelas próprias transformações políticas e sociais, e consequentemente dos critérios de legitimação da soberania, a penalidade vai se modificando, constituindo tipos diversos de sistemas e aparatos penais ao longo do séculos; as penas mais comuns – desenvolvidas fundamentalmente sobre a punição do corpo do infrator – como a pena de morte, os suplícios, a galé, o banimento, etc., pouco a pouco vão sendo substituídas por novas formas de sanção.

Com o advento do Iluminismo – *Aufklärung* – o que se verifica é o prelúdio da sobrepujança da razão sobre a religião, do *logos* sobre o *theos*, do poder político sobre o poder divino. Esse período marca assim profundas vicissitudes que permearão todos os âmbitos do social, afetando principalmente a economia, a política e a penalidade. A legitimidade do poder soberano não funda-se mais agora sob a aprovação divina, mas sob o reconhecimento da vontade soberana ratificada pelo povo, alteração que permite, a partir da Revolução Francesa, o surgimento do império de uma dominação política encabeçada pela burguesia e que se legitima pela suposta implementação e luta pelos direitos à liberdade e à igualdade.

O que irá se notar, porém, é que a partir do “Esclarecimento”, visto pela maioria como evento paradigmático de triunfo da razão e de concepção dos direitos humanos, deflagra-se o estabelecimento do capitalismo e da dominação da burguesia sobre o proletariado. E essa relação de poder irá produzir sua legitimação precipuamente por meio do Direito.

PODER, DIREITO E IDEOLOGIA

Parte-se da premissa de que o Direito é um elemento instrumental, essencial ao capitalismo e, por conseguinte, tem como função precípua a manutenção das relações de poder que erigem-se em meio às lutas de classes. Dessa forma, a morfologia da lei é orientada pelos desígnios daqueles que possuem a competência para criá-la, os “legisladores”, aqueles que constituem o poder soberano.

A princípio, diria-se que, no contexto atual, o legislador é o poder legislativo, prerrogativa esta atribuída pelo poder constitucional. Porém, é mister tecer algumas ponderações: a sociedade é constituída por um amálgama de relações sociais horizontais e verticais. No nível horizontal, as relações são determinadas nessa disposição pelo fato de os indivíduos se situarem em um plano de atribuição similar ou por possuírem atribuições diversas. Já no plano vertical, estas relações são constituídas pelo menor ou maior valor que a sociedade afere a essas diferentes atribuições; no paradigma capitalista, este valor é produto imanente dos modos de produção e das relações sociais⁷. E é a distribuição do posicionamento no nível vertical que determinará quem é o soberano, e portanto, quem possui o poder. Dessa maneira, os indivíduos que ocupam os níveis mais altos das relações verticais detém o poder dominante, subjulgando e exercendo controle sobre os outros grupos, apropriando-se dos resultados dos modos de produção que, nessas circunstâncias, representam o que é mais valioso e útil para o aparato social. Esses indivíduos passam a possuir o direito de legislar, já que possuem o poder de mando em razão de sua posição superior nos estamentos sociais⁸.

Instituídos do poder de legislar, esses grupos dominantes passam a ter a prerrogativa de criar normas para si e para os outros grupos da sociedade, que aceitarão essas normas; ou porque seus interesses compatibilizam-se com os desígnios dos grupos dominadores; ou porque encontram-se em um estado de ignorância de sua própria condição e acreditam cegamente que as regras criadas possuem como intuito a criação de uma sociedade melhor; ou porque neles foi internalizado um discurso de desconstrução de sua capacidade de se auto-governarem; ou ainda, através da força, materializada pelo suplício, pela pena, pela sanção ou por alguma outra espécie de punição.⁹

Portanto, o poder legislativo concentra-se nas mãos daqueles que exercem o poder por si. O poder é o verdadeiro *leitmotiv* do Direito, assim como o Direito é o que, em grande parte, sustenta o poder. É através do Direito que o discurso dominante se socializa e se legitima; é através dele que instituí-se na vontade coletiva a vontade particular de um ou de poucos.

O soberano legitima-se como tal através de um discurso ideológico; o legislador o é por forças transcendentais de uma racionalidade divina, por virtude de um pacto social, ou por representar a vontade do povo¹⁰.

7 AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990, p. 22-23.

8 Ibidem, p. 23.

9 AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990, p. 23-24.

10 Ibidem, p. 26

Para Marx, essa ideologia reproduzida no discurso nada mais é que uma falsa conscientização. Ela tem como único objetivo a imposição de ideais que viabilizem a dominação das relações de produção e das classes envolvidas. Esse processo se realiza através da inversão ou ocultamento da realidade e da real vontade das classes dominantes, eliminando, através de um falso discurso, as diferenças que existem entre as classes, fornecendo à sociedade a sensação de identidade social; corrompe-se a ontologia do homem, traveste-se o real, dando uma nova roupagem às instâncias materiais, impedindo ao indivíduo que construa a si mesmo e sua realidade¹¹.

Portanto, a ideologia surge como uma forma de perversão do real, sob a função de que a hegemonia dos discursos da classe dominante seja mantida. Tal efeito se dá em todos os saberes produzidos pelo poder dominante, mas deslinda-se por excelência no seio do Direito e da sistemática penal. Nesse sentido, para Aguiar, as normas jurídicas:

dirigem-se para os grupos, que por sua necessidade e ideologia, tendem a assumir comportamentos opostos ao interesse dos grupos no poder e se dirigem, também, aos próprios grupos ou grupo no poder, para manter sua coesão comportamental de acordo com o seu modo de produzir, transacionar e relacionar-se¹².

A ideologia que se constrói através da forma jurídica faz com que a sociedade viva em um mundo imaginário, diferente do real, resultado de uma peculiar distorção que é concomitantemente uma alusão ao real enquanto ilusão do real, e que por essa razão não pode ser simplesmente corrigida ou extinta pela simples exposição da verdade à luz da racionalidade¹³.

Essa ideologia exerce-se sempre em razão do poder, e portanto, sob o mando de quem o exerce. O poder trabalha apenas para si e para sua manutenção; ao mesmo tempo que se limita, constitui seu próprio limite; legitima-se por si só e existe por força de sua própria determinação de existir.

O poder é sempre empregado com vistas a um resultado desejado por quem o exerce e traduz afetações sobre a mudança ou constância das condutas de quem se encontra subjugado pelo poder; o submetido será obrigado a manter-se como está, proibido de continuar como está, ou ordenado a realizar determinada conduta de forma específica, conforme comanda o poder. Mas é importante definir que o poder não é uma coisa, não é um objeto, não é algo que pode ser guardado ou transferido

11 KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 57.

12 AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990, p. 36.

13 NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014, p. 102.

às mãos de outrém. O poder é uma relação entre indivíduos, uma relação volátil, que pode ser alterada a qualquer tempo ou até mesmo rompida¹⁴.

GÊNESE DO DIREITO E DO CAPITALISMO NO PROCESSO DE ACUMULAÇÃO PRIMITIVA

O que se propõe é que o Direito, no paradigma atual do capitalismo, nada mais é que a ideologia jurídica do poder, e portanto, do próprio capitalismo, enquanto este como conjuntura econômico-política que viabiliza a dominação das classes burguesas, indivíduos que ocupam os mais altos níveis das relações verticais em razão de seu prestígio econômico, social e político. Não é possível, nessa esteira, falar de um Direito que não esteja imerso na ideologia do Capital; o Direito é uma das formas de manutenção do poder e eclode como uma das formas do Capital enquanto instrumento imanente à sua constituição.

Importa conceber agora que a relação entre Direito e Capital nasce dentro do processo de acumulação primitiva – período do pré-capital - no momento em que o trabalhador não possui as condições de trabalho e recebe os pressupostos sociais primordiais para que seja inserido na esfera de circulação¹⁵. Esse fenômeno da acumulação primitiva traduz-se, em síntese, pelo:

processo de *separação do trabalhador direto dos meios de produção*. É essa separação que constitui as relações de produção capitalistas que, como Marx explica, não são relações intersubjetivas, nem são apenas relações entre classes, mas são relações entre os agentes da produção e os meios de produção, portanto, são relações entre classes mediadas pelos meios de produção¹⁶.

Dessa forma, somente é possível falar de capitalismo a partir do processo de acumulação primitiva, pelo qual o trabalhador é separado de seus meios de produção. A figura do artesão gradualmente desaparece para dar espaço a outra classe social: a dos trabalhadores livres e assalariados.

Essa acumulação primitiva, que constitui o modo embrionário de produção capitalista, divide-se assim em duas etapas, a subsunção formal e a subsunção real do trabalho ao Capital, de maneira que, inicialmente, os aspectos materiais e técnicos da produção não sofrem alterações substanciais. A forma de fabricação das mercadorias na constância da subsunção formal do trabalho continua da mesma forma como se dava na sociedade feudal, não havendo

14 AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990, p. 50-51.

15 NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014, p. 79.

16 NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014, p. 44.

significativa diferença entre os primeiros operários manufatureiros e o artesão; a divisão do trabalho é quase inexistente e o operário cria parte substancial do produto ou o fabrica em sua totalidade¹⁷.

Essa passagem da subsunção formal para a subsunção real do trabalho demonstra a tendência gradativa e cada vez mais intensa de separação e expropriação do proletariado dos meios de produção, de tal maneira que o trabalhador estará cada vez mais alienado do processo produtivo; o exórdio do capitalismo somente foi possível em razão dessas circunstâncias e a partir da acumulação primitiva do capital:

A relação capitalista pressupõe a separação entre os trabalhadores e a propriedade das condições da realização do trabalho. Tão logo a produção capitalista esteja de pé, ela não apenas conserva essa separação, mas a reproduz em escala cada vez maior. O processo que cria a relação capitalista não pode ser senão o processo de separação entre o trabalhador e a propriedade das condições de realização de seu trabalho, processo que, por um lado, transforma em capital os meios sociais de subsistência e de produção e, por outro, converte os produtores diretos em trabalhadores assalariados. A assim chamada acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção. Ela aparece como “primitiva” porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção que lhe corresponde¹⁸.

67

Na primeira etapa desse processo de acumulação primitiva não há de fato uma dependência do trabalhador inserido na cadeia produtiva; o trabalhador produz e cria as mercadorias de forma quase que ou às vezes totalmente independente. A mudança dos modos de produção é extremamente sutil; o trabalhador está expropriado dos meios de produção, já que não participa da totalidade das etapas produtiva e comercial, mas ainda não está expropriado de suas condições subjetivas de trabalho, de forma que há ainda apenas uma subsunção formal do trabalho ao capital.

No entanto, verifica-se posteriormente uma efetiva subsunção do trabalho ao modo de produção capitalista, de tal forma que o trabalho deixa de depender da técnica e da habilidade do operário; a subsunção torna-se real, total, e verifica-se uma verdadeira transformação dos modos de produção, principalmente a partir do emprego da tecnologia do sistema de máquinas, e a expropriação agora é completa; o trabalhador torna-se uma extensão da

17 Ibidem, p. 42.

18 MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital.** Tradução de Rubens Enderie. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 786.

máquina. O trabalho se torna uma soma de operações, que não prescinde mais da habilidade produtiva e intelectual do trabalhador como ocorria antes, de tal forma que ele se torna apenas um vendedor de sua energia laboral, que agora se torna indiferenciada; o trabalho dos operários, agora mecânico e igualizado, não é mais distinguível. A partir daí, o detentor dos meios de produção passa a possuir o domínio absoluto sobre o operário e o processo de produção, constituindo uma subsunção real do trabalho ao capital¹⁹.

Nesse processo de acumulação primitiva, que resulta na separação do trabalhador dos meios de produção, inicia-se uma nova forma de mercantilização: o operário torna-se mercadoria; seu produto é a sua própria força de trabalho, capacidade indissociável de si. E com a instauração desse novo paradigma de circulação de mercadorias surgem novos conceitos de liberdade e igualdade que puderam configurar-se graças ao Iluminismo. Marx descreve que:

A esfera de circulação ou da troca de mercadorias, em cujos limites se move a compra e a venda da força de trabalho, é, de fato, um verdadeiro Éden dos direitos inatos do homem. Ela é o reino exclusivo da liberdade, da igualdade, da propriedade e de Bentham. Liberdade, pois os compradores e vendedores de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são movidos apenas por seu livre arbítrio. Eles contratam como pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos. O contrato é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum a ambas as partes. Igualdade, pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade, pois cada um dispõe apenas do que é seu. Bentham, pois cada um olha somente para si mesmo²⁰.

Os direitos à liberdade e à igualdade estão assim intrinsecamente ligados ao processo de expropriação do trabalho da massa camponesa, que é retirada do local onde produz e vive, expropriada dos meios que viabilizam sua subsistência e colocada à mercê dos donos dos meios de produção. Esse novo arranjo irá constituir uma esfera de circulação de mercadorias completamente nova, na qual o próprio indivíduo ingressa como possuidor de um bem que é ele mesmo, podendo se vender sem que isso resulte na perda de sua liberdade²¹.

O trabalhador, portanto, é livre, mas a sua liberdade está precipuamente atrelada à sua faculdade de dispor de sua energia laborativa. A compra e venda da mão de obra somente é

19 NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014, p. 44.

20 MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital**. Tradução de Rubens Enderie. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 250, 251.

21 NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014, p. 46.

possível nessa conjuntura; o operário somente pode ser contratado se é livre; o contrato só pode existir se houver livre manifestação de vontade de quem contrata e de quem é contratado. Se em tempos pretéritos o processo de produção e circulação de mercadorias era marcadamente servil ou escravagista, agora a mão de obra predominante é totalmente “livre”.

Logo atesta-se que essa liberdade e essa igualdade burguesas não nasceram de forma romântica. Com a separação do trabalhador dos meios de produção, deflagra-se a expulsão das massas camponesas de suas terras, dissolvendo-se gradualmente as formas de produção e organização feudais. Desse rompimento paradigmático, urge uma nova classe de trabalhadores livres, que recusa a nova disciplina de trabalho imposta pelo Capital e deve, portanto, ser readaptada aos novos mecanismos de circulação de mercadorias.

Assim, se antes esses trabalhadores eram possuidores de sua própria força de trabalho, donos de sua capacidade técnica individualizada e diferenciada e donos de seus próprios modos de produção, com o processo de acumulação primitiva e a conseqüente transição gradual para o capitalismo, eles passam a ser expropriados de suas condições subjetivas de trabalho e são separados dos meios de produção, tornando-se alienados ao trabalho. Transformam-se em força laboriosa, energia produtiva, objeto de troca; o trabalho é fetichizado:

Marx já havia demonstrado como esse processo [de acumulação primitiva do capital] introduz a liberdade, entendida em um duplo sentido: por um lado, como já vimos, como o despojamento das condições de vida e de trabalho do homem do campo, e, por outro, como a capacidade de disposição de si, como mercadoria, desse mesmo homem. É somente como homem livre e igual a outro que se torna possível a operação de compra e venda da força de trabalho. Ora, como Marx explica, essa operação é fundamental para que ocorra a valorização do valor, pois é justamente a existência de uma mercadoria que tem a propriedade única de, ao ser consumida, produzir um valor superior ao seu próprio valor, que encerra todo o segredo do capital²².

Nesse ínterim, é de vital importância compreender a morfologia do Capitalismo, já que de seu nascimento enquanto sistema econômico, social e político, resulta também o aparecimento do Direito como é apresentado principalmente a partir do século XVIII até hoje. O Direito existe como condição subjetiva que permite um sistema de trocas. Organiza-se essa subjetividade como forma de expressão de uma vontade totalmente autônoma, de tal forma

22 NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014, p. 46.

que elas se confundem; o sujeito somente existe se ele for capaz de manifestar livremente sua vontade e seu querer, sem que seja embaraçado por quaisquer tipos de constrangimentos que contaminem essa vontade e o levem a se manifestar de forma diversa de sua real intenção. É por essa razão que os atos jurídicos não podem ser considerados perfeitos se não existe vontade livre. E é nesse sentido que Marx aduz que a troca de mercadorias demanda que seus titulares reconheçam-se no momento da alienação daquilo que possuem, ou seja, suas vontades devem ser suficientemente capazes de operar o circuito de mercadorias, de forma a excluir qualquer tipo de intervenção unilateral e coercitiva da propriedade privada²³.

À vista disso, Marx afirma que:

As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para os seus guardiões, os possuidores de mercadorias. Elas são coisas e, por isso, não podem impor resistência ao homem. Se não se mostram solícitas, ele pode recorrer à violência; em outras palavras, pode tomá-las à força. Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Eles têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica. [...] Aqui, as pessoas existem umas para as outras apenas como representantes da mercadoria, e, por conseguinte, como possuidoras de mercadorias²⁴.

70

No processo da troca de valores determina-se a organização da sociedade burguesa, na qual os indivíduos tomam-se como simples trocadores de mercadorias, de forma que a diferença entre eles, nessa constância, desaparece, e todos são considerados plenamente iguais, já que todos possuem o mesmo “valor”. A troca de valores é a base efetiva de toda liberdade e igualdade. O indivíduo, revestido na forma de sujeito, torna-se vontade pura, livre e indiferenciável²⁵.

23 Ibidem, p. 51.

24 MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital.** Tradução de Rubens Enderie. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 159, 160.

25 NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx.** São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014, p. 52-55.

No entanto, essa liberdade e igualdade se apresentam sob um prisma paradoxal, já que, como Marx nos demonstra, o trabalhador é obrigado a ser livre; ele é obrigado a vender a sua força de trabalho – e, portanto, vender a si mesmo – de forma voluntária. Isso decorre justamente do processo de acumulação primitiva do capital, já que o trabalhador, ao ser expropriado dos meios de produção e expulso de suas terras, depara-se com a impossibilidade de continuar desenvolvendo suas atividades habituais²⁶.

Resta claro, portanto, como as relações econômicas passaram a determinar as relações sociais e como essas passaram a ser regulamentadas por um Direito burguês que nasce no momento em que deflagra-se a expropriação do trabalhador dos meios de produção. Denota-se, nessa conjuntura, o caráter essencialmente capitalista do Direito moderno, enquanto instrumento de administração jurídica das relações capitalistas entre classes, e a impossibilidade de separar o Direito de seu caráter ideológico. Nessa esteira, Aguiar afirma que:

Falar de direito e ideologia é tautológico. O direito é a ideologia que sanciona, é a linguagem normativa que instrumentaliza a ideologia do legislador ou a amolda às pressões contrárias, a fim de que sobreviva. [...] O direito é a expressão mais alta da tradução ideológica do poder. Ele estabelece os princípios, delimita as condutas, defende atitudes e “ofende” as outras por meio da sanção²⁷.

71

O Direito é a expressão legitimante de um discurso ideológico em favor do poder dominante. O discurso jurídico é construído sempre com sob o intuito de pesar apenas um dos lados da balança, o lado da classe dominante. Trata-se de um método, por excelência, de legitimação e manutenção da ideologia capitalista.

A PENALIDADE DISCIPLINAR NO DIREITO DO CAPITAL

O que deve ser evidenciado, porém, é que as normas jurídicas constituídas por esse poder podem ser evadidas ou não obedecidas, de tal forma que é necessário que se constituam mecanismos que façam com que essas normas sejam dotadas de imperatividade e coercibilidade. Por essa razão as normas devem possuir um efeito sancionatório para reprimir aqueles que desviam sua conduta do dever-ser jurídico da norma, se não de que outra forma seria possível manter a hegemonia do discurso ideológico-jurídico do capital?

26 Ibidem, p. 47.

27 AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990, p. 79-80.

E se o capitalismo rege-se sob a premissa fundamental de que devem existir forças produtivas e disciplinadas que viabilizem a produção e circulação de mercadorias, as normas jurídicas se constituem justamente no sentido de assegurar principalmente essas condições. O exercício de um controle punitivo, social e disciplinar sobre as massas é indispensável para manter a hegemonia da classe dominante e garantir a continuidade da acumulação de capital. Mas a sobrevivência de um discurso ideológico hegemônico não é possível apenas através da força e da truculência; são necessários instrumentos, métodos, estratégias, uma arte performática do convencimento.

Por meio da disciplina torna-se possível a separação e transformação do indivíduo; é através dela que o indivíduo é alterado com precisão cirúrgica e incumbido das aptidões necessárias para se tornar um ser produtivo e útil. A disciplina deve ser compreendida, antes de qualquer coisa, como uma tecnologia positiva do exercício do poder, um complexo pluralístico de táticas, um mecanismo estratégico mediante o qual se efetivam as relações de poder²⁸.

É possível afirmar, sem ressalvas, que o poder disciplinar destaca-se como um dos principais estratégias de afirmação e manutenção de poder a partir da consolidação do capitalismo. É a partir do séc. XVIII que assiste-se à gênese da sociedade disciplinar.

72

A origem da sociedade disciplinar, como um tipo de sociedade na qual uma rede de instituições de sequestro realiza uma função de controle sobre as virtualidades dos indivíduos, deve ser historicamente buscada nos processos de remanejamento da riqueza industrial e agrícola ocorridos no final do séc. XVIII. O domínio das disciplinas é aquele do nascimento e afirmação do capitalismo entre o final do séc. XVIII e o início do século XIX²⁹.

O poder disciplinar surge justamente como um dos instrumentos acessórios de manutenção de um poder maior, manipulado e empreendido pela classe burguesa. É em parte através da disciplina que será possível aos grupos hegemônicos garantir a acumulação e detenção de capital, já que ela será empreendida para transformar os indivíduos selecionados em cidadãos dóceis, disciplinados, úteis e produtivos.

28 FONSECA, Márcio A. **Michel Foucault e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.

29 Ibidem, p. 165.

Mas essa disciplina é necessária também justamente para proteger as riquezas. Nos séculos XVI e XVII, a fortuna é investida cada vez mais dentro de um capital que deixa ser simplesmente monetário. Nesse período a riqueza era essencialmente formada pelo domínio de terras, por espécies de pecúnia ou às vezes por letras de câmbio trocáveis entre os indivíduos. No século XVIII, porém, surge uma nova forma de riqueza que é agora investida no interior de um novo tipo de materialidade; investe-se agora em mercadorias, maquinários, matéria-prima, etc. E a instauração e aceleração do desenvolvimento do capitalismo vai ser traduzida neste novo modo de investimento material da fortuna. Ocorre que essa nova modalidade de investimento em objetos materiais estará completamente exposta à depredação. Há toda uma população de indivíduos pobres e sem emprego que agora tem contato direto com essas materialidades que se traduzem em riqueza. O roubo de navios, o furto de armazéns e estoques, a destruição de oficinas, são acontecimentos que tornaram-se comuns na Inglaterra do final do séc. XVIII. E é justamente nesse período que erige-se a grande necessidade de se adotar mecanismos de controle que permitam a proteção dessas riquezas; é em razão dessa nova distribuição espacial e social da fortuna agrícola e industrial que surge a necessidade do controle social, e conseqüentemente, da sociedade disciplinar³⁰.

73

Com o desenvolvimento das instituições penais, o poder disciplinar passa a ser empregado principalmente dentro do espaço penitenciário, âmbito de adestramento e docilização daqueles indivíduos que mostraram-se inadequados ao trabalho dos moldes capitalistas, e por essa razão tinha de ser corrigidos para que se tornassem produtivos e fossem reinseridos na sociedade. Mas, nesse arranjo, é necessário observar que a mais recente organização do sistema penal revela um gradual rompimento da prisão com as pretéritas políticas de correção e disciplinamento. Esse fenômeno se dá em razão do declínio do modelo industrial fordista a partir da segunda metade do séc. XX e do conseqüente desenrolar de um processo global de transformação das relações de produção; o epílogo da modernidade encerra uma série de alterações nas formas de produção e de trabalho, encetando uma pós-modernidade caracterizada por um pós-fordismo inserido em um regime de acumulação flexível.

A SOCIEDADE PÓS-FORDISTA E A MULTIDÃO

30 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, p. 100-103.

O fordismo surge a partir do início do século XX e caracteriza-se pela produção seriada em massa, organizada por uma logística de rigorosa divisão de tarefas no processo produtivo. Gradualmente já vinha estabelecendo-se a desagregação entre a concepção, a gerência, o controle e a execução dentro do espaço fabril, sendo que em algumas indústrias essa tendência de decomposição do processo produtivo já encontrava-se bastante avançada. No entanto, Ford inseriu a perspectiva de que a produção em massa significaria também consumo em massa; a organização tradicional do processo industrial exigia uma nova política de controle e de gerenciamento do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia. Irrompe a consciência da necessidade de criação de um novo tipo de homem e um novo tipo de trabalhador; o trabalho e o próprio modo de viver, pensar e sentir a vida são impartíveis³¹.

A modo de produção fordista marcou assim profundas mudanças sociais, afetando a economia, a política e principalmente a cultura. Constituiu-se um novo homem, um proletário adequado às inovações da linha de produção e do trabalho, comprometido com a vida familiar, dotado de um certo tipo de probidade moral e de capacidade para a prática de um consumo prudente e racional que correspondesse às expectativas e necessidades dos novos rearranjos corporativos.

Mas se esse sistema de produção parecia absolutamente sólido, essa impressão não passava de uma quimera. As economias de mercado desenvolvidas logo viriam a entrar em crise; a hegemonia americana entra em declínio; verifica-se uma escassez de mão de obra com o desenvolvimento de tecnologias industriais de automação; os preços enfrentam momentos de queda e inconstância; a inflação torna-se incontrolável; despende-se bilhões em guerras que acabam por repercutir crises internas em países como Inglaterra, França e Estados Unidos. E em meio a tudo isso surge o movimento de uma nova geração de trabalhadores que, nascida fora do contexto pós-guerra, pôde empreender uma nova tentativa de luta por direitos:

Após vinte anos, tornara-se adulta uma nova geração, para a qual a experiência do entreguerras – desemprego em massa, insegurança, preços instáveis ou em queda – era história, e não parte de sua experiência. Eles haviam ajustado suas expectativas à única experiência de seu grupo etário, de pleno emprego e inflação contínua. Qualquer que tenha sido a situação responsável pela “explosão mundial de salários” no fim da década de 1960 – escassez de mão-de-obra, crescentes esforços dos patrões para conter os salários reais, ou, como na França e na Itália, a grandes rebeliões estudantis

31 HARVEY, David. **A condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 121, 122.

–, tudo se assentava na descoberta, feita por uma geração de trabalhadores acostumados a ter ou conseguir emprego, de que os regulares e bem-vindos aumentos há tanto negociados por seu sindicatos eram na verdade muito menos do que se podia arrancar do mercado³².

A repercussão transformativa desses acontecimentos é profunda. A pressão exercida pelos operários na busca de melhorias salariais que decorreram dos processos inflacionários da década de 1970, ocasionados principalmente pela grande crise do petróleo entre 1971 e 1973, impossibilitaram aos Estados-nação, através das lutas, o exercício do controle direto dentro do espaço nacional, de forma a impedir a recomposição do panorama socio-econômico em função do desenvolvimento. Nesse momento, despontam estruturas de comando supranacional que já vinham se desenvolvendo desde o período da Guerra Fria, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Nacional, e que mais tarde se tornarão responsáveis pelo equilíbrio econômico supranacional e regulação do desenvolvimento mundial³³.

O controle sobre a organização do modo de produção capitalista gradualmente transmuta-se em um projeto globalizado; concomitantemente o fordismo vai se enfraquecendo vagarosamente, dando exórdio a um processo de acumulação flexível. A passagem do fordismo para o pós-fordismo caracteriza-se por mudanças tanto nos próprios arranjos da produção industrial e das relações de trabalho, quanto por um enfraquecimento da soberania dos Estados-nação, que resultariam em uma série de mudanças no panorama político-econômico global a partir da década de 1980:

A profunda recessão de 1973, exacerbada pelo choque do petróleo, evidentemente retirou o mundo capitalista do sufocante turpor da “estagflação” (estagnação da produção de bens e alta inflação de preços) e pôs em movimento um conjunto de processos que solaparam o compromisso fordista. Em consequência, as décadas de 70 e 80 foram um conturbado período de reestruturação econômica e de reajustamento social e político [...]. No espaço social criado por todas essas oscilações e incertezas, uma série de novas experiências nos domínios da organização industrial e da vida social e política começou a tomar forma. Essas experiências podem representar os primeiros ímpetus da passagem para um regime de

32 HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 279, 280.

33 NEGRI, Antonio. **Cinco lições sobre Império**. Tradução de Alba Olmi. Coleção Política das Multidões. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003, p. 50, 51.

acumulação inteiramente novo, associado com um sistema de regulamentação política e social bem distinta³⁴.

No que tange às modificações políticas, é principalmente sobre a soberania que se verificarão profundas mudanças. Se a soberania se constitui como forma de organização da reprodução do Capital, controlando a proporção entre as presenças das forças produtivas que o constituem (patrões e operários, burguesia e proletariado, monarquia imperial e multidões), ela deixa de ser exercida pelos Estados-nação e passa a residir em outra localidade, o Império. Os países não operam mais no âmbito global de forma isolada e soberana; aos poucos vão formando-se blocos orientados por afinidades ideológicas e políticas entre países que afiliam-se. É no Império, uma espécie de “não-lugar”, onde residirá a concentração de uma soberania – agora caracterizada por uma supranacionalidade – capaz de controlar e garantir o desenvolvimento capitalista em âmbito global³⁵:

Dois blocos de poder foram sobrepostos por quase meio século ao dividido mundo dos Estados soberanos. Cada um dos blocos promoveu uma crescente coordenação entre as ordens administradas pelo Estado no reino da sua respectiva “metassoberania”, baseada na suposição da insuficiência militar, econômica e cultural de cada Estado. Gradual mas inexoravelmente, promoveu-se um novo princípio de integração *supraestatal* – mais rápido na prática política do que na teoria. O “cenário global” era visto cada vez mais como o teatro da coexistência e da competição entre *grupos de Estado* e não entre os próprios Estados³⁶.

76

Quanto às modificações do processo produtivo, notam-se mudanças que repercutirão de forma essencial na estrutura das relações de produção. O acúmulo de capital é flexibilizado; os modos de produção, a estruturação dos mercados de trabalho, a valorização dos preços, a formatação do consumo; todos esses processos são reorganizados e reconstruídos:

A acumulação flexível [...] é marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apóia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos

34 HARVEY, David. **A condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 140.

35 NEGRI, Antonio. **Cinco lições sobre Império**. Tradução de Alba Olmi. Coleção Política das Multidões. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003, p. 50, 52.

36 HARVEY, David. **A condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 140.

mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. [Mas] a acumulação flexível parece implicar níveis relativamente altos de desemprego “estrutural” (em oposição a “ficcional”), rápida destruição e reconstrução de habilidades, ganhos modestos (quando há) de salários reais [...] e o retrocesso do poder sindical – uma das colunas políticas do regime fordista³⁷.

As novas mudanças estruturais que se inserem no mercado repercutem principalmente na transformação das organizações industriais, alterando a estruturas do trabalho e do emprego. O domínio absoluto dos modos de produção que antes concentrava-se apenas nas mãos do grande capitalista abre espaço para o aparecimento de pequenos produtores e negócios domésticos:

A transformação da estrutura do mercado de trabalho teve como paralelo mudanças de igual importância na organização do trabalho. Por exemplo, a subcontratação organizada abre oportunidades para a formação de pequenos negócios e, em alguns casos, permite que sistemas mais antigos de trabalho doméstico, artesanal, familiar (patriarcal) e paternalista (“padrinhos, “patronos” e até estruturas semelhantes à máfia) revivam e floresçam, mas agora como peças centrais, e não como apêndices do sistema produtivo³⁸.

77

Ademais, o pós-fordismo marca-se agora pela presença de um trabalho imaterial e socializado, nesse momento possível devido aos avanços tecnológicos verificados no enfraquecimento do tradicional modo de produção fordista. Esse novo momento do processo produtivo caracteriza-se pela socialização do trabalho, informatização do social e inserção de tecnologias de automação fabris. O trabalho material, paupável e imediatamente produtivo é retirado da centralidade do processo laboral e dá espaço para um trabalho incorpóreo produzido por uma força-trabalho intelectual³⁹.

37 Ibidem, p. 140, 141.

38 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 71.

39 NEGRI, Antonio. **Cinco lições sobre Império**. Tradução de Alba Olmi. Coleção Política das Multidões. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003, p. 66.

Esse trabalho imaterial deve ser entendido como o complexo de atividades intelectuais, afetuosas e comunicativas exprimidas pelos movimentos sociais e sujeitos. No pós-fordismo, a produtividade passa a depender fundamentalmente das energias científicas e culturais que o formam; essa reorganização vem a destruir as condições efetivas nas quais a acumulação de capital previamente se fundamentava⁴⁰:

Na produção fordista, a linguagem tornou-se, ela mesma, uma força produtiva. Todo aparato de signos foi confiado à criatividade do trabalho vivo: isto é o que constitui a forma criadora dominante em nossa sociedade. Trabalha-se com linguagem e constrói-se com signos. Neste ponto, controle dos sentidos e significado dos signos, linguagens e sistema produtivos são algo que excede qualquer nexos linear possível e, portanto, qualquer controle absoluto ou unilateral. [...] O campo criativo do significado corrói a possibilidade de um controle absoluto sobre as linguagens⁴¹.

É possível afirmar que agora a produtividade não se restringe apenas ao espaço fabril, pois a produção de valor não exige mais a imersão da força-trabalho dentro do espaço delimitado do emprego; nas circunscrições do “não-emprego” há agora também um processo produtivo de valor, já que a criação de capital não se restringe mais apenas à esfera da criação material, estendendo-se também como produto de uma intelectualidade resultante das redes relacionais cooperativas e produtoras de uma imaterialidade linguística:

O trabalho se torna *lingüístico* na medida em que a *comunicação se torna mercadoria* (sob a forma da mercadoria-informação) e o *intelecto*, entendido como conjunto de faculdades comunicativas, expressivas e inventivas, *torna-se o novo utensílio da produção pós-fordista*. Assim, os tempos e lugares que na sociedade-fábrica separavam o universo da produção da esfera da reprodução são desestruturados: o trabalho progressivamente retira-se do perímetro da instituição fechada. Nesse sentido, torna-se cada vez mais problemática uma real separação entre tempo de trabalho e tempo de não-trabalho. De um lado, na realidade, o tempo de reprodução da força de trabalho imaterial torna-se tempo diretamente produtivo, uma vez que a empresa pós-fordista confere valor a competências, habilidades, atitudes que se desenvolvem (ou melhor, que se constituem) sobretudo durante o tempo de “não trabalho”. Por outro lado, o trabalho imaterial se caracteriza exatamente como processo de produção daquelas relações lingüísticas e

40 Ibidem, p. 92.

41 Ibidem, p. 81.

comunicativas nas quais se desenvolvem competências, habilidades e atitudes a serem valorizadas⁴².

Um dos exemplos desse fenômeno pode ser representado pelo logo comercial. Nos novos rearranjos produtivos do pós fordismo marcados pelos signos, o logo não se reduz a uma mera marca que possibilita a distinção de um produto por outro de origem diversa. O logo, de fato, enceta em si o valor imaterial e lingüístico do próprio produto, fazendo dele um meio de comunicação social enquanto parte de um estilo de vida; o logo encerra em si uma experiência de relações, nas quais veicula e produz subjetividades; mas ele mesmo é concomitantemente resultado de uma valorização de subjetividades, que são reproduzidas nas próprias relações que se compõem entre os sujeitos e nas redes de comunicação, e esse fluxo de linguagens e símbolo que são veiculados na comunicação são transformados em mercadoria enquanto elementos constitutivos de valor⁴³.

Nesse ínterim, considerando os novos aspectos da imaterialidade do trabalho e da produtividade dentro dos espaços de não-emprego, há portanto um novo problema a ser enfrentado pelas instituições penais. Se no fordismo o regime de produção era caracterizado pela carência de mão de obra adequada, e portanto, orientavam-se estratégias no sentido de disciplinamento da carência, com o despontar do pós-fordismo, o regime produtivo é de excesso, de forma que não há interesse nesse disciplinamento, essencialmente por questões lógicas de mercado.

O trabalho imaterial deflagra a deslocalização produtiva, a descentralização da produção e a terceirização do trabalho, que desestruturam a força-trabalho operária, decompondo-a em uma multiplicidade de trabalhadores atípicos; o trabalho – como processo de produção de valor – agora insere-se tanto no espaço do emprego quanto do não-emprego, entendendo-se aquele como medida de cidadania e inclusão social. Há, portanto, uma modificação semântica do conceito de desemprego, condição estrutural de um pós-fordismo marcado pelo excesso de produtividade:

O desemprego deixa, de fato, de ser associável à ideia de “inatividade” para se tornar uma medida oficial da fratura entre as inumeráveis “atividades” produtivas – isto é, aquelas que remetem à noção de trabalho no sentido

42 GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 72, 73.

43 NEGRI, Antonio. **Cinco lições sobre Império**. Tradução de Alba Olmi. Coleção Política das Multidões. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003, p. 73, 74.

próprio do termo –, nas quais os indivíduos estão continuamente envolvidos, e o limite imposto pelo sistema capitalista, a fim de de que seja reconhecido a essas atividades o valor social de “trabalho”. Em outros termos, o desemprego se configura como *margem de excesso da produtividade social* em relação à separação artificial entre trabalho e emprego imposta pelo domínio capitalista à sociedade contemporânea. [...] O trabalho, entendido como um conjunto de ações, *performances* e prestações produtivas estende-se cada vez mais até integrar toda a existência social. Aquilo que experimentamos, efetivamente, é uma radical separação do trabalho, assim concebido, de um sistema de governo dos direitos e da cidadania profundamente ligado ao conceito fordista de emprego⁴⁴.

Ora, se o trabalho imaterial está pautado em uma produtividade linguística que produz mercadoria e valor por meio do intelecto e do devir comunicativo, essa produtividade já não se restringe mais às delimitações espaciais das grandes indústrias e do emprego, sendo reproduzida também na condição do não-emprego. Não há carência de produtividade, e por essa razão tampouco há carência de uma mão de obra adequada, pois agora a própria vida submete-se ao trabalho. Mas se o trabalho impõe-se como pressuposto para a manutenção do status de cidadão, prefigura-se uma nova categoria de indivíduos que estão completamente excluídos da esfera do trabalho conforme compreendido no contexto fordista.

Deslindam-se, portanto, dois aspectos de um regime de excesso introduzido pelo pós-fordismo. Por um lado, verifica-se a representação de um excesso negativo como conjunto de subjetividades que extrapolam a razão governamental, uma vez que ressaltam a contradição entre uma esfera produtiva cada vez menos carente de trabalho vivo e uma cidadania social ainda assentada sobre o trabalho, ao passo que o excesso positivo é marcado por um complexo de subjetividades que transpõe a racionalidade capitalista na medida em que afiam uma contradição estabelecida entre uma potencialidade produtiva absoluta e cooperativa e uma ordenação das relações de produção que constitui um embaraço à soberania do comando capitalista, obrigando às relações de produção uma acumulação de valor baseada na competição⁴⁵.

O que se verifica então é a formação de uma multiplicidade abstrusa de subjetividades singulares que constantemente produzem e reproduzem valor em meio às conjunturas cooperativas das relações sociais e que ao mesmo tempo escapam das redes de dominação do

44 GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 72, 73.

45 Ibidem, p. 90.

capital. Esse complexo de individualidades forma uma Multidão que, consoante guarde em si um potencial revolucionário por escapar à regulamentação do Capital, enceta a necessidade de novos mecanismos de controle pós-disciplinar, por constituir uma estrutura múltipla não-representável alocada fora dos terrenos do trabalho-emprego enquanto pressuposto da cidadania.

Para compreender o conceito de Multidão proposto por Antonio Negri é preciso salientar que a Multidão deve ser compreendida sob quatro aspectos: 1) a Multidão deve ser entendida como um conjunto de individualidades, ou seja, como multiplicidade de subjetividades ou singularidades; 2) a Multidão também deve ser encarada como classe social não-operária, levando-se em consideração a passagem do fordismo ao pós-fordismo e da presença hegemônica do trabalho imaterial em detrimento do trabalho material; 3) a Multidão não é uma multiplicidade reduzível ao conceito de massa por ser capaz de desenvolver-se intelectualmente de forma autônoma e independente; 4) a Multidão é um universal concreto sem representação, estabelecendo-se em contraste com o conceito de povo, unidade representativa e constituinte do corpo social⁴⁶. O que notavelmente se constitui como característica desse novo personagem do processo produtivo é que:

Multidão indica, sobretudo, a impossibilidade de uma *reductio ad unum* das diversas subjetividades produtivas comparáveis àquela que permitiria individualizar, na classe operária, a forma de subjetividade hegemônica durante a época do capitalismo fordista⁴⁷.

Com o surgimento dessa Multidão, como será possível a manutenção da ideologia hegemônica capitalista em face dessa nova figura multifacetada e não representativa? A lógica de dominação capitalista já não pode mais ser imprimida na domesticação e adequação dos corpos, que tornaram-se desnecessárias; o poder disciplinar inserido dentro da prisão enceta em si sua própria obsolescência. Essa nova conjuntura irá exigir novos mecanismos de controle pós-disciplinar nesse cenário marcado pela abundância de produtividade e de uma mão de obra destituída dos pressupostos necessários à cidadania:

46 NEGRI, Antonio. **Cinco lições sobre Império**. Tradução de Alba Olmi. Coleção Política das Multidões. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003, p. 145, 146, 166.

47 GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 31.

[Agora] é o capital que se mostra *carente* em relação a uma força de trabalho tornada flexível, nômade, móvel: *multidão*. A multidão produtiva excede as relações de produção capitalistas no momento em que vive diretamente a inadequação do conceito de trabalho-emprego e experimenta em si mesma a violenta negação dos direitos de cidadania provocada por esta inadequação. Nesse sentido, podemos falar aqui de um excesso negativo, evidenciando, por um lado, os efeitos da exclusão, da violência do poder e do controle que este excesso determina sobre a força de trabalho e, por outro lado, o fato de que, neste processo, o domínio do capital resulta potencialmente negado.⁴⁸

A sociedade disciplinar observa assim o seu desfecho. A disciplinaridade somente pôde ser compreendida enquanto parte da gênese da produção industrial fordista até o seu declínio. Os mecanismos de tecnologia disciplinar devem agora dar espaço para uma nova estruturação de controle: a biopolítica.

HOMO SACER - A BIOPOLÍTICA COMO MECANISMO DE CONTROLE DA MULTIDÃO NA VIDA NUA

Cabe agora compreender, sob a luz dos conceitos de Giorgio Agamben, de quais formas atua essa biopolítica investida por um biopoder; em que espaços operam, sobre quem, como e quais efeitos produzem. O entendimento desses mecanismos cristalizará de que maneira nasce a possibilidade de um controle sobre a nova figura da Multidão e quais são as consequências que se repercutiram em âmbito penal.

A princípio, impõe-se explicar que é através do dispositivo que se revela possível o exercício do poder biopolítico. O dispositivo é o mecanismo que possibilita operar sobre a totalidade da vida dos indivíduos processos de vigilância e controle social, reestruturando novas formas de pensar, agir e viver. Para Agamben, o dispositivo é:

Qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o Panóptico, as escolas, a confissão, as fábricas, as disciplinas, as medidas jurídicas e etc., cuja conexão com o poder é num certo sentido evidente, mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e – por que não – a própria linguagem que talvez é o

48 GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 70, 71.

mais antigo dos dispositivos, em que há milhares e milhares de anos um primata – provavelmente sem se dar conta das consequências que se seguiriam – teve a inconsciência de se deixar capturar⁴⁹.

O que caracteriza o dispositivo é que ele realiza um processo de produção de subjetividades. O dispositivo produz, portanto, saberes, que são absorvidos pelo sujeito, empreendendo a construção de uma identidade subjetiva que encontra em meio a estes saberes sua própria verdade. Ele é criador de saberes, na medida em que produz subjetividades; ao mesmo tempo, é mecanismo de controle, pois ao produzir saberes específicos, incute sutilmente peculiaridades, formando identidades pré-determinadas.

Na sociedade disciplinar – aquela que se conheceu ao longo do processo de acumulação primitiva de capital e da gênese e posterior declínio do modo de produção fordista – Foucault demonstra que os dispositivos objetivam a criação de corpos dóceis e produtivos que, mesmo submetidos à uma série de discursos, exercícios e saberes, assumem sua identidade e sua liberdade subjetiva dentro do próprio processo de assujeitamento. Mas Agamben preconiza que na atual fase do capitalismo os dispositivos:

83

Não agem tanto mais pela produção de um sujeito quanto por meio de processos que podemos chamar de dessubjetivação. Um momento dessubjetivante estava certamente implícito em todo processo de subjetivação, e o Eu penitencial se constituía, havíamos visto, somente por meio da própria negação; mas o que acontece agora é que os processos de subjetivação e processos de dessubjetivação parecem tornar-se reciprocamente indiferentes e não dão lugar à recomposição de um novo sujeito a não ser de forma larvar, e por assim dizer, espectral. Na não-verdade do sujeito não há mais de modo algum a sua verdade⁵⁰.

Não obstante faz-se necessário perceber para quem exatamente se direcionam os dispositivos do biopoder. Para Foucault, a soberania – aqui sob diferente aspecto daquele utilizado por Negri - evidencia-se pela fórmula “fazer morrer e deixar viver”. No entanto, a partir do século XVII, quando o zelo pelo vida e saúde dos súbitos passam a ser cada vez mais importantes nos mecanismos e cálculos estatais, o poder soberano transmuta-se paulatinamente naquilo que Foucault intitularia de biopoder. A antiga prerrogativa de fazer

49 AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo? E outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009, p. 40, 41.

50 AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo? E outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009, p. 47.

morrer e deixar viver dá espaço para uma fórmula inversa onde “fazer viver e deixar morrer” passa a caracterizar a biopolítica moderna⁵¹.

Agora essa tecnologia disciplinar, sob estratégias e técnicas diversas, é ampliada para o vasto domínio da vida, operando um novo poder direcionado à gestão de condutas e de governo sobre todos os processos da vida. Transforma-se o poder soberano de “deixar viver e fazer morrer” em um poder de “deixar morrer e fazer viver”. Nesse sentido, Agamben afirma que:

Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano. A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mas diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperii*⁵².

É premente delinear que os contornos dessa biopolítica partem da gestão da vida orientando-se essencialmente pelo binômio inclusão/exclusão. A escolha do poder soberano sobre fazer viver e deixar morrer implica no poder sobre a vida nua; uma vida que é incluída para ser excluída. Legitima-se assim ao Estado contemporâneo a defesa de direitos fundamentais através de uma lógica defensivista de exclusão do outro enquanto considerado como uma ameaça em potencial.

Para Agamben a vida nua está vinculada essencialmente à forma do *homo sacer*:

Uma obscura figura do direito romano arcaico, na qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta *matabilidade*). [...] O espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irredutível distinção⁵³.

A etimologia do *homo sacer* origina-se do direito romano arcaico como espécie de pena do direito criminal romano desse período, onde a lei colocava uma pessoa fora da jurisdição humana, obrigando-o que fosse sagrado à determinada divindade. Apesar desse

51 AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 88.

52 AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Minas Gerais: Editora UFMG, 2014, p. 14.

53 Ibidem, p. 16.

processo de sacralização, não era ilícito matar o homem sacro; a violação da coisa sacra era vedada, mas a profanação da sacralidade do homem não. O *homo sacer* não é sacrificável na medida em que não é possível oferecer aos deuses algo que já está sob sua posse; ao mesmo tempo, o assassinio do homem sacro é também impunível por estar alocado além dos limites da jurisdição terrenal:

A sacratio configura uma dupla exceção, tanto do *ius humanum* quanto do *ius divinum*, tanto do âmbito religioso quanto do profano. A estrutura topológica, que esta dupla exceção desenha, é aquela de uma cópia exclusiva e de uma cópia captura, que apresenta mais do que uma simples analogia com a estrutura da exceção soberana⁵⁴.

A condição de *homo sacer* é portanto definida não apenas pela hipotética ambivalência oriunda da sacralidade que lhe é imanente, mas sobretudo pelo caráter peculiar da exclusão dupla na qual se encontra aprisionado e da violência à qual está exposto. A impunidade pela violência que pode ser exercida em relação a ele não é classificável nem como homicídio e nem como sacrifício, nem como execução de uma pena e nem como sacrilégio. Ao excepcionar-se das formas sancionadas presentes nos direitos humano e divino, abre-se um âmbito do agir humano que não é da profanação e nem do tornar sagrado. Esse espaço é onde impera apenas a decisão soberana, ato que por meio do estado de exceção suspende a lei e nele implica a vida nua⁵⁵.

O estado de exceção é, dessarte, o espaço de gestão da vida nua. É no âmbito da vida nua que se impõe o fenômeno da suspensão da norma; o estado de exceção permite ao ordenamento jurídico manter-se em íntima relação com aquilo que excluiu, mantendo a vida nua em sempiterna relação com o poder que a banuiu:

A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. *A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta.* O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Nesse sentido, a exceção é

54 Ibidem, p. 84.

55 AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Minas Gerais: Editora UFMG, 2014, p. 84.

verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída⁵⁶.

O que acontece no estado de exceção é a criação de uma situação que não pode ser delimitada como uma situação de fato já que é criada pela simples suspensão da norma; ao mesmo tempo, não pode ser enquadrada como uma situação de direito, ainda que seja possível sobre ela a vigência da lei. Portanto, entre elas é estabelecido um limiar – o estado de exceção – entre fato e direito, natural e jurídico. E neste limiar, no espaço da vida nua, o soberano transita livremente:

O corpo biopolítico, que constitui o novo sujeito político fundamental, não é uma *quaestio facti* (como, por exemplo, a identificação de um certo corpo biológico) nem uma *quaestio iuris* (a identificação de uma certa norma a ser aplicada), mas a aposta de uma decisão política soberana, que opera na absoluta indiferenciação entre fato e direito⁵⁷.

Erigido sobre o fundamento de proteção da vida e garantia de direitos, o poder soberano enceta assim a prerrogativa de valer-se da exceção; aplica a norma sobre a exceção, desaplicando-a; insere a vida nua no âmbito do ordenamento jurídico para que ela possa ser efetivamente excluída. O que se verifica, pois, é faculdade absoluta atribuída ao poder soberano de suprimir direitos e garantias por meio da exceção e de colocar-se, legalmente, fora da lei. Nesse espaço de suspensão de direitos não há resistência para a perpetração de violências, estabelecendo-se o estado de exceção como estrutura-jurídico política padrão.

86

CONCLUSÃO

O que se constata, portanto, é o estabelecimento de um poder biopolítico construído sob o regime da exceção: exceção de garantias, exceção de direitos, exceção da legalidade. Nesse sentido, Žižek avança a seguinte indagação:

Estaremos então assistindo ao renascimento da verdadeira distinção entre *direitos humanos* e *direitos do cidadão*? Existem os direitos de todos os membros da humanidade (a serem respeitados mesmo no caso do *Homo sacer*) e os direitos mais estreitos dos cidadãos (cuja condição é legalmente regulada)? Mas, e se chegarmos a uma conclusão mais radical? E se o

56 Ibidem, p. 24.

57 Ibidem, p. 167.

problema não for a condição frágil dos excluídos, mas, pelo contrário, o fato de, no nível mais elementar, sermos *todos* “excluídos” no sentido de nossa posição “zero” mais elementar ser a de um objeto da biopolítica, e de alguns possíveis direitos políticos e de cidadania nos serem dados como um gesto secundário, de acordo com considerações biopolíticas estratégicas?⁵⁸

Resta no espaço da vida nua a livre disposição de vontade do poder soberano. É ele quem determina sobre quem e como serão exercidas as formas de controle, vigilância e repressão penal, já que a medida da cidadania é apreciada somente pela soberania. Mais uma vez o que se verifica é o robustecimento de uma ideologia de dominação possibilitada pela exceção.

Se os dispositivos agora operam processos de dessubjetivação, de desconstrução de identidade, é justamente na tentativa de dismantelar o potencial revolucionário que é essa Multidão enquanto conjunto abstruso e múltiplo de subjetividades variadas. A ausência de representação unitária dessa figura é justamente o que dificulta a administração de estratégias e técnicas de controle disciplinares diretas e os controles que agora se exercem sobre esse personagem negriano tencionam a formação de um regime de contenção preventiva e de supervisão de classes inteiras de sujeitos de forma a abdicar de qualquer saber sobre os indivíduos.

O que caracteriza, portanto, a penalidade contemporânea é justamente a inserção dessa Multidão nos aparatos penais do Estado como forma de separá-los do âmbito social, colocando-os cada vez mais próximos à condição de *homo sacer*, introduzindo-os gradativamente no espaço da vida nua, lugar onde suspendem-se direitos e garantias, local onde não há proteção e nem empecilhos à violência, circunscrição de abandono da vida. Campos de refugiados, guetos, periferias, prisões; são estes os espaços da vida nua.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo? E outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

_____, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008

58 ZIZEK, Slavoj. **Bem vindo ao deserto do real!:** cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 115.

_____, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Minas Gerais: Editora UFMG, 2014

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

FONSECA, Márcio A. **Michel Foucault e o Direito**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital**. Tradução de Rubens Enderie. São Paulo: Boitempo, 2013.

NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.

NEGRI, Antonio. **Cinco lições sobre Império**. Tradução de Alba Olmi. Coleção Política das Multidões. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003.

ZIZEK, Slavoj. **Bem vindo ao deserto do real!: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

ESTADO ISLÂMICO, LIBERDADE RELIGIOSA E TERRORISMO: UMA AFRONTA À CIDADANIA E AOS DIREITOS HUMANOS

*Vanderlei de Freitas NASCIMENTO JUNIOR*⁵⁹

*Thiago Nogueira RUSSO*⁶⁰

RESUMO

De acordo com o conceito de Cidadania defendido por T.H. Marshall e as bases dos Direitos Humanos, a presente pesquisa teve por objetivo analisar a ideologia defendida pelo grupo terrorista “Estado Islâmico”, o que tem causado repulsa em toda a sociedade mundial. Para isso, foi preciso demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o valor intrínseco de qualquer ordenamento jurídico integrante de um Estado Democrático de Direito. E a partir da distinção dos conceitos de laicidade estatal e fundamentalismo religioso, o Estado Islâmico passou a ser visto como parte ilegítima quanto à representação da religião Islâmica.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Islâmico; Liberdade Religiosa; Terrorismo, Cidadania; Direitos Humanos.

ABSTRACT

According to the concept of Citizenship defended by TH Marshall and the foundations of Human Rights, the present study aimed to analyze the ideology advocated by the terrorist group Islamic State, which has caused revulsion throughout the world society. For this, we need to demonstrate that the principle of human dignity is the intrinsic value of any legal system a member of a democratic state. And from the distinction of the concepts of state secularism and religious fundamentalism, Islamic State was seen as illegitimate as the representation of the Islamic religion.

KEY-WORDS: Islamic State; Religious Freedom; Terrorism; Citizenship; Human Rights.

INTRODUÇÃO

A partir das manifestações de intolerância do Estado Islâmico (EI), as quais estão representadas pelas diversas imagens da execução de pessoas que se manifestaram contrárias as suas ideologias e anseios, muitos jornalistas e estudiosos tem divulgado a quase todo tempo, artigos, reportagens e livros, versando a respeito daquilo que está acontecendo atualmente no Iraque. No âmbito jurídico, especialmente, no campo do Direito Internacional, sobretudo sob a ótica dos Direitos Humanos.

⁵⁹ Estudante de Pós-graduação - Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

⁶⁰ Estudante de Pós-graduação – UNAERP.

Com isso, alguns temas jurídicos foram relacionados para serem abordados na presente pesquisa, tais como noções de Cidadania, Direitos Humanos, Liberdade Religiosa, dentre outros. Sobre Cidadania a base teórica partiu dos ensinamentos de T.H. Marshall, que definia cidadania a partir da existência de três ramos do direito: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais. Para justificar as críticas aqui consignadas, foi preciso conceituar Direitos Humanos e definir que eles estão atrelados à evolução da sociedade global, ao passo que representam uma construção histórica. Contudo, foram trazidas à baila algumas discussões a respeito das dificuldades enfrentadas pelos Direitos Humanos, especialmente, aquelas situações geradas pela globalização. Ao abordarmos os significados das expressões “Liberdade Religiosa” e “Fundamentalismo Religioso” foram utilizados conceitos derivados do direito constitucional e do direito internacional.

Procuraremos, outrossim, demonstrar que alguns grupos religiosos agem em pretenso nome de suas respectivas doutrinas religiosas, mas desrespeitam os limites da Liberdade Religiosa, a ponto de suas atitudes serem consideradas atos atentatórios aos Direitos Humanos e aos ideais de Liberdade e Cidadania. Paralelamente à utilização de fontes e obras jornalísticas, duas importantes obras da jurista Flávia Piovesan foram utilizadas para situar as questões humanitárias dentro do Direito Internacional, com o fim específico de ser provar que as normas jurídicas provenientes dos Direitos Humanos poderão ser utilizadas como arma de combate ao terrorismo, demonstrando, inclusive, que para combater o terrorismo não será preciso criar novas guerras, mais sim, promover e propiciar uma maior proteção aos direitos humanos.

Inseridos nesse contexto, procuraremos demonstrar que o Estado Islâmico além de não possuir legitimidade para agir em nome do Islamismo, não está agindo dentro dos limites da Liberdade Religiosa, configurando, portanto, um ato criminoso (terrorista) atentatório contra os direitos humanos e contra os ideais de democracia e Cidadania.

BREVES NOÇÕES DE CIDADANIA E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO NA ORDEM INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA

Uma das grandes limitações do Direito enquanto ciência é tendenciar que seus pesquisadores permaneçam amarrados a conceitos estritamente jurídicos, deixando de lado, outras questões relevantes, tais como questões sociológicas, psicológicas, antropológicas, dentre outras. Isso ocorre toda a vez que se pretende conceituar o termo “Cidadania”, especialmente, no âmbito do Direito Constitucional cujo conceito se detém simplesmente sob a ótica jurídica. Para Vicente Barreto, o conceito de Cidadania deve ser entendido entre os

limites dos respectivos fundamentos político e jurídico, dimensionando, portanto, as consequências políticos-institucionais (BARRETO, 2013, p. 179).

Já na concepção de T. H. Marshall, a Cidadania moderna é um conjunto de direitos e obrigações que compreendem, atualmente, três grupos de direitos: os civis compostos dos direitos necessários liberdade individual; os políticos, consistentes no direito de participação no exercício de tal poder político, ou seja, defendem o direito de votar e ser votado e no direito de participação direta no governo; e, por fim, os direitos sociais que são oriundos da intervenção estatal, provocando diminuir as desigualdades econômicas e sociais (MARSHALL, pp. 63-64).

Historicamente, foi a partir da Revolução Industrial que alterou o sistema produtivo, tornando-se, portanto, necessário incorporar ao conjunto de cidadãos plenos os produtores e consumidores dos produtos industriais. Logo, houve uma mudança qualitativa na ordem jurídica mundial, e, assim, surgiu as mais diversas legislações sociais. Todavia, tanto a cultura cívica quanto o sistema político passaram moldar a realidade social dos cidadãos, ao mesmo passo que passaram a coibir a respectiva participação política e democrática no Estado.

Infelizmente, ocorre que os cidadãos recuaram frente às exigências de seus respectivos Governos, contrariando, portanto, os ensinamentos deixados por Marshall, tais como as obrigações inerentes ao exercício da Cidadania, as quais não podem ser ignoradas, sob pena de estarem sacrificando a liberdade individual de cada ser humano.

“Se se invoca a cidadania em defesa dos direitos, as obrigações correspondentes da cidadania não podem ser ignoradas. Estas não exigem que um indivíduo sacrifique sua liberdade individual ou se submeta, sem motivo, a qualquer exigência feita pelo Governo. Mas exigem que seus atos sejam inspirados por um senso real de responsabilidade para com o bem-estar da comunidade” (MARSHALL, p. 104).

Sob esta ótica podemos dizer que o conceito moderno de Cidadania está diretamente ligado ao estado democrático de direito, que exigiu e continua a exigir a criação de uma nova cultura cívica e de um novo regime político que venham a garantir a plena eficácia da ordem constitucional. No mais, garantir a consolidação do Estado Democrático de Direito nos permite concluir que a defesa dos direitos humanos representa um dos núcleos pétreos da vida em sociedade, os quais deverão ser protegidos a todo custo em nome da coletividade. Há quem entenda o princípio da igualdade como parte nuclear do amplo conceito de Cidadania, por se tratar de um mecanismo de inclusão social de caráter jurídico-político (NEVES, 2012, pp. 182). No entanto, este mesmo autor assume que o

conceito de Cidadania está em constante movimento ao passo que acompanha as inúmeras evoluções da sociedade, definindo ainda:

“(…) De outro ângulo, a cidadania é construída a partir da esfera pública pluralista, tanto como exigência decorrente da semântica social dos direitos humanos, que, em princípio, não está vinculada a qualquer subsistema da sociedade, quanto nas diversas formas de luta pela concretização dos direitos fundamentais. De fato, não se trata mais aqui de inclusão de pessoas e grupos nos sistemas funcionais, mas a “autonomia pública” pode ser conceituada como *inclusão* de pessoas e grupos nos diferentes discursos da esfera pública e, dessa maneira, nos procedimentos constitucionais; a autonomia privada, por sua vez, diz respeito às exigências por integração na sociedade em geral, que emergem da prática cotidiana do mundo da vida. A cidadania flui da esfera pública para os sistemas jurídico e político, e reflui destes para aquela. (...)”(2012, p. 185)

O maior legado deixado pela chamada “Era dos Direitos” foi a criação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o que propiciou a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional.

Restou evidenciado que a dignidade da pessoa humana se tornou um parâmetro para a ordem contemporânea, devendo restar evidenciado que a propagação dos direitos humanos pelo mundo é fruto de um processo de construção e reconstrução, marcado por diversas conquistas históricas no que diz respeito à luta pela dignidade da pessoa humana. Assim, nos ensina Norberto Bobbio:

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 5).

Ainda para o autor citado alhures, o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão presentes nas bases das Constituições Democráticas Modernas, considerando tais direitos como naturais, pois são frutos da evolução histórica e nasceram a partir da concepção individualista implantada no início da era moderna (BOBBIO, 2004, p. 1). Logo, é possível afirmar que houve uma inversão filosófica e histórica na concepção do Estado Moderno, pois a prioridade que, até então, pertencia à fiscalização e cobrança dos deveres dos súditos, voltou toda sua atenção para a garantia dos direitos dos cidadãos. Aliás, para uma melhor contextualização do assunto com o tema proposto pelo presente estudo, cumpre elucidar que essa inversão de perspectiva teve sua origem, especialmente, a partir das guerras

de religião, através das quais se afirmaram o direito de resistência à opressão e o direito de gozo de algumas liberdades fundamentais, dentre elas, a Liberdade Religiosa (BOBBIO, 2004, p. 4).

A internacionalização dos direitos humanos surgiu, a partir do pós-guerra, como forma de combate às atrocidades cometidas durante o período nazista. Para os historiadores e juristas contemporâneos, o Estado Alemão representado pela ideologia nazista foi o principal responsável pelas atrocidades cometidas na Alemanha. Logo, o nazismo foi considerado como uma barbárie do totalitarismo cometida dentro da legalidade, rompendo assim o paradigma dos direitos humanos. Com isso, se desenvolveu um importante sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, tendo sido o principal responsável pela propagação do constitucionalismo global, cujo objetivo primordial era proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, limitando inclusive o poder Estatal, pois se entendeu que toda a forma de poder político emana do povo (PIOVESAN, 2012, pp. 39-40).

Tendo se formado uma ideologia global, no sentido de proteger os direitos humanos, muitas Constituições do Ocidente passaram a elaborar seus respectivos textos constitucionais com elevada carga axiológica, cujo núcleo central é o valor da dignidade humana. Assim, o verdadeiro superprincípio da dignidade humana constitui o referencial ético do Constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global. Com isso, houve um fortalecimento da proteção dos direitos humanos, no qual o homem não poderá curvar-se ao Estado em todas as circunstâncias. Além do sistema normativo global, surgiram os sistemas regionais de proteção, cuja finalidade é internacionalizar os direitos humanos, os quais não poderão ser considerados como dicotômicos, mas complementares entre si.

Com isso, subentendemos que a dignidade da pessoa humana atua como valor intrínseco do ordenamento jurídico, de modo a exigir que se respeitem os direitos fundamentais (BOTELHO, 2013), especialmente quando eles venham a colidir entre si.

OS PRINCIPAIS DESAFIOS ENCONTRADOS PELOS DIREITOS HUMANOS

A partir do significativo aumento das disparidades econômicas sociais e a existência da pobreza extrema pelo mundo, podemos esboçar, no presente momento, um breve estudo sobre os principais desafios encontrados pelos Direitos Humanos no mundo, os quais implicarão na supressão de direitos e liberdades essenciais para se configurar a determinado sujeito uma vida digna. Nesse contexto, podemos dizer que o direito internacional está fadado à notória desigualdade social, à permissividade em se fazer guerras, à diplomacia secreta, à manutenção das colônias e à proteção as zonas de influência, surgindo a partir daí, políticas de combate às

desigualdades, como por exemplo, a abolição das capitulações, o estabelecimento da proteção das minorias pela Liga das Nações e as primeiras convenções internacionais do trabalho promovidas pela Organização Internacional do Trabalho (TRINDADE, 2006, p. 110).

Logo, foi reconhecida a real necessidade de reconstrução do direito internacional pautado na vasta propagação dos direitos humanos pelo mundo, especialmente, pela adoção da Declaração Universal de 1948 por diversos países. Com a emergência dos novos Estados, se concretizou o processo de descolonização, o que representou uma grande evolução do direito emergente de autodeterminação dos povos, desencadeando um processo de democratização do direito internacional.

O autor Antônio Augusto Cançado Trindade entende que o direito internacional tradicional, vigente no início do século XX, caracterizou-se pelo voluntarismo ilimitado do Estado, refletindo-se na possibilidade do recurso à guerra e na celebração de tratados desiguais (2006, p.110). Logo, se reconheceu a necessidade da reconstrução do direito internacional com atenção aos direitos do ser humano, reforçando-se, portanto, a idéia de que a razão da humanidade deve prevalecer sobre as razões do Estado que se subentende ter sido concebido para a realização do bem comum, estando impedido de invocar sua soberania para tentar justificar violações de direitos à vida e do direito à integridade da pessoa humana.

Paralelamente a este processo de democratização, passou-se a criminalizar as violações graves dos direitos da pessoa humana, bem como consagrar o princípio da jurisdição universal, dispensando especial atenção às condições de vida da população, especialmente àqueles grupos vulneráveis necessitados de especial de proteção, reconhecendo a necessidade de situar os seres humanos de modo definitivo no centro de todo o processo de desenvolvimento, uma vez que o ser humano é o destinatário final das normas jurídicas.

Apesar dos avanços, resta um longo caminho a percorrer, pois ainda falta muito para que a linguagem dos direitos humanos alcance as bases das sociedades nacionais, sendo necessário estabelecer uma clara compreensão do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, vinculando todos os poderes e agentes do Estado. Logo, será preciso adotar medidas tais como a aplicabilidade direta das normas internacionais no plano do direito interno; garantir o acesso direto dos indivíduos à justiça nos planos nacional e internacional; assegurar o fiel cumprimento das sentenças dos tribunais internacionais de direitos humanos no âmbito do direito interno dos Estados Partes; estender a proteção convencional aos direitos econômicos; assegurar melhor coordenação entre os múltiplos mecanismos e procedimentos internacionais de direitos humanos (TRINDADE, 2010, p. 112-113).

Levando-se em consideração esta breve contextualização sobre a necessidade de uma constante reconstrução em nosso ordenamento jurídico constitucional, passaremos a pontuar alguns dos desafios encontrados pelos direitos humanos, a partir da análise elaborada pela professora Flávia Piovesan (2012, pp. 37-68).

O ELEMENTO CULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS

Convencidos de que os direitos humanos se tratam nada mais do que uma construção histórica, sob o ponto de vista político jurídico, nada mais lógico do que se questionar se de fato os direitos humanos decorrem ou não um elemento cultural. Para isso, duas correntes doutrinárias serão analisadas logo abaixo: a corrente universalista e a corrente relativista.

Analisadas as mais diversas conquistas históricas do homem em relação a seus direitos fundamentais, sobretudo, a liberdade, tem-se que para a doutrina universalista os direitos humanos decorrem da dignidade da pessoa humana, ao passo que tais seguidores defendem a idéia do mínimo ético redutível, ou seja, a eleição de direitos mínimos que um ser humano deveria possuir para garantir uma vida digna. Já para a corrente relativista, a noção de direitos inerentes à pessoa humana está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade, relativizando assim os direitos em relação à cultura local ou regional.

Todavia, entre ambas correntes a discussão consiste no fato de que os relativistas acusam os universalistas de cometerem um “canibalismo cultural”, enquanto os universalistas acusam os relativistas de acobertarem graves violações aos direitos humanos, sob o pretexto da diversidade cultural ou até mesmo em relação a determinada doutrina religiosa (PIOVESAN, 2012, p. 47). Em que pese tais divergências, o fato é que se acredita que a abertura do diálogo entre as mais diversas culturas, com base no respeito às diferenças e diversidades, seria a melhor forma de se garantir o equilíbrio entre os povos, de modo a reconhecer que toda manifestação cultural é plena de dignidade e dela se originam os mais diversos tipos de direitos inerentes ao homem.

O FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO

Outra discussão se dá na esfera da laicidade estatal e dos fundamentalismos religiosos, uma vez que há muito se considera que o Estado laico é a garantia fundamental para o exercício dos direitos humanos. Mas, como bem se sabe, muitos confundem Estado com religião, o que acaba por originar certos dogmas incontestáveis, impondo uma moral única e que inviabiliza qualquer proposta de abertura social. Assim, define a autora Flávia Piovesan:

“Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito de pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico”(2012, p. 50).

De certo, não cabe ao Estado laico promover os valores de determinada religião, pois restou bem evidenciado pela Revolução Francesa que o poder político do Estado deve ser autônomo e independente do poder religioso. Todavia, grupos e movimentos religiosos continuam a se espalhar pelo mundo, culminando em diversos embates ideológicos.

Exemplo da confusão entre os ideais estatais e religião é o que ocorre com a religião islâmica, cuja principal crença está atrelada a total submissão dos indivíduos a *Allah*, de modo a vincular a liberdade humana à vontade divina, destacando ainda, a existência de uma divisão doutrinária interna, quais sejam os grupos sunitas e xiitas, os quais serão abordados no item 4 do presente estudo. Para o professor e autor Marcos Cesar Botelho o problema está na harmonização entre a liberdade de expressão religiosa e as demais liberdades inerentes ao ser humano. E assim defende sua convicção quando escreveu sobre o conflito existente entre Liberdade Religiosa e a liberdade de opção sexual:

“A liberdade de crença e de religião, com todos os seus aspectos e características e a liberdade de opção sexual são dois direitos fundamentais que têm sido postos em colisão, com consequências preocupantes no que se refere a convivência de grupos distintos no espaço público pluralista” (BOTELHO, 2013, pp. 283-301).

É salutar para a manutenção do Estado Democrático de Direito e para a defesa dos Direitos Humanos pelo mundo, que seja entendida a distinção entre a manifestação de fé e fundamentalismo religioso. *Slavoj Zizek* nos ensina que tais diferenças podem ser entendidas a partir da compreensão da liberdade de escolha dos próprios cidadãos, ao passo que aquele sujeito que se diz fiel à determinada religião por escolha livre e pessoal passa a ser tolerado pelos demais cidadãos que não compactuam com sua ideologia religiosa. Contudo, é tido como fundamentalista o sujeito que apresenta publicamente seus ideais religiosos, com intuito de defender sua fé perante a sociedade, podendo ser entendido como forma de autoafirmação.

“Por esta razão, em nossas democracias liberais seculares, as pessoas que mantêm uma fidelidade religiosa substancial estão em posições subordinadas: sua fé é “tolerada” por ser sua própria escolha pessoal, mas no momento em que apresentam publicamente como o que a fé é para elas – uma questão de pertencimento substancial – são acusadas de

“fundamentalismo (2010, p.15)”.

Para que uma religião ou doutrina religiosa seja difundida na sociedade, de modo geral, deverá ela se apresentar de forma atrativa e como sendo um meio de se alcançar o equilíbrio e a paz social. Não deve se apresentar de maneira impositiva e opressora. Logo, ser tolerante para com os outros significa, na verdade que não se deve chegar muito próximo a ele ou a ela, não adentrando em seu espaço (ZIZEK, 2010, p. 17).

Nesse ínterim, as diferenças deverão ser respeitadas entre os mais diversos estilos de vida, de religião, de crenças, sem, contudo, se esquecer de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o primeiro direito que deverá ser respeitado, uma vez que os ideais defendidos pelos direitos humanos estão se consolidando por todo mundo, especialmente por serem vistos como uma construção histórica e por entenderem se tratar de direitos naturais do ser humano.

E, novamente, citando Zizek, podemos definir que todas as vezes em que somos reduzidos a seres humanos “em geral”, passamos a ser portadores dos “direitos humanos universais”, os quais nos pertencem independentemente de profissão, sexo, Cidadania, religião, identidade étnica, etc. (2010, p. 24).

97

A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Dentre os principais agentes que desprestigiam os direitos humanos, destacamos ainda a existência daqueles que estão diretamente relacionados com a globalização neoliberal, tais como a pobreza, o subdesenvolvimento; a degradação do meio ambiente, as crises econômicas, o comércio injusto, desequilibrado e desleal entre ricos e pobres. Assim, o desenvolvimento humano está, ou, pelo menos deveria estar diretamente ligado à qualidade vida e bem estar dos povos e indivíduos de determinada sociedade, valorizando sempre sua dignidade e identidade.

Logo, a rivalidade sistêmica entre a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, em relação aos dilemas da globalização econômica. Num cenário delineado pela crise financeira internacional, é possível concluir que a globalização econômica tem agravado ainda mais as desigualdades sociais, potencializando as marcas de pobreza absoluta e de exclusão social – o que para a professora Flávia Piovesan representa uma ameaça à estabilidade do mundo globalizado (2012, p. 56). Nesta mesma seara, afirma e aludida a autora:

“Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e

políticos, uma vez que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos” (PIOVESAN, 2012, p. 60).

Aqui o termo “pobreza” pode ser entendido como sendo a antítese do desenvolvimento social, pois representa uma brutal e violenta negação dos todos os direitos humanos, de modo a limitar as liberdades públicas dos mais pobres, privando-os dos bens necessários para que se tenha uma vida digna. A pobreza, por sua vez, também possui um caráter multidimensional e complexo consistente em: a) elementos materiais, tais como a escassez de recursos econômicos, desemprego e subemprego, moradia precária e insalubre, fome, subnutrição, pensão alimentícia, falta de água potável, higiene pessoal, saúde; b) elementos imateriais, nos quais se destacam o analfabetismo, o acesso restrito à centros educacionais e outros serviços públicos, a exclusão e marginalização social, a falta de perspectivas e a esperança de melhorias, violência e desespero (SANCHEZ, 2009, p. 103).

Desta forma, a pobreza implica numa importante limitação dos direitos de participação política, a partir do momento em que se reduz a expressão das necessidades e interesses na vida pública. Logo, se questiona o real significado de liberdade, especialmente para quem não tem o suficiente para comer e inclusive para aquele que chegar a morrer de fome. No entanto, cumpre-nos dizer que os direitos humanos não tem sentido para aqueles homens que vegetam na fome, na doença e na ignorância.

A Conferência Mundial sobre Desenvolvimento Social, celebrada em Copenhague em 1995, quando se aprovou a Declaração sobre o Desenvolvimento Social, tinha por objetivo primordial “a erradicação da pobreza, enquanto imperativo ético, social, político e econômico da humanidade” (SANCHEZ, 2009, p. 104). Todavia, tem-se que a pobreza corresponde à falta de participação social, seja pelos agrupamentos de pessoas ou pelos próprios cidadãos, que, individualmente, tornam-se vulneráveis à tomada de decisões da vida civil, social e cultural. Logo, a pobreza não pode ser considerada como somente a falta de renda econômica, mas também como a falta de desenvolvimento das capacidades ou faculdades pessoais, em razão da privação ou escassez dos meios e recursos básicos inerentes ao pleno desenvolvimento pessoal.

Levando-se em consideração o fato de o ser humano não conseguir viver isoladamente dos demais seres humanos, surge a necessidade de se viver numa rede de interações e por esta razão devem conhecer o funcionamento das possibilidades e os limites dos ecossistemas, com o fim de assegurar sua sobrevivência, bem estar e qualidade de vida. O ecossistema do planeta se encontra ameaçado pelo crescimento desmedido e irresponsável das atividades humanas,

que invadem todos os ecossistemas naturais. Assim, uma exploração demasiada dos recursos naturais causa a extinção de numerosas espécies animais e vegetais e grave deterioração de meios essenciais para a própria vida humana como a terra, o ar e água. Infelizmente, as decisões de nossos líderes estão sendo frequentemente guiadas por interesses particulares, os quais possuem a falsa impressão de que podem usufruir ilimitadamente da natureza e seus recursos. Tem em vista o caráter finito dos recursos naturais, é mais do que necessário modificar a consciência de nossos dirigentes, pois estão em jogo não somente o nosso bem estar e qualidade de vida, inclusive nossa própria sobrevivência enquanto espécie que convive em harmonia (ou pelo menos deveria) com as demais.

Outro fator que merece destaque dentro deste tópico “globalização e direito ao desenvolvimento”, diz respeito às proporções alarmantes que adquiriu o desflorestamento, durante os séculos XIX e XX. Para isso ter acontecido, o ser humano se esqueceu de ponderar que os bosques e florestas, além de proteger o solo, estabilizam o clima e proporcionam albergues idôneos para a grande diversidade da flora e da fauna de nosso planeta. Tanto os pântanos como as restingas representam um rico habitat para muitas espécies de flora e fauna também estão em vias de desaparecimento em numerosos lugares do mundo. Sendo assim, destacamos que além da erosão e da desertificação dos solos estarem avançando inexoravelmente, é notório que a constante emissão de gases poluentes na atmosfera (especialmente CO₂ e CFC) tem sido os principais responsáveis pelo efeito estufa e o tão marcante aquecimento global. Diante disso, nos é permitido relacionar crescimento econômico às crescentes desigualdades econômicas e sociais, tendo favorecido somente a poucos, em detrimento à maioria da população mundial.

Em relação à globalização neoliberal, pode-se dizer que a globalização ou mundialização é predominantemente comercial e financeira, mas sem se esquecer de seu principal componente, o militar. Naquilo que se refere à globalização podemos dizer que ela suporta e admite novas formas de dominação, como por exemplo, o comércio injusto e desequilibrado que continua a ser avalizado pela OMC (SANCHÉZ, 2009, pp. 117-118). Isso somente reforça a idéia de que a sociedade contemporânea está marcada pelas diversas formas de especulação financeira, bem como pelas constantes crises internacionais na economia, as quais costumam culpar à excessiva utilização do capital de giro pelo fracasso financeiro das empresas.

A autora Flávia Piovesan nos ensina que a contraposição do direito ao desenvolvimento em relação à realidade dos fatos está representada pelas denominadas assimetrias globais, as quais podem ser compreendidas como “déficit da cidadania global”

(2012, p. 52-53). Para uma melhor compreensão do tema, deve ser ressaltada a tridimensionalidade do direito ao desenvolvimento, qual seja a importância da participação popular na adoção de políticas públicas; a proteção às necessidades básicas de justiça social; e, por fim, a necessidade de se adotar programas e políticas nacionais que estejam justificados pela cooperação internacional. A partir dessas afirmações, é possível concluir que a justiça social é o ponto central da concepção do direito ao desenvolvimento, tendo se inspirado no valor da solidariedade, de modo a propiciar a todos o acesso aos recursos básicos, tais como educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda. Isso porque, a democracia exige participação política, diálogo e interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis.

AS ORIGENS DO ESTADO ISLÂMICO E SUAS POLÊMICAS

A idéia de se abordar tais questões ligadas a Liberdade Religiosa e o respeito aos direitos humanos, surgiu a partir das manifestações de intolerância do Estado Islâmico (EI), ao se publicar, na imprensa mundial, sobretudo na *internet*, imagens de execuções de pessoas que manifestaram contrárias às ideologias e anseios desse grupo radical islâmico. Mas para que alguma opinião crítica fosse traçada à respeito, foi preciso a recorrer às fontes jornalísticas para se entender melhor qual a origem, quais os objetivos e quais os fundamentos ou fundamentalismos religiosos por trás desta organização.

Dentre as diversas denominações adotadas pelo Estado Islâmico, este grupo até pouco tempo era conhecido como Estado Islâmico do Iraque e Levante (EIIL), pois se tratava de um grupo *jihadista* radical originado a partir de um braço iraquiano da Al-Qaeda, os quais lançaram ofensiva no norte do Iraque, dominando cidades e províncias, passando inclusive a recrutar milhares de combatentes. No entanto, para se compreender melhor a ideologia do EI, devemos compreender que o termo *jihadista* qualifica os membros do grupo, pois estes são considerados promotores da *Jihad* – aqui entendida como “guerra santa”, movimento religioso que passou a designar uma luta armada pela imposição de um estado islâmico ou para combater os inimigos do islã.

Toda a problemática envolvendo o Islamismo e os diversos conflitos na região do Iraque provêm da rivalidade histórica entre as duas vertentes doutrinárias desta religião, os sunitas e os xiitas. Os sunitas representam a corrente majoritária do Islamismo e são considerados como mais moderados na interpretação das escrituras sagradas, além de possuírem uma ideológica mais política e conciliadora. Já os xiitas apresentam uma postura mais radical, na qual pregam que havendo uma maior rigidez na interpretação da Lei Islâmica,

levaria ao retorno do ultimo descendente de Maomé para governar a humanidade.

Ao contrário da postura que tem adotado recentemente, o Estado Islâmico se diz sunita, fato este totalmente incompreensível frente às inúmeras barbáries cometidas em nome da propagação de um fundamentalismo religioso doentio, o qual é utilizado como pretexto para se criar um estado sunita em um território situado na fronteira do Iraque com a Síria, governado com base na lei islâmica.

Ao proclamar um califado nas áreas que foram invadidas e conquistadas, o Estado Islâmico exigiu que todos os mulçumanos jurassem fidelidade ao seu líder Abu Bakr al-Bagdadi, que fora eleito califa, com intuito de suceder o profeta Maomé como chefe da nação e líder da comunidade muçulmana. Logo, deve ser elucidado que o EI é adepto da doutrina que propaga o pensamento “guerra total e sem limites ou restrições”, e, diferentemente da AL-Qaeda, os crimes bárbaros cometidos por seus seguidores não são justificados pela teologia – o que os tornam terroristas perante toda a sociedade mundial.

Para prosseguir em nossas considerações devemos esclarecer que o Islamismo por sua essência reconhece como Estado Islâmico original, o primeiro califado, como o movimento iniciado pela ação de Maomé e seus companheiros, o qual idealizava e pregava a construção de uma sociedade perfeita que seria governada por um mandato divino, ou seja, a mais pura expressão política da vontade de Deus (NAPOLEONI, 2015, p. 12). Já o nome escolhido pelo grupo liderado por Abu Bakr al-Bagdadi, mesmo não possuindo legitimidade para se auto afirmar como Estado Islâmico, assim o fez, com o único objetivo: a criação de um Estado nacional que representará o estabelecimento da sociedade islâmica ideal. Cumpre salientar que a imprensa mundial insiste em relutar a não usar tal denominação, justamente, para não se criar a falsa impressão de que este grupo terrorista derivado da Al-Qaeda não seja reconhecido como um Estado legitimado em função de uma brutal guerra de conquista, de modo a contar com a aprovação dos próprios conquistados.

Atualmente podemos afirmar e assim os especialistas tem confirmado que, desde a Primeira Guerra Mundial, uma organização armada está redesenhando o mapa do Oriente Médio, assim como fizeram anteriormente os franceses e britânicos. O EI ao conquistar novos territórios no Iraque, está apagando as linhas de fronteira que foram determinadas a partir do acordo firmado em *Sykes-Picot*, em 1916 (Op. cit. p. 15).

RELIGIÃO, LIBERDADE E TERRORISMO

Após a realização das considerações até aqui apresentadas, nos será possível discutir qual a relação existente, sob a ótica da liberdade de crença e religião no Estado Democrático

de Direito enquanto direito fundamental, de modo a solidificar o entendimento que os fundamentos defendidos pelo Estado Islâmico consistem numa distorção do princípio da Liberdade Religiosa.

Vejamos que a partir da imposição da força, o Estado Islâmico proíbem as pessoas de fumar; de usar câmeras; as mulheres não tem permissão para viajar sem a companhia de um parente do sexo masculino, sem contar que são obrigadas a cobrir o corpo inteiro com vestes apropriadas e jamais poderão usar calças compridas. Para o cumprimento de tais exigências o Estado Islâmico tem se empenhado uma espécie de expurgo religioso, buscando um proselitismo agressivo, obrigando a todos os moradores dos territórios conquistados a adotarem seu credo salafista radical, sob pena de morte por execução, as quais têm sido intensivamente publicadas nos meios de comunicação de modo a implantar a política do medo e da repressão (NAPOLEONI, 2015, p. 16).

O Ministro Gilmar Mendes, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, defende a idéia de que:

“O reconhecimento da liberdade religiosa decerto que contribui para prevenir tensões sociais, na medida em que, por ela, o pluralismo se instala e se neutralizam rancores e desavenças decorrentes do veto oficial a crenças quaisquer. O reconhecimento da liberdade religiosa também tem por si o argumento de que tantas vezes a formação moral contribui para moldar o bom cidadão (2014, p. 319)”.

102

No entanto, não se pode cair no erro de interpretar as religiões como simples movimentos doutrinários, elas deverão incutir em seus fiéis e na sociedade em que está inserida a idéia de respeito ao direito às manifestações públicas de condutas e opiniões com fundamentos em seus respectivos preceitos, pois como se muito ouve por aí “a fê sem obras é uma fê morta”. Logo, devemos entender que a liberdade de crença, de adesão a alguma religião e de exercício do culto respectivo integram o conteúdo da Liberdade Religiosa (MENDES, 2014, p. 318).

Para se evitar equívocos ao se interpretar os limites da Liberdade Religiosa, devemos firmar o entendimento de que se trata de um direito humano fundamental, sendo reflexo da liberdade pública, cujos ideais são de origem transcendental, implicando, inclusive, na livre manifestação de pensamento, de liberdade de crença, de liberdade de opinião, de expressão, de reunião, dentre outras liberdades. Aqui, se traduz, portanto, a existência de um conflito aparente entre a Liberdade Religiosa e a liberdade de expressão, pois havendo duas ou mais doutrinas com visões antagônicas, é potencialmente possível se gerar uma tensão entre seus seguidores, de modo a culminar na injusta hostilização de alguns de seus fiéis, sob o pretexto

da intolerância, que nada mais é que a ausência de aptidão para a convivência de crenças e opiniões diversas (SAMPAIO Jr, pp. 2-3).

A autora Flávia Piovesan, trouxe em sua obra aqui referenciada anteriormente (2012, pp. 64-65), algumas questões humanitárias que dizem respeito ao combate ao terrorismo, bem como à preservação de direitos e liberdades, especialmente, após o trágico atentado terrorista às Torres Gêmeas nos EUA, no dia 11 de setembro de 2001. Tomado pelo desejo de vingança e de se provar a doentia hegemonia do exército norte americano, o até então presidente George W. Bush decretou aquilo que ficou conhecido como “Guerra contra o Terror”, comprometendo o aparato civilizatório de direitos, liberdades e garantias, sob o clamor de segurança máxima. Sobre este caso, cumpre salientar que a ideologia adotada pelos Estados Unidos da América se resumia ao unilateralismo; aos ataques de caráter preventivos, e à hegemonia do poderio militar norte-americano.

Logo, não se demorou muito para se perceber que para se combater efetivamente o terrorismo, não é preciso se defender criando novas guerras, mais sim promover e propiciar uma maior proteção aos direitos humanos, pois historicamente já se comprovou que a internacionalização dos Direitos Humanos contribuiu maciçamente para o fortalecimento do Estado de Direito, fato este que gerou reflexos positivos para o alcance da paz nas esferas global, regional e local.

Partindo-se da premissa que toda e qualquer religião é fonte de paz e equilíbrio entre as pessoas e o Criador, é notório que a Liberdade Religiosa deve ser observada como elemento fundamental para a consolidação da democracia, ao passo que ele se manifesta pelo exercício individual público ou privado e, também, pela expressão coletiva das crenças religiosas e teológicas. Aliás, é fundamental inclusive que exista diálogo entre a religião e o pensamento secular, pois a primeira deve ser vista como fonte das bases morais para os discursos públicos, as quais possuem, ainda hoje, uma força inegável nas sociedades contemporâneas (BOTELHO, 2013). Logo, a liberdade de manifestação de pensamento religioso é instrumento eficaz da consolidação da democracia.

Desta forma, nos parece ser permitido que toda a liberdade de crença possa ser expressada publicamente, desde que respeite o espaço de todos os cidadãos que não coadunem com tais convicções doutrinárias e religiosas. A partir dessa reflexão, chegaremos ao cerne deste estudo: o Estado Islâmico, ao publicar diversas execuções nos meios de comunicação de massa, com o intuito de coagir a adoção de seus preceitos religiosos, está agindo dentro dos limites do princípio da Liberdade Religiosa?

O ESTADO ISLÂMICO ENQUANTO DISTORÇÃO DA CONCEPÇÃO DE LIBERDADE RELIGIOSA

Ensina-nos J. J. Gomes Canotilho que: “A liberdade religiosa contempla a ideia de tolerância religiosa e proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial”. (CANOTILHO, p.381)

Vejamos que a partir da imposição da força, muitos grupos religiosos radicais têm obrigado inúmeras pessoas a não praticarem comportamentos que, segundo seus dogmas de fé, constituem um sacrilégio imperdoável.

Para que suas exigências doutrinárias sejam rigorosamente cumpridas, determinados grupos radicais têm adotado técnicas de tortura e aniquilamento, de modo a configurar uma espécie de expurgo religioso, buscando um proselitismo agressivo, obrigando a todos os moradores de seus respectivos territórios a adotarem seu credo por imposição de uma política de medo e repressão.

Gilmar Mendes, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, defende a idéia de que:

“O reconhecimento da liberdade religiosa decerto que contribui para prevenir tensões sociais, na medida em que, por ela, o pluralismo se instala e se neutralizam rancores e desavenças decorrentes do veto oficial a crenças quaisquer. O reconhecimento da liberdade religiosa também tem por si o argumento de que tantas vezes a formação moral contribui para moldar o bom cidadão (2014, p. 319)”.

104

Não se pode cair no erro de interpretar as religiões como simples movimentos doutrinários, elas deverão incutir em seus fiéis e na sociedade em que estão inseridas, a idéia de respeito ao direito às manifestações públicas de condutas e opiniões com fundamentos em seus respectivos preceitos, pois “a fé sem obras é uma fé morta”. Considerando que juntamente com direito à igualdade, outro direito surge com grande notoriedade e força, qual seja o direito à diferença, assegurando a todos os cidadãos um tratamento igualitário e digno.

“O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e a da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidade concretas” (PIOVESAN, 2012, p. 63).

Mesmo sendo esses os parâmetros defendidos incansavelmente pelos Direitos

Humanos, o Estado Islâmico para não se importar com a repercussão negativa de seus atos, e, talvez, não tenha despertado para o sentimento de revolta e repulsa gerado na sociedade global, desrespeitando todos os limites da tolerância religiosa.

Muito pelo contrário, os líderes do Estado Islâmico parecem se orgulhar de suas atrocidades, em nome de uma falsa ideologia religiosa, desvirtuando as bases fundamentais do Islamismo qual seja o bem estar das pessoas, deixando inclusive de lado os ensinamentos das duas vertentes islâmicas, inclusive de sua própria vertente sunita.

Por outro lado, há quem considere que o Estado Islâmico vem disseminado uma forte mensagem política positiva para o mundo islâmico, qual seja o retorno do Califado, passando por isso a ser denominado como a “Fênix Islamista”. No entanto, o Estado Islâmico tem se apresentado como uma forte ameaça para a legitimidade de todos os cinquenta e sete países cujos cidadãos, em sua maioria, seguem a fé islâmica (Op. cit. p. 17).

Muito se discute a respeito sobre a Liberdade Religiosa e a liberdade expressão, liberdades estas que poderiam legitimar as ações do EI. Para isso, se faz necessário compreender, ainda que, sucintamente, o sentido da Liberdade Religiosa que foi gerada a partir das inúmeras guerras de religião que foi, por sua vez, a responsável por inúmeras mortes e perseguições, durante o Absolutismo. Flávia Piovesan entende que:

“... a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da lutados parlamentos contra os soberanos absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos” (2004, p. 5).

Nas palavras da escritora e presidente do grupo de financiamento de ações antiterroristas do Clube de Madri, Loretta Napoleoni, a sociedade global deve se preocupar e estar preparada para eventuais ataques terroristas não somente no Oriente Médio, mas em todo mundo:

“Por baixo do verniz religioso e das estratégias terroristas, jaz, porém, uma máquina político-militar totalmente empenhada na criação de um Estado nacional e, mais surpreendente ainda, na busca da aprovação consensual e colaboração das populações remanescentes na esteira de suas conquistas

territoriais” (2015, p. 18).

E para o espanto de muitos, os moradores dos enclaves controlados pelo “Califado”, afirmam que com a entrada dos combatentes do EI, houve diversas melhorias na administração e no funcionamento diário dos povoados por eles dominados. Outros atos dos guerrilheiros do Estado Islâmico, tais como conserto de buracos nas estradas, fornecimento de energia elétrica durante 24 horas, criação de cozinhas humanitárias, tem contentado muito as populações dos territórios dominados, aumentando assim a empatia por este novo regime de governo, isso porque o EI está ciente de que não é possível criar Estados somente com atos terroristas e violência, necessitando, portanto, da aprovação popular.

Ora, muitos são os exemplos de grupos armados que tentaram dominar outros povos e nações por meio da imposição da força militar. Contudo, os direitos humanos se fortaleceram e criaram no mundo uma consciência de respeito e de tolerância em relação às diferenças culturais, étnicas, raciais, econômicas e religiosas, razão pela qual os países membros da Organização das Nações Unidas tem se posicionado e estão se preparando militarmente para eventual ofensiva ao Estado Islâmico, de modo a coibir a perpetuação de tais atrocidades, e, principalmente, para evitar que mais pessoas se convertam a este tipo de ideologia terrorista.

106

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo, portanto, da concepção de T. H. Marshall sobre Cidadania, a qual se traduz na defesa três grupos de direitos: os civis, os políticos e os sociais, ao analisarmos a ideologia defendida e propagada pelo Estado Islâmico, compreendemos que as ofensas à Cidadania são maiores que os benefícios à população dominada e refém do Estado Islâmico, isso porque existe uma clara violação às liberdades individuais; impossibilidade de participação no exercício do poder político exercido por esta facção terrorista; bem como uma notória intervenção estatal que é prejudicial à qualidade de vida de uma população atormentada pelo medo, pela insegurança e pela incerteza de sobrevivência.

A partir de uma análise histórica da evolução dos direitos humanos pelo mundo, foi possível entender que a única forma de se combater o terrorismo é a união dos povos contra as atrocidades do Estado Islâmico, não somente pelos sentimentos patriotas, mas pelo sentimento de angústia frente à tortura e ao injusto extermínio de pessoas inocentes.

Logo, para se garantir a consolidação do Estado Democrático de Direito é preciso reconhecer a dignidade da pessoa humana atua como valor intrínseco do ordenamento jurídico, de modo a respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos de um mundo

globalizado.

Quanto à laicidade estatal e o surgimento de fundamentalismos religiosos, podemos afirmar que o Estado laico é a garantia fundamental para o exercício dos direitos humano e que não cabe a ele promover os valores de determinada religião, por ser autônomo e independente do poder político.

Nesta esteira, acreditamos que o Estado laico é a garantia fundamental para o exercício dos Direitos Humanos e que não lhe cabe promover os valores de determinada religião. Após análise sobre os reflexos do princípio da tolerância às divergências culturais, doutrinárias, éticas e religiosas, enquanto meio para uma convivência harmônica e pacífica entre os povos, podemos afirmar que existem diversos grupos radicais que, sem dúvida alguma, já ultrapassaram todos os limites da tolerância, desrespeitando o direito à diferença, e, conseqüentemente, o direito à igualdade.

Já ao buscarmos os fundamentos da religião islâmica, verificamos que sua crença está atrelada a total submissão dos indivíduos a *Allah*, de modo a vincular a liberdade humana à vontade divina, para formarmos a convicção de que o Estado Islâmico não representa o islamismo, especialmente por se tratar de fundamentalismo religioso e não de uma manifestação pacífica e legítima da fé islâmica.

Nesse sentido, foi analisado o princípio da tolerância das divergências culturais, doutrinárias e religiosas, visando uma convivência harmônica e pacífica, mas o Estado Islâmico, sem dúvida alguma, já ultrapassou os limites da tolerância, incentivando assim a disseminação do discurso do ódio na sociedade global.

Por liberdade religiosa entendemos que ela se desenvolve no foro íntimo de cada ser humano, podendo assumir uma forma diversa de sua concepção pessoal, quando manifestada publicamente.

Dessa forma, certos comportamentos apresentados por grupos extremistas, dentre eles o Estado Islâmico, deverão ser repudiados, a partir do momento que pretendem impor sua crença forçosamente, sendo, portanto, legítimas eventuais limitações de divulgação de imagens ou de textos veiculados na imprensa mundial, pois a maioria da população mundial não compartilha de seu credo.

No entanto, se constatou que, desde a Primeira Guerra Mundial, o Estado Islâmico foi a única organização armada capaz de redesenhar politicamente o mapa do Oriente Médio, principalmente desde que conquistaram novos territórios no Iraque, apagando as linhas de fronteira que foram determinadas a partir do acordo firmado em *Sykes-Picot*.

O que muito se criticou no presente artigo e constantemente é criticado pela mídia, é

forma pela qual o Estado Islâmico tem imposto seus ideais, tendo se empenhado numa espécie de expurgo religioso implantando uma política do medo e da repressão.

Reforçando nosso posicionamento, o presente estudo procurou demonstrar que o Estado Islâmico além de não possuir legitimidade para agir em nome do Islamismo, não age dentro dos limites da Liberdade Religiosa, tratando-se de uma organização terrorista que insiste em cometer crimes contra toda a humanidade, afrontando os direitos humanos, bem como ideais de democracia e Cidadania.

REFERÊNCIAS

BOTELHO, Marcos César. **Liberdade Religiosa, Homossexualismo e Discurso do ódio**. Revista Argumenta, Ano 2013. Jacarezinho: UENP. pp. 283-301.

BOBBIO, Norberto, **1909 - A EradosDireitos**/ Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 20ª tiragem.

_____. **Igualdade e Liberdade**/ Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. pp. 48/96.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo** / Norberto Bobbio; tradução de Marco Aurélio Nogueira. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **O problema da guerra e as vias da paz** / Norberto Bobbio; tradução Álvaro Lorenzini. – São Paulo: Editora UNESP, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição, Comibra: Almedina, p.381.

G1 – PORTAL GLOBO DE NOTÍCIAS. Entenda as razões que levaram a um novo conflito no Iraque. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/08/entenda-razoes-que-levaram-um-novo-conflito-no-iraque.html>>. Acesso em 21.02.2015.

_____. Conheça o Estado Islâmico, grupo radical com milhares de combatentes. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/06/conheca-o-eiil-grupo-jihadista-radical-com-milhares-de-combatentes.html>>. Acesso em 21.02.2015.

_____. Por que o Estado Islâmico utiliza técnicas tão brutais? Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/09/por-que-o-estado-islamico-utiliza-tecnicas-tao-brutais.html>>. Acesso em 22.02.2015.

HISTÓRIA DO MUNDO. Estado Islâmico – Grupo terrorista. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/estado-islamico-grupo-terrorista.htm>>. Acesso em 27.02.2015.

LAFER, Celso - 1941. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**/ Celso Lafer. – São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARSHALL, T. H.. **Cidadania, Classe Social e Status** – T.H. Marshall, tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Editores Zahan, pp. 57/114.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 316-320.

NAPOLEONI, Loretta. **A fênix islâmica: o Estado Islâmico e a reconfiguração do Oriente Médio** / Loretta Napoleoni; tradução Milton Chaves de Almeida. – 1.ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil** – Col. Justiça e Direito. 3.ed. - Editora WMF - Martins Fontes, 2012, pp. 175/185.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** / Flávia Piovesan. – 14 ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 181/313.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional – Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** – 3. ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: SARAIVA, 2012. pp. 37/68.

SAMPAIO Jr., Belcorígenes de Souza. **Liberdade religiosa versus liberdade de expressão – Um conflito meramente aparente.** Disponível em: <http://www.liberdadereligiosa.org.br/web/Noticia_PopUp.asp?ID=185>. Acesso em 27.02.2015.

SÁNCHEZ, Nicolás Angulo Sánchez. **Derechos humanos y desarrollo AL Alba Del Siglo XXI.** 1ª ed. Madrid: CIDEAL, 2009. pp. 103-126.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Ahumanização do Direito Internacional** – Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pp. 109/128.

WEBER, Thadeu. **Ética, direitos fundamentais e obediência à Constituição. Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações/** org. Ingo Wolfgang Sarlet; Frank I. Michelman... [et al] – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. 270p.

ZIZEK, Slavoj. **Contra os Direitos Humanos** – Revista de Ciências Sociais/ Mediações. v.15, n.1 – Londrina: UEL, Jan/Jun.2010.

O CIBERESPAÇO E O DIAGRAMA PANÓPTICO: VIGILÂNCIA E PUNIÇÃO EM TEMPOS DE WEB 2.0

Alexis Andreus GAMA⁶¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo traçar uma comparação entre o ciberespaço - ambiente virtual produzido e sustentado pela rede mundial de computadores (*Internet*) - e o modelo panóptico, utilizando-se primordialmente da concepção de panóptico enquanto aparelho do poder disciplinar, conforme apresentado por Michel Foucault a partir do projeto de Jeremy Bentham. Aborda-se também conceitos recentes desenvolvidos por filósofos e criminólogos contemporâneos, como o polioptismo e o sinoptismo de Thomas Mathiesen, este último fenômeno também perquirido por Zygmunt Bauman. Para tanto, analisa-se os comportamentos e práticas controladoras e punitivas desenvolvidas no meio virtual, relacionando as atitudes dos internautas aos princípios disciplinares de vigilância, exame e punição.

PALAVRAS-CHAVE: Michel Foucault. Internet. Panóptico. Vigilância. Punição.

110

ABSTRACT

The present essay aims to draw a comparison between the cyberspace - virtual environment produced and supported by the world wide web (*Internet*) - and the panoptical model, primarily utilizing the panoptical conception of an apparatus of the disciplinary power, as presented by Michel Foucault from Jeremy Bentham's project. It is as well discussed about some recent concepts developed by contemporary philosophers and criminologists like Thomas Mathiesen's polyoptism and synoptism, the latter also asserted by Zygmunt Bauman. For such purposes, it is analyzed the controlling and punishing behaviours and manners expressed on the virtual world, relating the internet user's actions to the disciplinary principles of surveillance, examination and punishment.

KEY-WORDS: Michel Foucault. Internet. Panopticon. Surveillance. Punishment.

INTRODUÇÃO

Há cerca de 40 anos, Michel Foucault lançava a obra *Surveiller et Punir: Naissance de la prison* – “Vigiar e punir: nascimento da prisão”. A obra seminal constrói a tese da sociedade disciplinar, alterando drasticamente as formas de pensar as manifestações de controle e punição na sociedade.

⁶¹ Estudante de Pós-graduação - Universidade Estadual de Maringá – UEM.

Na época em que Foucault afirmava que a sociedade de então constituía um imenso aparelho panóptico, no qual todas as pessoas eram vigilantes e vigiados, o filósofo não poderia imaginar a revolução na comunicação e na troca de informações que o mundo sofreria a partir da década de 90, com o desenvolvimento tecnológico da *World Wide Web*, a rede mundial de computadores. Aliás, em meados da década de 70, talvez fosse difícil até mesmo conceber a invenção de computadores pessoais e telefones móveis que permitem o acesso à Internet em praticamente qualquer lugar em que o usuário estiver.

No entanto, Foucault ensinou ao longo de toda sua obra (não somente em *Vigiar e Punir*) a concepção de poder enquanto manifestações de força que nunca param de circular por instituições, grupos sociais e agrupamentos de indivíduos, sendo exercido por todos e sobre todos se exercendo. E ainda, poder que está invariavelmente vinculado à produção de saberes, conhecimentos, verdades, que servirão como sustentáculos desse e de outros poderes. Relações de poder-saber que, portanto, constituem redes complexas por toda a sociedade.

Seria ingênuo pensar que o “mundo virtual” ao qual os indivíduos permanecem cada vez mais conectados, expondo suas vidas e acessando a dos outros – mundo virtual que rapidamente se funde ao físico ou “real” – não se constitua um meio a ser perpassado pelos influxos do poder. Ademais, em uma sociedade culturalmente edificada sobre o binômio culpa-castigo, também é de se supor, infelizmente, que o poder exerça suas manifestações violentas e punitivas através e no chamado *ciberespaço*, seja através de práticas diretas, seja através da reprodução de discursos que legitimem o poder punitivo.

O escopo do presente artigo consiste, portanto, em analisar a manifestação de princípios do poder disciplinar nas práticas e comportamentos que compõem as relações virtuais contemporâneas, em especial a vigilância, o exame e a punição. Nesse sentido, compara-se o ciberespaço ao diagrama panóptico, no qual todos os indivíduos são vigiados - bem como vigilantes - envoltos em um sistema complexo de controle e punição.

O PODER DISCIPLINAR E SEUS PRINCÍPIOS POR MICHEL FOUCAULT

Disciplinas, segundo Michel Foucault, são “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade”⁶². É possível, então, conceber uma “anatomia

62 FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; trad. Raquel Ramalhe. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 133.

política”, na qual o “corpo político” consiste no “conjunto dos elementos materiais e das técnicas que servem de armas, de reforço, de vias de comunicação e pontos de apoio para as relações de poder e de saber que investem os corpos humanos e os submetem fazendo deles objetos de saber.”⁶³

A disciplina consiste, então, em uma (micro)física do poder que se exerce pela manipulação calculada e minuciosa dos elementos e dos comportamentos do corpo humano.⁶⁴ De maneira que apresenta: i) regras de ótica: vigilância constante, ao mesmo tempo generalizada e individualizante (panoptismo), que registra, arquiva e compara informações sobre os observados; ii) regras de mecânica: delimitação de espaços, distribuição, fixação e localização dos corpos, treinamento e aperfeiçoamento dos movimentos e forças do homem (intensidade, velocidade, precisão); iii) regras de fisiologia: definição de padrões de normalidade, correção ou exclusão dos indivíduos “não conforme”, fusão entre intervenções terapêuticas e punitivas.⁶⁵

Trata-se de uma “anatomia política do detalhe” que, através de estratagemas e composições aparentemente pequenas, porém dotadas de grande capacidade de difusão, tende a se espalhar por todo o corpo social e atingir, sobretudo, as instituições, procedimentos e ideologias veiculadas ao poder de punir.⁶⁶ A disciplina trouxe consigo uma “vontade de verdade” que – através dos saberes sociológico, psicológico, médico e psiquiátrico – coloniza o sistema penal a partir do século XIX: como se o discurso jurídico não mais tivesse validade senão acompanhado dos discursos de verdade ministrados por tais saberes científicos.⁶⁷

Admitindo com Michel Foucault que todas as relações pessoais permitem práticas de poder, ou seja, que todos os indivíduos são ao mesmo tempo submetidos e submissores, a *web 2.0* se adequa perfeitamente à capilarização do poder prevista pelo filósofo, uma vez que, em

63 Idem, *ibidem*, p. 31.

64 Nos textos e entrevistas de Michel Foucault compilados sob o título “Microfísica do Poder”, mais ainda que em “Vigiar e Punir”, a tônica do poder disciplinar é a capilaridade e a multiplicidade, v.g.: “Com o panoptismo, eu visio a um conjunto de mecanismos que ligam os feixes de procedimentos de que se serve o poder. (...)O panoptismo não foi confiscado pelos aparelhos de Estado mas estes se apoiaram nessa espécie de pequenos panoptismos regionais e dispersos. De modo que, se quisermos apreender os mecanismos de poder em sua complexidade e detalhe, não poderemos nos ater unicamente à análise dos aparelhos de Estado. (...)De fato, o poder em seu exercício vai muito mais longe, passa por canais muito mais sutis, é muito mais ambíguo, porque cada um de nós é, no fundo, titular de um certo poder e, por isso, veicula o poder.” (FOUCAULT, Michel. Sobre a geografia. In: *Microfísica do poder*. 27. ed. São Paulo: Graal, 2013, p. 254/255).

65 FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva. In: *Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)*. Trad. Andréa Daher, consultoria Roberto Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 42.

66 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão; trad. Raquel Ramalhe. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 133/134.

67 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 18.

dias atuais, o mundo virtual se encontra, portanto, intensa e incessantemente expandindo e intrincando interações entre pessoas, mídia e as mais diversas instituições.

A internet fornece não apenas o saber, mas também o respectivo controle necessário ao exercício do poder disciplinar, já que

“os sistemas de informação são também sistemas de vigilância devido ao fato de que – não apenas são agregados e armazenados dados sobre indivíduos, grupos e categorias de pessoas ou populações inteiras por longos períodos - mas também a informação armazenada acerca de indivíduos assim como maiores ou menos grupos de pessoas pode ainda ser trazida adiante, se necessário for, através de determinados procedimentos técnicos.”⁶⁸

As relações de poder-saber que se desenrolam na *web* demonstram frequentemente sua modalidade opressora e violenta. E assim, replicam-se casos de “justiceiros”⁶⁹ ou vítimas de *cyberbullying*, esse último no exterior⁷⁰ e no Brasil⁷¹: por vezes, insuflados pelo discurso punitivo midiático e alimentados pelo controle e acesso à vida alheia; outras vezes, facilitados pela possibilidade de anonimato ou pelo fato de que a proximidade virtual normalmente não é acompanhada de proximidade física.

A internet, ao que tudo indica, permite o jogo da microfísica do poder. Aliás, Céline Lafontaine afirma que a concepção foucaultiana de poder – um sistema de relações de força

113

68 MATHIESEN, Thomas, *op. cit.*, p. 17.

69 No início de 2014, um adolescente negro foi espancado e amarrado nu a um poste no bairro do Flamengo no Rio de Janeiro. Dias depois do fato, 14 pessoas foram detidas no Aterro do Flamengo sob a acusação de tentarem agredir dois jovens, e confessaram terem criado um evento no *Facebook* com o objetivo de “patrulhar o Aterro em busca de potenciais autores de delitos”. WERNECK, Felipe. Jovens criam grupo de justiceiros no Rio. *Estadão*, 04/04/2014. Disponível em www.estadao.com.br/noticias/geral,jovens-criam-grupo-de-justiceiros-no-rio,1126688 Acesso em 13 fev. 2015. Já o grupo “Reage Flamengo: Queremos nosso Bairro de Volta” foi criado no Facebook para “debates sobre como combater a violência crescente no bairro” e alegavam o direito da população à legítima defesa. Apesar de afirmarem não se envolver e desconhecer os responsáveis pelos atos de “justiçamento”, manifestavam apoio às práticas. PUFF, Jefferson. Justiceiros sinalizam alerta para sociedade carioca. *BBC Brasil*, 14/02/2014. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/02/140214_justiceiros_rio_jp Acesso em: 13 fev. 2015.

70 Amanda Todd, jovem canadense de 15 anos, suicidou-se um mês após publicar um vídeo no YouTube narrando a intensa humilhação que vinha sofrendo pela internet por pessoas anônimas, após uma imagem de seus seios circularem na *web*. KENEALLY, Meghan. Tragedy as girl, 15, kills herself just one month after posting desperate Youtube plea begging bullies to stop tormenting her. *Mail Online*, 12/10/2012. Disponível em <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2216543/Amanda-Todd-Canadian-teen-kills-desperate-video-plea-begging-bullies-stop.html>. Acesso em 13 fev. 2015.

71 A analista de redes sociais Viviane Teves, 25 anos, recebeu no dia 12 de fevereiro de 2015 dezenas de mensagens através do aplicativo *WhatsApp* “parabenizando-a” pelo seu “aniversário de estupro”, dias após ter publicado um texto em que finalmente revelava o episódio traumático que sofrera há dez anos. Segundo ela, os ataques vieram de “fãs” descontentes pela extinção de uma página de “humor negro” que a jovem administrava no *Orkut* e *Facebook*. MARTINELLI, André. Ela recebeu dezenas de parabéns por “aniversário” de estupro. *Brasil Post*, 12/02/2015. Acesso em: 13 fev. 2015.

intimamente vinculados a práticas discursivas; descentralizado, despolitizado e totalizado – é similar ao controle e à lógica relacional do modelo cibernético.⁷²

Cabe analisar, então, os possíveis traços disciplinares presentes nas relações virtuais, mormente nas “redes sociais”, que aparentam fazer do ciberespaço um evoluído aparelho panóptico. Para tanto, é importante ter em perspectiva, conforme leciona Michel Foucault, os aspectos positivos e configuradores do poder: “o poder produz; ele produz realidade; produz campos de objetos e rituais da verdade. O indivíduo e o conhecimento que dele se pode ter se originam nessa produção”.⁷³

O COMPORTAMENTO NA WEB 2.0 CONFORME PRINCÍPIOS DISCIPLINARES

Foucault denomina de “recursos para o bom adestramento” os princípios segundo os quais a disciplina atua na missão de fabricar indivíduos – fazendo destes objeto e instrumento do poder – sendo eles: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. Deve-se lembrar que os processos disciplinares são sutis, calculados, porém permanentes, invadindo, aos poucos, os aparelhos de Estado, dentre eles o judiciário.⁷⁴

O adestramento exige, em primeiro lugar, que os indivíduos possam ser observados: “a disciplina supõe um dispositivo que obrigue pelo olhar; aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam efeitos de poder, e os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre que se aplicam”.⁷⁵ Pode-se dizer que o olhar disciplinar realiza função tríplice: controla o indivíduo, facilita a modulação de seu comportamento e o analisa constantemente – sujeição, modificação, saber.

O “jogo ininterrupto dos olhares calculados” funciona conforme

“uma rede de relações de alto a baixo, mas também até um certo ponto de baixo para cima e lateralmente; essa rede sustenta o conjunto, e o perpassa de efeitos de poder que se apoiam uns sobre os outros: fiscais perpetuamente fiscalizados. O poder na vigilância hierarquizada das disciplinas não se detém como uma coisa, não se transfere como uma propriedade; funciona como uma máquina. E se é verdade que sua organização piramidal lhe dá um chefe, é o aparelho inteiro que produz “poder” e distribui os indivíduos nesse campo permanente e contínuo. O que permite ao poder disciplinar ser

72 LAFONTAINE, Céline. The cybernetic matrix of “French Theory”. *Theory, Culture & Society*, vol. 24, n. 5, 2007, SAGE: Los Angeles, London, New Delhi and Singapore, p. 36/37.

73 FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; trad. Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 185.

74 FOUCAULT, *op. cit.*, p. 164.

75 Idem, *ibidem*, p. 165.

absolutamente indiscreto, pois está em toda parte e sempre alerta, pois em princípio não deixa nenhuma parte às escuras e controla continuamente os mesmos que estão encarregados de controlar; e absolutamente “discreto”, pois funciona permanentemente e em grande parte em silêncio”.⁷⁶

Ao tratar da sanção normalizadora, Foucault não poderia ter iniciado de maneira mais categórica: “na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal”⁷⁷. A análise dos sistemas de “micropenalidades” do poder disciplinar – integrados aos demais elementos e métodos disciplinares ora tratados – traz grandes contribuições ao estudo do comportamento e imaginário punitivista.

O campo de atuação das sanções disciplinares é o “espaço deixado vazio pelas leis”, isto é, a reprimenda dos comportamentos aos quais os grandes sistemas punitivos (v.g.: leis penais) não dão importância. A disciplina trabalha, então, com a constituição de “infrapenalidades”, que traz dupla característica: tornam-se penalizáveis as frações mais tênues das condutas e os elementos disciplinares mais sutis do aparelho disciplinar adquirem função punitiva. Em outras palavras, as infrapenalidades levam a “que tudo possa servir para punir a mínima coisa; que cada indivíduo se encontre preso numa universalidade punível-punidora”.⁷⁸

As atitudes puníveis pelo poder disciplinar são aquelas que não se adequam ao seu programa, às suas regras. As infrapenalidades visam o “não-conforme”, os desvios. De maneira que a função primeira do castigo é a redução dos desvios, é a insistência no exercício da obrigação disciplinar, a forçada adequação do indivíduo à regra.⁷⁹

A punição disciplinar se trata, ao fim, de elemento de um sistema duplo de gratificação-sanção ou recompensa-punição. Os desvios puníveis não marcam somente a fronteira do permitido e do proibido, mas operam uma distribuição entre polo negativo e polo positivo. As atitudes, os comportamentos e, por fim, os próprios indivíduos passam a girar em torno da classificação “bom e mau”. Essa “microeconomia de penalidade perpétua” traz consigo um instrumento de aquisição de saber a respeito dos indivíduos, à medida que opera a diferenciação não somente dos atos, mas da “natureza” dos sujeitos, de seu nível, valor, categoria.⁸⁰

76 Idem, *ibidem*, p. 170.

77 Idem, *ibidem*, p. 171.

78 Idem, *ibidem*, p. 171-172.

79 Idem, *ibidem*, p. 172-173.

80 Idem, *ibidem*, p. 173-174.

A combinação das técnicas dos recursos de vigilância e sanção anteriormente descritos gera o último princípio disciplinar, fino instrumento de poder-saber através do qual os indivíduos são ao mesmo tempo vigiados, qualificados, diferenciados, classificados e punidos: o exame⁸¹. A vigilância no exame demonstra curiosa inversão: ao invés do poder se fazer presente para inspecionar os indivíduos, o exame os compele a se oferecerem como objetos de análise pelo poder. Pelas palavras de Foucault: “na disciplina, são os súditos que têm que ser vistos, e o exame é a técnica pela qual o poder, ao invés de emitir os sinais de seu poderio, ao invés de impor sua marca a seus súditos, capta-os num mecanismo de objetivação”⁸².

Foucault explica que a disciplina marca a “troca do eixo político da individualização”, pois no regime disciplinar a individualização é “descendente”: à medida que o poder se torna mais anônimo e funcional, mais os sujeitos investidos pelo poder tendem a ser individualizados.⁸³ Mais uma vez, deve-se ressaltar que a disciplina fabrica indivíduos, uma vez que o poder produz realidades, sobretudo mediante a constituição da universalidade punitiva e do discurso normalizador que a acompanha. Cabe indagar que realidades punitivas, bem como que indivíduos, o poder disciplinar está gerando através das relações virtuais-tecnológicas.

A *web 2.0* tem como uma de suas características principais ser individualizante. Desde as redes sociais até os cadastros em lojas virtuais, a *Internet* contemporânea impele as pessoas à criação e atualização de seus “perfis”: expõem-se imagens, descrevem-se dados e preferências pessoais, manifestam-se opiniões. Ademais, possibilita-se a indicação da localização atual do usuário e a confirmação dos eventos em que comparecerá. Assim, através dessa “narração” mais ou menos voluntária de seus cotidianos, os indivíduos oferecem-se ao olhar e ao exame atento das mais diversas empresas, instituições e internautas.

O CIBERESPAÇO E O DIAGRAMA PANÓPTICO

As relações virtuais contemporâneas operam segundo princípios disciplinares uma vez que é continuamente realizado o exame dos indivíduos através de seus “perfis” e informações pessoais, bem como a sanção dos “não-conforme”, ambos possibilitados pelo fato da *web 2.0* constituir um imenso e complexo aparelho de vigilância.

81 Idem, *ibidem*, p. 177.

82 Idem, *ibidem*, p. 179.

83 Idem, *ibidem*, p. 184.

Discorrendo sobre vigilância, Michel Foucault afirma que “o aparelho disciplinar perfeito capacitaria um único olhar tudo ver permanentemente”. Tal aparato de vigilância seria tal como um “olho perfeito a que nada escapa e centro em direção a que todos os olhares convergem”.⁸⁴ O filósofo afirma ser este um princípio diretor da vigilância disciplinar, “a visibilidade total dos corpos, dos indivíduos e das coisas para um olhar centralizado”.⁸⁵

No final do século XVIII, Jeremy Bentham propõe o projeto arquitetônico a que batizou de *Panóptico*, cujo objetivo vai ao encontro do ideal de vigilância perfeita com um único olhar. Sinteticamente, o Panóptico se trataria de uma construção circular, na qual os indivíduos a serem vigiados estariam dispostos um a um em celas por todo o perímetro da circunferência. No centro do anel, há uma torre na qual ficaria o “alojamento do inspetor” que, devido ao seu formato também circular, permitiria ao vigia observar todos os prisioneiros do anel de celas gradeadas, que seriam iluminadas naturalmente durante o dia por janelas presentes em todos os cubículos (e por lanternas durante a noite). No entanto, devido ao formato das janelas e venezianas do alojamento do inspetor, bem como pelo jogo de luzes, os prisioneiros não conseguiriam ver se o vigia está ou não presente na torre central. Este seria o trunfo de tal aparelho: possibilitaria ao inspetor “ver sem ser visto”. Em razão disso, o Panóptico persuadiria os indivíduos aprisionados ao comportamento que deles se espera, por meio do constante sentimento de estar sendo inspecionado.⁸⁶

Nesse sentido, Foucault afirma que o efeito mais importante do Panóptico é a indução ao “estado consciente e permanente de visibilidade” que asseguraria o “funcionamento automático do poder”, através de uma vigilância permanente em seus efeitos, ainda que descontínua em sua ação. Poder visível e inverificável – “visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo.”⁸⁷

A automatização do poder consiste em que o sujeito tome sobre si espontaneamente as limitações impostas, em razão do “risco de ser surpreendido e (d)a consciência inquieta de ser observado”. E além de automatizá-lo, o aparelho panóptico desindividualiza o poder. Pouco importa quem exerce a vigilância – quem é o observador anônimo e até mesmo passageiro – e

84 Idem, *ibidem*, p. 167.

85 FOUCAULT, Michel. O olho do poder. In: *Microfísica do poder*. 27. ed. São Paulo: Graal, 2013, p. 319.

86 BENTHAM, Jeremy [et. al.]. *O panóptico*. Org. Tomaz Tadeu. Trad. Guacira Lopes Louro, M.D Magno, Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 20-22, 28-30.

87 FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; trad. Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 191.

quais os objetivos que o motivam⁸⁸, já que o funcionamento do aparato está na distribuição dos corpos, das luzes e dos olhares: “o panóptico é uma máquina maravilhosa que, a partir dos desejos mais diversos, fabrica efeitos homogêneos de poder”.⁸⁹

Bentham definia seu projeto como “um novo princípio de construção, aplicável a qualquer sorte de estabelecimento, no qual pessoas de qualquer tipo necessitem ser mantidas sob inspeção”.⁹⁰ No entanto, mais que uma figura arquitetônica, o panóptico, é um esquema para definir as relações cotidianas de poder. A sociedade panóptica é uma espécie de zoológico em que os homens são os observadores e os espécimes observados. O poder se torna incorpóreo – “destinado a se difundir por todo o corpo social”⁹¹ – exercendo-se na forma de “vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas”⁹².

Segundo Deleuze, Foucault não define o Panóptico apenas concretamente, enquanto agenciamento óptico pelo qual se constrói a prisão, o hospital, o colégio; mas também abstratamente, separando a função pura do material visível que a encarna, constituindo uma máquina abstrata cujo objetivo é “impor uma conduta qualquer a uma multiplicidade humana qualquer”. O Panóptico pode ser definido, então, pelo conceito de “diagrama”: um mapa, uma cartografia das relações de força, aplicável a todo o campo social e constantemente mutável, renovável, produzindo e se adequando a novas realidades, novas multiplicidades espaço-temporais.⁹³

Foucault insere o projeto panóptico na busca do poder na Idade Moderna em “proporcionar a um pequeno número, ou mesmo a um só, a visão instantânea de uma grande multidão”. Trata-se da fórmula dos “poucos vendo os muitos”, oposta à fórmula dos “muitos vendo os poucos” que caracterizava a Idade Média (execuções públicas, espetáculos, grandes templos, pompas da soberania). O filósofo, então, vaticina que a sociedade contemporânea

88 “Seja o de punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria, ou treinar a raça em ascensão no caminho da educação, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção, ou casa de trabalho, ou manufaturas, ou hospitais, ou escolas”. BENTHAM, Jeremy, *op. cit.*, p. 19-20.

89 FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, p. 191-192.

90 BENTHAM, Jeremy, *op. cit.*, p. 15.

91 FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, p. 192-193.

92 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999, p. 103.

93 DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Cláudia Sant’Anna Martins. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988, p. 43-46.

não seria mais de espetáculos, mas sim de vigilância: “não estamos nem nas arquibancadas nem no palco, mas na máquina panóptica, investidos por seus efeitos de poder que nós mesmos renovamos, pois somos suas engrenagens”.⁹⁴

Trata-se da microfísica em que o poder disciplinar se ramifica e multiplica – exercendo-se “de maneira contínua nos alicerces da sociedade, até seu mais fino grão” – desinstitucionalizado, circulante, decomposto em “processos flexíveis de controle, que se pode transferir e adaptar”.⁹⁵ Dessa maneira, o poder se torna “omni-vidente” – universal e individualizante – de maneira que “mesmo tendo uma multiplicidade de homens a gerir, seja tão eficaz quanto se ele se exercesse sobre um só”.⁹⁶

Opondo-se parcialmente ao que Michel Foucault afirma em “Vigiar e Punir”, Thomas Mathiesen escreveu que, além da existência do modelo panóptico, a sociedade contemporânea ainda apresenta o modelo do espetáculo – no qual “os poucos vêem os muitos” – a que chamou de modelo sinóptico, representado pelo desenvolvimento da moderna mídia de massas, sobretudo a televisão. Apresenta-se três paralelos entre o panoptismo e o sinoptismo, quais sejam: i) o desenvolvimento acelerado dos dois modelos a partir do século XIX; ii) os antecedentes arcaicos dos dois modelos (manifestações rudimentares de panoptismo e sinoptismo desde o Império Romano); e, principalmente, iii) a interação – ou até mesmo fusão – dos dois modelos na sociedade, uma vez que diversas instituições são, simultaneamente, panópticas e sinópticas. Em realidade, as descrições apresentadas pelo criminólogo sugerem que todo aparato panóptico é também sinóptico, desde que haja visibilidade de ambos os lados, isto é, os “muitos vejam os poucos” e os “poucos vejam os muitos”.⁹⁷

Segundo Mathiesen, a integração entre as estruturas panópticas e sinópticas constitui a chamada “sociedade observadora” (*viewer society*), na qual o funcionamento conjunto dos dois aparatos de poder realizam “decisivas funções de controle” sobre os indivíduos. No entanto, para o criminólogo, a operação de controle mais poderosa é realizada atualmente pelo sinoptismo, pois que a mídia de massas é responsável pela formação da consciência dos indivíduos e do conseqüente disciplinamento dos corpos, levando-os a se encaixar nos padrões e exigências da sociedade capitalista.

94 FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; trad. Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 204/205.

95 Idem, *ibidem*, p. 194, 196, 198-199.

96 FOUCAULT, Michel. O olho do poder. In: *Microfísica do poder*. 27. ed. São Paulo: Graal, 2013, p. 326.

97 MATHIESEN, Thomas. The viewer society: Michel Foucault's 'Panopticon' revisited. *Theoretical Criminology*, vol. 1. London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE Publications, 1997, p. 219-223.

Os agentes da mídia sinóptica – personalidades políticas e intelectuais, jornalistas, celebridades – detém o poder de filtrar, formatar, selecionar os discursos, informações e imagens a serem contemplados pela massa de indivíduos – conforme os interesses político-econômicos atinentes às classes dominantes – fornecendo um entendimento, um “paradigma do mundo” (*world paradigm*) aos espectadores. Ao final, em razão da necessidade humana de fugir do contato direto com a realidade, as pessoas acatam a visão de mundo transmitido pela mídia, adequando-se aos padrões da sociedade.⁹⁸

Escrito no final da década de 1990, o artigo em que Thomas Mathiesen expõe o conceito de sinóptico é basicamente norteado pela análise da mídia televisiva, contendo breves comentários sobre a *Internet*. Anterior à evolução da *web 2.0*, bem como de outros avanços significativos do mundo digital, a concepção original de sinoptismo não previu as recentes mudanças na mídia de massas, tal como a fragmentação do público e o desenvolvimento de inúmeras alternativas de produção e recepção de conteúdo.⁹⁹

Segundo Aaron Doyle, as metáforas panópticas e sinópticas baseadas na vigilância dos “poucos” e dos “muitos” dificilmente podem ser aplicadas às mudanças nas comunicações trazidas pela *web 2.0*, aliás, simbolizadas pela expressão “tornar-se viral”, hoje utilizada para descrever o conteúdo que atinge alta circulação nas redes sociais. A fragmentação da mídia de massas é paralela à do “mundo da vigilância que, caso esteja se intensificando, também está se tornando mais disperso”.¹⁰⁰

No entanto, não se pode contestar a estreita relação entre os sistemas de vigilância (panoptismo) e a mídia de massas (sinoptismo) descritas por Mathiesen, ainda que dirigido à mídia televisiva. O autor afirma que o panóptico (a polícia, as prisões, as demais instituições de vigilância e controle) alimenta o sinóptico (a mídia de massas) com seus informes de toda sorte de violências. O sinóptico remove dos fatos tudo que não seja “puramente criminal”, e então “o que originalmente era um pequeno segmento do ser humano torna-se o ser humano inteiro”, para ser transmitido à sociedade na forma de estereótipos e histórias aterrorizantes.¹⁰¹

Para Zygmunt Bauman, o sinóptico consiste em uma forma moderna do panóptico, cuja concepção original está hoje restrita às “partes ‘não-administráveis’ da sociedade, como prisões, campos de confinamento, clínicas psiquiátricas e outras ‘instituições totais’”. A

98 Idem, *ibidem*, p. 219, 226, 230.

99 DOYLE, Aaron. Revisiting the synopticon: reconsidering Mathiesen’s ‘The Viewer Society’ in the age of *web 2.0*. *Theoretical Criminology*, London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE Publications, 2011, p. 284.

100 Idem, *ibidem*, p. 293-295.

101 MATHIESEN, Thomas, *op. cit.*, p. 231.

vigilância panóptica no corpo social, por sua vez, foi reformulada pela cultura do “faça você mesmo” (*do it yourself*), através da transferência da tarefa de vigilância dos gerentes para os geridos.¹⁰²

Através de mecanismos endereçados à faculdade racional de busca por recompensas e evitação de punição e também às faculdades “irracionais” de autoafirmação, prazer, entretenimento e realização de desejos, os indivíduos tomam sobre si os encargos materiais e psíquicos da disciplina, assumindo a “obediência, conformidade, respeito à ordem, rotina, uniformidade e redução de opções”. Assim – “na busca frenética de novas evidências de que continuam bem-vindos” – os indivíduos carregam consigo mini-panópticos, portáteis e pessoais, quais sejam, os *smartphones*, computadores pessoais e outros aparelhos de “auto-gerenciamento”, na verdade substitutos do policiamento e da construção de muralhas externas. Esse auto-disciplinamento promovido pelo novo panóptico, ciborguizado e eletronicamente reforçado, possibilita “a vigilância sem vigilantes” (ou auto-vigilância), de maneira que o sociólogo prefere identifica-lo como “sinóptico”.¹⁰³

Em específico acerca da vigilância através das redes sociais, comenta Bauman:

"Nós vivemos em uma sociedade confessional, que promove a auto-exposição pública ao ranking de primeira e mais facilmente disponível, assim como indiscutivelmente da mais potente e única realmente eficiente, prova de existência social. Milhões de usuários do Facebook competem entre si para divulgar e pôr em registro público os mais íntimos e de outra forma inacessíveis aspectos de sua identidade, conexões sociais, pensamentos, sentimentos e atividades. As redes sociais são campos de uma voluntária, "faça você mesmo" modalidade de vigilância, ganhando com as mãos nas costas (tanto no volume quanto na economia) das agências especializadas tripuladas por profissionais da espionagem e detecção. Uma verdadeira cachoeira, uma genuína “chuva de moedas”, para todo ditador e seus serviços secretos – e um esplêndido complemento para as numerosas instituições “banópticas” da sociedade democrática, preocupadas em impedir os indesejados e os indignos (que são todos aqueles que se comportam ou tendem a se comportar *comme il n'est faut pas* [quando não se é para ser]) de serem equivocadamente admitidos ou parasitarem sub-repticiamente em nossa decente companhia democrática auto-selecionada.”¹⁰⁴

102 BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 58, 70.

103 Idem, *ibidem*, p. 58, 60-61, 72-73.

104 BAUMAN, Zygmunt. Do facebook and twitter help spread democracy and human rights? *Social Europe*, 08/05/2012. Disponível em: <http://www.socialeurope.eu/2012/05/do-facebook-and-twitter-help-spread-democracy-and-human-rights/> Acesso em: 10 mar. 2015.

Por “banóptico”, explica Bauman, deve se entender o equipamento de vigilância responsável pela exclusão ou manutenção à distância todos os indesejados pelo sistema – v.g. exilados, refugiados, mendigos – frente oposta do panóptico ou sinóptico, cujo objetivo é o confinamento ou a manutenção no interior. Pode-se afirmar, em termos breves, que o motivo do banóptico é a “segurança”, enquanto são disciplinárias as razões do panóptico/sinóptico.¹⁰⁵

Retornando a Thomas Mathiesen, em seu livro mais recente, é analisada a estrutura de comunicação implementada na e pela web 2.0, e já não se fala em sinoptismo. Em tal contexto, o criminólogo caracteriza a *Internet* como “polióptica”¹⁰⁶, termo que simboliza a multiplicidade de observadores e observados em constante interação nas plataformas da rede¹⁰⁷.

No entanto, segundo o autor, a interação polióptica não erradicou o panoptismo do mundo virtual. O que antes Mathiesen denominava de sinóptico, é agora descrito como uma forma de demonstração panóptica na *Internet*, qual seja, o fato de que “relativamente poucos jornalistas/agências/websites e outras pessoas enviam mensagens – ainda que em novas plataformas – para muitas pessoas ou grandes massas de pessoas que não são convidadas a responder ou não são capazes de responder enquanto iguais”.¹⁰⁸ Ademais, o panóptico também se demonstra nas redes sociais, conforme afirma o criminólogo:

“Nós tendemos a esquecer que a “mídia social” não é tão social assim, mas sujeita a condições que também fazem das pessoas que participam relativas vítimas do poder dos outros. Em mais detalhes: os vários/muitos tipos de perfis, o perfil polióptico, são também investidos com o poder dos poucos sobre os muitos, ainda que de maneira menos nítida.”¹⁰⁹

105 BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 64-65.

106 Mathiesen utiliza-se do conceito elaborado pelo projeto de computação em quatro dimensões “Polyopticon”, qual seja, “uma plataforma tecnológica – um aparelho – que oferece um *display* de 360° por 360° graus, o qual utiliza-se de um sistema de posicionamento interno para habilitar os usuários a i) orientar múltiplas janelas de informação em contexto; ii) manipular informações em um formato de quatro dimensões (três dimensões físicas somadas ao tempo); iii) construir relações entre telas, aplicações e aparelhos representados no *display*.” Disponível em: <https://polyopticon.wordpress.com/2011/09/16/hello-world/> Acesso em 10 mar. 2015.

107 “No Google, nós somos ao mesmo tempo os vigiados e as células retinianas individuais do supervisor, por mais que, muitos milhões de nós, constantemente embora inconscientemente participativos”. GIBSON, William, *op. cit.*

108 MATHIESEN, Thomas. *Towards a surveillant society: the rise of surveillance systems in Europe*. Hampshire (UK): Waterside Press, p. 47.

109 Idem, *ibidem*, p. 47.

Mathiesen é categórico ao afirmar que os sistemas de vigilância atuais estão totalmente inseridos no estágio das informações dispostas em rede e no formato digital, refinando-se rapidamente.¹¹⁰

Voltando a Michel Foucault, o filósofo afirma que o panóptico tem por finalidade fixar os indivíduos a determinado aparelho, seja de produção, normalização ou produção de saber. Ainda que os efeitos posteriores da instituição levem à exclusão de determinados indivíduos, a primeira prática consiste sempre em incluir os indivíduos em determinada estrutura de normalização¹¹¹. No entanto, ao panóptico não interessa fixar o olhar em um ponto absoluto ou em uma instituição fechada. Trata-se de uma máquina – um aparelho – em que cada indivíduo, em seu lugar, é uma engrenagem que vê e é vista, em “desconfiança total e circulante”. Para Foucault, “a perfeição da vigilância é uma soma de malevolências”.¹¹²

Cabe anotar que Michel Foucault explicava o sucesso do projeto de vigilância panóptica no século XVIII pois que condizente com a relevância dada à “opinião” pelos filósofos e reformadores iluministas. Tratava-se de imergir os indivíduos “um campo de visibilidade total em que a opinião dos outros, o olhar dos outros, o discurso dos outros os impediria de fazer o mal ou o nocivo”. “Dominação por iluminação”, portanto, é o método de um poder que se exerce desde que as pessoas sejam vistas por um “tipo de olhar imediato, coletivo e anônimo”, desde que as coisas sejam sabidas por outros, desde que haja transparência dos indivíduos, de seus atos, de seus pensamentos.¹¹³

No entanto, mesmo Foucault reconheceu que o domínio do corpo pela opinião deveria levar em conta as “condições reais” da formação da opinião, comandadas por interesses econômico-políticos, isto é, a mídia (*media*), representadas pela imprensa, pelo cinema, televisão¹¹⁴ e, hoje, a internet.

De toda forma, o panóptico, em sua concepção original, seria formulado de modo a gerar nos indivíduos a consciência da vigilância constante, já o sinóptico trabalharia com a disciplinarização do indivíduo através da inculcação dos discursos de verdade por meio da mídia. No entanto, quando se observa as redes sociais, resta a questão: até que ponto os donos dos “perfis” têm noção das portas que as transparências e iluminações de suas vidas na rede abrem ao controle alheio? Parece possível afirmar que, independentemente de ser *sin, ban,*

110 Idem, *ibidem*, p. 54.

111 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999, p. 114.

112 FOUCAULT, Michel. O olho do poder. In: *Microfísica do poder*. 27. ed. São Paulo: Graal, 2013, p. 334.

113 Idem, *ibidem*, p. 327/329.

114 Idem, *ibidem*, p. 339.

pan ou *poli*-óptica, a *Internet* não induz em seus usuários a sensação de que podem (e muitas vezes são) frequentemente inspecionados, bem como de que podem (e muitas vezes são) midiaticamente manipulados¹¹⁵. E bem por isso, essa máquina de vigilância, em sua “soma de malevolências”, continua funcionando: os indivíduos não se dão conta de que – seja observando, seja sendo observado – “a visibilidade é uma armadilha”.¹¹⁶

CONCLUSÃO

O ciberespaço – formado por uma infinidade de *sites*, fóruns, comunidades *online*, redes sociais – constitui um meio contemporâneo pelo qual o poder se manifesta em suas formas diversas, inclusive de maneira violenta ou punitiva. Enquanto incansáveis internautas, sempre conectados, os indivíduos compõem as malhas do poder estendidas pelo ciberespaço, submetendo alguns e sendo submetidos por outros.

Obedecendo a uma técnica disciplinar, cada pessoa é impelida a ter seu ponto de acesso à rede. A tecnologia informática treina, aperfeiçoa a relação entre homem e máquina para que um seja extensão do outro: *smartphones* sempre à mão, computadores espalhados pela casa. Todos são fixados a seus locais no ciberespaço – seus perfis – nos quais se oferecem ao exame dos demais, expondo informações, pensamentos e atividades pessoais.

Conectados à rede, as pessoas são alimentadas com os conteúdos violentos apropriados à legitimação dos discursos punitivos. Compartilha-se, comenta-se, curte-se textos, imagens e vídeos que destilam o medo e a intolerância aos delinquentes, reproduzindo-se no ciberespaço a divisão entre cidadãos de bem e os anormais.

A vigilância é o princípio disciplinar fundamental do mundo virtual. A internet consiste em um imenso panóptico – ou polióptico – no qual todos vêem e são vistos, ainda que seja difícil dizer certamente se aqueles que se expõem tem a consciência de poderem ser inspecionados. Todo o saber sobre a vida alheia publicado, armazenado e acessado pela rede serve de material para as manifestações violentas e punitivas: do *cyberstalking* ao *bullying*, dos pedidos de condenação ao linchamento público.

115 COSTA, Leonardo Martins. O estranho mundo dos midiotas: educação para a mídia. *Observatório da Imprensa*, 06/03/2015. Disponível em:

http://www.observatoriodaimprensa.com.br/radios/view/gt_gt_o_estranho_mundo_dos_midiotas_lt_br_gt_gt_gt_educacao_para_a_midia_2 Acesso em: 11 mar. 2015.

116 FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir*: nascimento da prisão; trad. Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 190.

REFERÊNCIA

BAUMAN, Zygmunt. Do facebook and twitter help spread democracy and human rights? *Social Europe*, 08/05/2012. Disponível em: <http://www.socialeurope.eu/2012/05/do-facebook-and-twitter-help-spread-democracy-and-human-rights/> Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BENTHAM, Jeremy [et. al.]. **O panóptico**. Org. Tomaz Tadeu. Trad. Guacira Lopes Louro, M.D Magno, Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008

COSTA, Leonardo Martins. **Oestranho mundo dos midiotas: educação para a mídia**. *Observatório da Imprensa*, 06/03/2015. Disponível em: http://www.observatoriodaimprensa.com.br/radios/view/gt_gt_o_estranho_mundo_dos_midiotas_lt_br_gt_gt_educacao_para_a_midia_2 Acesso em: 11 mar. 2015.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Trad. Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

DOYLE, Aaron. **Revisitingthesynopticon: reconsidering Mathiesen's 'The Viewer Society'** in the age of web 2.0. *Theoretical Criminology*, London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE Publications, 2011, p. 283-298.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. In: *Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)*. Trad. Andréa Daher, consultoria Roberto Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999.

_____. Sobre a geografia. In: *Microfísica do poder*. 27. ed. São Paulo: Graal, 2013.

_____. **O olho do poder**. In: *Microfísica do poder*. 27. ed. São Paulo: Graal, 2013.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; trad. Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

_____. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

GIBSON, Willian. Google's Earth. *The New York Times, The Opinion Pages*, Vancouver, 31/08/2010. Disponível em: http://www.nytimes.com/2010/09/01/opinion/01gibson.html?_r=0 Acesso em 16 mar. 2015.

KENEALLY, Meghan. Tragedy as girl, 15, kills herself just one month after posting desperate Youtube plea begging bullies to stop tormenting her. *Mail Online*, 12/10/2012. Disponível em <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2216543/Amanda-Todd-Canadian-teen-kills-desperate-video-plea-begging-bullies-stop.html>. Acesso em 13 fev. 2015.

LAFONTAINE, Céline. **The cybernetic matrix of "French Theory"**. *Theory, Culture & Society*, vol. 24, n. 5, 2007, SAGE: Los Angeles, London, New Delhi and Singapore, p. 27-46.

MARTINELLI, André. **Ela recebeu dezenas de parabéns por “aniversário” de estupro.** *Brasil Post*, 12/02/2015. Disponível em http://www.brasilpost.com.br/2015/02/12/viviane-estupro_n_6673402.html Acesso em: 14 abril 2015.

MATHIESEN, Thomas. The viewer society: Michel Foucault’s ‘Panopticon’ revisited. **Theoretical Criminology**, vol. 1. London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE Publications, 1997, p. 215-232.

_____. **Towards a surveillant society: the rise of surveillance systems in Europe.** Hampshire (UK): Waterside Press, 2013.

O’REILLY, Tim. **Web 2.0 compact definition: trying again.** *Radar*. Disponível em: <http://radar.oreilly.com/2006/12/web-20-compact-definition-tryi.html>. Acesso em: 12 fev. 2015.

_____. **What is web 2.0:** design patterns and business models for the next generation of software. Disponível em: <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1> Acesso em: 12 fev. 2015.

PUFF, Jefferson. **Justiceiros sinalizam alerta para sociedade carioca.** *BBC Brasil*, 14/02/2014. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/02/140214_justiceiros_rio_jp Acesso em: 13 fev. 2015.

WERNECK, Felipe. **Jovens criam grupo de justiceiros no Rio.** *Estadão*, 04/04/2014. Disponível em www.estadao.com.br/noticias/geral,jovens-criam-grupo-de-justiceiros-no-rio,1126688 Acesso em 13 fev. 2015.

O CONSENSO NO DIREITO CRIMINAL COMO PACIFICADOR SOCIAL E GARANTIDOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Renato Henrique FERRAREZI¹¹⁷

Ellim Fernanda Silva FERRAREZI¹¹⁸

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise a respeito da justiça consensual e restaurativa no Brasil e no mundo, considerando, ainda, a participação da vítima na resolução de conflitos no âmbito criminal. Inicialmente analisa-se a evolução histórica da utilização do consenso e da participação da vítima no âmbito criminal, verificando qual estágio vivemos atualmente. A partir daí, considerando a crise de legitimidade que o sistema punitivo enfrenta nos dias de hoje, busca-se verificar quais institutos de consenso são utilizados e permitidos na atualidade, bem como se existiria a possibilidade e viabilidade técnica-normativa de se ampliar sua utilização, permitindo uma maior participação da vítima na solução de conflitos penais, verificando se isso possibilitaria um maior alcance na garantia da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: vítima, dignidade da pessoa humana, justiça restaurativa, consenso e pacificação social

127

ABSTRACT

This article aims to conduct an analysis regarding consensual and restorative justice in Brazil and in the world, considering also, the victim's participation in conflict resolution in the criminal context. Initially analyzes the evolution history of the use of consensus and victim participation in the criminal context, checking what stages we are currently live. From there, considering the crisis of legitimacy that the punitive system face today, we try to see what consensus institutes are used and allowed today, and if there was a possibility and technical-normative feasibility of extending their use allowing for greater victim participation in solving criminal conflicts, making sure that this will allow a greater range in ensuring the dignity of the human person.

KEY WORDS: victim, human dignity, restorative justice, consensus and social pacification

INTRODUÇÃO

O objetivo principal do presente estudo é realizar uma análise a respeito da justiça consensual no âmbito criminal no Brasil e no mundo, tendo como escopo verificar se a ampliação dos métodos de resolução de conflitos de forma negociada é eficaz para garantir a dignidade da pessoa humana, bem como a pacificação social.

¹¹⁷ Estudante de Pós-graduação - Faculdade de Presidente Prudente (Uniesp).

¹¹⁸ Estudante de Pós-graduação – Univem.

Partindo-se deste pressuposto, primeiramente importa ressaltar os principais modelos de resolução de conflitos existentes no âmbito criminal, que, segundo Garcia-Pablos De Molina e Gomes (1997, p. 344), são três, quais sejam: a) o dissuasório ou clássico, que consiste na aplicação da resposta punitiva estatal visando a reprovação do delito praticado e a prevenção de delitos futuros, utilizando-se o processo comum acusatório; b) o ressocializador, que atribui à pena a finalidade de ressocialização do autor do crime, intervindo na pessoa do agente para reintegrá-lo à sociedade; c) o integrador, fundado nos institutos da conciliação, composição, transação e negociação.

Vale dizer que o modelo penal impositivo, que durante anos permeou a nossa sociedade, não é satisfatório aos anseios sociais, uma vez que a vítima é colocada em situação de esquecimento, além de se apresentar incapaz de reeducar, prevenir, e, muitas vezes, até mesmo efetivar a imposição de sanção, tendo em vista que a lentidão do trâmite processual faz com que a prescrição atinja muitos feitos.

Assim, a crise de legitimidade do modelo penal clássico possibilitou que se desenvolvessem novas formas de organização social que permitissem uma maior participação da comunidade no processo de resolução de conflitos. Como exemplos disso podem ser citados a criação de políticas descentralizadoras, tornando a justiça mais local, bem como a busca de soluções sem a participação do Judiciário, como nos casos da mediação e a arbitragem.

Portanto, podemos afirmar que a resolução negociada dos conflitos vem ganhando cada dia mais espaço, mostrando-se uma ferramenta aceita pela sociedade e pelos envolvidos no conflito, o que permite que ela seja mais facilmente cumprida, beneficiando o sistema em sua totalidade.

EVOLUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CRIMINAIS

Os principais estudos sobre uma possível ampliação dessa forma de solução de conflitos passam, necessariamente, pela discussão da possibilidade de uma maior participação da vítima no processo penal.

Desta forma, neste momento se faz importante analisar a evolução histórica da participação da vítima dos delitos em sua resolução. Durante a evolução da humanidade, três principais fases puderam ser identificadas em relação ao *status* da vítima na solução dos conflitos criminais: a) o período da vingança privada e justiça privada; b) o período do esquecimento da vítima; c) o período do redescobrimento da vítima.

Corroborando com essa ideia, MOLINA & GOMES (1997, p.65-66) dissertam que:

A vítima do delito experimentou um secular e deliberado abandono. Desfrutou do máximo protagonismo- sua “idade de ouro” - durante a época da justiça privada, sendo depois drasticamente “neutralizada” pelo sistema legal moderno (...). A Vitimologia impulsionou durante os últimos anos um processo de revisão científica do “papel” da vítima no fenômeno delitivo sua redefinição à luz dos acontecimentos empíricos atuais e da experiência acumulada. Protagonismo, neutralização e redescobrimto são, pois, três fases que poderiam refletir o *status* da vítima do delito ao longo da história.

Analisando brevemente essas fases, se observa que na Antiguidade tivemos a “Idade de Ouro da Vítima”, período em que predominava a vingança privada. As principais características dessa fase podem ser observadas nos ensinamentos de MIRABETTE (2010, p. 16):

Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo. Se o transgressor fosse membro da tribo podia ser punido com a “expulsão da paz” (banimento), que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente a morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a “vingança de sangue”, considerada como obrigação religiosa e sagrada.

129

Portanto, pode-se afirmar que nesse período a reparação dos danos era perseguida simplesmente pela vingança, como uma reação de instinto ou de luta pela honra das tribos, não tendo qualquer objetivo de se buscar a recomposição financeira.

Com o surgimento da sociedade organizada, verificou-se que a vingança sem limites não seria a melhor opção, e a partir desse momento foram sendo colocadas regras de convívio. Entre essas regras estava a de que a vítima e seus familiares, para verificar se sua vingança encontrava-se de acordo com as normas sociais vigentes, deveriam se dirigir a um representante da comunidade ou uma autoridade pública. Foi neste momento que surgiu a figura do juiz imparcial, que intervia em uma relação de terceiro.

Baseado nessa ideia de proporção entre a agressão-punição, tivemos o surgimento da famosa Lei de Talião, muito adotada por legislação antigas, como, por exemplo, o Código de Hamurabi, o Código de Manu, o Pentateuco e a Lei das XII Tábuas. Embora hoje seja visto como uma infração à dignidade, pois basicamente encontrava-se alicerçada na ideia do “olho por olho, dente por dente”, esse instituto foi muito importante na evolução das penas, pois trouxe a ideia de proporcionalidade entre o delito e a pena. Conforme nos ensina Bitencourt

(2006, p.37), “Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal.”

Já na Idade Média pode ser observado que a vítima acaba sendo relegada a um segundo plano, a partir do momento em que os senhores feudais e a igreja tomam para si a *persecutio criminis*. Conforme ensinamento de Scarance Fernandes (1995, p. 15):

O prestígio vivido pela vítima na Antiguidade começa a mostrar enfraquecimento na Idade Média. Os senhores feudais, a Igreja e os reis passaram e se responsabilizar pela punição dos culpados e, paulatinamente, pela iniciativa dos procedimentos.

Assim, com o desenvolvimento do Direito Canônico a vítima passa a ser um mero colaborador nas informações sobre a agressão, deixando de ser o sujeito central do conflito penal.

No século XII, mais precisamente, temos a cisão entre as fases do protagonismo da vítima e sua neutralização. Nesse período o Estado assume de vez o controle e o exercício da persecução penal, sendo que a imposição de sanções não mais dependia da iniciativa da vítima, assim como não tinha como pretensão atender aos interesses dela.

Portanto, nessa fase o Estado substitui totalmente a função da vítima, tomando para si o *jus puniendi*, passando o direito penal a ser público. Conforme ensinamentos de Scarance Fernandes (1995, p. 15), após o fortalecimento das Monarquias e o surgimento do Estado Moderno: “O direito penal é considerado de ordem pública, sendo o crime visto como ofensa à boa ordem social, cabendo ao soberano ou ao Estado reprimi-lo”.

Assim, nessa fase o delito deixa de ser uma violação à vítima passando a ser uma violação à lei. Afasta-se a pretensão de reparar o dano à vítima, surgindo a pretensão punitiva do Estado. Portanto, a atenção passa a ser para o crime, dada a influência da Escola Clássica, e, em relação à vítima, temos a sua neutralização.

Nesse sentido, disserta SALIBA (2007, p. 94) que:

O papel da vítima é relegado a segundo plano ou terceiro plano, não mais interferindo no procedimento do sistema penal. Há positividade da vontade da vítima, ou seja: a lei supre a manifestação de vontade, presumindo-a quando necessário. Seu interesse não mais é seu e, mesmo que seja contrária ao caminho ou desfecho tomado, nada pode fazer. Até mesmo interesses estritamente pessoais e patrimoniais, disponíveis e transacionáveis, foram esbulhados pelo Estado.

Já no final do século XVIII é possível observar o início de uma reação, ainda que tímida, ao esquecimento da vítima na resolução do conflito penal, surgindo a reparação de

danos como forma de sanção de interesse público. Nessa época tivemos a influência dos estudos de Jeremias Bentham e, um pouco mais tarde, das doutrinas de Lombroso, Ferri e Garófalo, todos da Escola Positiva, que defendiam a reparação de danos à vítima dentro do processo penal. Entretanto, tais estudos mantinham sua atenção muito mais para o estudo do criminoso, permanecendo a vítima em segundo plano.

É somente a partir do século passado, principalmente no período pós-Segunda Guerra, que começamos a observar a saída da vítima do ostracismo. Conforme ensina Scarance Fernandes (1.995, p. 18):

Passado o período das duas guerras mundiais, voltam-se atenções para as vítimas de infrações penais, principalmente em virtude da escalada do crime e do vertiginoso crescimento da criminalidade violenta e organizada, mas também para as vítimas das violações dos direitos humanos por governos e organismos oficiais, de maneira mais acentuada em relação às minorias e aos mais desprotegidos.

Portanto, a partir da Segunda Guerra Mundial temos o Estado Social de Direito se orientando para assistir as vítimas de delitos, com o desenvolvimento de ideias de criações de fundos de compensação em favor das vítimas, o que levou ao surgimento de importantes movimentos de direitos humanos.

Relativamente a tais movimentos, COMPARATO (2005, p. 54) sustenta que:

após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos

Uma análise mais apurada permite afirmar que a maximização da vítima se relaciona intimamente com os movimentos humanitários e com a própria dignidade da pessoa humana, que coloca o homem como centro da sociedade, constituindo, inclusive, fundamento da nossa sociedade. A respeito da preocupação em relação à efetivação dos direitos fundamentais e, por consequência, uma maior atenção para com a vítima, OLIVEIRA (1999, p. 95) disserta que:

O enorme sofrimento e o grande número de mortos nas batalhas da II Guerra Mundial geravam já uma consternação generalizada que veio a ser intensificada quando os horrores dos campos de extermínio e de concentração vieram ao conhecimento público. As torturas, as mortes, a degradação humana, o incrível sofrimento impingido a milhares de pessoas

inocentes criaram na consciência mundial estarecida um dever inarredável de solidariedade para com as vítimas.

EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA CONSENSUADA NO BRASIL

Observando-se a sistemática existente, surgiram diversas discussões sobre a justiça consensuada e sua possível implantação no Brasil. Analisando a evolução da utilização dos mecanismos de justiça consensuada no âmbito criminal no Brasil, podemos afirmar que um primeiro embrião se deu com a criação de mecanismos de consenso previstos no art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1.988. Referido dispositivo determinou que se criassem mecanismos de consenso para as infrações de menor potencial ofensivo.

Visando regulamentar esse dispositivo, entrou em vigor em 1995 a Lei n. 9.099. Tal normativo regulamentou a aplicação do consenso no âmbito do processo penal brasileiro, trazendo os institutos da composição civil dos danos (art. 74) e da transação penal (art. 76) para as infrações de menor potencial ofensivo, bem como possibilitou a aplicação da chamada suspensão condicional do processo (art. 89) às infrações cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano.

Importante deixar claro, neste momento, que nosso país, ao permitir a utilização de referidos institutos, não deixou de obedecer ao princípio da legalidade, uma vez que o uso dos mesmos somente é possível quando presentes as hipóteses previstas em lei. Assim, mesmo com a Constituição Federal de 1.988 permitindo a utilização do consenso no processo penal, não o fez de forma desregrada, já que o seu art. 98, inciso I, ao prever a criação de Juizados Especiais pelos Estados, DF e União, deixa claro que sua atuação somente será possível nos casos legalmente previstos.

Estudando propriamente os institutos trazidos pela Lei 9.099/95, a composição civil, prevista no art. 74, nos traz um incentivo à conciliação entre o autor e a vítima do fato, objetivando se chegar a um acordo referente aos danos causados pela ação delitiva. A atribuição para propor essa tentativa de acordo é do Ministério Público, que é quem verifica a viabilidade de acordo, devendo ser obedecidos os preceitos legais, sendo essa composição facultativa para ambos envolvidos no conflito.

Portanto, a composição civil permite que ocorra um acordo entre as partes sobre os prejuízos civis já em uma audiência preliminar, podendo acarretar repercussão tanto no âmbito cível como penal. Nos casos em que o tipo de ação penal seja privada ou pública condicionada a representação, eventual acordo de composição civil poderá determinar a extinção da punibilidade para autor do fato.

Grinover et al (2002, p. 46) disserta sobre o tema, afirmando que:

A preocupação central, agora, já não é só a decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para o conflito. A vítima, finalmente, começa a ser redescoberta, porque o novo sistema se preocupou precipuamente com a reparação dos danos. Em se tratando de infrações penais da competência dos Juizados Criminais, de ação privada ou pública condicionada, a composição civil chega ao extremo de extinguir a punibilidade (art. 74, parágrafo único).

Já a transação penal, instituto previsto no art. 76 da retro citada lei, possibilita ao Ministério Público que, antes mesmo do início da ação penal, propor ao suposto autor do delito o cumprimento de uma pena restritiva de direitos. Caso aceita, será homologada pelo magistrado, não trazendo nenhum efeito de condenação, pois a mesma é considerada uma manifestação da ampla defesa. Importante relatar que a transação penal é um direito subjetivo do acusado, devendo o Ministério Público propô-la caso estejam presentes os requisitos legais.

Conforme nos ensina JESUS (2002, p. 68), o instituto da transação penal “não se trata de um negócio entre o Ministério Público e a defesa: cuida-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e a defesa, encerrando o procedimento”, constituindo-se como uma maneira de despenalização “pela aceitação de aplicação de pena menos grave”.

Finalmente, a suspensão condicional do processo tem vez nos casos de crimes cuja pena mínima cominada seja de até um ano. Portanto, ela abrangerá, também, alguns crimes que não se sujeitam ao procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95. A transação processual reflete no direito material, uma vez que extingue a punibilidade após o cumprimento das condições propostas. Conforme disserta JESUS, (2002, p. 115), referido instituto traz “uma alternativa à jurisdição penal, um instituto de despenalização: sem que haja exclusão do caráter ilícito do fato, o legislador procura evitar a aplicação da pena”.

A propositura, pelo Ministério Público, da suspensão condicional do processo depende da presença dos seguintes requisitos: que a pena mínima cominada ao crime seja igual ou inferior a um ano; que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; que preencha os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, descritos no artigo 77 do Código Penal. Estando presentes tais requisitos e caso aceito pelo suposto autor do delito, o processo ficará suspenso durante um período de prova que varia de dois a quatro anos.

Infelizmente, os meios e métodos disponíveis no Brasil para a resolução dos conflitos pelo consenso entre autor e vítima ainda ficam aquém do desejado, isso porque estão limitados aos crimes de menor potencial ofensivo e de restrita aplicação nos casos previstos na Lei 9.099/95.

VITIMOLOGIA

Conforme abordado no capítulo 2, ao final da Segunda Guerra Mundial a vítima passa novamente a ser observada dentro fenômeno criminal, em uma tentativa de deixar de lado o total abandono que a mesma experimentou na época anterior. Vários estudos relativos a ela foram desenvolvidos, iniciando-se uma terceira fase histórica da participação da vítima na resolução dos conflitos criminais, qual seja, a de seu redescobrimto.

Resumidamente, então, a vítima, no âmbito do processo penal, já esteve em diversas posições. Inicialmente ela se apresentava como ator principal do conflito, na época da chamada vingança privada. Posteriormente, na Idade Média, passou para uma posição secundária, com o fortalecimento dos feudos e da igreja. A partir do momento que o Estado trouxe para si a titularidade para impor sanções, a vítima passou por um total esquecimento, servindo, apenas, como um instrumento para o Estado impor sanção ao delinquente. E, por fim, com o final da Segunda Guerra Mundial, quando o mundo se mostrou perplexo e aterrorizado com as experiências do Holocausto, iniciou-se o período da redescoberta da vítima.

A partir deste momento, qual seja, o fim da Segunda Guerra Mundial, pode ser observada no mundo a substituição do modelo de Estado Liberal pelo de Estado Democrático de Direito. Isso possibilitou o início de movimentos de defesa dos interesses do ofendido, reconhecendo que a participação da vítima na solução dos conflitos criminais é de extrema relevância, seja por meio da discussão, da mediação ou da composição. Além disso, se estabeleceu uma visão da vítima e do ofensor como participantes de uma sociedade multicultural, ganhando força o chamado movimento vitimológico.

Nessa terceira fase, que é a que se vive atualmente, o Estado desenvolve uma consciência a respeito dos prejuízos sofridos pelas vítimas decorrentes de seu anterior esquecimento na resolução de conflitos. Além disso, temos o início do chamado movimento vitimológico, passando a vitimologia a ser discutida e difundida em estudos e exposições, aumentando consideravelmente a produção doutrinária relacionada às vítimas. Surgiu, ainda, organizações governamentais e não-governamentais de proteção ao ofendido, além de se

poder observar notícias de projetos de lei e reformas legislativas ligadas à criação de medidas penais favoráveis às vítimas.

Portanto, a vítima passa a ser vista novamente como elemento de destaque no fenômeno criminal, ganhando importância os estudos da ampliação de sua participação na resolução de conflitos, uma vez que a pacificação social e a garantia da dignidade da pessoa humana são de extrema importância ao desenvolvimento social.

Analisando as legislações de diversos países do mundo, como, por exemplo, as da Colômbia e Argentina, podem ser observadas diversas normatizações que buscam atender interesses das vítimas de crimes. No Brasil, tivemos formalmente sistematizado o reconhecimento dos direitos da vítima através da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 1º, inciso III, coloca a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, obrigando, assim, que todas as demais normas do direito interno tenham congruência com ela.

O primeiro estudioso a sistematizar trabalhos sobre a vítima foi Hans Von Hentig, que em 1948 publicou a obra “The criminal and his victim”, onde desenvolve a ideia da chamada “dupla criminal”, defendendo que muitos crimes não podem ser explicados apenas levando em conta o autor, pois a vítima pode contribuir decisivamente na cadeia de causa do crime. Benjamin Mendelsohn também é um dos pioneiros nesse estudo, sendo considerado por muitos o pai da vitimologia, tendo sido o primeiro a escrever um artigo sobre o assunto em 1937, mas apenas em 1956 publicou sua obra mais importante, intitulada “La Victimologie”. VIANA (2014, p. 65-66).

No Brasil também existem surgiram estudos sistematizados sobre a vítima, como os realizados por Edgar de Moura Bittencourt, em sua obra “Vítima”, e por Antonio Scarance Fernandes em “O papel da vítima no processo penal”.

Alguns autores, ainda, observando o grande desenvolvimento que a vitimologia tem experimentado nos últimos tempos, começam a desenvolver a ideia de uma futura vitimodogmática. Como exemplo temos Schünemann apud Viana (2014, p. 65), que disserta que:

Se a referência à vítima nunca foi estranha ao Direito Penal, a vitimodogmática sugere valorar e incorporar os conhecimentos e princípios vitimológicos na delimitação das categorias e figuras delitivas, além de recorrer a influência da vítima na resolução dos problemas dogmáticos, atenuando ou, até mesmo, excluindo a responsabilidade penal, em particular no tocante aos crimes patrimoniais.

Considerando que o início dos estudos da vitimologia se iniciou somente no final da primeira metade do século passado, podemos considerá-la como uma matéria relativamente

nova dentro do sistema criminal. Em razão disso, sua posição na ciência penal ainda é muito discutida, com grande divergência entre autores a respeito de sua autonomia. Alguns doutrinadores a colocam como um ramo da criminologia, já outros acreditam que a vitimologia é uma ciência autônoma, independente.

Independentemente dessa discussão, o fato é que, conforme disserta MAIA (2003), “Os estudos de vitimologia têm dado imensa contribuição para a compreensão do fenômeno da criminalidade, contribuindo para melhor enfrentamento, a partir da introdução do enfoque sobre as vítimas atingidas e os danos produzidos”

Sobre essa importância dos estudos vitimológicos, MOLINA & GOMES (1997, p. 69) ensinam que:

Em todo caso, o movimento vitimológico persegue uma redefinição global do *status* da vítima e de suas relações com o delinquente, com o sistema legal, a sociedade, os poderes públicos, a ação política (econômica, social, assistencial etc.). Identificar, em consequência, as expectativas da vítima, assim como a valiosa contribuição que cabe esperar dos numerosos estudos científicos sobre a mesma, com pretensões *monetárias, mercantilistas*, representa uma manipulação simplificadoras que a realidade empírica desmente. Pois os estudos científicos demonstram abundantemente – se se realizam com uma razoável imediação temporal em relação ao delito – que o que a vítima mais espera e exige é justiça e não uma compensação econômica.

136

JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando se faz uma análise sobre o surgimento, desenvolvimento e importância da vitimologia, pode-se afirmar que os interesses e necessidades da vítima estão entrelaçadas com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Para que a sociedade efetivamente chegue a uma pacificação social por completo, deve observar o interesse da vítima em ter o conflito resolvido bem como responder efetivamente ao autor do fato.

Visando efetivar a participação da vítima no âmbito da justiça penal, buscam-se institutos que possibilitem esta maximização, sendo que uma das principais alternativas que se coloca é a Justiça Restaurativa.

A ideia básica principal da Justiça Restaurativa está ancorada na resolução dos problemas sociais dos indivíduos envolvidos em um conflito, buscando-se uma solução através da colaboração dos mesmos. Ela possibilita que os indivíduos afetados pela criminalidade possam expressar, de forma real e justa, como estão se sentindo em relação ao fenômeno criminal em que estão envolvidos, bem como possibilitando a discussão de uma maneira em que poderia ocorrer uma reparação aos danos provocados. Além disso, busca

realizar uma abordagem reintegradora ao transgressor, permitindo ao mesmo corrigir seus erros sem ficar estigmatizado por eles.

Conforme explica PINTO (2005, p. 20):

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Conforme relatado, portanto, o que se compreende é que, ao contrário do que ocorre no modelo retributivo, a justiça restaurativa permite que a vítima figure como a principal parte do processo, e, além disso, que a comunidade e também o transgressor participem efetivamente da solução do conflito, possibilitando a este último reparar o dano causado pelo crime, assumindo a responsabilidade por suas condutas e buscando se reconciliar com a vítima. Fica longe, assim, do sistema tradicional, onde o que se propõe é unicamente a punição ao infrator pelo Estado, se esquecendo que, muitas vezes, as vítimas precisam de outras respostas a seus interesses que vão além da punição ao infrator, deixando, assim, de promover a pacificação social na resolução dos conflitos.

Defendendo a participação de todos envolvidos na resolução dos conflitos, MOLINA & GOMES (1997, p. 303) dissertam que:

O crime não é um tumor nem uma epidemia, senão um doloroso “problema” interpessoal e comunitário. Uma realidade próxima, cotidiana, quase doméstica: um problema “da” comunidade, que nasce “na” comunidade e que deve ser resolvido “pela” comunidade. Um “problema social”, em suma, com tudo que tal caracterização implica em função de seu diagnóstico e tratamento.

Basicamente, as principais diferenças que podem ser observadas entre a justiça retributiva e a justiça restaurativa podem ser sintetizadas em uma tabela:

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
O crime é ato contra a sociedade , representada pelo Estado.	O crime é ato contra a comunidade , contra a vítima e contra o próprio autor do fato .

O interesse na punição é público .	O interesse em punir ou reparar é das peessoas envolvidas no fato .
Predomina a Indisponibilidade da ação penal	Predomina a Disponibilidade da Ação Penal
Concentração do foco punitivo está sobre o infrator	Concentra-se no foco conciliador
Predomínio das penas privativas de liberdade	Reparação do dano e Penas alternativas
Penais cruéis e humilhantes	Penas proporcionais e humanizadas
Pouca assistência à vítima	Foco: assistência à vítima

Com certeza podemos afirmar que o que a Justiça Restaurativa proporciona de mais relevante é resgatar a dignidade da vítima, afastando ela do perverso sistema penal retributivo, que apenas a revitimiza, submetendo-a a novas humilhações.

Conforme ensina Scarance Fernandes (1.995, p. 56), o sistema retributivo acaba por obrigar a vítima a colaborar com a justiça criminal, entretanto referido sistema não analisa que na realidade é que ela, vítima, é um sujeito de direitos, devendo ter meios no processo de defendê-los de forma eficaz e concreta, sejam eles direitos ligados a interesses civis e criminais, sejam ligados à sua tranquilidade, vida privada, intimidade.

VIABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Estabelecidas as premissas básicas a respeito da justiça restaurativa, resta nesta parte do estudo avaliar a compatibilidade de sua implantação no sistema jurídico criminal brasileiro. Ressalta-se, inicialmente, que nos países que adotam o sistema da *common law* a opção restaurativa, em regra, é melhor recepcionada, ao contrário do que ocorre nos sistemas

baseados na *civil law*, onde se observa uma maior resistência dos operadores e estudiosos a respeito de implantações de tais políticas.

Portanto, não basta simplesmente importarmos ações de justiça restaurativa de outros países, principalmente daqueles que possuem tradição jurídica bem diferente da nossa, sendo necessário se estabelecer nosso próprio procedimento de justiça restaurativa.

Importante salientar que o Brasil não tem uma política criminal sustentada em sólidas estruturas. O que observamos é que nossos legisladores atuam de acordo com a conveniência do momento, pois, ao mesmo tempo em que estabelecem previsões de medidas duras, autoritárias, também criam formas e institutos processuais baseados em uma ordem criminal consensual. Para verificar isso, basta que se observe as criações legislativas dos anos 90, que, ao mesmo tempo em que trouxe políticas repressivas extremamente duras, como a Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos), Lei n. 9034/95 (crime organizado), além de outras leis que promoveram o endurecimento das penas e da execução penal, também desenvolveu políticas que se apresentam de acordo com as reivindicações da moderna criminologia, como as Leis n. 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), Lei n. 9.714/98 (aumentou rol de penas restritivas e possibilidades de substituição das privativas de liberdade e Lei n. 10.259/2001 (ampliou os crimes considerados de menor potencial ofensivo).

139

Em estudo a respeito da compatibilidade da Justiça Restaurativa com o ordenamento jurídico pátrio, Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 29) disserta que:

O modelo restaurativo é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, em que pese ainda vigorar, em nosso direito processual penal, o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública. Tal princípio, contudo, se flexibilizou com a possibilidade da suspensão condicional do processo e a transação penal, com a Lei 9.099/95.

Analisando nosso ordenamento, é possível observar que a Justiça Restaurativa e os Juizados Especiais Criminais guardam muita semelhança entre si, sendo que as formas procedimentais destes podem auxiliar nos objetivos e necessidades pregados por aquela, o que facilitaria adequar a Justiça Restaurativa à realidade dos Juizados Especiais Criminais sem que ela perdesse suas diretrizes e contornos próprios.

Importante lembrar, nesse momento, os ensinamentos de BARROSO (2010, p. 380), que disserta que:

No direito brasileiro a tipificação de condutas penais e a fixação de penas aplicáveis são matérias reservadas à lei e, mais que isso, são privativas de lei formal. Doutrina e jurisprudência reconhecem ampla liberdade de

conformação ao legislador na definição dos crimes e das sanções, de acordo com as demandas sociais e com as circunstâncias políticas e econômicas da época. Respeitadas as proibições e as imposições de atuação, a matéria é largamente relegada à deliberação das maiorias parlamentares.

Portanto, pode-se afirmar que é perfeitamente possível a implantação no Brasil da justiça restaurativa como alternativa à sanção penal, entretanto essa possibilidade depende do trabalho de nosso legislador ordinário, em razão da obediência do princípio da legalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que foi estudado, fica claro que as premissas básicas que regem a Justiça Restaurativa, além de estar perfeitamente de acordo com nosso ordenamento jurídico, também atende aos fundamentos e objetivos propostos pela Constituição Federal de 1.988, quais sejam, o de garantir a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Muitos estudiosos criticam a justiça restaurativa afirmando que a implantação de tal política criminal ofenderia garantias e direitos fundamentais do acusado, entretanto, respondendo a tais críticas, MOLINA & GOMES (1997, p. 423), ao analisarem os benefícios trazidos na Lei n. 9.099/95, defendem que é perfeitamente possível que não se utilize alguns direitos fundamentais garantidos pelo devido processo legal clássico em contraposição de outros benefícios que também exaltam direitos fundamentais, como a dignidade, a duração razoável do processo, a ressocialização. Diante de conflitos entre direitos fundamentais, a solução deve se basear nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, conclui-se que é plenamente possível estabelecer um procedimento restaurativo no âmbito da justiça Criminal capaz de trazer respostas às expectativas da vítima e de acordo com o que estabelece a lei. As chaves para se fazer um processo mais humano e que se preocupa com os envolvidos no fenômeno criminal passam pela discussão da Justiça Restaurativa, dos Juizados Especiais Criminais e dos Direitos Humanos.

A menor intervenção do Estado na solução da lide é uma grande tendência, tanto que no direito trabalhista e no direito civil a mediação, conciliação e arbitragem são institutos amplamente utilizados, divulgados e até estimulados. Assim, deve-se buscar que a justiça criminal também evolua, pois atualmente temos um processo longo e pouco eficaz, há a necessidade de se buscar soluções consensuais também no campo penal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol 1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Papel da Vítima no Processo Criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. 4. ed. rev, ampl. e atual. De acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil**. In SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf> Acesso em 07 dez.2014

JESUS, Damásio E. **Direito penal: parte geral**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAIA, Luciano Mariz. Palestra proferida no painel Vitimologia e Direitos Humanos, na II Conferência Internacional de Direitos Humanos, da Ordem dos Advogados do Brasil, em Teresina-PI, em 12.10.2003. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmmaia_vitimologia_dh.pdf acesso em 07 de dez. 2014

MIRABETE Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Ed. Atlas. 26ª ed. Revista e Atualizada. 2010.p. 16.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de & GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa como perspectiva de superação do paradigma punitivo**. Disponível em: http://uenp.edu.br/index.php/home-doc-oficiais-uenp/doc_view/1935-marcelo-goncalves-saliba. Acesso em: 06 dez. 2014

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 2. ed. Salvador: Editora juspodium, 2014.

O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL NA REPRESSÃO ÀS CONDUTAS CRIMINOSAS INTERNACIONAIS E NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

*Gabriela Bonora de Farias TRINDADE*¹¹⁹

RESUMO

O presente artigo visa fomentar a discussão acerca do direito internacional penal, ramo ainda pouco explorado pelos juristas brasileiros, mas que nos últimos anos vem ascendendo de maneira exponencial no cenário internacional. Expondo de maneira clara e direta a evolução desta esfera do direito penal, discorre sobre o papel que os documentos e tribunais desta área desenvolveram e continuam a desenvolver na busca pela proteção dos direitos humanos. Ainda, há uma breve justificativa sobre o Estatuto de Roma, que hoje é o principal documento acerca do direito internacional penal, e que resultou na criação de um Tribunal Penal Internacional, projeto que deu seus primeiros passos após a Primeira Guerra Mundial e que engatinha agora para sua consolidação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito internacional penal. Direitos humanos. Estatuto de Roma. Tribunal Penal Internacional.

142

ABSTRACT

This paper aims to foment the discussion about the international criminal law, area still not very explored by the Brazilians jurists, but that in the past few years have been ascending in an exponential way in the international scenario. Exposing in a clear and direct way the evolution of this field of criminal law, this paper talks about the function that the documents and courts of this area have developed and continue to develop in the pursuit of the human rights protection. More, there is a brief justification about the Rome Statute, that nowadays is the mainly document about international criminal law, and that resulted in the implementation of an International Criminal Court, draft that gave its first steps after the First World War and that now crawls into its consolidation.

KEY-WORDS: International criminal law. Human rights. Rome Statute. International Criminal Court.

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional como um todo pode ter sua origem remontada ao momento em que o homem passa a se organizar em forma de Estados, estes que se relacionam, criando deveres, direitos e impondo limites entre eles. Respeitadas posições contrárias, que afirmam ser outro o marco histórico de referido campo do Direito, a Justiça Penal Internacional dá seus

¹¹⁹

Estudante de Graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

primeiros passos efetivos ao fim do século XIX e ao longo do século XX, sempre diante de barbáries cometidas contra a pessoa humana.

E é nesse momento que a figura do indivíduo passa a ter relevante importância no âmbito do Direito Internacional, que até então regulava quase que exclusivamente as relações entre Estados, sendo de pouco interesse o papel dos particulares.

A guerra também sempre esteve presente na realidade social, sendo, inclusive, legitimada ao longo de séculos como forma de proteção e garantir segurança. Contudo, a humanização do direito internacional, bem como o aperfeiçoamento das armas utilizadas, sendo cada vez mais potentes e letais, mudaram alguns aspectos desse ramo da sociedade.

Implodem na primeira metade do século XX as duas grandes guerras, que causaram estragos nunca antes vistos no mundo. Especialmente no que se refere ao holocausto na “Era Hitler”, a população mundial clamava por justiça e punição aos responsáveis por tamanho descaso ao ser humano, independente de sua origem. E eis que temos o primeiro precedente da Justiça Internacional Penal: o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, responsável pelo julgamento de diversas autoridades e personalidades alemãs envolvidas diretamente nos crimes humanitários ocorridos durante o período de 1939 a 1945.

Desde então, outros precedentes foram surgindo, como o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, bem como o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, estes dois últimos, tribunais *ad hoc*, criados pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.

Chega-se, finalmente, ao Estatuto de Roma e a criação do Tribunal Penal Internacional, regulamentando o chamado “*jus post bellum*”. Em seu pouco tempo de existência, ainda não teve a oportunidade de realmente demonstrar a que veio, com pouquíssimas investigações, menores quantidades de julgados e diversas posições contrárias de diversos Estados, órgãos e estudiosos ao redor do mundo.

A pesquisa neste artigo, então, focar-se-á no estudo do direito internacional penal, especificamente naquilo que corresponde ao Tribunal Penal Internacional e seu efetivo papel na garantia e proteção dos direitos humanos, englobando quais são as sanções passíveis de serem cominadas, bem como sua competência territorial e material.

Dessa forma, buscam-se respostas para a seguinte indagação: como a existência de um recente tribunal em nível internacional, que ainda possui sua legitimidade discutida e contestada por diversos Estados pode reprimir condutas criminosas que atinjam a humanidade como um todo, protegendo a raça humana?

OS PRIMEIROS PASSOS DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO NA HISTÓRIA

Em meados do século XIX, após presenciar as barbáries da Batalha de Solferino, no norte da Itália, Henry Dunant publica algum tempo depois a obra *Lembranças de Solferino*, que serviria como inspiração para os primeiros passos do direito internacional humanitário. Junto a essa batalha, que pode ser considerada como a principal da Guerra de Unificação da Itália, exsurge a Guerra de Secessão dos Estados Unidos. Todo esse cenário da Era Industrial foi de grande utilidade, pois “essa mesma época assistiu ao nascimento do esforço internacional para limitar os efeitos destrutivos das guerras, o que alavancou o DIH contemporâneo”.

O Direito Internacional Humanitário (DIH) consiste no conjunto de normas jurídicas internacionais de origem convencional ou consuetudinária, que disciplina os conflitos armados, internacionais ou não internacionais, restringindo os meios e os métodos utilizados na guerra, assegurando direitos aos não combatentes (feridos, prisioneiros de guerra e população civil) e também punindo aqueles que cometem violações a suas regras.

144

Assim, o Direito Internacional Humanitário nada mais é do que “o corpo de normas aplicável quando a violência armada alcança o nível de conflito armado, internacional ou não”. O Movimento da Cruz Vermelha que surgiu em 1863, que na definição do Comitê Internacional da Cruz Vermelha em seu site oficial, tem como único objetivo desde sua criação a proteção e a assistência às vítimas de conflitos armados e tensões, pode ser considerado como o grande marco inicial do direito internacional humanitário. Especialmente no que se refere à Guerra de Unificação da Itália e a Guerra de Secessão dos Estados Unidos, que culminaram em uma série de tratados que ficaram conhecidos como Convenções de Genebra.

A IMPORTÂNCIA DOS CONFLITOS ARMADOS DO SÉCULO XX PARA O DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Apesar dos esforços despendidos no final do século XIX e início do século XX para limitação dos conflitos armados, em 1914 implode a Primeira Guerra Mundial, então simplesmente chamada de Grande Guerra. Nunca antes na história se havia presenciado conflito armado tão impactante, seja em extensão (participação de países da Europa, América do Norte e Latina, Ásia e algumas colônias africanas), seja em número de vítimas, seja no

avanço do arcabouço beligerante e tecnológico, até então inéditos. Os mais otimistas chegaram a referir-se a ela como “*a guerra para acabar com todas as guerras*”.

A Primeira Guerra Mundial envolveu quase a totalidade dos Estados Europeus e todas as grandes potências mundiais da época. “De 1914 em diante, as guerras foram inquestionavelmente guerras de massa. Mesmo na Primeira Guerra Mundial, a Grã-Bretanha mobilizou 12,5% de seus homens para as Forças Armadas, a Alemanha 15,4%, e a França quase 17%”.

Dessa forma, infelizmente, a Primeira Guerra Mundial significou um imenso retrocesso com relação às leis e convenções estatuídas em Genebra e Haia, especialmente naquilo que diz respeito à indiferença dos Estados combatentes com relação aos direitos tão penosamente instituídos alguns anos antes.

Chega ao fim a *Grande Guerra* em 1918 e surge, então, o tratado de paz entre as potências aliadas e associadas e a Alemanha e protocolo anexo, popularmente conhecidos como Tratado de Versalhes, assinados em 28 de junho de 1919.

Além da criação da Liga das Nações, o Tratado de Versalhes, em sua sétima parte, previa a imputação de responsabilidade criminal ao Cáiser Guilherme II em razão dos atos cometidos e por ele liderados no período de 1914 a 1918, bem como a implementação de um tribunal para julgar e condenar todos os envolvidos no conflito que tenham desrespeitado as leis de guerra.

Essa primeira tentativa de um tribunal militar internacional seria, no entanto, arruinada. O Cáiser alemão se refugiara na Holanda, país que entendeu o julgamento como de um crime político, motivo pelo qual se recusaram a extraditá-lo.

Apesar da dimensão da Primeira Guerra Mundial, tal fenômeno não foi suficiente para que fosse banido o direito de guerra inicialmente. O Pacto da Sociedade das Nações, que constituía os primeiros trinta artigos do Tratado de Versalhes, continuou admitindo referido instituto, porém, como segunda alternativa a ser tomada, ou seja, a instauração de nova guerra seria perfeitamente legítima desde que não fosse a opção tomada de pronto diante de eventuais conflitos. Alguns anos depois, mais precisamente no ano de 1928, contudo, o Pacto de Paris mudaria tal concepção no cenário internacional, condenando a guerra e a ela renunciando.

Ao passo que um lado do globo não desejava outra guerra e buscava de todas as formas evitá-la, o outro a idolatrava, a desejava, pois a via como a tão sonhada revanche. “Em termos mais simples, a pergunta sobre quem ou o que causou a Segunda Guerra Mundial pode ser respondida em duas palavras: Adolf Hitler”.

A Segunda Guerra Mundial causou perdas incalculáveis. As batalhas envolviam militares e civis, não havia tempo e nem vontade para distinções. Ao descobrir os horrores que o Holocausto acarretou milhares de judeus, ciganos, pessoas portadoras de deficiências físicas e mentais, a violência que o Japão submeteu à China, dentre tantos outros crimes cruéis e imensuráveis ocorridos durante o conflito, o mundo clamava pela punição dos responsáveis. Nem em meio a uma grande guerra como foi a Segunda Guerra Mundial era possível imaginar tamanha barbárie, seres humanos sendo tratados como material dispensável a qualquer momento e das maneiras mais cruéis possíveis.

Passou-se a indagar ao fim da Segunda Guerra como seria capaz o direito interno de proteger os direitos humanos quando o próprio Estado ataca seus nacionais de forma tão brutal como havia ocorrido. Surge, dessa forma, no seio da sociedade internacional o apelo para uma nova modalidade de proteção aos direitos do homem: a proteção *universal*. “Reconheceu-se, então, uma vinculação entre a defesa da democracia e dos direitos humanos e os interesses dos Estados em manter um relacionamento pacífico na comunidade internacional”.

Em 8 de agosto de 1945 foi selado o Acordo de Londres, assinado pelas três principais potências da época (Estados Unidos, Reino Unido e a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) e, posteriormente, pela França, pondo fim à Segunda Guerra Mundial, com a rendição da Alemanha. É nesse documento que há a criação propriamente dita do Tribunal Militar de Nuremberg, responsável pelo julgamento dos principais estadistas alemães acusados de terem cometido algum dos crimes previstos no art. 6º do Estatuto de Nuremberg.

A ONU já havia iniciado trabalhos na construção de um direito internacional penal e na preparação para criação de um tribunal de caráter internacional para processar e julgar crimes de guerra, tendo sido aprovada, inclusive, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio em 1948, a qual em seu artigo 6º previa a existência de uma corte penal internacional.

Art. VI - As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.

Conforme solicitação da Assembleia Geral das Nações Unidas, o Comitê de Direito Internacional iniciou a formulação dos princípios reconhecidos durante o Julgamento de Nuremberg no sentido de instituir um projeto de código dos crimes contra a paz e a segurança

da humanidade. No entanto, uma versão do Código de 1954 só seria aprovada pela Comissão em 1994.

É durante o período pós-guerra que os ditos direitos de terceira dimensão, ou geração, são positivados. Em 26 de junho de 1945, é criada a Organização das Nações Unidas, na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos da América, substituindo a antiga e fracassada Liga das Nações, sendo até os dias atuais o principal organismo mundial de proteção dos direitos humanos. O principal propósito da Carta das Nações Unidas, que efetivamente origina as Nações Unidas, é o progresso econômico e social de todos os povos e, mais que isso, ao evitar o uso das forças armadas, a garantia da paz e segurança internacionais. É formada por diversas organizações subsidiárias, sendo elas a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Secretariado, o Tribunal Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Direitos Humanos, dentre outras instituições especializadas.

“Assim, é a Carta de São Francisco, sem dúvida, o primeiro tratado de alcance universal que reconhece os direitos fundamentais de *todos* os seres humanos, impondo o dever dos Estados de assegurar a dignidade e o valor do ser humano”. Contudo, ao passo que o período após a criação da ONU significou intenso processo legislativo dos Direitos Humanos Internacionais, o Direito Humanitário em si foi posto de lado em razão da Guerra Fria que se estabeleceu entre o leste e o oeste do globo.

Não é difícil compreender a razão dessa estagnação. Na organização da ONU, o Conselho de Segurança é um dos principais organismos, e dentro deste, cinco países são considerados membros permanentes, todos com poder de veto sobre as decisões do órgão. Não coincidentemente, tais países são os principais vencedores da Segunda Guerra Mundial: Estados Unidos, União Soviética, Reino Unido, França e China. Devido a grande influência dessas potências, estando entre elas, inclusive, os principais líderes de cada lado da guerra fria, a ONU muitas vezes se manteve inerte com relação a alguns conflitos, como a Guerra da Vietnã, conflito armado ocorrido neste país durante aproximadamente vinte anos.

Restou, assim, à população mundial aguardar o fim deste período, temendo uma terceira guerra, mas sabendo que a paz seria impossível. No final da década de 80 o socialismo no mundo começa a despencar, e a ONU passa, então, a agir no sentido da proteção humanitária.

OS TRIBUNAIS PENAISS INTERNACIONAIS *AD HOC* DA ONU – EX-IUGOSLÁVIA E RUANDA

Com o fim da Guerra Fria, a Justiça Internacional Penal dá mais um passo em direção à sua consolidação no cenário do Direito Internacional. Não livres de críticas, são criados no início a década de 1990 o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (*TPIY*) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (*TPIR*), cortes de caráter *ad hoc* criadas pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas em resposta às Guerras Civis e conflitos delas decorrentes que ocorreram nas referidas localidades.

Suas finalidades se resumiam basicamente em julgar acusados de crimes cometidos no território da antiga Iugoslávia desde 1991 e as pessoas responsáveis pelo desrespeito às regras de direito internacional humanitário em Ruanda e em localizações vizinhas durante o ano de 1994.

Aqui se vê interessante uma rápida exposição das quatro categorias que compõe atualmente o Direito Internacional Humanitário, quais sejam: o Direito da Haia, o Direito de Genebra, o Direito de Nova York e, por fim, o Direito de Roma.

Cada uma dessas categorias foi nomeada de acordo com o local da redação da maior parte de seus tratados. Dessa forma, o Direito da Haia refere-se ao regulamento dos meios e conduções das hostilidades ocorridas durante os conflitos armados. Conforme exposto anteriormente, as convenções da Haia aprovadas em 1899 e 1907 constituem o *jus ad bellum*, que foi totalmente revogado pela Carta de São Francisco que busca a prevenção da guerra, admitindo-a apenas em casos de legítima defesa, ou com autorização do Conselho de Segurança da ONU ou em casos de guerra de libertação nacional, e o *jus in bello*, que regulamenta as medidas ofensivas e defensivas durante as hostilidades armadas – direito que continua vigente e que possui extrema importância no cenário global atual, visto os diversos conflitos armados que vêm ocorrendo.

Quanto ao Direito de Genebra, conforme já mencionado, este regula as relações com a população não combatente, os civis que não possuem qualquer vínculo direto com os conflitos, além do combatente ferido ou prisioneiro. Foi esse direito que evocou em caráter internacional a conciliação das guerras com as leis da Humanidade, conferindo, ainda que durante período de guerra, consciência de proteção ao homem.

O Direito de Nova York pode ser resumido àquele criado em torno das normas da ONU, a qual possui sua sede na cidade norte-americana, com o objetivo de ampliar a proteção conferida aos direitos humanos durante hostilidades armadas. Podemos citar como documentos pertinentes ao Direito de Nova York a Resolução 2.444 de 1968 sobre o Respeito aos Direitos Humanos em período de conflito armado, a Declaração sobre a Proteção das Mulheres e Crianças em Período de Urgência e Conflito Armado de 1974, a Convenção sobre

Proibições ou Restrições ao Uso de Certas Armas Convencionais de 1980, a Convenção sobre a Proibição das Armas Químicas e Biológicas de 1993, entre outras.

O Direito de Nova York, em síntese, contribuiu para aumentar a proteção já dada pelo Direito de Genebra e da Haia. Logo, essa diferença doutrinária entre *Direito da Haia*, *Direito de Genebra* e *Direito de Nova York* é difícil de ser verificada na prática, pois há confluência entre as subespécies.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas, evidenciou-se a necessidade de confirmação de todos os direitos já previstos mesmo antes dos dois maiores conflitos armados internacionais. É essa a principal função empenhada pelo Direito de Nova York.

Recentemente, o DIH passou também a se preocupar com a punição aos autores de violação de suas regras (os chamados criminosos de guerra), constituindo o chamado *jus post bello*, basicamente no que se resume o Direito de Roma.

JURISDIÇÃO UNIVERSAL COMO PRINCÍPIO ESSENCIAL DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

149

Após o fim da Guerra Fria, “limitação geopolítica que sustou o andamento de negociações diplomáticas e aspirações acadêmicas datadas de pelo menos cinquenta anos antes do fim da II Guerra Mundial”, foi possível a retomada dos trabalhos no sentido de criação de um tribunal de jurisdição internacional para julgar os principais criminosos em conflitos armados.

Por fim, “em 17 de julho de 1998 foi adotado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), seus Anexos e a Ata Final da Conferência de Roma sobre o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional”. É através deste documento que chegamos ao Direito de Roma, responsável pela regulamentação do *jus post bello*, ou seja, o direito depois da guerra, o direito de julgar e punir aqueles que cometem os crimes de maior gravidade contra a raça humana.

Ao longo da história, o conceito de crime internacional sofreu profundas alterações. Precipuamente, estava intimamente ligado com os delitos cometidos pelos piratas em alto mar, principalmente durante o período das grandes navegações. Com o decorrer do tempo, também foi objeto de criminalização em nível internacional a traficância de escravos, mulheres, crianças e entorpecentes, chegando aos atos terroristas e de lavagem de dinheiro. “Apesar da extraordinária evolução do Direito Internacional Penal, não existe, ainda, um

Código de Crimes Internacionais”. Atualmente, no entanto, com o advento do Estatuto de Roma, o direito internacional penal passou a preocupar-se prioritariamente com os delitos ali descritos, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão – excluindo os demais do caractere de crimes internacionais *stricto sensu*. No entanto, mister se faz sinalizar que a proteção penal dos direitos humanos em âmbito internacional não ocorre apenas com a criminalização de determinadas condutas pelo Estatuto de Roma, mas também com a cooperação internacional entre os Estados para punir os responsáveis por ações que não podem ser delimitadas a um só território.

A proteção penal dos direitos humanos no plano internacional é composta de duas facetas: (i) a obrigação dos Estados de criminalizar determinadas condutas ofensivas a direitos humanos e, ainda, (ii) a obrigação dos Estados de investigar, processar criminalmente e punir os autores das violações de direitos humanos.

Não obstante tal delimitação das condutas típicas de competência do Tribunal Penal Internacional, é possível observar a condição rudimentar do direito internacional penal com uma rápida leitura do Estatuto de Roma – ao mesmo tempo em que enumera os crimes que serão julgados pelo TPI, deixa de deslindar a exata conduta que compõe cada tipo, tampouco fixa critérios para dosimetria da pena, o que conseqüentemente deixa de definir a gradação de gravidade dos tipos ali presentes.

Cretella Neto traz, por outro lado, o principal critério que deve ser utilizado pelos magistrados da corte ao analisar a conduta de determinado acusado por um crime internacional:

Se o homicídio for enquadrado na categoria “crime contra a Humanidade”, não deverá consistir meramente em uma violação única ou múltipla do Direito Internacional Humanitário, embora possa ser séria. Na realidade, o homicídio é simplesmente *um dos elementos* de uma extensa conduta criminosa, e o homicida deverá ter agido com consciência de que sua conduta fez parte de um contexto mais amplo e geral.

Reafirma-se o papel de julgador global que assume o Tribunal Penal Internacional. Para que este seja competente, é necessário que a conduta a ser investigada, julgada e condenada possua uma gravidade tal, em decorrência do horror e da barbárie que determinam ou pela vastidão do perigo que provocam no mundo, que passam a interessar toda a sociedade dos Estados concomitantemente. “A proteção dos direitos humanos não deve se reduzir a domínio reservado de quaisquer países e das respectivas soberanias, porque revela interesse

da comunidade internacional para preservação da própria espécie racional”.

Assim é que se justifica o surgimento da ideia de jurisdição universal. Os quatro critérios clássicos de fixação de competência penal – de acordo com o local do crime, com a proteção nacional, com o autor ou com a vítima do delito – não se mostram suficientes para determinar a competência quando se está diante de um crime internacional, sequer exercem eficaz repressão contra essas condutas.

Apesar da grande discussão doutrinária que se formou ao longo dos últimos anos acerca da ideia de jurisdição universal, autores como Cássio Buenvenuti de Castro, André de Carvalho Ramos, José Cretella Neto e Valério de Oliveira Mazzuoli a definem como sendo o direito de um Estado processar violadores de normas de direito internacional penal, ainda que não haja qualquer conexão de territorialidade ou pessoal entre o delito e o Estado em questão.

Justifica-se tal posicionamento no caráter de extrema importância que assumem os bens assegurados por referido ramo do direito internacional, sendo assim, assunto de todos os países.

O princípio da *jurisdição universal* reflete a noção de que certos crimes são de tal modo abomináveis e aberrantes, que todos os Estados têm – em tese, ao menos – interesse em assegurar que os criminosos sejam levados a julgamento. O princípio fornece, assim, a base jurídica para que os tribunais de qualquer país julguem suspeitos em casos envolvendo esses crimes, independentemente do local dos fatos ou da nacionalidade dos criminosos ou de suas vítimas.

151

Um dos mais famosos casos em que houve a aplicação do princípio da jurisdição universal envolve o ex-ditador chileno Augusto José Ramón Pinochet Ugarte. Em julho de 1996 foi oferecida denúncia perante a Corte Central de Investigação Penal espanhola em face do ex-General e outros líderes chilenos, alegando a prática de genocídio, terrorismo e tortura durante o período ditatorial de 1973 a 1989 naquele país.

A Corte em questão não apenas recebeu a denúncia, como também solicitou a prisão temporária de Pinochet às autoridades britânicas – onde o ex-ditador se encontrava e foi mantido preso provisoriamente, tudo sob a fundamentação da jurisdição universal – Pinochet havia cometido durante a ditadura militar diversos crimes contra a humanidade, tais como genocídio e tortura.

Utilizando-se da mesma motivação e durante o mesmo período, o governo da Bélgica solicitou a expedição de um mandado de prisão internacional contra o ex-presidente chileno após uma denúncia realizada por diversos cidadãos chilenos exilados naquele país, a qual

relatava a prática de diversos crimes internacionais praticados por Pinochet nos anos em que esteve no poder.

Fato que, devido ao estado de saúde debilitado em que Pinochet já se encontrava nessa época, o governo britânico não autorizou sua extradição para qualquer das nações que assim requereram. De qualquer modo, os pareceres jurídicos envolvendo o caso significaram um grande avanço para a jurisdição universal, demonstrando o interesse e a responsabilidade que todos os Estados do globo possuem sobre os crimes internacionais.

Também a própria jurisdição do TPI é justificada no princípio da universalidade. “O Tribunal Penal Internacional, efetivamente, funda-se em dois princípios basilares, compatíveis e decorrentes da universalização dos direitos humanos: norma da jurisdição universal e da complementaridade”. Por um lado, o Tribunal possui absoluto interesse no conhecimento e julgamento dos crimes que são cometidos a níveis internacionais, sendo essa a própria natureza do TPI. Porém, ele apenas exercerá tal jurisdição de maneira complementar – quando o Estado competente não o fizer ou demonstrar que o faz de maneira a fraudar o devido processo, escusando o criminoso de sua responsabilidade.

O TPI pode exercer sua jurisdição sobre quaisquer crimes de guerra, ainda que não tenham sido cometidos como parte de uma ação maciça e sistemática, a menos que um Estado demonstre estar genuinamente interessado em processar e julgar o caso, e que o Tribunal Penal Internacional considere apropriado que esse caso seja julgado por um tribunal nacional.

Fundamentado na jurisdição universal, o Tribunal Penal Internacional tem se envolvido em questões de crimes internacionais ocorridos em Estados que não são membros do Estatuto de Roma. É o que vem acontecendo com a situação em Darfur, no Sudão.

O Sudão é um país africano presidido pelo militar Omar al-Bashir, assolado pela pobreza e que no ano de 2011 foi separado em Sudão e Sudão do Sul após anos de conflito entre grupos armados do norte e do sul do país, este último de maioria não-árabe. A região de Darfur, no oeste do Sudão, vem sendo palco, oficialmente desde 2003, de grandes barbáries contra o direito humanitário, e o apoio do governo ao grupo *janjawid* - milicianos recrutados entre os baggara, tribos nômades africanas de língua árabe e religião muçulmana – levou a Procuradoria do TPI a oferecer denúncia contra o presidente pelo cometimento de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio.

Não obstante o Sudão não ser um Estado Parte do Tribunal Penal Internacional, tampouco haver qualquer acordo especial para que este exerça seu poder e funções no

território do país, nos termos do artigo 4º do Estatuto, o Conselho de Segurança da ONU reportou os acontecimentos em Darfur ao Procurador do TPI, que desde 2005 vem tentando levar o militar a julgamento perante os juízes internacionais do Tribunal, expedindo, inclusive, dois mandados de prisões internacionais, porém, sem sucesso até o momento.

O TPI têm enfrentado problemas para a captura de Omar al-Bashir em virtude da não-cooperação de países africanos com o órgão jurisdicional. É fato notório que muitos dos países da África e do Oriente Médio não reconhecem a competência do Tribunal, o que tem ocasionado a impunidade de vários líderes de Estado que nada fazem ou que até mesmo provocam conflitos armados internos e internacionais, violando direitos de cidadãos do mundo todo.

Razões políticas impedem a adoção plena da jurisdição universal, sob a justificativa de que, se chefes de Estados que cometem delitos contra seus próprios cidadãos se sentirem ameaçados de prisão em outros países, tentarão, de qualquer maneira, agarrar-se ao poder. Na realidade o que se receia são eventuais problemas diplomáticos que podem surgir entre Estados, em decorrência de ordens judiciais expedidas em um deles contra cidadãos proeminentes de outro Estado.

153

Recentemente, o presidente do Sudão fez uma visita à África do Sul – Estado Parte do Tribunal Penal Internacional – para uma conferência da União Africana e, apesar da determinação para que não deixasse o país até que a Suprema Corte de Pretória decidisse acerca de sua detenção em cumprimento ao mandado de prisão expedido pela Corte internacional, al-Bashir retornou ao Sudão com a suspeita de o ter feito, inclusive, com a bênção da União Africana.

O exemplo de Omar al-Bashir é apenas um entre vários problemas que o Tribunal Penal Internacional e a jurisdição universal vêm enfrentando para se consolidarem no combate ao crime internacional e garantia dos direitos humanos.

CRIMES NUCLEARES DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Conforme já mencionado no presente trabalho, em que pese a evolução pela qual os crimes internacionais passaram, hoje eles são considerados como sendo aqueles previstos no Estatuto de Roma de 1998. Dessa forma, crimes nucleares do atual direito internacional penal são aqueles para o qual o Tribunal Penal Internacional possui competência para julgar.

O artigo 5º do Estatuto de Roma enumera os crimes que são de competência do Tribunal Penal Internacional, conforme a seguinte redação:

A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

Interessante adiantarmos que o Estatuto previu que a competência do Tribunal sobre o crime de agressão somente será exercida após a aprovação de uma disposição que defina as condutas relativas ao crime de agressão, visto que durante a *PrepCom* não houve acordo entre os países participantes acerca da exata definição de tal delito. Mais adiante, todavia, trataremos do tema de maneira mais aprofundada.

A seguir, elucidamos os aspectos mais importantes acerca dos crimes nucleares do direito internacional penal.

CRIME DE GENOCÍDIO

O genocídio, apesar de ser um termo relativamente recente no âmbito do direito, é uma conduta praticada desde a Antiguidade contra seres humanos. A expressão, criada pelo advogado polonês Raphael Lemkin durante a Segunda Guerra Mundial, é a junção das palavras grega *genos*, que significa espécie, raça ou tribo, e latina *cide*, que corresponde ao verbo matar. Dessa forma, na livre tradução é a conduta de eliminar todo um povo, atividade muito comum do nazismo, que perseguiu, escravizou, torturou e matou as mais variadas populações, especialmente os judeus e ciganos, durante o período da 2ª Grande Guerra.

Dada à tamanha importância da repressão de crimes cometidos em um ataque generalizado ou sistematizado contra um povo, ocorrendo ou não como parte de um conflito armado, logo após o fim da 2ª Guerra Mundial foi aprovada a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, o primeiro tratado multilateral a combater um crime internacional, constituindo, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o marco inaugural da nova fase histórica dos Direitos Humanos.

Ainda, apesar da grande adesão internacional a esta Convenção, “a Corte Internacional de Justiça, através da *Advisory Opinion* de 28 de maio de 1951, afirmou ser esse tratado norma do Direito Consuetudinário Internacional, sendo obrigatório para todos os Estados”; ou seja, em que pese tratar-se de um acordo, que os países interessados devem ratificar, é uma norma de *jus cogens*, de cumprimento obrigatório a toda a humanidade.

Cretella Neto, apesar de reconhecer a importância de tal instrumento, levanta algumas críticas com relação a ele. Dentre elas, cita que o a Convenção padece de medidas realmente preventivas ao genocídio, tratando delas apenas de maneira sintética e vaga no artigo VIII; também ressalta o não estabelecimento de uma agência ou organização internacional para supervisionar a implementação das regras ali contidas; e, por fim, a concessão aos Estados-Parte de extradição “de acordo com suas leis e tratados em vigor” – uma vez que a lei interna de alguns países não admite a extradição de seus nacionais, restariam isentos de qualquer punição aqueles criminosos que cometessem o delito em um país X e depois retornassem à sua terra natal.

Seguindo esse raciocínio, em que pese o Estatuto de Roma ter mantido praticamente a mesma tipificação para o crime de genocídio já contida na Convenção, denota-se o seu grande avanço na previsão do instituto da entrega, divergente da extradição.

Para o Estatuto de Roma, entende-se por genocídio as condutas de: *a) Homicídio de membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo;* desde que praticadas com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal.

Em outras palavras, o Tribunal não julgará apenas o assassinato em massa de uma população. Esse também, mas ainda são consideradas como genocídio as graves lesões físicas e mentais aos membros do grupo, a submissão destes a condições de vida abomináveis, e condutas que busquem impedir a manutenção de uma nacionalidade, etnia, raça ou religião – impedir a reprodução ou remover forçadamente crianças do grupo.

É possível exemplificar aqui a extrema importância da criação do Tribunal Penal Internacional e da aplicação cada vez mais constante da jurisdição universal – o genocídio, na maioria das vezes, é cometido por representantes do Governo ou com o grande apoio deles, o que poderia gerar um grande índice de impunidade.

No entanto, a criação do TPI possibilita o exercício de sua jurisdição em caráter complementar: quando um Estado demonstrar a impossibilidade ou o desinteresse no julgamento de genocidas, a Procuradoria desta Corte poderá instaurar procedimento investigativo e, comprovada a infração ao disposto no Estatuto de Roma, levar a situação ao conhecimento de seus magistrados; tudo devidamente embasado no princípio da jurisdição universal.

Resta-nos elucidar os principais casos de genocídio ao longo da História. Sendo um crime antigo, é possível encontrar referências a ele até mesmo nas escrituras do Antigo Testamento, como no massacre dos cananeus pelos israelitas. No entanto, sua intensa manifestação ocorre durante o século XX, principalmente durante as duas Grandes Guerras – o povo armênio que vivia na Turquia teve uma cifra de cerca de 1 milhão de pessoas assassinadas, perdendo apenas para o holocausto perpetrado por Adolf Hitler e seus aliados, alcançando o incrível número oficial de aproximadamente 6 milhões de mortes dali decorrentes. Outras situações de genocídio extremamente importantes para a justiça internacional penal foram as ocorridas na antiga Iugoslávia e no território de Ruanda – gerando a criação dos dois tribunais penais *ad hoc* da ONU.

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

É possível afirmar que todos os delitos internacionais são crimes contra a humanidade em um sentido amplo. Uma vez que se tratam de condutas que ultrapassam fronteiras nacionais e afetam a comunidade global como um todo, não seria incorreto afirmar que estes atos constituem crimes lesa-humanidade.

Em acepção bem ampla, todos os crimes internacionais são “crimes contra a Humanidade”, no sentido de que ferem a consciência jurídica da sociedade internacional. Além das vítimas diretas dos criminosos que praticam essas condutas, portanto, a Humanidade também é sujeito passivo dos crimes internacionais.

No entanto, o Estatuto de Roma prevê onze condutas diferentes como sendo crimes contra a humanidade. Os delitos lesa-humanidade, em uma acepção mais específica, são atos cometidos normalmente pelo próprio Estado ou por grupos armados organizados e em um contexto generalizado ou sistemático contra a população civil. Logo, “os crimes contra a humanidade são uma ofensa que afeta certos princípios gerais de Direito Internacional e que se tornaram uma preocupação da comunidade internacional”.

Prevê o Artigo 7º do Estatuto que as condutas ali descritas serão consideradas como crimes contra a humanidade desde que cometidas no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque. Por conseguinte, diferencia-se já em um primeiro ponto do crime de genocídio, ao passo que este visa a destruição de um povo baseada em uma característica, seja religiosa, étnica ou de raça, os crimes contra a humanidade *stricto sensu* ocorrem independentemente de qualquer

característica e de maneira difusa, não direcionados a um povo apenas.

Krieger em sua obra “Direito internacional humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional” discorre de forma minuciosa os elementos de cada ato incriminado no artigo 7º do Estatuto. Numa visão ampla, por óbvio é necessário que o delito ocorra em um ataque nas condições já descritas acima. Por exemplo, um homicídio indubitavelmente é um ato desumano, no entanto, apenas será considerado como um crime contra a humanidade, sendo de competência do Tribunal Penal Internacional, se perpetrado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil.

Ainda são enquadrados como “crimes contra a humanidade” o extermínio, a escravidão (tanto o ato de exercício do direito de propriedade sobre uma ou mais pessoas, quanto à escravidão sexual – exercício deste direito obrigando a vítima a praticar atos de natureza sexual), a deportação ou transferência forçada de uma população, a privação da liberdade física de forma grave em desacordo com a legislação internacional, a tortura, diversas formas de violência no campo sexual (tais como estupro, agressão sexual, prostituição forçada, entre outros), a perseguição (destituindo uma ou mais pessoas de seus direitos fundamentais, o criminoso objetiva suas vítimas em razão de identificação por um grupo ou coletividade, ou um grupo ou coletividade como um todo), desaparecimento forçado de pessoas, o *apartheid*, e outros atos desumanos que possam causar intencionalmente grave sofrimento ou afetem gravemente a saúde mental e física de uma população civil.

Outro importante aspecto dos crimes contra a humanidade *stricto sensu* é o reconhecimento de que tais condutas podem ser praticadas – e, conseqüentemente incriminadas – mesmo durante tempos de paz, evolução que somente começou a ocorrer após a 2ª Guerra Mundial, uma vez que os Estatutos de Nuremberg e Tóquio foram os primeiros documentos internacionais a utilizar tal expressão e separá-la da concepção de crimes de guerra. “O desenvolvimento do Direito Internacional Penal após a 2ª Guerra Mundial, assim, teve o condão de desvincular os crimes contra a Humanidade dos crimes de guerra, o que permitiu acusar pessoas de terem cometido os primeiros em tempo de paz”.

CRIMES DE GUERRA

A guerra é um dos fenômenos mais antigos na História do homem. Já na Mesopotâmia há registros da guerra do povo acádio para a conquista da Suméria, sucedendo-se as guerras ocorridas na Grécia e Roma Antiga, as diversas guerras na Idade Média, principalmente na Europa, até chegar às guerras modernas e contemporâneas. No entanto, até

o final do século XIX era considerada uma maneira plenamente legítima para defesa dos interesses dos beligerantes, não existindo, até então, qualquer preocupação com a regulamentação dos conflitos armados.

Conforme já retratado no primeiro capítulo do presente trabalho, o Direito Internacional Humanitário, que precipuamente buscou a disciplina dos conflitos armados, surgiu após a Guerra de Unificação da Itália e a Guerra de Secessão dos Estados Unidos, tendo como principal inspiração a obra de Jean Henry Dunant, *Lembranças de Solferino* de 1862 – culminando nas Convenções de Genebra, que orientam a redação do artigo 8º do Estatuto de Roma.

Os crimes de guerra, como demonstrado anteriormente, constituem a mais antiga das quatro categorias de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. Os redatores do Estatuto do Tribunal Penal Internacional basearam-se nas fontes do *jus in bello* para a elaboração da estrutura do artigo 8º.

Contudo, o principal desafio enfrentado pelos internacionalistas e humanitaristas contemporâneos é disciplinar esses princípios básicos para situações que estão em constante transformação. Ao contrário do que Rousseau traz n' *O contrato social*, os Estados passaram a ter como inimigos não apenas outros Estados, aparecendo guerras civis, movimentos de libertação nacional, terrorismo, entre outros, dificultando a clara definição de quem são os *combatentes*. Causando uma defasagem na proteção dos direitos humanos que será melhor analisada posteriormente, o Estatuto de Roma entende como “crimes de guerra” prioritariamente aqueles que assim são descritos nas Convenções de Genebra.

Curioso evocarmos aqui dois dispositivos da Carta das Nações Unidas, promulgada pelo Brasil através do decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945:

2.3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

2.4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.

A partir das determinações acima transcritas, seria possível concluir que o instituto da guerra tornou-se ilegal no cenário internacional. Logo, deveríamos nos perguntar: porque então o Estatuto de Roma prevê crimes de guerra e não a guerra como um crime em si

mesmo? Para Cretella Neto, justifica-se essa disposição do Estatuto no fato de que o Pacto de São Francisco não concedeu caráter ilegal à guerra propriamente dita, mas sim proibiu o uso da força. E continua: “em uma situação de guerra, um Estado se considerará legalmente autorizado a empregar a força para se defender”, referindo-se à autorização da utilização da força contida no artigo 51 do mesmo diploma em comento, desde que se esteja diante de um caso de legítima defesa.

Independente do nome que se atribua ao conflito armado, fato é que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional buscou não só assegurar a proteção do não combatente, mas também vedar tratamento cruel dispensado aqueles que estão diretamente envolvidos no conflito. “Os crimes de guerra estabelecem regras universais de humanidade, vedando sofrimentos e aflições inúteis aos contendores e pessoas expostas ao conflito”.

Dessa forma, ao longo de um de seus mais longos dispositivos, o Estatuto condena primeiramente os atos que já estavam previstos nas Convenções de Genebra, tais como a tortura, a destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas pelas necessidades militares e de maneira ilegal e arbitrária, a obrigação imposta a um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir no exército inimigo, dentre outras ações.

Também o artigo 8º trata da proteção da população civil e de seus bens em períodos de guerra, seja ela de caráter internacional ou interno – neste último caso também lançando mão de previsões das Convenções de Genebra (*em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949*). Não se deve confundir, todavia, a guerra interna com situações de distúrbios e tensões internas, como os atos de violência esporádicos ou isolados ou outros atos de caráter semelhante, uma vez que esses não são de competência do TPI.

Outrossim, considerando o alto nível nocivo das guerras modernas, os internacionalistas têm trabalhado cada vez mais no sentido de impedir – ou ao menos minimizar – a utilização da força pelos Estados e grupos armados. Contudo, tal tarefa não tem se mostrado fácil, colidindo frequentemente com a soberania dos países e a ausência de colaboração.

CRIME DE AGRESSÃO

Conforme já elucidado no presente capítulo, em que pese a previsão da competência do TPI para julgar os crimes de agressão, tal competência foi postergada, visto a impossibilidade dos países que participaram da *PrepCom* chegarem a um acordo acerca da sua exata definição.

Nota-se um forte caráter político ao redor deste tipo penal, visto que buscaria incriminar ações que busquem atingir territórios alheios. Cássio Benvenuti de Castro conceitua “*crime de agressão*” da seguinte forma:

Compreenderia situações como a anexação violenta de território, emprego de ameaça bélica, ou demais fatos que atentassem contra a paz social da comunidade internacional. Logo, quedando a interesses negociados, submeteu-se à diferida aprovação pelo próprio Tribunal, ainda persistindo respectiva indefinição acerca deste delito.

Curioso observar que a própria Assembleia Geral da ONU já havia elaborado um conceito para os crimes de agressão durante a Sessão de 14 de dezembro de 1974 nos seguintes termos: “‘o bloqueio dos portos ou costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado’ e ‘um ataque das forças armadas de um Estado sobre a terra, mar ou ar, ou forças navais e aéreas de outro Estado’” .

Indubitavelmente, “uma guerra de agressão constitui crime contra a paz, daí emergindo sua responsabilidade internacional”, contudo, até hoje restam sem utilidade os artigos 121 e 123 do Estatuto, que versam acerca de alterações eventuais no dito documento, para a delimitação de quais seriam os atos enquadrados como crime de agressão de competência do Tribunal Penal Internacional.

160

CONCLUSÃO

A justiça penal internacional ainda se mostra como um ramo recente do direito, apesar do universo fático que orbita ao seu redor datar de tempos longínquos. A preocupação com o homem no centro das leis é uma ideia nova, tanto quando nos referimos ao direito interno, quanto no direito internacional.

Consequentemente, os estudos doutrinários e jurisprudenciais a respeito são escassos. Contudo, em que pesem as grandes críticas sofridas pelos tribunais anteriores à criação do Tribunal Penal Internacional, vê-se que a importância daqueles como precedentes ao DIP é gritante. É a partir daí que surgem e se concretizam a necessidade e a oportunidade de incriminar aqueles que atentam contra a dignidade da pessoa humana em níveis internacionais.

Também é fator determinante para a criação destes tribunais a condição de chefes de Estado ou cargos de importante posição na organização interna de determinado país que possuem muitos dos perpetradores de crimes lesa-humanidade, o que dificulta a existência de uma demanda em face desses delinquentes. Para impedir que saiam impunes de atos que

afrontem o conceito de ser humano, especialmente em âmbito global, também justifica-se a evolução do direito internacional penal.

Incriminar condutas como o genocídio, os crimes lesa-humanidade e os delitos de guerra é o primeiro passo para prevenir e reprimir o crime internacional. São condutas tidas como gravíssimas, e que ofendem a sociedade global de maneira bárbara. No entanto, ainda se está muito longe da concretização deste ramo do direito, uma vez que condutas que também podem ser consideradas de alta periculosidade dentro do direito humanitário, tais como o terrorismo e o tráfico internacional de entorpecentes, ainda se encontram fora do âmbito de competência do TPI.

Enfim, mostra-se o avanço na consciência universal acerca da relevância da proteção dos direitos humanos e da repressão de condutas criminosas. Mesclando ambos objetivos, respeitando sempre a condição de ser humano daqueles que se encontram na posição de acusados, é possível que com o progresso do direito internacional penal, alcancemos não a paz mundial, mas o máximo de respeito à raça humana.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BBC Brasil. **Quem é o líder do Sudão acusado de genocídio que é procurado pela Justiça internacional**. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150615_bashir_perfil_pai Acesso em 17 de julho de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

CASELLA, Paulo Borba. **Tratado de Versalhes na história do Direito Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CASTRO, Cássio Bienvenutti de. **(Neo)soberania e Tribunal Penal Internacional**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. In: AMBOS, Kai; DE CARVALHO, Salo (Org.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005;

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

GARAMBONE, Sidney. **A Primeira Guerra Mundial e a imprensa brasileira**. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KRIEGER, César Amorim. **Direito internacional humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional**. Curitiba: Juruá, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOREILLON, Jacques. **El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporâneos**. In: Y PRIETO, José Luiz Rodríguez-Villasante (coord.). **El Derecho Internacional Humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2006.

ONU. Carta das Nações Unidas. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>

_____. Estatuto de Roma. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>

RAMOS, André de Carvalho. **Teoriageral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2008.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL – RESPOSTA LEGISLATIVA SIMBÓLICA AO CLAMOR SOCIAL

Angélica Rodrigues ALVES¹²⁰

RESUMO

O presente artigo tem como proposta relacionar as tentativas de modificação do texto constitucional, que fixa a idade penal em 18 anos, com o clamor popular, fruto de segmentos midiáticos descompromissados com as reais causas de violência e criminalidade no país. A Doutrina da Proteção Integral, inaugurada na legislação pátria pela Constituição de 1988, e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê uma sistemática de garantias de direitos e medidas protetivas como forma de conter o envolvimento de adolescentes com delitos. Não deixa, entretanto, de prever resposta estatal frente ao acontecimento do conflito com a lei. Essa resposta coaduna com a situação peculiar de desenvolvimento e é pautada no caráter pedagógico e socializador da reprimenda. Pretendemos demonstrar que a proposta de redução da maioria, não oferece respostas adequadas ao fenômeno da violência, reservando-se tão somente a uma tentativa de demonstração da capacidade de atuar do Estado, independente dos resultados, o que a doutrina nomeia de direito simbólico. Apresentamos que as alternativas adequadas para a criminalidade devem estar pautadas na amplitude e garantia de direitos e no debate sobre desigualdade social e insuficiência de políticas públicas, entre outras.

163

PALAVRAS-CHAVE: Maioridade penal, mídia, violência e criminalidade, direito penal simbólico

ABSTRACT

This article aims to relate the attempts to modify the constitution fixing the penal age in 18 years, with the popular clamor, the result of media segments uncommitted with the real causes of violence and crime in the country. The Doctrine of Integral Protection, opened in legislation homeland by the Constitution of 1988 and regulated by the Statute of Children and Adolescents provides for a system of rights guarantees and protective measures in order to contain the involvement of adolescents with crimes. It does not leave, however, to predict state response due to the conflict of the event with the law. This response is consistent with the peculiar situation of development and is guided in the educational and socializing character of reprimand. We intend to demonstrate that the age reduction proposal does not offer adequate responses to the phenomenon of violence, reserving solely to an attempt to demonstrate the ability to act of the state, regardless of the results, that the doctrine of symbolic names right. We present that appropriate alternatives to crime should be guided by the range and guarantee rights in the debate on social inequality and lack of public policies, among others.

KEYWORDS: Criminal Majority, media, violence and crime, symbolic criminal law

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, entre tantas características próprias do rompimento entre um regime de exceção e o sistema democrático, inaugurou um novo paradigma no tratamento destinado às crianças e adolescentes, adotando a Doutrina da Proteção Integral.

Tal sistema, incorporado ao ordenamento pátrio em seu topo hierárquico, rompeu, do ponto de vista legislativo, com a orientação da doutrina da situação irregular, sendo regulamentada pela Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente.

Através desta postura, o Brasil adequou-se ao movimento internacional de proteção, seguindo o fundamento orientador da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas e ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990.

Destarte, o Estatuto da Criança e do Adolescente prima pela realização, em todos os aspectos, da orientação do princípio *mor* da dignidade humana da criança e do adolescente, alocando-os como sujeitos plenos de direitos, com especial atenção à sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que pauta, inclusive, o sistema de responsabilização em resposta ao cometimento de ato infracional.

A opção constituinte em indicar a prioridade no tratamento da infância e juventude ultrapassa a questão da condição peculiar de desenvolvimento deste segmento da população. Tal condição, por óbvio indica a vulnerabilidade, que por si só, mereceria tratamento destes a partir da isonomia material, no entanto, a opção de prioridade indica também um novo projeto civilizatório, estratégico de nação.

No entanto, a mudança de paradigma instalado com a redemocratização constitucional não alcançou um nível de efetividade satisfatório. A doutrina da situação irregular parece, ainda, pautar o debate na área da infância e juventude. Tal afirmação é notória quando observamos a sanha de certos seguimentos sociais na aprovação da PEC 171/1993. Tal Proposta de Emenda à Constituição objetiva alterar o art. 228 da Constituição Federal com vistas a reduzir a maioria penal.

Um dos principais argumentos dos adeptos à redução da maioria é a afirmação de que o adolescente possui discernimento suficiente para compreender as consequências de seus atos. Falha, tal tese, por supor que o discernimento é causa de violência, deixando de analisar como causa a ausência da efetivação de políticas públicas básicas (que garantam

direitos fundamentais) e a ociosidade dos instrumentos protetivos indicados pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

A falência da destinação de direitos fundamentais às crianças e adolescentes, que correspondente ao Sistema Primário de Garantias, e a inoperância do Sistema Secundário, qual seja, o sistema protetivo, aliados à campanha desqualificadora do Estatuto da Criança e do Adolescente, promovida por segmentos de caráter reacionário, induzem ao recrudescimento da “punição” destinada aos jovens com idade inferior aos 18 anos, sem aprofundar o debate no fato que os sistemas de contenção se apresentam mais eficazes para reduzir violência juvenil.

Um exemplo desta inversão estratégica pode ser vislumbrada na análise da proposta de emenda à Constituição nº. 171/1993 e suas 36 PEC’s apensadas, em trâmite no Congresso Nacional, com vistas à diminuição da idade penal. A maioria destas coincide temporalmente com episódios de grande repercussão midiática envolvendo atos de violência cometidos por adolescentes. No ano de 2007, por exemplo, o monitoramento de 54 jornais diários apontou 3.970 matérias relacionadas à diminuição da idade de imputação penal, sendo que 1334 destas notícias estavam concentradas no mês de fevereiro, em razão de um homicídio cometido por um adolescente que se tornou um dos assuntos mais veiculados em rede nacional¹²¹.

A atribuição da responsabilidade pela violência aos adolescentes, no entanto, apresenta-se como uma leitura equivocada da realidade. O número de adolescentes privados de liberdade (cumprindo a medida socioeducativa mais gravosa, aplicável aos atos infracionais cometidos com violência ou grave ameaça) correspondem, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, a 3,6% do total de adultos preso no mesmo período (2010).

A falsa propalação que os meios de comunicação promovem, colocando os adolescentes como protagonistas da violência, gera uma resposta social desqualificada, e essa resposta alavanca a propositura de modificações legislativas no campo penal que não objetivam sanar o problema, mas sim, responder à comoção nacional,¹²² exemplo nítido do chamado direito penal simbólico, suficiente, apenas, para dar respostas políticas à sociedade, afastando-se por completo dos objetivos da República, apontados na Constituição Federal.

¹²¹ ANDI. *Adolescentes em conflito com a lei: Guia de referência para a cobertura Jornalística*. Série Jornalista Amigo da Criança. Realização: ANDI – Comunicação e Direitos. Apoio: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. 2012.

¹²² Folha de São Paulo. 15/04/2015. 87% querem a redução da maioridade penal; número é o maior já registrado. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1616762-87-querem-reducao-da-maioridade-penal-numero-e-o-maior-ja-registrado.shtml> Acesso em: 29 de maio de 2015.

HISTÓRICO DA IMPUTABILIDADE NO BRASIL

O Estatuto da Criança e do Adolescente orienta-se ao abordar a responsabilização do adolescente pelas regras e princípios da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Infância e Juventude (Regras de Beijing), Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade, Pacto de San Jose da Costa Rica e da própria Constituição Federal. Entretanto, o que se observa no debate acerca da inimputabilidade penal é uma visão conjuntural ainda presa na doutrina da situação irregular pautada por estigmas e atividade estatal repressora.

A opinião pública reproduz termos estigmatizantes e sugere o recrudescimento da resposta estatal, relacionando o ato infracional à identidade do adolescente e não a um fato da vida que poderia ser evitado, caso fossem eficazes os sistemas de garantias de direitos ou o próprio sistema de proteção.

Este falacioso discurso propiciou circunstâncias que fizeram avançar propostas legislativas de redução da maioridade penal, muitas delas pautas na vinculação de critérios psicossociais para atribuir ao menor de 18 anos imputabilidade penal.

O critério do discernimento, presente em várias das referidas propostas de emenda à Constituição atualmente em trâmite no Congresso Nacional, foi o método utilizado na Idade Média, principalmente na Inglaterra e Itália, denominado Teste da Maçã de Lubeca.

Tal procedimento previa que deveria ser oferecida à criança ou adolescente infrator uma maçã e uma moeda. Caso a opção fosse pela moeda, este seria submetido ao sistema punitivo pela demonstração de malícia em seu comportamento.¹²³

O Brasil, em sua história penal, contou com três diplomas, o Código Criminal do Império de 1830, o Código Penal da República Velha de 1890 e o atual Código Penal, promulgado em 1940, sendo que, em cada um deles, foram adotados critérios diferenciados na determinação da maioridade penal.

Antes, porém, da adoção do Código Criminal do Império, o tratamento penal da criança e do adolescente era disciplinado pelas Ordenações Filipinas, que estabeleciam critérios diferenciados de aplicação da pena aos menores de 20 anos de idade.

¹²³ LEMOS, Cleide de Oliveira. *Crianças e Adolescentes: A Constituição de novos sujeitos de direitos*. In: BRASIL. Senado Federal. Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os cidadãos na Carta Cidadã. Volume V. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/21-CleideOliveiraLemos.pdf>. Acesso em: 27/06/2015.

As Ordenações adotaram o discernimento como prerrogativa de aplicação penal, assim como na experiência europeia da Idade Média, conforme observamos no texto dessa normativa:

Quando os menores serão punidos por os delictos, que o fizerem

Quando algum homem ou mulher, que passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse. E se for de idade de dezasete annos ate vinte, ficara em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E em este caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circumstancias d'elle, e a pessoa do menor, e se o achar em tanta malicia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, posto que seja de morte natural. E parecendo-lhe que a não merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade ou simpleza, com que o delicto for commettido. E quando o delinquente for menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe outra menor pena. E não sendo o delicto tal, em que caiba a pena de morte natural, se guardara a disposição do Direito Commum.¹²⁴

Tais disposições vigoraram no Brasil até 1830, com a promulgação do já citado Código Criminal do Império, que, apesar de atenuar as consequências penais àqueles menores de 21 anos, implicou a idade penal em 14 anos, abrindo, ainda, a prerrogativa de manter os menores de 14 anos que cometessem crimes sob custódia estatal, à critério do juízo, conforme a seguinte reprodução:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

1º Os menores de quatorze annos.

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos.

Com o advento da República, as normas imperiais penais foram substituídas pelo Código Penal, Decreto n.º 847 de 11 de outubro de 1.890. Em que pese a nova forma de governo repousar sob idéias iluministas e liberais, o tratamento da criança e do adolescente envolvidos em delitos tornou-se mais grave, prevendo serem estes passíveis de punições penais a partir dos 9 anos, sendo que, a responsabilidade entre os 9 e 14 anos estava vinculada ao discernimento do agente, nos seguintes termos:

¹²⁴ **ORDENAÇÕES FILIPINAS.** Livro Quinto. Título CXXXU. Disponível em: www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1311.htm Acesso em: 29/06/2015.

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º Os menores de 9anos completos;

§ 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

Art. 30. Os maiores de 9anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 anos.

Com a intensificação dos movimentos internacionais em defesa da criança e do adolescente, significativamente com a realização do Primeiro Congresso Internacional de Tribunais de Menores, realizado em Paris em 1911, “quando foi afirmada a idéia da intervenção estatal ilimitada para supostamente proteger crianças e jovens abandonados e delinquentes”¹²⁵ e com a Declaração de Gênova dos Direitos da Criança, adotada pela Liga das Nações em 1924, o Brasil foi influenciado a atual em prol dessa população.

O primeiro reflexo foi justamente a promulgação do Decreto Lei nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, que *in verbis*, “*Approva o regulamento da assistência e protecção aos menores abandonados e delinquentes*”, trazendo a modificação na idade penal, conforme segue:

Art. 24. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes, ou tutor, ou pessoa em cuja guarda viva.

§ 1º Se o menor soffrer de qualquer fórma de alienação ou deficiencia mental, fôrepileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja ellesubmettido ao tratamento apropriado.

§ 2º Se o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente promoverá a sua collocação em asylo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idonea, por todo o tempo necessario á sua educação, comtanto que não ultrapasse a idade de 21 annos.

§ 3º Se o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes, ou tutor, ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazel-o mediante condições que julgar uteis.

¹²⁵ FROTA, Maria Guiomar da Cunha . *A cidadania da infância e da adolescência: da situação irregular à proteção integral*. In: Carvalho, Alysson. (Org.). Políticas Públicas. 1ed.Belo Horizonte: UFMG, 2002, v. 1, p. 59-85.

Art. 25. O menor indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral d'elle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

§ 1º Se o menor soffrer de qualquer fórma de alienação ou deficiencia mental, fôrepileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja submettido ao tratamento apropriado.

§ 2º Tratando-se de contravenção, que não revele vicio ou má indole, poderá o juiz ou tribunal, advertindo o menor, entregal-o aos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, ou dar-lhe outro destino, sem proferir condemnação.

§ 3º Se o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma, pelo prazo de um a cinco annos.

§ 4º Se o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua educação, que poderá ser de tresannos, no minimo, e de sete annos, no maximo.

§ 5º Se fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoaes do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral, o juiz lhe applicará o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal.

169

Em suma, o Decreto Lei n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923, aumentou a idade penal de 9 para 14 anos, com pretensa atividade protetiva estatal, pautada quase que exclusivamente em posturas assistencialistas e filantrópicas, além de atividade repressora, situação que perdurou até a promulgação do atual Código Penal de 1.940, que, elevou a idade penal para 18 anos, assim catalogado:

Menores de 18 anos

Art. 23. Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas da legislação especial.

A adoção do caráter puramente biológico pelo Código Penal de 1940 foi combatida no debate do Projeto Hungria, em 1963, com diversas tentativas de retomada do critério biopsicológico, com vistas a deslocar a maioridade penal para 16 anos, a depender da

maturidade do infrator¹²⁶. Tal regra foi adotada pelo Decreto Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, o natimorto Código Penal.

Tendo em vista que tal diploma penal jamais vigorou, a manutenção da regra da maioria permaneceu, tendo a reforma de 1984 modificado tão somente o texto, não o conteúdo do mandamento, permutando o termo ‘*irresponsáveis*’ por ‘*inimputáveis*’, explicitando a escolha na Exposição de Motivos:

Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, e naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

170

Tais apontamentos foram amplamente recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que, além de fixar no topo hierárquico do sistema normativo a idade penal de 18 anos, ainda transmutou a visão legislativa direcionada à criança e adolescente da doutrina da situação irregular para a Doutrina da Proteção Integral.

A regra constitucional reproduziu os mesmos termos constantes no Código Penal, qual seja:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Justamente o conteúdo constante no supracitado artigo constitui-se, hoje, em objeto de projetos de emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional. Ao todo, encontramos 37 propostas sendo discutidas, sendo que, muitas delas, tentam resgatar critérios subjetivos de aferição para a maioria, condicionando critérios de discernimento, tais quais as regras da Maçã de Lubeca, das Ordenações Filipinas ou do Código Penal da República Velha, conforme passaremos a analisar.

¹²⁶ SOARES, Janine Borges. Promotora de Justiça de Barra do Ribeiro/RS. *A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica*. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm> . Acesso em: 12 mar. 2014.

PEC 171/1993 E APENSOS EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

A redução da maioria penal, assunto ligado diretamente à política criminal¹²⁷, tem suscitado grandes debates. Ocorre que, a discussão da temática orbita não nas causas da violência juvenil, mas sim na necessidade de aplacar a opinião pública que deseja punição aos infratores, segundo aponta grande parte das propostas de emenda relativas ao tema.

Não existem estudos que garantam a eficácia no controle de criminalidade a partir da ampliação da idade penal. A maioria das justificativas que acompanham a PEC 171, e seus apensos, reduzem o debate da pena e punição apenas ao campo retribucionista, contrariando a melhor doutrina no que diz respeito ao caráter ideológico do direito penal, sintetizada por Kazmierczak:

Proclama-se que o sistema penal possuiria uma função preventiva tanto especial quanto geral, ou seja, fomentaria a ressocialização do apenado e advertiria os demais sobre as conseqüências de imitar-se o delinquente¹²⁸.

A Proposta de Emenda à Constituição, que objetiva mudar o texto constante no art. 228, diminuindo a maioria penal, catalogado sob o sugestivo n.º 171/1993, congrega outras 36 propostas em apenso. A maioria delas, vinte ao total, prevê a redução de forma irrestrita para 16 anos.

Outras propostas, em que pese indicarem a redução para os 16 anos, restringem tal ampliação para o caso do delito cometido ser catalogado na legislação penal como crime hediondo, equiparados, crimes contra a vida, patrimônio, inafiançáveis, insuscetíveis de graça, anistia ou indulto, ou aqueles cometidos com grave ameaça ou violência, e os crimes de homicídio, lesão corporal grave, lesão corporal seguida de morte, roubo com causa de aumento de pena, sendo esses últimos quatro incorporados ao texto substitutivo da PEC originária (171/1993) pela Emenda n.º1/2015, em 17 de maio de 2015.

Este substitutivo, reduzindo a idade penal para 16 anos na ocorrência de graves crimes, foi rechaçado em votação histórica no plenário da Câmara dos Deputados em 30 de junho de 2015.¹²⁹

¹²⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹²⁸ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2010.

¹²⁹ Por se tratar de proposta de emenda à Constituição, o quorum qualificado de 3/5 exige, no mínimo 308 votos. Na citada deliberação 303 deputados votaram favoravelmente, 184 contrários e 3 se abstiveram.

Há, ainda, propostas que vinculam certos crimes, entre os quais os acima citados, apresentando-os como critério objetivo, aliado ao critério subjetivo do discernimento, a ser avaliado por equipes multidisciplinares, ou somente por psicólogo, a partir de laudo que penderá de avaliação judicial.

É possível, também, vislumbrar grandes inovações não somente relacionadas à idade limite da inimputabilidade, mas também, em relação à forma de cumprimento da medida, sendo que, em grande parte das propostas há indicação de local diferenciado das penitenciárias e das instituições de cumprimento das medidas socioeducativas, pressupondo a criação de nova estrutura carcerária¹³⁰.

Em especial destacamos o texto substitutivo – Emenda 01/2015, PEC 171/93, conforme segue:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos nos casos de: I – crimes previstos no art. 5º, inciso XLIII; 2 II – homicídio doloso; III – lesão corporal grave; IV – lesão corporal seguida de morte; V – roubo com causa de aumento de pena.

Parágrafo único. Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos cumprirão a pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis. (Grifo nosso)

Verifica-se outra série de propostas, que, ou por imprecisão técnica ou por ataque ao garantismo, não impõe limite etário para a aplicação da lei penal, dependendo unicamente do arbítrio do magistrado, que tomará por base para a decretação da imputabilidade laudo sobre o discernimento do adolescente, ou da criança.

Em relação à redução para 12 anos, encontramos três propostas, a primeira pautada pelo critério psicossocial, formulado pelo Deputado Fernando de Fabinho, DEM/BA, que à época da propositura respondia por crime de responsabilidade e crime eleitoral. Tal dicotomia nos remete à seguinte reflexão, ainda em Kazmierczak:

A palavra “vítima” nos remete àquela pessoa que sofreu as consequências diretas de um crime ou, ainda, que recebeu toda a conduta criminosa em seu próprio corpo. Claro que é esta figura que o Direito Penal se preocupa e protege, mas ao lado dela, há também aquelas pessoas que são vítimas de um sistema desfigurado, sem qualquer linha de pensamento ideológico, que pune

de forma rígida certos segmentos da sociedade, deixando outros sem serem tocados por seus rigores.¹³¹

Outras duas propostas tendentes a reduzir a maioria penal para 12 anos, ao arrempeio de toda evolução doutrinária, adotam tão somente o critério biológico, ou seja, ao adentrar na adolescência o indivíduo seria responsabilizado penalmente, fixando o entendimento que, com esta idade, detém plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Finalizando o rol da atividade criativa parlamentar, apontamos três propostas de redução para 14 anos, duas considerando tão somente o caráter biológico e uma delas vinculando a inimputabilidade à análise do discernimento, desde que, em crimes cometidos com violência ou grave ameaça.

Ultrapassando uma barreira procedimental legislativa nunca antes rompida, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, no dia 31 de maio de 2015, aprovou, por 42 votos favoráveis e 17 contrários a admissibilidade da PEC, etapa que o poder constituinte derivado reformador jamais havia admitido em relação ao tema. No entanto, a função da CCJ é tão somente a análise da constitucionalidade, legalidade e técnica legislativa. A tramitação encontra-se pendente em Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que realizará a análise da PEC originária e seus apensos, para posterior apreciação do plenário da Câmara e Senado Federal.

O relatório aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça rechaçou a tese de que o art. 228 da Constituição Federal constitui-se em Cláusula Pétreia, em decorrência do teor “não se tratar de direitos e garantias individuais.”¹³²

Em desfavor à tese do Brasil ser signatário de diplomas internacionais de proteção à infância e adolescência, a exemplo da Convenção de Direitos da Criança, adotada pela Resolução 44/25 (XLIV) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º9971, de 21 de novembro de 1990, aponta que tal documento não veda a possibilidade de os menores de 18 anos serem “autores de delitos”¹³³ e

¹³¹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2010.

¹³² Relatório do Deputado Marcos Rogério (PDT/RO) Parecer vencedor – Comissão de Constituição e Justiça – Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1316041&filename=Parecer-CCJC-31-03-2015> Acesso em: 28 de junho de 2015.

¹³³ Relatório do Deputado Marcos Rogério (PDT/RO) , Parecer vencedor – Comissão de Constituição e Justiça – Câmara dos Deputados. Disponível em

estarem sujeitos a sações penais. O mesmo raciocínio foi elocubrado para afastar a incidência de vedação pelo Pacto de San Jose da Costa Rica.

No que diz respeito aos elementos subjetivos, que permitem a redução da maioridade, foi advogada a tese que a fixação da idade penal em 18 anos ocorreu em 1940, data da promulgação do Código Penal vigente, cuja realidade social era bem diversa da atual. O parecer indicou o acesso à informação, a liberdade de imprensa, a ausência de censura prévia e a liberação sexual como elementos que aumentaram o discernimento do jovem para compreender o caráter da licitude ou ilicitude dos atos que pratica.

Surpreende, entretanto, a declaração constante na conclusão do parecer vencedor que ‘a intenção da PEC não é, tão somente, reduzir o número de crimes’, prosseguindo:

É obvio que a redução de crimes envolve uma série de medidas, principalmente aquelas relacionadas às políticas públicas, funcionamento do sistema prisional, criação de programas de reabilitação (especialmente voltados para aos novéis delinquentes) etc. Juntamente com tais medidas, a redução constitucional da maioridade poderá sim ser um fator que inibirá muitas condutas delitivas. Ademais, a mudança de critério para o estabelecimento da maioridade penal tem como objetivo, além de tutelar da sociedade, evitar que jovens cometam crimes na certeza da impunidade.¹³⁴

174

A questão não levantada pelo relatório é a que a ‘série de medidas, principalmente relacionadas às políticas públicas’, compõe o mandamento constitucional constante no art. 227¹³⁵, regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que se encontra em pleno vigor, entretanto, sem a cabível eficácia.

Ao pontuar que a PEC da redução não tem como finalidade a diminuição dos índices de criminalidade, os congressistas apontam que a atividade legislativa, no caso, enquadra-se em espécime de direito penal simbólico, sobre o qual passaremos a discorrer.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E DIREITO PENAL SIMBÓLICO

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1316041&filename=Parecer-CCJC-31-03-2015>. Acesso em: 28 de junho de 2015. p. 2.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O direito penal simbólico relaciona-se não com a aplicação da lei penal, mas sim com o processo legislativo. O conceito de legislação simbólica, apontado por Neves é delimitado como:

Produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primariamente e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico¹³⁶

Encontramos em Kindermann¹³⁷, um modelo tricotômico para a tipologia da legislação simbólica, qual seja: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

O tema da redução da maioria penal em discussão no Congresso Nacional pode ser associado à demonstração da capacidade de ação do Estado.

Nesse sentido, a capacidade de atuação estatal é posta a prova, devendo este atuar, demonstrando sua eficiência em satisfazer o anseio popular. Esta atuação não está vinculada a um fim determinado propriamente dito, o que importa, no caso, é que o Estado, sob pressão, responde independentemente do resultado de sua resposta. O Estado contempla sua finalidade política, tão somente.

Tal modalidade, (demonstração de capacidade de ação), também denominada legislação-álibi¹³⁸ serve a aplacar a necessidade posta em determinado contexto social onde se apresenta fundamental ao legislador o resgate da confiança popular, acometida por fatos de grande repercussão, independente da eficácia da medida.

Pontualmente, a respeito da legislação penal, Neves afirma que:

Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álbi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor.¹³⁹

A legislação penal voltada tão somente para o simbólico desvirtua sua função, que é a proteção dos bens jurídicos fundamentais à sociedade. “Não visa ao infrator potencial, para

¹³⁶ NEVES, Marcelo, *Constituição simbólica*. 1º edição, Pernambuco: Editora Martins Fontes, 1998.

¹³⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. CARNEIRO. André Correa de Sá. *Legislação Simbólica e poder de apreciação conclusiva no Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, Biblioteca Digital. 2009. Disponível em < file:///C:/Users/User/Downloads/legislacao_simbolica_carneiro.pdf > Acesso em: 27 de junho de 2015.

¹³⁸ NEVES, Marcelo, *Constituição simbólica*. 1º edição, Pernambuco: Editora Martins Fontes, 1998.

¹³⁹ NEVES, Marcelo, *Constituição simbólica* 1º edição, Pernambuco: Editora Martins Fontes, 1998.

dissuadi-lo, senão ao cidadão que cumpre as leis, para tranquilizá-lo, para acalmar a opinião pública”¹⁴⁰.

Por certo que o conteúdo midiático acerca da adolescência potencializa os clamores, com a utilização da notícia-espetáculo como instrumento para formação da opinião pública, que, com base em suposições e manipulações crê tomar posições capazes de mudar realidades complexas do universo social. Com base nesse anseio, o chamado papel “pervertido”¹⁴¹ do direito penal passa a ocupar a esfera legiferante. Nesse sentido, apontamos Sica:

“O terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana. Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança. O roubo com traço cada mais brutal, ‘seqüestros relâmpagos’, chacinas, delinqüência juvenil, homicídios, a violência propagada em ‘cadeia nacional’, somados ao aumento da pobreza e à concentração cada vez maior da riqueza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares. Dados estatísticos e informações distorcidas ou mal entendidas sobre a ‘explosão da criminalidade’ criam um estado irrefletido de pânico, fundados em mitos e ‘fantasmas’.”¹⁴²

176

A criação legislativa penal desvinculada de seu pressuposto normativo-jurídico, voltada tão somente ao atendimento do espectro político não é capaz de resolver qualquer problema da criminalidade e violência, repousa, tão somente em atrelar, de forma sectária, à plena responsabilidade por esses fenômenos aos adolescentes.

A MÍDIA E A PROPULSÃO PELA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A propagação inversa da lógica da criminalidade, que associa – sem comprovação científica que o lastreie – o cometimento de delitos pelos adolescentes à falta de severidade legislativa e ao (falacioso) discurso de impunidade, criam ambiente favorável para a formação da opinião pública comprometida com a redução da maioridade penal. Nesse sentido, reproduz-se Boldt:

No plano dos meios de comunicação de massa, é comum assistirmos à veiculação constante de crimes atrozes praticados por criminosos, que,

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *Maioridade Penal e Direito Penal Emergencial e Simbólico*. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. 05 mar. 2007.

¹⁴¹ GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *Maioridade Penal e Direito Penal Emergencial e Simbólico*. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. 05 mar. 2007.

¹⁴² SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: RT, 2002

segundo o discurso midiático, debocham da sociedade e encontram amparo em leis benignas e na ausência de rigor por parte do Estado inerte.¹⁴³

No mesmo sentido:

A redução da maioria penal é uma temática considerada sazonal, já que acaba voltando à pauta em momentos de forte comoção, em que a mídia muitas vezes usa um episódio violento específico para retomar o debate. Por conta disso, nem sempre a discussão é realizada de maneira equânime, garantindo que a sociedade perceba a real dimensão que o ato infracional realizado por adolescentes tem num panorama geral de delitos.

...

As expressões pejorativas podem ou não estar associadas a uma cobertura apelativa e policialista. Quando se tratam de atos infracionais e casos de violência relacionados à infância e adolescência, é comum a mídia elaborar notícias comoventes, carregadas de adjetivos sentimentais, senso comum e pouca ou nenhuma base legal, a fim de atrair espectadores e consumidores. Esse tipo de linha editorial sensacionalista está na contramão do bem-estar e da dignidade desses meninos e meninas. Tal linha editorial, pautada pela exploração contínua de fatos e indivíduos, banaliza a violência sem municiar efetivamente a sociedade para enfrentá-la.¹⁴⁴

Com a mesma direção crítica, apontando que “vulgariza-se o fenômeno da violência através da imensa capacidade manipulatória e de distorção provadas pelos meios midiáticos, em especial a televisão” Kazmierczak conclui:

O encarceramento do homem não o melhora, não o corrige e tão pouco o recupera para a sociedade. O sistema baseado em políticas de máxima repressão acaba por gerar uma alta possibilidade de desrespeito aos direitos humanos ao agir de forma intolerante e extremamente rígida diante de quaisquer violações cometidas.¹⁴⁵

Tal assertiva esquadriha a situação com amplitude, pois, segundo o Índice de Vulnerabilidade Juvenil (IVJ) Violência e Desigualdade Juvenil da Organização das Nações Unidas, são justamente os jovens, entre 12 e 29 anos e negros, a parcela mais vulnerável à violência e desigualdade. Entre os anos de 1996 a 2012, 99,2% das notícias veiculadas na

¹⁴³ BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013. P.104.

¹⁴⁴ CIRANDA. *Central de Notícias dos Direitos da Infância e adolescência. Infância na Mídia. Ato Infracional e Violência na pauta dos jornais paranaenses*. Curitiba, 2004. Disponível em: <http://ciranda.org.br/wp-content/uploads/2014/11/Infancia-na-Midia-2013.pdf> Acesso em 27/06/2015.

¹⁴⁵ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2010. p. 79.

mídia de forma distorcida ou em caráter sensacionalista sobre adolescentes em conflito com a lei relacionavam, de alguma forma, o indivíduo a questões éticas raciais.¹⁴⁶

Segundo pesquisa elaborada através de monitoramento de veículos impressos de comunicação, a ANDI¹⁴⁷ aponta que as notícias sobre violência e criminalidade, em um universo de monitoramento de 50 jornais e revistas, são as que estão nos mais baixos patamares qualitativos. Além das distorções acerca dos crimes cometidos (parcela minoritária dos atos infracionais são cometidos com violência e grave ameaça), uso de expressões pejorativas e ultrajantes, verifica-se a ausência de debate acerca do ataque aos direitos dessa parcela da população.

Outro ponto de suma importância é a posição firmada por diversos instrumentos midiáticos que apontam o adolescente em conflito com a lei isento de qualquer resposta estatal, massificando a falsa idéia de impunidade.

A inimputabilidade, constante no art. 228 da Constituição Federal e alvo de ataque da PEC 171/1993, não significa impunidade daqueles com idade inferior a 18 anos que cometam ato infracional. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece medidas de responsabilização correspondentes à situação peculiar de pessoa em desenvolvimento. Tais medidas, denominadas socioeducativas “de caráter sancionatório-punitivo com finalidade pedagógica-educativa”¹⁴⁸, previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente são: I- advertência, II – obrigação de reparar o dano, III – prestação de serviços à comunidade, IV – liberdade assistida, V – inserção em regime de semiliberdade e VI – internação.

Tais medidas são aplicadas proporcionalmente em razão do ato infracional cometido, apurado em procedimento judicial que guarda relação com todos direitos de defesa constitucionais. A internação, medida mais gravosa, representa a privação da liberdade do adolescente.

Ao contrário da falsa idéia de impunidade, além das medidas socioeducativas elencadas, o procedimento de apuração que culmina na resposta estatal, possui características mais eficazes e rápidas que no processo criminal - que apura o delito praticado pelo maior de 18 anos.

¹⁴⁶ ANDI. *Adolescentes em conflito com a lei: Guia de referência para a cobertura Jornalística*. Série Jornalista Amigo da Criança. Realização: ANDI – Comunicação e Direitos. Apoio: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. 2012.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?* São Paulo: Malheiros editores. 2012.

A exemplo, citamos o caso de ato infracional cometido com violência ou grave ameaça: se a apreensão do adolescente ocorrer em situação de flagrante, este ficará, por ordem judicial privado de sua liberdade por 45 dias em caráter provisório,, período destinado ao procedimento de apuração, cujo final culminará na decisão acerca da medida socioeducativa cabível.

A grande pauta nacional de discussão da redução da maioridade penal, portanto, não está alimentada pela ética midiática. Grande parte dos veículos de comunicação fomentam a necessidade de recrudescimento da responsabilização do adolescente, gerando na população a crença que, remeter esses indivíduos em situação peculiar de desenvolvimento ao falido sistema carcerário seria a solução para a violência.

A opinião pública, sem analisar de forma radical quais os melhores meios para a solução da criminalidade pressiona a atuação estatal, que de forma simbólica acata a idéia simplista que reduzir a maioridade seria resposta adequada.

O eixo da temática, entretanto, passa pela exigência da aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, ampliando direitos, e não reduzindo a idade penal.

Nesse sentido, RAMIDOFF se manifesta associando acerca da sobreposição das medidas socioeducativas, e do recrudescimento da aplicação destas em detrimento da garantia de direitos, conforme reproduzimos:

Pois, insofismavelmente, por maior que seja a intenção de reprimir ou punir, direta ou indiretamente, isto é, seja através da criação de mais leis, seja através do aumento da quantidade e qualidade das sanções e penas, ou, seja através da criação de um maior número de vagas e equipamentos, ainda, que, adequados ao acolhimento de adolescentes autores de ações conflitantes com a lei, por certo, apenas poderá significar um maior número de jovens institucionalizados, mas, invariavelmente, em um menor número de pessoas capacitadas para o desenvolvimento de seus potenciais humanos e sociais, enfim, despersonalizadas de suas subjetividades e possibilidades de emancipação. E o que é crucial não só para pautar as questões que verdadeiramente merecem preocupação na área da infância e da juventude brasileira, mas, principalmente, para a rejeição desta nova proposição legislativa, é que a sua eventual adoção não importará numa significativa diminuição da violência urbana, da insegurança ou mesmo da “criminalidade juvenil”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. Estatuto da criança e do adolescente 19 anos de subjetivações. Disponível em <http://www.pgj.ce.gov.br/orgaos/orgaosauxiliares/cao/caopij/arquivos/Artigo_19_anos_Subjetiva%C3%A7%C3%B5es_ECA.pdf>

O doutrinador segue pontuando a necessidade da crítica ao recrudescimento em face dos adolescentes:

Os avanços civilizatórios e humanitários devem servir como orientações ideológicas que impeçam tais retrocessos, e, isto, pode ser muito bem assegurado através da formulação de políticas públicas destinadas à criança e ao adolescente, que, contemplem programas sociais, em prol da infância e da juventude¹⁵⁰.

Vislumbramos, a partir da doutrina, que o enfoque de contraposição às distorções na no tratamento destinado à infância e adolescência passam pela implementação de políticas públicas direcionadas àqueles indivíduos mais expostos à vulnerabilidade social. Nesta orientação, seguimos Lamenza:

A *ratio essendi* da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente reside, portanto, na necessidade de garantir a petizes e jovens todos os direitos fundamentais que lhe são inerentes como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, removendo-se todos os obstáculos que eventualmente surjam no caminho vital que estão a trilhar, mediante a adoção de medidas (nas órbitas comunitária, administrativa, judicial etc.) para a defesa intransigente de seus interesses¹⁵¹.

180

Indubitavelmente, o problema da violência e criminalidade é urgente e necessário, não podemos, entretanto, utilizar respostas simbólicas pautadas em uma clamor, que, por seu turno, efervesce em razão da violência tida como espetáculo. Qualquer postura adotada por essa linha, e não no enfrentamento de temas como a desigualdade social, o racismo, a concentração de renda e a insuficiência de políticas públicas terá como consequências, tão somente, respostas incongruentes e insatisfatórias , impondo um retrocesso na história dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, elaborado para atender o os interesses de especiais indivíduos em condição peculiar de desenvolvimento, traz em si também um projeto estratégico de uma nação. Fundamentado na Doutrina da Proteção Integral, e em uma

¹⁵⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. Estatuto da criança e do adolescente 19 anos de subjetivações. Disponível em <http://www.pgj.ce.gov.br/orgaos/orgaosauxiliares/cao/caopij/arquivos/Artigo_19_anos_Subjetiva%C3%A7%C3%B5es_ECA.pdf>

¹⁵¹ MACHADO, Costa. (org). *Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado*. Barueri: Manole,2012.

sistemática de garantia plena de direitos, e de um sistema protetivo que, uma vez eficazes, obstam situações de adolescentes conflitarem com a lei.

Em que pese preponderar em garantias de direitos fundamentais, tal Estatuto, regulamentador das diretrizes constitucionais, não deixa vacante o envolvimento de seus destinatários com o delito, entretanto, coaduna a resposta estatal com a condição especial da vida em que se encontram, trazendo uma ação ressocializadora e pedagógica, com uma perspectiva de sucesso infinitamente maior que a segregação objetivada pela Proposta de Emenda à Constituição n.º171;1993 e seus apensos.

Envolto a segmentos da mídia, que tratam a violência como espetáculo em razão de seus objetivos ideológicos e de mercado, a redução da maioria, de maneira equivocada, passou a representar a única perspectiva para a solução da violência e criminalidade, que, sem corresponder à realidade põe os adolescentes como seus principais desencadeadores.

A resposta que o Estado, ou melhor, parte dele, tenta oferecer, em razão do clamor social, mais serve para demonstração que atua, do que para enfrentar, de fato, o fenômeno por trás da polêmica. Reduzir a maioria não é garantia de resultados efetivos, pelo contrário, nada aponta para qualquer modificação da criminalidade a partir da idade penal fixada abaixo do parâmetro atual. Mesmo desta forma, Na tentativa de demonstração que tem capacidade para atuar, a PEC 171/1993 constitui legítimo exemplar de direito penal simbólico, legislação *álibi*.

A idade penal, fixada no dispositivo posto em xeque, não orbita sozinho. Relaciona-se com todos os demais princípios, normas e fixação de valores constitucionais relacionados à criança e adolescente, regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A sistemática deste diploma prevê, de forma concatenada, e até mesmo hierárquica, que primeiramente, em caráter de prioridade absoluta deve haver a consolidação e eficácia dos direitos fundamentais, diminuindo consequencialmente a utilização do sistema terciário, qual seja, aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente em conflito com a lei.

Apontar caminhos estratégicos para a solução da criminalidade, voltada para as reais causas do fenômeno é a alternativa compatível e aceitável para um país como o Brasil, que já alcançou um patamar estável na proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos. O raso debate da redução da maioria como tábua de salvação não coaduna com a larga experiência de Estado Democrático de Direito, inaugurado em 1988 com a Constituição Cidadã.

PROJETO DE EMENDA		PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL
1	PEC 171/1993	16 anos
2	PEC 37/1995	16 anos
3	PEC 91/1995	16 anos
4	PEC386/1996	16 anos - crime contra pessoa e patrimônio e crimes hediondos –cumpridos estabelecimento especial
5	PEC 426/1996	16 anos
6	PEC 301/1996	16 anos
7	PEC 531/ 1997	16 anos
8	PEC 68/1999	16 anos
9	PEC 133/1999	16 anos
10	PEC 150/1999	16 anos
11	PEC 167/1999	16 anos
12	PEC 169/1999	14 anos
13	PEC 633/1999	16 anos/independente de emancipação
14	PEC 260/2000	16 anos
15	PEC 321/2001	“Maioridade fixada nos termos da lei, observadas as condições psicossociais”
16	PEC 377/2001	16 anos
17	PEC 582/2002	16 anos
18	PEC 64/2003	“Lei disporá sobre casos especiais de imputabilidade para maiores de 16”
19	PEC 179/2003	16 anos
20	PEC 272/2004	16 anos
21	PEC 345/2004	12 anos
22	PEC 489/2005	Redução de acordo com critério psicossocial – sem indicar limite mínimo
23	PEC 48/2007	16 anos

24	PEC 73/2007	Redução de acordo com critério médico psicológico – sem indicar limite mínimo
25	PEC 85/2007	Redução para 16 anos nos crimes dolosos contra a vida, de acordo com critério psicossocial
26	PEC 87/2007	Redução em crimes dolosos contra a vida, inafiançável, insuscetível de graça ou anistia e imprescritível – sem indicação de limite mínimo
27	PEC 125/ 2007	Redução da maioridade para 12 anos, de acordo com critério psicossocial
28	PEC 399/2009	Redução para 14 anos, nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, de acordo com critério psicossocial
29	PEC 57/2011	16 anos, de acordo com fatores psicossociais e culturais
30	PEC 223/2012	16 anos
31	PEC 228/2012	Redução para 16 anos nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, crimes hediondos, crimes contra a vida, com cumprimento de medidas socioeducativas até 21 anos, após essa idade será cumprida a pena.
32	PEC 273/2013	Redução para 16 anos nos casos de crimes hediondos, equiparados, de acordo com critério psicossocial, cumpridos em estabelecimento especial
33	PEC 279/2013	16 anos
34	PEC 332/2013	Mantém a idade penal em 18 anos, entretanto, completada a maioridade continua a responder pelo crime, tendo seu cumprimento em unidade especial
35	PEC 382/2014	Redução sem limite mínimo indicado no cometimento de crimes hediondos
36	PEC 438/2014	Relativização da idade penal de 18 anos por iniciativa do Ministério Público e decisão judicial – via lei complementar
37	PEC 349/2013	“Lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu ou para punir ato infracional quando o agente atingir a maioridade penal” OBS – Proposta rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados

REFERÊNCIAS

ANDI. **Adolescentes em conflito com a lei: Guia de referência para a cobertura Jornalística**. Série Jornalista Amigo da Criança. Realização: ANDI – Comunicação e Direitos. Apoio: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. 2012.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. CARNEIRO. André Correa de Sá. **Legislação Simbólica e poder de apreciação conclusiva no Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados. 2009.

FROTA, Maria Guiomar da Cunha . **A cidadania da infância e da adolescência: da situação irregular à proteção integral**. In: Carvalho, Alysson. (Org.). Políticas Públicas. 1ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **Maioridade Penal e Direito Penal Emergencial e Simbólico**. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. 05 mar. 2007.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2010.

LEMONS, Cleide de Oliveira. **Crianças e Adolescentes: A Constituição de novos sujeitos de direitos**. In: BRASIL. Senado Federal. Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os cidadãos na Carta Cidadã. Volume V. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/21-CleideOliveiraLemos.pdf>. Acesso em: 27/06/2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional. Medida socioeducativa é pena?** São Paulo: Malheiros editores. 2012.

MACHADO, Costa. (org). **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. Barueri: Manole, 2012.

NEVES, Marcelo, **Constituição simbólica** .1º edição, Pernambuco: Editora Martins Fontes, 1998.

ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: RT, 2002

SOARES, Janine Borges. Promotora de Justiça de Barra do Ribeiro/RS. **A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica**. Disponível em: . <http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm> Acesso em: 12 mar. 2014.