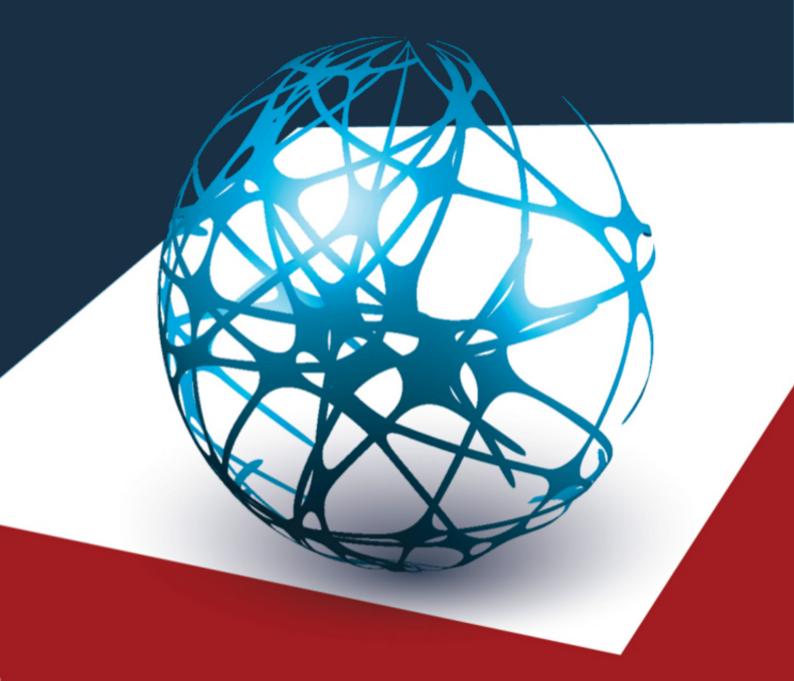
# VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA









ORGS.

Luiz Fernando Kazmierczak Alberto Pintado Alcázar

### ©2016 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

# Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Luiz Fernando Kazmierczak & Alberto Pintado Alcázar (Orgs.)

Fernando de Brito Alves (Editor)

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

#### Comissão Científica do VI SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

# Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Violência e Criminologia / Luiz Fernando Kazmierczak & Alberto Pintado Alcázar, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2016. (Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-37-1

1. Violência e Criminologia / Luiz Fernando Kazmierczak & Alberto Pintado Alcázar.

CDU-344

## Índice para catálogo sistemático

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.



# **SUMÁRIO**

A CRIMINALIDADE DE MASSA COMO FATOR DE ORIGEM E PERPETUAÇÃO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS  Fernanda Umehara JUCK João Augusto Arfeli PANUCCI	) 4
A CRISE DE (IR)RACIONALIDADE DO SISTEMA PENAL: A DESSUBJETIVAÇÃ DO "OUTRO" NO ESTADO DE EXCEÇÃO Diogo Mariano Carvalho de OLIVEIRA	O 26
A CULTURA DE VIOLÊNCIA NO CÁRCERE: UM ESTUDO CRIMINOLÓGICO D RELAÇÃO ENTRE O AGENTE PENITENCIÁRIO E O PRISIONEIRO Francisco Lozzi da COSTA Florestan Rodrigo do PRADO	OA 48
A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA HONRA E A IMPRESCINDIBILIDADE DA REFORMA PENAL Guilherme Barbosa da SILVA Rosane Brascka de Oliveira BANNWART	66
A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O DEBATE SOBRE OS DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS Ana Paula HEDLER Zulmar FACHIN	81
A VIOLÊNCIA HIERARQUIZADA EM FACE DO GÊNERO FEMININO NO PERÍODO DA DITADURA MILITAR NO BRASIL Ana Caroline Salvalagio DECHICHE	102
ANÁLISE HISTÓRICA DOS MODELOS PUNITIVOS Irineu de ALMEIDA JUNIOR	115
COLABORAÇÃO PREMIADA: DESDE A ORIGEM ATÉ OS DIAS ATUAIS  Matheus Henrique Balego FILGUEIRA  Mario COIMBRA	131
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL SOB O PRISMA DO DEVIDO PROCESSO SUBSTANCIAL Gustavo Henrique Barbosa SANTOS Raphael Vilela dos SANTOS	151

# A CRIMINALIDADE DE MASSA COMO FATOR DE ORIGEM E PERPETUAÇÃO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS

Fernanda Umehara JUCK<sup>1</sup> João Augusto Arfeli PANUCCI<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Este trabalho científico fará uma análise criminológica acerca da criminalidade de massa, identificando as justificativas teóricas existentes para o agrupamento de agentes voltado à prática criminosa. Pretende-se transferir o estudo teórico para o campo prático de nossa sociedade, fazendo uma abordagem acerca da origem das facções criminosas em nosso sistema carcerário. Ademais, traremos justificantes teóricas e práticas não somente para criação das facções, mas também para elaboração de seu ordenamento informal, inclusive com aceitação e agrado estatal. Adentraremos ao estudo dos fatores exógenos da criminalidade, passando pelos costumeiramente citados pela doutrina e existentes no seio da população brasileira, mas com especial ênfase aos fatores desencadeantes perceptíveis em nosso sistema penitenciário, os quais surgem por notório descaso do Estado na tutela do presidiário, intentando-se demonstrar que contribuem diretamente para e reincidência e para ampliação e perpetuação das facções criminosas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminologia. Fatores Exógenos da Criminalidade. Facções Criminosas. Lei da imitação.

#### **ABSTRACT**

This scientific essay will do a criminological analysis about mass criminality, identifying existing theoretical justifications for grouping agents facing the criminal practice. It is intended to transfer the theoretical study to practical field of our society, making an approach about the origin of criminal factions in our prison system. Moreover, we will bring theoretical and practical documents in proof not only for the creation of factions, but also to prepare its informal system, including acceptance pleasure state. We will get in the study of exogenous factors of crime, through the customarily cited by doctrine and existing within the Brazilian population, but with special emphasis on the perceived triggers in our prison system, which arise from notorious indifference of the State in protecting the prison, attempting to show that directly contribute to and recurrence and to expansion and perpetuation of criminal factions.

**KEY-WORDS:** Criminology. Exogenous Factors Crime. Criminal Factions. Law of Imitation.

# INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade brasileira se vê acometida por elevada onda de delinquência

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP

<sup>2</sup> Graduado como Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP. Pós- Graduado, com o título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal perante o Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogado. Professor Titular de Filosofia do Direito. Professor Assistente de Prática Jurídica Penal.

em todos seus setores. Impossível elencar todas as causas que influenciam neste comportamento desvirtuado, entretanto, inconteste a existência de vetores de natureza moral, ética, psicológica e sociológica existentes em nosso cotidiano.

A Criminologia moderna nos traz relevantes estudos acerca dos fatores sociais que levam o indivíduo à prática criminosa. No presente trabalho, além dos chamados fatores exógenos da criminalidade, pretendeu-se adentrar ao estudo das circunstâncias constantes da nossa realidade carcerária que fazem com que o a gente se mantenha no mundo criminoso.

De antemão, como premissa didática e explicativa, convém elucidar o passado da política carcerária em nosso país.

Ilustrando, remonta-se à década de 80, quando o governo paulista projetou a ideia de uma política carcerária de humanização. Referido projeto intentava um melhor tratamento ao presidiário, somado a criação de um ambiente razoável para cumprimento da pena e a observação das comodidades e benefícios legais.

Ocorre que, desde a publicação da política supracitada, a mesma foi acometida por críticas de cunho político e midiático, sempre sob a acusação de favorecimento à parcela criminosa da sociedade. Posicionamento justificado na histórica compreensão excludente, preconceituosa e de tratamento degradante para com os presidiários. Raciocínio que, vale dizer, persiste majoritariamente nos dias de hoje.

Com o afastamento da política de humanização, fora aplicada uma política de repressão, tornando o ambiente carcerário em local inóspito e tratando os presidiários de forma desumana, inclusive com corriqueiras práticas de tortura física e psicológica.

Dessa forma, observou-se que os fatores desencadeantes da criminalidade não estão presentes tão somente em nossa sociedade, mas também no próprio ambiente penitenciário, este que ao invés de deter medidas ressocializantes, transvestiu-se de um antro de fatores condicionantes de reincidência.

A precariedade das estruturas carcerárias, somada a inércia do Estado nas prestações de serviços básicos, fazem com que os prisioneiros cumpram pena sem qualquer dignidade. Ainda, acarretam em um sentimento de insegurança e descrédito por parte do presidiário, afastando-o das instituições formais de apoio.

A junção desses fatores no contexto prisional constituiu motivo essencial para maior solidariedade e aproximação dos aprisionados, concedendo-lhes motivação suficiente para criação de grupos reivindicatórios de melhorias. Aqui nascem as facções criminosas, as quais

alcançaram pode político e financeiro perante o Estado e respeito e admiração pelos presidiários.

Como se pretendeu demonstrar, por variados motivos, as facções angariaram a simpatia da população carcerária, parecendo-lhes entidade mais confiável e preocupado com os agente que a integram do que o próprio Estado que possui o dever de proteção.

Por fim, para elaboração do presente trabalho, valeu-se prioritariamente dos métodos dedutivo e hipotético-dedutivo.

# A CRIMINALIDADE DE GRUPO E AS LEIS DA IMITAÇÃO

Inicialmente, antes mesmo de tecermos qualquer menção teórica ou prática acerca da origem das facções criminosas, de suma importância fazermos uma separação metodológica no intuito de delimitar a finalidade deste trabalho, objetivando facilitar a leitura e torná-lo mais didático.

Atualmente, muito têm-se utilizado as expressões "facção criminosa", "organização criminosa" ou, até mesmo, "crime organizado" como sinônimos. Clarividente que, a depender do contexto do estudo, não há prejuízo de qualquer espécie no emprego neste sentido. Entretanto, tendo em vista o objetivo que traçamos para com este trabalho, uma ressalva deve ser feita quanto ao uso das referidas nomenclaturas.

Sem delongar a questão, a expressão organização criminosa tem sua conceituação prevista no artigo 1°, §1°, da Lei 12.850. Pela simples leitura de referido dispositivo se percebe que o legislador definiu organização criminosa precipuamente pela sua composição, organização e forma de atuação, elementos que restringem o raciocínio aqui pretendido.

Ainda, a expressão "crime organizado", em nosso sentir, representa uma vertente enraizada quase que puramente na dogmática penal, vez que também traz uma concepção voltada basicamente à finalidade criminosa do agrupamento, assim não suprindo o campo de estudo deste trabalho.

Noutro giro, o desígnio do presente trabalho é o estudo e compreensão do grupo como fenômeno social. Isto é, analisaremos os fatores sociais e estatais que levaram ao nascimento da coligação em questão, motivo pelo qual optaremos por fazer referencia à "facção criminosa", visto que o conjunto a ser observado difere em diversos tocantes da organização definida legalmente.

Pois bem. Posto isto, antes de adentrarmos à atual realidade brasileira no contexto

das facções criminosas, cumpre destacar relevantes estudos criminológicos que justificam a criação de organizações no seio da sociedade.

Ressalva-se que não causa espanto a Criminologia, desde seus primórdios, levar em consideração a criminalidade de grupo, haja vista que na vida em sociedade é quase que inerente a junção de indivíduos para prática criminosa. Porém, cumpre relembrar que os primeiros criminologistas de destaque concediam maior atenção ao estudo individualizado do criminoso, inclusive dando mais ênfase a critérios anatômicos e genéticos do que a fatores sociais que influenciavam o comportamento do agente.

No viés da criminalidade de grupo, parece-nos que surge com a teorização inicial de maior relevância o estudo de Gabriel Tarde acerca das multidões criminosas.

O autor francês nos brinda com dois relevantes estudos acerca da delinquência de grupo levando em considerações fatores sociais de incidência, quais sejam as chamadas leis da imitação e a formação de multidões e corporações.

As leis da imitação de Tarde tem origem na diferenciação que o autor elabora acerca da conduta humana, a qual poderia ter natureza de invenção ou de imitação (Shimizu, 2011, p. 37). A corroborar: "Todos los actos importantes de la vida social eran ejecutados, según él, bajo el império del ejemplo; y el crimen no podia ser la excepción, por lo que encontraba sua causa em la imitación." (Castro e Codino. 2013, p.113)<sup>3</sup>.

Discorre que as condutas humanas de invenção remontam aos seres primitivos, ou seja, são as condutas oriundas do início da humanização das sociedades. Uma vez inventadas, estas condutas passaram a ser imitadas.

Importante observar que quando Tarde alega que as condutas inventadas são posteriormente imitadas, não traçava a ideia de que referidos atos são idênticos. As práticas, ainda que imitadas, alteram-se com o tempo, conforme se depreende das leis da imitação que se verificarão a seguir.

No intuito de justificar o comportamento de imitação, Tarde delimitou três leis da imitação.<sup>4</sup>

A 1ª lei se dava com a proximidade psicológica entre os agentes. Diante da interação e proporção sentimental entre os indivíduos, além de outros fatores que os aproximam, há a prática semelhante de condutas. Notório que uma pessoa é influenciada pelo comportamento

<sup>3</sup> Tradução livre pelos autores: "Todos os atos importantes da vida social eram executados, segundo ele, a partir do imperativo do exemplo; e o crime não podia ser a exceção, pois encontrava sua causa na imitação".

<sup>4</sup> Acerca das leis de imitação: Shecaira, Sérgio Salomão. Criminologia. 2012, p. 83.

daquelas que a cercam e com ela mantém contato psicológico.

Ainda, Tarde fixa uma diferenciação entre contatos rápidos e desimportantes, que seriam as "modas", e os mais lentos e relevantes, aos quais se refere como os "costumes", (Shimizu. 2011, p. 38).

Ressalva-se que proximidade psicológica é diversa de proximidade física. Significa dizer que haverá imitação entre aqueles que possuem um contato afetivo, moral, entre outros fatores intrínsecos, e não pelo simples fatos de conviverem em um espaço físico próximo.

A 2ª lei, por sua vez, nos traz uma noção de imitação em verticalidade. Tarde afirma que nas relações sociais com estrutura verticalizada, os indivíduos que se encontram em posição inferior procuram imitar o comportamento de seu superior, seja por obrigação imposta em decorrência da hierarquia ou por simples admiração e desejo de galgar posição idêntica.

Por derradeiro, a 3ª lei dispõe acerca da inserção de comportamentos recentes no lugar de comportamentos antigos. Isto é, esta lei trata da substituição das modas e costumes antigos pelos recentes, estando a sociedade em constante mudança e evolução.

Conforme mencionado anteriormente, a ideia de imitação não pode ser interpretada no sentido de que os comportamentos serão idênticos independente do transcurso do tempo. As cadeias de imitação são, ainda que lentamente, reiteradamente alteradas, haja vista que comportamentos recentes se alocam em substituição a comportamentos passados.

Deste modo, percebe-se que Tarde traçou relevante raciocínio de compreensão acerca do comportamento social dos indivíduos de acordo com a análise do grupo em qual ele está inserido.

Ora, em atenção às três leis acima destacadas, observa-se que todas são ligadas à relações em determinados grupos que circundam o indivíduo, seja na imitação de comportamento de amigos ou familiares (1ª lei - proximidade psicológica), imitação decorrente de contato profissional ou econômico (2ª lei – relação de verticalidade) ou no tocante à evolução das "modas e costumes" presentes na vida em sociedade (3ª lei – lei da inserção).

Destarte, fazendo um paralelo com o presente trabalho, indica-se que este raciocínio pode ser transmitido para esfera criminal. Notório que a imitação de comportamento pode ser dar em decorrência de uma atividade criminosa, principalmente quando se realiza análise da influência sofrida por um agente que está envolto psicologicamente por indivíduos que

possuem reiterado comportamento delitivo (1ª lei).

Com relação ao segundo estudo inicialmente mencionado, qual seja o da psicologia das multidões, interessante teoria é discutida por Tarde.

Segundo o criminologista francês, levando-se em consideração uma ideia de organização, multidão seria um grupo intermediário alocado entre o simples agrupamento de indivíduos e a corporação.

O mero agrupamento se daria pela reunião de indivíduos, entretanto sem qualquer liame subjetivo que os interligue, ou seja, sem uma relação de interdependência finalística.

Noutro giro, a multidão seria um agrupamento, ainda que temporário, cujos indivíduos detivessem uma proximidade psicológica, resultante de um sentimento e uma finalidade em comum. Tarde definiu que a proximidade psicológica característica da conversão do agrupamento em multidão se daria por conta de um fator desencadeante de relevância.

Poderia se citar como exemplo um prédio comercial que é acometido por um incêndio. Clientes e funcionários estão no local como mero agrupamento de pessoas. A partir do estopim incendiário (fator desencadeante), todos se aproximam psicologicamente em decorrência do medo da ocorrência de uma fatalidade e passam a deter o mesmo objetivo, in casu, sair ileso do local. Portanto, o que era uma simples aglomeração passa a ser uma multidão, nos termos do estudo ressaltado.

O fator desencadeante que leva à origem da multidão é de suma importância para seu futuro. Diz-se isto pelo fato de que, sendo o fator de cunho passageiro, a multidão provavelmente irá se dispersar assim que ele se esvaia. Noutro viés, diante de um fator relevante a ponto de tomar contornos de duradouro, a moda da multidão pode ser adotada como costume (conforme definição contida nas leis da imitação), sendo que o grupo acaba por atingir o terceiro estágio, qual seja a corporação.

Além do caráter duradouro, a corporação se diferencia da multidão por ser detentora de maior organização entre os indivíduos que a integram em busca de um mesmo objetivo.

Ressalta-se que a partir da formação da multidão e, posteriormente, com a consolidação da corporação, o estudo em tela define que será de grande relevância a identificação de um líder, ou condutor, para o agrupamento. Sem aprofundar a questão, a figura de liderança, neste contexto, é constituída no agente que se destaca perante os demais indivíduos do grupo, geralmente por tomar atitudes em benefício do conjunto fronte ao perigo

do fator desencadeante.

Delimitadas as premissas teóricas, passa-se a seguir para tentativa de subsunção prática com nosso atual contexto criminal.

# JUSTIFICATIVA CRIMINOLÓGICA PARA ORIGEM DAS FACÇÕES CRIMINOSAS

Neste ano, o Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), pautado nos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgou que o Brasil possuía uma população carcerária de 622.202 (seiscentos e vinte e dois mil duzentos e dois) presos. Soma-se a este dado a informação de que em nosso país impera um déficit de vagas no sistema penitenciário que ultrapassa os 240.000 (duzentas e quarenta mil) lugares.

Em análise aos números supracitados, sem adentrar ao mérito das políticas criminais que levam a esta magnitude, clarividente a percepção do modo sufocante de convívio entre os presos de nosso país.

A reunião em penitenciárias deste montante de indivíduos, acrescentado da superlotação notória, torna os estabelecimentos prisionais em local de inerente aproximação psicológica entre os agentes (1ª Lei da imitação).

Atenta-se que a proximidade entre os presidiários não é apenas física. A maioria deles detém uma relação de dependência para alcance de uma convivência tolerável, bem como acabam por delinear relações de amizades e afeto, posto que convivem diariamente e, por vezes, durante anos.

No mais, a proximidade se dá em decorrência de diversos costumes e dificuldades semelhantes que os afligem, sendo as principais delas as condições e tratamento degradante e preconceituoso no interior de um estabelecimento prisional.

Matéria datada de 26/04/2016, acessada em 24/05/2016. Conteúdo completo disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-04/mais-de-40-mil-presos-entraram-na-populacao-carceraria-brasileira

<sup>6</sup> Informações publicadas em junho de 2015. Matéria disponível em: http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html

Nota-se, portanto, que neste estágio não se vislumbra um mero agrupamento geográfico de agentes. Tendo em vista o comportamento análogo e a mesma finalidade (melhorar as condições no cumprimento da pena ou da medida cautelar) surge a multidão, nomenclatura embasada nas definições teóricas de Gabriel Tarde.

Entretanto, sabe-se comumente que as condições precárias dos estabelecimentos prisionais não são atuais, pelo contrário, existem e persistem durante décadas. Superlotação, sujeira, ausência de camas, colchões, cobertores, atendimento médico, odontológico e psicológico precário, dentre outras circunstâncias que tornam a estrutura prisional deficiente, incidem sobre o sistema carcerário brasileiro há anos.

Destarte, por uma visão geral, consegue-se denotar que a prejudicialidade da estrutura prisional pode ser considerada como o fator desencadeante para formação da multidão carcerária, organizada e com os mesmos objetivos. Ainda, conforme raciocínio anteriormente exposto, a perpetuação das condições degradantes em âmbito penitenciário torna o fator desencadeante duradouro, sendo que a simples reclamação e objetivo inicial da multidão se consolida como costume, motivo pelo qual se alcança a corporação, terceiro estágio de agrupamento ungido pelo estudioso francês.

A visão anteriormente exposta evidentemente concerne à uma análise ampla e superficial da conjuntura carcerária. Posto isto, sob o intento de melhor exemplificar e demonstrar a viabilidade do estudo criminológico para com nossa realidade, passa-se a identificar a relação entre a teoria esboçada e a formação de uma das maiores facções criminosas da atualidade, qual seja o "Primeiro Comando da Capital" (PCC). Organização, esta, que se originou e se consolidou nas penitenciárias paulistas, mas que atualmente possui ramificações em diversos estados da federação.

Conforme outrora alegado, a precária estrutura carcerária, adicionada ao tratamento degradante sofrido pelos reclusos, seriam indicadores suficientes para caracterização do fator desencadeante necessário à formação da facção em questão (corporação, segundo Tarde).

Todavia, importante analisar dois relevantes episódios que remontam à época e que são considerados justificantes para criação da facção, sem, é claro, deixar de admitir a presença de outros fatores que contribuíram para tanto.

Conforme se extrai da obre de Bruno Shimizu (2011, p. 131):

O PCC foi gestado no interior do Centro de Readaptação Penitenciária Anexo à Casa de Custódia de Taubaté, em São Paulo. Tal estabelecimento penal ficou conhecido como "Piranhão", sendo sabidamente um local onde os presos eram constantemente seviciados e submetidos a condições degradantes de cumprimento de pena. Diz-se

que o PCC teria sido fundado em 31 de agosto de 1993, durante um jogo de futebol dos internos.

O primeiro vetor de importância a ser destacado é exatamente o estabelecimento prisional mencionado na citação acima.

O "Piranhão", segundo Teixeira apud Shimizu (2011, p. 131) "[...] é um dos mais cruéis e obscuros presídios do sistema paulista, cuja instituição foi justificada pela suposta carência de um local para abrigar os presos 'altamente perigosos'.".

Conforme se percebe, o estabelecimento em tela seria o mais cruel exemplar das condições degradantes e violadoras do sistema carcerário paulista, haja vista que o local era movido com uma rigidez exorbitante, cujo instrumento de ordem mais utilizado, segundo relatos, era a tortura.

Acerca das denúncias de torturas físicas e psicológicas praticadas no local, Josmar Jozino elucida (2005, p. 24-25):

Segundo as mulheres dos presos, no Piranhão, diretores e agentes penitenciários batiam nos presos sem preocupação de esconder a fama de torturadores. Jogavam água fria em presos doentes e com febre. A comida também era péssima. A fim de aguentarem a refeição, os detentos sempre pediam limão e farinha para as visitas. Não era raro surgir um inseto em meio à comida, e não necessariamente morto. [...]

Ainda segundo declarações das mulheres dos presos, os agentes penitenciários possuíam várias estratégias para irritar os detentos. Uma delas era acender a luz à noite, de hora em hora, para não deixar os sentenciados dormirem. Outra era não dar a descarga do banheiro dos presos. O equipamento ficava do lado de fora das celas e só funcionários podiam acessá-lo.

Finalizando, a fim de comprovar a relevância que o ambiente do referido estabelecimento prisional deteve para criação da facção em comento, bem como caracterizá-lo como fator desencadeante, cabe relutar que este é expressamente citado no "Estatuto do PCC", inclusive com a denominação de "Campo de Concentração". Isto é, dentre os diversos estabelecimentos prisionais existentes à época, clarividente que este se torna um ícone de representação para o grupo que iria imergir.

Entretanto, outro evento de gigantesca magnitude atuou como fator desencadeante para formação do PCC, o qual também se encontra previsto expressamente no estatuto da facção.<sup>8</sup> Trata-se do evento conhecido como "Massacre do Carandiru", amplamente exposto

<sup>7</sup> Item 11 do "Estatuto do PCC": "O Primeiro Comando da Capital – PCC – fundado no ano de 1993, numa luta descomunal, incansável contra a opressão e as injustiças do Campo de Concentração, 'anexo' à casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tem como lema absoluto 'a Liberdade, a Justiça e a Paz'.".

<sup>8</sup> Item 13: "Temos de permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 2 de outubro de 1992, onde 111 presos foram covardemente assassinados, massacre esse que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. [...].".

na mídia e objeto de diversos livros, inclusive contando com uma obra cinematográfica a seu respeito.

O "Massacre do Carandiru" ocorreu no dia 2 de outubro de 1992, durante uma rebelião na Casa de Detenção de São Paulo, estabelecimento integrante do Complexo do Carandiru. Sem prolongar o relato sobre o episódio, informações veiculadas remontam que no intuito de encerrar a desordem promovida pelos presos, a Tropa de Choque da Polícia Militar do Estado de São Paulo adentrou ao estabelecimento e acabou por, sem hesitação ou observação pormenorizada da situação, matar 111 (cento e onze) detentos.

Nos termos da pesquisa de Josmar Jozino (2005, p. 31) "em 31 de agosto de 1993 nasceu o 'Primeiro Comando da Capital', também denominado pelos presos de 'Partido do Crime'.". Isto é, pouco menos de um ano após o ocorrido no Complexo do Carandiru, é criada a facção criminosa em comento.

Por óbvio, o tema aqui resumidamente exposto, seja em sua conotação teórica ou prática, poderia ter sido exaustivamente explicado e desenvolvido. Entretanto, neste início o que se pretende demonstrar é que há incontroverso fundamento teórico que elucida a criação das facções criminosas.

No caso do PCC, em especial, clarividente que os presos já se encontravam em proximidade psicológica há anos, consistindo em uma multidão, precariamente organizada, mas com a mesma finalidade.

A ocorrência dos dois eventos discorridos anteriormente, vale dizer, por parte do próprio Estado, o qual são exemplares de como os fatores desencadeantes eram duradouros perante à população carcerária, foi o estopim para transformação da multidão em corporação.

A multidão que antes pretendia lutar por melhores condições carcerárias, concluiu que precisava se unir para se fazer ouvir perante o Estado, pois somente sendo organizados e estruturados surgiriam como entidade efetivamente forte na defesa de seus interesses.

Sendo assim, ainda que em decorrência de singela análise, conclui-se que o sistema carcerário contribuiu diretamente para formação da facção criminosa destacada, bem como para com sua expansão, paralelo que certamente poderia ser realizado com outros grupos.

Por fim, admite-se que diversos outros fatores poderiam ser considerados e elencados para análise da ocorrência deste fenômeno. Entretanto, inegável o encaixe e visualização da teoria de Tarde em nossa realidade carcerária.

# ORDENAMENTO INFORMAL DAS FACÇÕES CRIMINOSAS

Por certo, toda vida em comunidade exige um regramento, ainda que mínimo. A fonte primordial de regulamentação de comportamento é nosso ordenamento jurídico, ao qual podemos desprender a denominação de "ordenamento formal", visto que formalizado em lei (referindo-se a esta em sentido amplo).

Todavia, certeiro que em nossa sociedade é imprescindível a elaboração de outros conjuntos de regras, os quais não recebem a característica de "formal" por não serem oriundos de criação por ente estatal.

A imprescindibilidade anteriormente levantada surge com a necessidade de criação de regras para determinados grupos que convivem em delimitado local, sendo os preceitos criados de acordo com as conjunturas que circundam o caso concreto.

Neste sentido, podemos citar como exemplo as regras de convivência entre alunos de uma escola, normas em ambiente de trabalho de certa empresa, limitações impostas pelos pais para com seus filhos na casa da família, entre diversos outros fatores. Todos estes exemplos são travestidos de informalidade, inclusive podendo ser oriundos de preceitos meramente morais do grupo que o aceita.

Posto isto, passa-se a traçar o raciocínio de acordo com nosso tema.

Desde os primórdios, têm-se a retirada e consequente agrupamento afastado como uma das matrizes principais da exclusão de indivíduos tidos como indesejáveis para a sociedade. Em Bauman apud Kazmierczak (2010, p. 46) podemos visualizar este pensamento:

O confinamento espacial, o encarceramento sob vários graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de etnia e religião diversas das predominantes.

Apesar das atuais políticas de desencarceramento, a política criminal não foge a esta regra, sendo que o montante da população carcerária inicialmente citado corrobora com essa afirmação. Logo, temos que os criminosos, como sujeitos indesejáveis para a sociedade, sofrem a aplicação do referido confinamento espacial, ou seja, a reclusão em determinado local de agentes que preenchem características semelhantes, no caso, reclusão oriunda de sentença condenatória ou medida cautelar.

Delimitado o grupo e o local, teoricamente caberia ao Estado a criação de regras de convivência e comportamento, inclusive com instrumentos de fiscalização e coerção para cumprimento. Ocorre que a realidade é diversa. Tamanha a magnitude da população carcerária

que ao Estado resulta impossível o controle absoluto dos agentes e do sistema prisional como um todo.

Neste tocante, podemos crer que, além da atuação estatal, necessário se faz a participação e aceitação da própria população carcerária, inclusive suscitando que várias das facções angariaram tamanho poder que as permite discordar e não cumprir as ordenações do Estado.

Partindo do pressuposto que o Estado, por si só, não conseguiria controlar totalmente o sistema carcerário e sua população, abre-se a possibilidade dos próprios reclusos criarem o seu ordenamento, tido como informal. Tendo em vista que as facções controlam a maior parte da população, clarividente que restará à estas o poder e direito de criação e aplicação das suas regras.

Neste sentido elucida Shimizu (2011, p. 90):

Nessa esteira, uma vez que a instituição penal é estruturalmente incapaz de dominar completamente a massa de internos, a administração é induzida a abrir-se às lideranças informais dos presídios, negociando e fazendo concessões, a fim de manter um nível satisfatório de controle sobre a população sob sua responsabilidade.

A parte final da citação supra atinge importante crença ainda existente em nosso meio, qual seja o de que o Estado se opõe totalmente as lideranças informais advindas do seio das facções.

Em um primeiro momento, poderíamos concluir que é absolutamente infrutífero para o Estado o reconhecimento de lideranças criminosas e a aceitação das regras estipuladas por uma facção. Contudo, em que pese a criminalidade disseminada nos presídios brasileiros, é de interesse da própria população carcerária a manutenção da ordem no estabelecimento prisional. Isto é, as facções e os reclusos priorizam a convivência, dentro do possível, pacífica.

Cita-se como exemplo desta intenção das facções o próprio estatuto do "Primeiro Comando da Capital" que sem eu item 8 assim dispõe: "Os integrantes do Partido tem de dar bom exemplo, a serem seguidos. E, por isso o Partido não admite que haja: assalto, estupro e extorsão dentro do Sistema.".

Notório, portanto, que neste ponto as intenções do Estado e da facção são convergentes, sendo que se torna altamente benéfico ao ente estatal a adição do ordenamento informal ao sistema carcerário, visto que este, por vezes, é mais eficaz para manutenção da ordem.

Outra justificativa que se propõe para criação do ordenamento das facções é que a informalidade a qual se sujeita permite a definição de direitos, deveres e anseios ilícitos,

reiteradamente presentes no sistema carcerário. Significa dizer que o presidiário pode ser detentor de uma finalidade ilícita aos olhos do ordenamento formal, porém, justa e possível sob o viés do regramento informal.

Ora, pensemos no exemplo de um detento que vendeu entorpecente a outro, mas não recebeu o pagamento avençado. Por óbvio, o primeiro não tem possibilidade de reclamar a cobrança do pagamento à direção do estabelecimento. Noutro giro, certamente encontrará amparo no ordenamento informal, obtendo permissão para realizar a cobrança por intermédio da força física, se necessário.

Ademais, o sentimento de abandono que o recluso justificadamente sofre em relação ao Estado acaba por seduzi-lo a recorrer ao ordenamento informal, ainda que seu anseio seja lícito, por acreditar que aquele é eficaz quando em comparação ao formal, que se mostra lento e infrutífero.

Corroborando com este raciocínio, assim relata Shimizu (2011, p. 103-104):

A criação de regras informais tem como fatores desencadeantes, por um lado a impossibilidade estrutural de acesso às instâncias oficiais de regulação social e de efetivação de direitos que são apenas enunciados textualmente e, por outro, a necessidade premente de estabelecimento de regras que façam frente à situação de violência extrema, na qual se banalizam a dor e a morte.

Importante concluir que o ordenamento informal aplicado pelas facções acaba por indicar um vetor de atração do agente a integrar ou, ao menos, respeitar a facção criminosa, posto que há uma coação física em caso de descumprimento do mesmo, bem como reluz como a única alternativa eficaz para atingir seus objetivos.

Quanto a este segundo fator — alternativa viável para atingir seus anseios — de grande valia se faz relutar as consequências para o indivíduo que do ordenamento informal se vale.

O agente que utiliza do regramento da facção para atingir seu objetivo, seja ele lícito ou ilícito, acaba por contrair uma dívida, ainda que meramente moral, em relação ao grupo. No futuro, de alguma forma esta dívida certeiramente deverá ser paga.

A partir do momento em que o agente tem para si esta dívida, inverossímil não imaginar que ele se manterá nos quadros de integrantes da organização. Ora, sabendo que poderá ser apenado, inclusive com castigo mortal, evidente que o agente continuará integrando o grupo, inclusive se sujeitando à atuar como instrumento para consagração das finalidades daquele.

Assim sendo, percebe-se que o ciclo que se inicia com a ineficiência do Estado em controlar a população carcerária finaliza por, após toda cadeia de atos exposta, caracterizar

fator relevante para que o agente integre e se mantenha no corpo da facção criminosa.

# A PERPETUAÇÃO DOS FATORES CRIMINÓGENOS ANTE A INÉRCIA DO ESTADO

Ao início do século XIX, surge na Europa a Escola Positiva da Criminologia, a qual se consolidaria como ciência autônoma. Três foram os maiores expoentes à época, quais sejam Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garófalo.

Desde seus primórdios, um dos objetos de estudo da Criminologia fora o criminoso, buscando-se ilustrar quais seriam os fatores criminógenos (desencadeantes ou condicionantes) que levavam o agente ao comportamento delitivo.

Lombroso, autor marcante da fase antropológica, teceu estudos no sentido de que a atuação criminosa se dava em decorrência de fatores intrínsecos (endógenos) do agente, inclusive podendo o criminoso ser percebido por sua aparência física. Referido autor chegou a reconhecer a existência de fatores externos que incidiam no comportamento criminoso, porém, aferia que estes apenas propulsionavam os fatores biológicos já existentes (Penteado. 2010, p.33).

Com o desenvolvimento dos estudos criminológicos, concluiu-se que os fatores que levam ao comportamento delitivo não se restringem aos de natureza biológica, sendo inegável a existência de fatores extrínsecos atuantes neste sentido. Nesta esteira, nasce a "sociologia criminal".

Acerca da evolução destes estudos, relatam Castro e Codino (2013, p. 111):

[...] hay uma rama que estudia la Sociedad, o Sociología Criminal, sobre la base de los que el Positivismo denomino "factores exógenos de la criminalidade", para opornelos o asociarlos a los que denominaron "factores endógenos" o personales. Sus principales expositores fueron Ferri y Garofalo, a los que podríamos adjuntar todos aquellos ya mencionados que aportaron tesis como la influencia em la criminalidade del clima, de la família, del precio del pan, de la pobreza, de la raza, y de la inteligência.<sup>9</sup>

A conhecida Escola de Chicago foi uma relevante vertente criminológica que se prestou ao estudo pormenorizado do ambiente social como influência no comportamento criminoso, podendo aqui ser destacado a ecologia criminal que se fundou, dentre outras circunstâncias, na desorganização social oriunda da migração, imigração e próprio

<sup>9</sup> Tradução livre pelos autores: "há um ramo que estuda a Sociedade, ou Sociologia Criminal, com base no que o Positivismo denominou "fatores exógenos da criminalidade", para opô-los ou associa-los ao que denominaram "fatores endógenos" ou pessoais. Seus principais expositores foram Ferri e Garofalo, aos quais poderíamos juntar todos aqueles já mencionados que apontaram teses como a influência na criminalidade do clima, da família, do preço do pão, da pobreza, da raça e da inteligência."

crescimento da cidade que dá nome a escola<sup>10</sup>.

Fato é que, atualmente, não há como se discordar da clarividente influência de diversas causas sociológicas no comportamento delitivo, restando como relevante objeto de estudo da vertente sociológica da Criminologia.

Inquestionável que os fatores desencadeantes de cunho social irão variar conforme a sociedade, país, costumes e tempo em que são analisados. O que se pretende analisar são os aspectos que atualmente incidem sobre a sociedade brasileira, levando diversas pessoas à praticarem crimes. Ademais, de elevada importância atentar-se acerca de fatores consideráveis para a repetição do comportamento criminoso, inclusive os existentes no seio do sistema prisional, vez que este é o foco do presente trabalho.

Reunindo diversos estudos, Nestor Penteado indica como fatores sociais da criminalidade: infância abandonada, pobreza, desemprego, subemprego, meios de comunicação, habitação, migração, crescimento populacional desordenado, educação, preconceito e mal vivência (2010, p. 102-108).

A fim de evitar um estudo longo e desgastante, opta-se por não esclarecer cada um dos itens citados supra, sendo alguns eventualmente desenvolvidos ao longo do capítulo, conforme a necessidade para com o objetivo deste. Porém, apenas por visualização superficial podemos perceber claramente que todos eles são de inegavelmente contribuição para eventual comportamento criminoso, bem como estão presentes em nossa sociedade.

Ainda que em análise sumária, percebe-se que vários dos fatores desencadeantes guardam relação entre si e com atuações precárias por parte do Estado.

Dados do ano de 2015 indicam que no Brasil 4,9% da população vive em situação de pobreza extrema<sup>11</sup>. Veja-se que este montante se refere à pobreza extremada, sabendo-se que a parcela populacional que se encontra em dificuldades financeiras, fator relevante para o estudo criminológico, certamente se encontra em patamares superiores.

Referidas dificuldades evidentemente guardam relação com outros fatores criminógenos, como o desemprego, subemprego, habitação, migração, crescimento populacional desorganizado e educação.

Ora, por vezes o desemprego ou o subemprego ("bicos") são causas da pobreza do agente. Esta, pode ser causa da migração para outras áreas do país, em busca de melhores

<sup>10</sup> Para um estudo detalhado da ecologia criminal: Shecaira, Sérgio Salomão. Criminologia. 2012, p. 146.

<sup>11</sup> Dados publicados pelo Banco Mundial. Matéria completa disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151009\_reducao\_pobreza\_banco\_mundial\_ac\_lgb

condições de vida, fator este que, por sua vez, contribui para o crescimento populacional desordenado em determinadas regiões e condições desfavoráveis de moradia, como o surgimento de favelas e guetos.

Por fim, a pobreza pode ser visualizada como causa e consequência de uma educação deficiente. Causa porque a família pobre não dificilmente opta por ter seus filhos empregados, gerando renda, ao invés de estarem estudando. Consequência pelo motivo de que com déficit de educação, a colocação no mercado de trabalho e consequente angariação de renda se vê dificultada.

Deste modo, percebe-se que a ineficácia de políticas públicas assistenciais, habitacionais, educacionais, entre outras atuações deficientes do Estado, contribuem diretamente para o surgimento e perpetuação de fatores desencadeantes da criminalidade em nosso país.

Neste ponto, importante relutar que não se pretende dizer que a pobreza é causa proeminente da criminalidade, haja vista a indiscutível gama de pessoas estruturadas financeiramente que praticam crimes e tantas outras que se inserem no conceito social de pobreza e nunca praticaram qualquer infração penal. O raciocínio apenas se porta à demonstrar que esta, bem como outras circunstâncias, acaba por fomentar o ingresso de pessoas na criminalidade.

Em análise aos números divulgados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), corroborando com o raciocínio explanado, Kazmierczak traça interessante perfil predominante no sistema carcerário brasileiro (2010, p. 112-113):

Verifica-se que a população carcerária é composta por pessoas jovens, negros ou pardos, e de baixa escolaridade, que cometem, em sua maioria, crimes patrimoniais ou tráfico de drogas. Repita-se, não defende-se que a falta de condições sociais é condição para se adentrar à criminalidade, mas que esta acaba por impulsionar ou fomentar seu ingresso diante da ausência de condições mínimas de vida digna, oportunidade de ascensão social e emprego. Tudo isso se aplica a questão de reincidência criminal, pois a ausência destas condições acaba por provocar o retorno à criminalidade. (grifo nosso)

A parte destacada da transcrição supra suscita ponto de destaque no estudo dos fatores condicionantes da criminalidade, uma vez que os fatores elencados não somente contribuem para a entrada do agente ao mundo do crime, mas também pela reiteração de seus atos delituosos, fazendo com que este se mantenha na criminalidade.

Ademais, rememora-se a ausência de assistência estatal ao egresso, fazendo com que este se encontre totalmente desamparado ao retornar ao convívio social, fator que contribui

inteiramente para reincidência em atos criminosos, haja vista a despreparo intelectual e profissional da maioria e o preconceito social inegavelmente existente.

Adentrando ao teor deste trabalho, importa salutar acerca da existência de fatores desencadeantes no interior do sistema prisional, afinal, não se pode negar que a população carcerária, com suas peculiaridades e principalmente pelo montante de pessoas que atualmente abarca, não seja compatível com um conceito abrangente de sociedade. Vai-se além, procura-se discutir a existência de fatores que não somente contribuem para o agente manter seu traço criminoso, mas aprofundar sua vivência prisional integrando uma facção criminosa.

Afim de ilustrar praticamente como as facções criminosas tomaram corpo muito pela ineficácia estatal em relação a políticas carcerárias mínimas de dignidade, volta-se a utilizar como exemplo o "Primeiro Comando da Capital".

Os membros da facção em tela repetidamente expuseram que os principais objetivos do grupo eram a melhoria das condições dos estabelecimentos prisionais e a cessação das práticas violentas por parte de agentes do Estado, obviamente com diversas reivindicações paralelas e circunstanciais.

Sabe-se notoriamente que as condições nos estabelecimentos prisionais de nosso país são, há muito, ultrajantes à dignidade e integridade dos prisioneiros. A superlotação carcerária culmina em diversos setores deficientes em âmbito penitenciário.

Falta de leitos suficientes, produtos de higiene pessoal, vestuário, cobertores, assistência médica e odontológica, convívio com animais transmissores de doenças, sujeira e mal cheiro disseminados, entre outros fatores, tornam o ambiente carcerário em local inabitável.

Ainda, a precária assistência jurídica prestada mancha um dos maiores interesses da população carcerária, qual seja a ciência acerca da sua situação processual e a obtenção da liberdade por intermédio de benefício legal.

Neste sentido, quando da "megarrebelião"<sup>12</sup> no ano de 2001, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello assim se manifestou:

O Estado é o grande devedor nessa área. Não é de hoje que não vem cumprindo os dispositivos constitucionais que o obrigam a assegurar o respeito à integridade física e moral dos presos e a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. (Jozino, 2005, p. 86).

<sup>12</sup> O evento conhecido por megarrebelião, ocorrido no dia 18 de fevereiro de 2001, restou caracterizado pela revolta simultânea de presos em vinte e nove penitenciárias do Estado de São Paulo. Notícia completa disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121461.shtml

Clarividente que poderiam ser destacadas outras circunstâncias que depreciam a estada prisional dos agentes. Porém, os fatores citados nos possibilita visualizar o notório cenário e sensação de abandono que vivem os nossos presidiários. Ao adentrar ao sistema carcerário, o indivíduo conclui rapidamente que, estando ali, será desprezado pelo Estado. Após, provavelmente desprezado pela sociedade. Logo, parece-nos evidente a gama de fatores desencadeantes correlacionados a deficiente política penitenciária brasileira.

Neste cenário de total desamparo e de dificuldades que terão que ser enfrentadas durantes anos, surge a figura da facção criminosa que "controla a penitenciária". Entidade forte, rica, protetora de seus integrantes, procedendo a diversas reivindicações de melhorias para o local e preocupada com a condição do recluso.

Há diversos informes que demonstram que o "PCC" atua de modo a amparar e suprir as necessidades, inclusive financeiras, dos reclusos e de sua família.

Conforme relata Josmar Jozino (2005, p. 57):

Parte do dinheiro o PCC usava como uma espécie de fundo de solidariedade. Eram comprados mantimentos para as famílias carentes de detentos, ou eram adquiridos alimentos, remédios e cobertores para os próprios presos. As mulheres indicadas pelos fundadores do Partido do Crime se encarregavam de fazer o 'recolhe' – arrecadação de dinheiro junto aos presidiários e egressos financeiramente mais estruturados -, a fim de que fossem distribuídas cestas básicas às pessoas mais pobres ligadas ao sistema prisional.

Ora, vejamos o cenário que surge para o detento: de um lado o Estado que lhe parece pouco preocupado em ampará-lo e alterar as condições ali existentes; de outro a facção, forte combatente e protetora da população carcerária e de suas famílias.

Parece-nos lógico que o contexto prisional de hoje exerce forte influência, ainda que subjetiva, para que o agente ingresse na facção criminosa, pois nela ele deposita suas esperanças de alcançar melhorias ou de, ao menos, manter-se seguro em sua integridade física e vida.

Em seu estudo, segue Jozino (2005, p. 112):

Por causa da falta de assistência médica, morosidade no acompanhamento jurídico dos processos e outros direitos não respeitados, os presos deixavam de acreditar no sistema prisional e depositavam cada vez mais suas esperanças no Primeiro Comando da Capital.

Nesta esteira, percebe-se que a situação carcerária atual é um claro incentivo para que os indivíduos sejam integrantes ou ao menos simpatizantes das facções criminosas.

Importante elucidar que neste âmbito atrativo não estão inseridos somente agentes do

sexo masculino, mas também mulheres, geralmente integrantes da população carcerária feminina ou companheiras de algum membro da facção. Inclusive, a maior facção paulista tem constituído um setor feminino de integrantes, organizado com estrutura hierárquica e divisão de funções.

Referido autor, em obra acerca das mulheres que integram a facção criminosa em tela, discorre (2008, p. 87):

As irmãs do PCC exercem cargo de piloto nas cadeias. Elas tentam resolver os problemas e os conflitos internos. Também podem liderar rebeliões e decidir se alguma rival vai ou não morrer. [...] Mas a principal e mais importante função das chefes do Comando Feminino do PCC é zelar pela ordem ou disciplina nas prisões. [...]

Nas ruas, o PCC também tem um grupo de mulheres batizadas. Elas são minorias. Cuidam ainda da parte assistencial, como entregas de remédios e cestas básicas para as famílias dos presos. Também distribuem presentes para os filhos dos detentos.

No caso do estado de São Paulo, o "PCC" não somente impõe suas regras na maioria dos estabelecimentos prisionais, como pratica ações de modo a suprir diversas necessidades da população carcerária, muitas destas que deveriam ser preenchidas pelo Estado. Além disso, o recluso se vê protegido quando da integração na facção, estando ao lado de agentes poderosos dentro do sistema.

Por derradeiro, conforme as citações anteriormente transcritas, ressalta-se que a facção que comanda os presídios paulistas não atua tão somente perante a população carcerária. Há diversas ações de caráter assistencial que tem como alvo a família do recluso.

Percebe-se que integrar e se submeter aos mandamentos da facção surge como uma opção viável para o preso, posto que neste sentido estará protegido em âmbito carcerário, terá determinados benefícios que não conseguiria alcançar sem o apoio da facção, bem como consegue de alguma forma amparar a sua família que, por vezes, está sujeita a necessidades financeiras.

Notório que as ações da facção surgem como forma de captação de novos integrantes, fator, este, que corrobora com sua expansão e consolidação no sistema carcerário brasileiro.

Conclui-se que a ineficiência e desestrutura estatal em diversos setores sociais acaba por fazer surgir diversos fatores criminógenos que contribuem para o início de uma "carreira" criminosa de diversos agentes. Ainda, vislumbra-se que o ciclo aí não se encerra, vez que os fatores continuam presentes durante e após o cumprimento da pena, colaborando com o elevado número de reincidência atualmente existe.

Outrossim, a inércia estatal não somente acarreta em fatores desencadeantes de cunho social, como também em condicionantes presentes no interior do sistema carcerário pátrio, fazendo com que o indivíduo não somente inicie e mantenha sua atuação delinquente, mas também, por vezes, acabe por integrar uma facção criminosa. Associação, esta, que toma contornos de irretratabilidade, inclusive sob pena de morte.

### **CONCLUSÕES**

É desanimador a realidade vivida pelos presidiários dentro dos cárceres brasileiros. A precariedade enfrentada por estes é de tamanha proporção que faz com que vivam em uma condição desumana, sendo imprescindível a existência de comportamentos sociais de reivindicações, com finalidade de se alcançar melhores condições de vida durante o cumprimento da pena.

Ao transpormos a teoria das leis da imitação de Gabriel Tarde para realidade dos presídios brasileiros, observamos que os presidiários acabam sendo interligados por esses comportamentos sociais entre si e devido aos fatores que os influenciam histórica e diariamente dentro do meio em que estão submetidos, a organização grupal é inevitável.

Dessas organizações entre os presidiários que nascem as facções criminosas, e acabam por criar suas próprias normas informais, as quais acabam por regrar o comportamento no interior dos presídios, inclusive com resquício de benefício para o Estado, sem prejuízo de se oportunizar condições de vida mais digna aos presidiários.

Desta forma, inconteste o ciclo que se fecha no interim deste tema. A sociedade e Estado são grandes mantenedores de diversos fatores desencadeantes da criminalidade. Porém, estes não se esgotam apenas em meio social livre, como se manifestam de forma clarividente no interior do sistema prisional, tornando-o ambiente motivacional à reincidência criminosa.

A precariedade carcerária, cumulada à inércia estatal para com os agentes que nela residem, ainda origina outros fatores condicionantes, quais sejam os que levam o agente a buscar o preenchimento de seus anseios e necessidades nas facções criminosas. Fato, este, que nos leva a duas conclusões capitais: a prestação deficiente de serviços básicos por parte do Estado colabora diretamente para que os agentes integrem as facções criminosas, o que, por sua vez, contribui para a ampliação e perpetuação do poderio das organizações nos presídios brasileiros e em nossa sociedade.

Por fim, importante relutar que o combate às facções criminosas somente será efetivo quando extrapolar a mera utilização do Direito Penal, com estipulações emergenciais quase que totalmente no sentido de maior coibição e punição. O problema de grupos desta natureza merece atenção e, principalmente, atuação sociológica e criminológica, sem prejuízo de outras ciências que visem a colaborar com sua resolução.

#### **BIBLIOGRAFIA**

AMORIM, Carlos. CV-PCC: a irmandade do crime. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. Manual de criminología sociopolítica. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2013.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: introdução e princípios fundamentais. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COPETTI, André; GRINOVER, Ada Pellegrini; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues; LUISI, Luiz; PRADO, Luiz Regis; CERNICCHIARO, Luiz Vicente; RIVACO. Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1992.

GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico; 16).

GAROFALO, Raffaele. Criminologia: estudio sobre el delicto y la teoria de la represión. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2005. (Memoria criminológica; 2)

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. O direito penal na era da globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As ciências criminais no século XXI).

JOZINO, Josmar. Cobras e lagartos: a vida íntima e perversa nas prisões brasileiras: quem manda e quem obedece no partido do crime. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

Casadas co	om o crime. São P	Paulo: Letras do	Brasil, 2008.
------------	-------------------	------------------	---------------

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

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

SHIMIZU, Bruno. Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminólogico á luz da psicologia das massas. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Manual esquemático de criminologia. São Paulo: Saraiva, 2010. 175 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

# A CRISE DE (IR)RACIONALIDADE DO SISTEMA PENAL: A DESSUBJETIVAÇÃO DO "OUTRO" NO ESTADO DE EXCEÇÃO

Diogo Mariano Carvalho de OLIVEIRA<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

Existe uma constante e permanente crítica às atuais condições do sistema penal, principalmente no Brasil, sempre no sentido de afirmar que a penalidade contemporânea encontra-se em crise. No entanto, indaga-se: o sistema penal está em crise, ou ele "é crise"? Propõe-se aqui que a irracionalidade do sistema penal moderno é inerente ao seu próprio funcionamento, lógica essa determinada pela disposição dos modos de produção e as relações sociais da modernidade. Não há, portanto, nada de surpreendente na crise do sistema penal e em seus aspectos seletivos. Em verdade, a seletividade sempre foi uma imanência do sistema penal. A diferença é que hoje esse processo ocorre de maneira muito mais sutil e ideologizada e seus efeitos desencadeiam a crescente destruição identitária do "outro". O sujeito moderno encontra-se cada vez mais "dessubjetivado", e aqueles que sofrem ainda mais com os mecanismos da biopolítica são a "Multidão", lançada cada vez mais próxima à condição elementar zero de "homini sacrii", de refugo humano, inseridos num estado de exceção que se compõe cada vez mais como estrutura jurídico-política padrão.

PALAVRAS-CHAVE: Crise; Multidão; Penalidade; Risco; Homo Sacer.

#### ABSTRACT

The is a constant and ongoing criticism to the current conditions of the penal system, mainly in Brasil, in the sense to assert that the contemporary penalty is in crisis. However, it asks: is the penal system in crisis, or it "is crisis"? It is proposed here that the irracionality of the modern penal system is inherent to its own funcionality, logic that is determined by the disposition of the means of production and the social relations of modernity. There is, therefore, nothing surprising in the crisis of the penal system and its selective aspects. In fact, the selectivity was always an immanence of the penal system. The difference is that today this process occurs in a much more subtle and ideologized way and its effects triggers the growing identity destruction of the "other". The modern subject is increasingly "dessubjectivated", and those who suffer even more with the mecanisms of the biopolitics are the "Multitude", launched even more closer to the zero elementary condition of "homini sacrii", human waste, inserted in an state of exception that composes itself increasingly as standard legal-political structure.

Mestrando no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista de mestrado pelo CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico). Graduado em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Membro do coletivo Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia - CEII. Participante dos Grupos de Pesquisa "Globalização e Reflexos Jurídicos", vinculado ao curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, "Democracia e Direitos Fundamentais", vinculado ao curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, "Ideologia e Estratégias Repressivas do Estado", vinculado ao curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná e "Literatura e História: Memória e Representação", vinculado ao curso de Letras e História da Universidade Estadual do Norte do Paraná. É pesquisador nas áreas de Teorias da Democracia; Teoria Crítica do Direito; Direito e Marxismo; História e Marxismo; Filosofia do Direito; Direito, Relações de Poder e Liberdade.

**KEY-WORDS:** Crisis; Multitude; Penalty; Risk; Homo Sacer.

# **INTRODUÇÃO**

A penalidade disciplinar encontrou seu fim a partir das transformações ocorridas na passagem ao pós-fordismo. O cárcere deixa, assim, de exercer sua função primacial de docilização dos corpos e normalização do indivíduo; não há mais necessidade de reproduzir dentro das instituições de sequestro a ordem social burguesa ideal, já que, além da desnecessidade de mão de obra industrial de reserva — em razão da crescente relevância do trabalho imaterial e do desenvolvimento tecnológico —, o discurso fetichista do Capital já não encontra significativa resistência, restando-se consolidado no imaginário social como verdade ontológica.

Um breve relance da história deixa esse aspecto claro na medida em que é possível notar no cenário político global atual a inexistência de governos de "esquerda" que apresentem alguma efetiva oposição global ao capitalismo; a resistência ao império do Capital foi eliminada juntamente com o último governo de "esquerda", a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). A mais radical das práticas políticas de hoje acaba por se reduzir às diretrizes de uma social-democracia.

Para alguns, a partir do fim da Guerra Fria, não restaria nada à humanidade a não ser encarar o estagnacionismo da democracia liberal ocidental como solução final do mundo humano. É o que Francis Fukuyama chamou de "fim da história", ao retomar uma terminologia já cunhada anteriormente por Georg W. F. Hegel.

"Fim da história" ou não, a oposição é necessária. As problematizações devem ser delimitadas para que a crítica — ou metacrítica — possa ter lugar e assim consiga ser adequadamente desenvolvida para que então propostas resolutórias possam ser feitas. Nesse sentido é que esse artigo se ocupará da concreticidade particular que se apresenta na dogmática penal contemporânea e para tanto será preciso deitar os olhos sobre a atual situação do discurso jurídico-penal e da penalidade.

## A CRISE DO DISCURSO JURÍDICO-PENAL

O cárcere, a partir da modernidade e da consolidação do capitalismo, passa a realizar uma função repressivo-ideológica de contenção e segregação seletiva de determinados estamentos sociais. Destaca-se, porém, que o fenômeno da seletividade penal não é apenas um

fenômeno contemporâneo, mas constitui-se como aspecto inerente à própria sistemática penal moderna. A função real do sistema penal moderno sempre teve como objeto a administração das subclasses — inicialmente como forma de docilização dos corpos e normalização dos indivíduos — reproduzindo dentro do cárcere a ordem ideal visada pela estruturas de poder. Zaffaroni assevera:

A realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, [...] todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.*<sup>2</sup>

Os aspectos deficitários do sistema penal são, portanto, aspectos que lhe são natos. Por essa razão, é preciso arguir se algum dia existiu no sistema penal moderno bases precisas que o legitimassem. É necessário, destarte, que seja descartada qualquer legitimação deontológica; a reles tentativa de legitimação moral do sistema penal escapa à realidade; a determinação dos parâmetros e limites que circundam a dogmática penal nunca incluiu qualquer dimensão moral a não ser sob um véu ideológico. Há, portanto, uma crise de legitimidade do sistema penal? Ou a crise é uma imanência própria, constante e permanente do discurso jurídico-penal?

Se essas características que demonstram deficiências fatais do sistema penal são estruturais, não é plausível falar de crise do sistema jurídico-penal. Crise é um conceito que envolve mudança, uma inflexão fenômenica que desvela uma contradição entre o discurso jurídico penal e sua operacionalidade real. Trata-se, portanto, de uma situação transitória, de maneira que seria incoerente tratar da corrente situação do sistema penal como crise. Assim, o termo crise não deve ser visto aqui sob sua acepção usual, mas como o estado da situação onde a incoerência, a irrealização e a descredibilidade do dever-ser do discurso jurídico-penal ganha magnetude tal que sua sustentação revela-se impossível. A crise não foi, não é e nem nunca será um aspecto conjuntural da dogmática penal; o discurso jurídico penal é crise.

Não obstante, o sistema penal não poderia ter se mantido até aqui se não pudesse legitimar-se pelo menos por meio de malabarismos ideológicos. Essa legitimação se dá por meio de um planejamento racional do exercício de poder; é uma legitimação diferida ou

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Rául. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15.

postergada, pois coloca-se como uma construção teórico-discursiva, mas sua efetiva legitimação só poderia se concretizar caso a racionalidade do discurso ideológico jurídico-penal correspondesse à efetiva prática do sistema penal.

O conceito de racionalidade deve ser entendido por meio de dois aspectos que conglobam sua totalidade: a) a racionalidade corresponde à coerência interna do discurso jurídico-penal; e b) a racionalidade corresponde à uma significação verdadeira da operatividade social<sup>3</sup>.

Para Zaffaroni, ambos esses aspectos são o que compõem a legitimidade útopica do sistema penal. Utópica, pois sua real legitimidade é inalcançável. A coerência deve ser entendida não apenas como a ausência de contradições lógicas internas, mas requer, segundo o autor, uma fundamentação antropológica lacônica, já que, se o direito deve servir ao homem, a legitimação e o exercício do poder ramificado nas confluxos do sistema penal deve conjecturar-se a partir de uma "real ontologia" do homem<sup>4</sup>. É preciso, porém, ponderar esta proposta com certa cautela, haja vista a "flexibilidade" do termo "ontológico". Na verdade, as relações do ser com si, para si e para com o exterior levanta um outro problema, na medida em que a constante reprodução de discursos ideológicos e fetichistas, principalmente pelos dispositivos — no sentido agambeano - contemporâneos, acabam por embaralhar e retorcer o que poderia ser uma ontologia real do indivíduo moderno ao replicar os saberes e não-saberes determinados pela lógica estabelecida. A própria busca por uma verdadeira ontologia estaria limitada e orientada pelo plano ontológico já dado pela lógica corrente; a concepção de uma nova ontologia seria então apenas possível mediante a ruptura com o paradigma da totalidade singular atual.

O discurso jurídico-penal, por consequência, não pode ser recuperado dentro das circunstâncias atuais. Zaffaroni, portanto, conclui:

O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do "ser" e refugiar-se ou isolar-se no "dever ser" porque para que esse "dever ser" seja um "ser que ainda não é" deve considerar o *vir-a-ser possível do ser*, pois, do contrário, converte-a em um *ser que jamais será*, isto é, num *embuste*. Portanto, o discurso jurídico penal socialmente falso também é *perverso: torce-se, retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercicio de poder. A quebra de racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico penal tradicional e a conseqüente legitimidade do sistema penal tornaram-se* 

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Rául. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 16.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 16, 17.

"utópicas" e "atemporais": não se realizarão em lugar algum e em tempo algum. 5

Se o discurso jurídico-penal carece de racionalidade, se ele não corresponde ao devido ser-é, mas coloca-se como um dever-ser que deve vir-a-ser — mas que, como apontado, jamais será - ele deve munir-se de instrumentos que possam garantir ainda que minimamente a concretização desse movimento, e por essa razão é que a transgressão das normas postas correspondem diretamente à uma sanção. É claro que sua racionalidade não corresponde às necessidades reais do meio social, mas condiciona o próprio meio através da ideologia jurídica, impondo-se como uma verdade discursiva que se auto-legitima através do seu próprio discurso e de outros saberes que são produzidos em dispositivos correlatos.

O fim último do sistema penal, logo, não é uma intervenção legitimada e justa, mas uma forma de manter a ordem social determinada pelo modo de produção estabelecido. Por essa razão, o direito penal estabelece a obrigatoriedade de condutas que devem ser conformes e consentâneas com o modo de produzir de uma sociedade. Essa garantia se dá pelo estabelecimento de sanções que protegem ou censuram determinadas condutas que desviam-se dos comportamentos exigidos<sup>6</sup>. Dessa maneira a ideologia do direito pode impor-se, realizando a manutenção do modo de produção em interesse daqueles que compõem as classes dominantes e garantindo a consolidação de uma ordem social "perfeita":

Se de um lado a sanção garante a eficácia normativa, de outro, ela garante a sobrevivência do grupo ou grupos que ocupam o poder. Essa afirmação é feita a partir do pressuposto evidente de que o poder não legisla contra si mesmo, isto é, os grupos que detêm o controle do aparelho legiferante não vão engendrar normas que criem fissuras essenciais na ideologia que funda o ordenamento jurídico. Simplificando, os grupos do poder não normatizam contra seus próprios interesses, o que configuraria um suicídio econômico-político. Eles podem conceder no jogo pela sobrevivência, eles podem "abrir" o ordenamento dentro dos parâmetros de seus interesses, mas nunca eles legislarão contra o "espírito da lei", isto é, contra a ideologia traduzida pelo ordenamento<sup>7</sup>.

Há algumas décadas atrás esses interesses investidos no sistema penal, principalmente no cárcere, eram vertidos através um mecanismo estratégico disciplinador que se constituía como um dispositivo reprodutor de processos subjetivantes – ainda que houvesse subjacentemente em seus movimentos internos um momento dessubjetivante – que reproduzia dentro do estabelecimento carcerário uma ideologia dominante no intuito de reformar seus internos, reforma essa que nada tinha a ver com ressocialização social, como propunham suas teorias justificadoras, mas que era absolutamente direcionada à reconstrução do indivíduo

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Rául. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 19.

<sup>6</sup> AGUIAR, Roberto A. R. de. Direito, Poder e Opressão. São Paulo: Alfa-Omega, 1990, p. 98.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 91.

enquanto força-trabalho produtiva e docilizada.

Como em todos os discursos jurídicos-penais que precederam a dogmática penal moderna, a pena funciona como exercício violento de poder. A diferença do cárcere e dos suplícios no que tange aos efeitos não é, pois, tão diferente assim. O que os difere é que com o advento da prisão pôde-se revestir a pena com certo humanitarismo que acabou por ocultar a sua crueldade ao mesmo tempo que criou-se um mecanismo de controle muito mais eficaz do que aqueles que o precederam. O contraste é que a obscuridade e a perversidade da pena agora não se dão mais sob o espetáculo do suplício, mas conformam-se entre quatro paredes, afastando sua perturbadora realidade dos olhos da sociedade.

### TRABALHO IMATERIAL E MULTIDÃO

Para aventurar-se nas novas práticas e contingências do discurso penal, é necessário compreender as mudanças estruturais que acometeram o modo de produção capitalista. O novo momento pós-fordista que agora corre marca-se pela presença de um trabalho imaterial e socializado, nesse momento possível devido aos avanços tecnológicos verificados com enfraquecimento do tradicional modo de produção fordista. Essa nova conjuntura do processo produtivo caracteriza-se pela socialização do trabalho, informatização do social e inserção de novas 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 intelectual<sup>8</sup>.

Esse trabalho imaterial deve ser entendido como o complexo de atividades intelectuais, afetuosas e comunicativas exprimidas pelos movimentos sociais e pelos 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 fundamentava<sup>9</sup>:

Na produção pós-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 nexo linear possível e, portanto, qualquer controle absoluto ou unilateral. [...] O campo criativo do significado corrói a possibilidade de um controle absoluto sobre as linguagens<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> NEGRI, Antonio. **Cinco lições sobre Império**. Tradução de Alba Olmi. Coleção Política das Multidões. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003, p. 66.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>10</sup> NEGRI, Antonio. Cinco lições sobre Império. Tradução de Alba Olmi. Coleção Política das Multidões. Rio

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 trabalho" 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 comunicativas nas quais se desenvolvem competências, habilidades e atitudes a serem valorizadas<sup>11</sup>.

O trabalho é, portanto, resultado da própria atividade humana; na verdade, são as subjetividades humanas que irão constituir uma nova espécie de trabalho que valoriza-se pela própria produção daquilo que é reproduzido no meio social. As capacidades humanas de criação, de linguagem, de comunicação e expressão criam valor, ao mesmo tempo que o reproduzem nas relações humanas. Se antes a produção de valor por meio do trabalho era somente possível através da criação material dentro de um processo produtivo industrial, agora ela é possível também fora dele.

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 Janeiro: DP&A Editora, 2003, p. 81.

<sup>11</sup> 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.

de linguagens e símbolos que são veículados na comunicação são transformados em mercadoria enquanto elementos constitutivos de valor<sup>12</sup>.

Nesse ínterim, considerando os novos aspectos da imaterialidade do trabalho e da produtividade dentro dos espaços do não-trabalho, 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 que se verifica é a presença de dois aspectos diversos desse excesso, que implicarão na modificação dos mecanismos de controle social. A quantidade de mão de obra disponível enseja assim a formação de um excesso negativo ou fordista e um excesso positivo ou pós-fordista.

O trabalho imaterial deflagra a deslocalização produtiva, a descentralização da produção e a terciarização 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 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 emprego<sup>13</sup>.

Ora, se o trabalho imaterial está pautado em uma produtividade linguística que produz mercadoria e, consequentemente, valor, por meio do intelecto e do devir

<sup>12</sup> NEGRI, Antonio. **Cinco lições sobre Império**. Tradução de Alba Olmi. Coleção Política das Multidões. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003, p. 73, 74.

<sup>13</sup> 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.

comunicativo, essa produtividade já não se restringe mais às delimitações espaciais das grandes indústrias e do emprego, sendo reproduzida também nas condições 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 manuntenção do status de cidadão, prefigura-se uma nova categoria de indivíduos que estão completamente excluídos da esfera do trabalho conforme compreendido no contexto fordista.

O desemprego, a marginalidade e a exclusão social constituem aspectos desse excesso negativo na medida em que se observa que as condições de inclusão social são quantificadas pelo trabalho enquanto emprego, entendendo-se este como ocupação em tempo integral, garantida, estável e contínua, de tal forma que a condição de cidadão está intimamente subordinada à capacidade de ser trabalhador. Ao mesmo tempo a reestruturação das relações de produção pós-fordista fundam-se exatamente na redução e na precarização do trabalho<sup>14</sup>.

Sincronicamente, forma-se também um excesso positivo, já que o pós-fordismo tipifica-se essencialmente pela inclusão e centralização do trabalho imaterial como produção e reprodução de valor. O excesso pós fordista:

Configura-se aqui como como *excesso* constante de potencialidades produtivas, de laços de cooperação, de formas da comunicação com respeito às geografias da produção impostas por uma racionalidade capitalista reduzida ao domínio. O capital – não mais em condições de governar ativamente, a partir de dentro, a produtividade social, visto que esta excede as formas capitalistas de racionalização do real – limitase a exercer um controle, a expressar-se como puro limite externo em relação a uma cooperação produtiva que prefigura sua obsolescência<sup>15</sup>.

Deslindam-se, portanto, dois aspectos do regime de excesso introduzido pelo pósfordismo. Por um lado, verifica-se a representação do 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 contitui um embaraço à soberania do comando capitalista, obrigando às relações de produção uma acumulação de valor baseada na

<sup>14</sup> Ibidem, 2006, p. 90.

<sup>15</sup> 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. 76.

competição<sup>16</sup>.

O que se verifica então é a formação de uma multiplicidade abstrusa de subjetividades singulares que constantemente produzem e reproduzem valor em meio aos emaranhados cooperativos das relações sociais e que ao mesmo tempo escapam das redes de dominação do capital. Esse complexo de individualidades forma uma Multidão que, consoante extrapolem a razão governamental por escaparem à regulamentação do Capital, também encetam a necessidade de novos mecanismos de controle pós-disciplinar, já que constituem uma estrutura múltiplice não-representável alocada fora dos terrenos do trabalho-emprego, elemento pressuposto de cidadania.

Para compreender esse conceito 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, estabelendo-se em contraste com o conceito de povo, unidade representativa e constituinte do corpo social<sup>17</sup>. Mas o que notavelmente se constitui como característica desse novo personagem da totalidade concreta corrente é que:

Multidão indica, sobretudo, a impossibilidade de uma *reductio ad unum* das diversas subjetividades produtivas comparáveis àquela que pemitiria individualizar, na classe operária, a forma de subjetividade hegemônica durante a época do capitalismo fordista<sup>18</sup>.

Mas com o surgimento dessa Multidão, como será possível a manutenção da ideologia hegemônica capitalista em face dessa nova figura multifacetada e não-representável? A lógica de dominação capitalista já não pode mais ser imprimida na domesticação e adequação dos corpos; o poder disciplinar inserido dentro da prisão enceta em si sua própria obsolescência. A Multidão e o regime desses excessos irão exigir novos mecanismos de controle pós-disciplinar nesse corrente cenário marcado pela abundância de

<sup>16</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

produtividade e de uma mão de obra destituída dos pressupostos necessários à cidadania:

[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<sup>19</sup>.

A sociedade disciplinar observa assim o seu desfecho. A disciplinaridade somente pôde ser compreendida enquanto parte da gênese do capitalismo até o modelo fordista. Os mecanismos de tecnologia disciplinar devem agora dar espaço para uma nova estruturação de controle biopolítico.

#### O "OUTRO" COMO REFUGO HUMANO

A partir da década de 1970, com a decorrência natural-espontânea do pós-fordismo, deflagrou-se o fim dos estratagemas disciplinares que eram impingidos dentro do cárcere. A desnecessidade de continuar a reproduzir ativamente dentro do cárcere um ideário disciplinar capitalista acabou por resultar numa espécie de "esvaziamento" do conteúdo da penalidade carcerária. Não que a prisão tenha se tornado completamente inútil e perdido seu propósito; o fato é que agora a instituição penintenciária não guarda nenhuma função específica enquanto dispositivo subjetivante como ocorria antes. Na verdade, a prisão transmuta-se agora em uma estrutura de mera contenção espaço-temporal de indíviduos "indesejados", de exclusão daqueles – parte da Multidão, os possíveis homini sacrii – que não possuem lugar na fluidez desse novo mundo regido sob o império do capitalismo globalizado:

A transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente. Isto é, de uma sociedade cuja tônica estava na assimilação e na incorporação para uma que separa e exclui. Esta erosão do mundo inclusivo do período modernista [...] envolveu processos de desintegração tanto na esfera da comunidade (aumento do individualismo) como naquela do trabalho (transformação do mercado de trabalho). Ambos os processos resultam de forças de mercado e sua transformação pelos atores humanos envolvidos<sup>20</sup>.

Mas qual é o critério essencial que se estabelece hoje e que orienta o alcance e o limite desta exclusão? Quem são os excluídos, o excesso negativo dessa Multidão, esse refugo

<sup>19</sup> Ibidem, p. 70, 71.

<sup>20</sup> YOUNG, Jock. **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 23.

humano sem lugar, oshomini sacrii modernos?

Se o capitalismo globalizado reproduz-se basicamente pela produção, circulação e troca de mercadorias e serviços, esses movimentos requerem um uso finalístico. Uma mercadoria ou serviço apenas pode ter seu valor de troca aferido se possuir valor de uso, e esse uso apenas existe quando a mercadoria é de utilidade para alguém. É preciso, portanto, que a mercadoria seja produzida por alguém, mas que seja também desejada por outro alguém; que este alguém tenha interesse em adquirí-la e consumí-la. O consumo ou a possibilidade de consumir é, portanto, o que determina quem está incluído e quem está excluído, pois sem o consumo não há circulação de bens, sem a circulação de bens o trabalho perde sua razão de existir, sem trabalho não há sobre-trabalho, e sem sobre-trabalho não há mais-valor. O consumo é, sob esse ângulo, um fenômeno axial do modo de produção capitalista medular para a sua permanência.

O que resta fazer àqueles que não podem consumir, ou que não podem ser reinseridos e realocados no mercado de consumo é apenas a exclusão. Esse refugo humano sem lugar deve ser excluído e separado da sociedade para que não "contamine" a ordem social; devem ser neutralizados; incluídos na ordem social para que então possam ser excluídos, assim como os homini sacri. Nesse sentido, Bauman afirma:

O "refugo humano" não pode mais ser removido para depósitos de lixo distantes e fixados firmemente fora dos limites da "vida normal". Precisa, assim, ser lacrado em contêineres fechados com rigor. O sistema penal fornece esses contêineres. [....] as prisões, que, na era da reciclagem, "funcionavam como extremidade do setor correcional", hoje são "concebidas de modo muito mais explícito como um mecanismo de exclusão e controle". São os muros, e não o que acontece dentro deles, que "agora são vistos como o elemento mais importante e valioso da instituição". Na melhor das hipóteses, a intenção de "reabilitar", "reformar", "reeducar" e devolver a ovelha desgarrada ao rebanho é ocasionalmente louvada da boca pra fora — e, quando isso acontece, se contrapõe ao coro raivoso clamando por sangue, com os principais tabloides no papel de maestros e a liderança política fazendo todos os solos. De forma explícita, o principal e talvez único propósito das prisões não é ser apenas um depósito de lixo qualquer, mas o depósito final, definitivo<sup>21</sup>.

Eis, pois, o papel moderno da prisão. O espaço carcerário deve servir apenas como arquiteturização contencional; a função da prisão é separar aquilo que é "inútil" para a manutenção do modo de produção e da ordem social. Já não importa mais se existe qualquer espécie de trabalho carcerário como forma de recuperação de preso, e tampouco se existem formas efetivas de reestruturação subjetiva do preso. A única função necessária do espaço carcerário é aquela que se revela como meio de sua contenção espaço-temporal. Não há e nem

<sup>21</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 108.

deve haver "salvação". Os que pouco ou nada tem à contribuir para a solidificação do modo de produção capitalista e a manutenção da exploração são sobras colaterais, indivíduos sobressalentes. Qualquer obstáculo à perpetuação da totalidade singular capitalista deve ser descartada.

Em suma, as prisões, como tantas outras instituições sociais, passaram da tarefa de reciclagem para a de depósito de lixo. Foram realocadas para a linha de frente a fim de resolver a crise que atingiu a indústria da remoção do lixo, em consequência do triunfo global da modernidade e da nova plenitude do planeta. Todo lixo é em potencial venenoso — ou pelo menos, definido como lixo, está destinado a ser contagioso e perturbador da ordem adequada das coisas. Se reciclar não é mais lucrativo, e suas chances (ao menos no ambiente atual) não são mais realistas, a maneira certa de lidar com o lixo é acelerar a "biodegração" e decomposição, ao mesmo tempo isolando-o, do modo mais seguro possível, do hábitat humano comum"<sup>22</sup>.

O isolamento desse refugo humano se torna, assim, a melhor forma de lidar com esses "restos". A separação espacial constitui-se como função essencial desse isolamento, onde torna-se possível comprimir, reduzir e diminuir a visão do outro. As particularidades e casualidades individuais que inclinam-se a tornarem-se perceptíveis graças à experimentação reunida pelo convívio diário dificilmente podem ser vistas quando o intercâmbio é proibido ou definha. As categorias legais acabam por subjugar e desconsiderar as diferenças, impedindo o reconhecimento do outro. Dessa forma a caracterização formal do indivíduo substitui a intimidade pessoal e a singularidade dos casos e das pessoas tornam-se desprezíveis<sup>23</sup>:

O outro – lançado numa condição de forçada estranheza, guardado e cultivado pelas fronteiras espaciais estritamente vigiadas, mantido à distância e impedido de ter um acesso comunicativo regular ou esporádico – é além disso mantido na categoria de estranho, efetivamente despojado da singularidade individual, pessoal, a única coisa que poderia impedir a esterotipagem e assim contrabalançar ou mitigar o impacto subjulgador da lei – também da lei criminal<sup>24</sup>.

Os "outros" são, assim, aqueles que não foram capazes de alcançar os padrões de consumo exigidos pelo mercado. São consumidores insatisfatórios, que não alcançam as exigências impostas pela produção capitalista, ou por não consumirem nada ou por não consumirem adequadamente, ou seja, de modo insuficiente. São o excesso negativo da Multidão. Eles são justamente os clientes do sistema penal por essa razão. Se a função essencial do cárcere hoje é de isolamento espacial desses indivíduos, o caráter seletivo da legislação penal se torna vítreo. É essa parte da Multidão, esse excesso negativo, que deve ser

<sup>22</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>23</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 114.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 115.

retirado do meio social para que não possa contaminar a parte restante; sua inutilidade deve ser eliminada e o modo mais eficaz de fazê-lo é por meio da anulação de sua existência no espaço social, já que a partir do momento em que se isola um indivíduo dentro das paredes do cárcere sua existência torna-se fantasmática, imperceptível ao todo social. O preso encontra no cárcere sua supressão identitária, onde deixa de ser indivíduo e passa a ser refugo, transmuta-se de ser social singular e torna-se mero número das estatísticas carcerárias.

As subclasses, os pobres, os moradores do gueto. São esses os principais clientes do cárcere, justamente pela impropriedade ou insuficiência de seu consumo. A gestão do sistema penal é, portanto, administração da miséria, não mais com o intento de reformá-la e constituir uma mão de obra aproveitável e capaz de um consumo prudente, mas com o intento de periferizar, de marginalizar, de excluir uma parcela da população que então se tornou inútil para a atual conformação do modo de produção capitalista, prescindível de mão de obra farta em razão de sua acentuada produtividade possibilitada pelo vigoroso desenvolvimento tecnólogico e pela abundância de produção de valor através do trabalho imaterial.

A prisão transformou-se assim em forma de governo desse excesso negativo, parcela de indivíduos que deve sofrer determinada medida de controle social por extrapolar os moldes ideais da totalidade:

O *excesso negativo* é representado como um conjunto de subjetividades que *excedem a lógica "governamental"*, uma vez que acentuam a contradição entre uma cidadania social baseada no trabalho e uma esfera produtiva que tem cada vez menos necessidade de trabalho vivo<sup>25</sup>.

A Multidão congloba em sua totalidade abstrusa, pois, esse excesso negativo – o refugo humano – enquanto expressiva parcela populacional que não enquadra-se nas conformidades da medida de cidadania. Um complexo de indivíduos que escapa às redes da governamentalidade capitalista.

Isto ocorre porquê na atual sociedade as dinâmicas de inclusão social ainda colocamse como mediação do trabalho entendido como emprego, como atividade desempenhada em tempo pleno, estável, garantida e contínua, onde essa medida determina a titularidade dos direitos de cidadania. Por outro lado, a dinâmicidade do modo de produção contemporâneo acaba por emergir através de uma nova estruturação que funda-se justamente na precarização e na redução do trabalho, o que acaba por multiplicar esse excesso negativo. Em outras palavras, a acessibilidade à condição de cidadão, à renda, à integração social e à própria

<sup>25</sup> 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. 90.

existência digna do ser subordinam-se ao preenchimento de um requisito que progressivamente torna-se exíguo na materialidade pós-fordista<sup>26</sup>.

Surgem, portanto, novas coordenadas para orientar um novo conjunto de estratégias repressivas e de controle social que paralelamente à transição do fordismo ao pós-fordismo caracterizam uma transição do "Estado Social" ao "Estado Penal". Nesse sentido, Di Giorgi afirma:

No fundo, o que examinamos não é outra coisa senão a progressiva centralidade alcançada pelo cárcere, isto é, pelo dispositivo disciplinar par excellence na gestão da nova força de trabalho e dos grupos sociais marginais, grupos que, por sua vez, se ampliam cada vez mais em consequência do aumento do desemprego, da precarização do trabalho e do empobrecimento de massa que se seguiram à reestruturação do welfare<sup>27</sup>.

O que marca, pois, a nova prática penal não é a constituição de um dispositivo disciplinar que reproduz em seus confluxos uma relação de saber-poder como processo de individualização pontual e precisa, mas que, ao contrário, procura esvaziar esse conteúdo. O controle social do excesso negativo não se opera mais por meio de dispositivos que subjetivam, mas que vigiam, limitam e neutralizam:

As determinações concretas da multidão, as suas características constitutivas, os seus possíveis comportamentos, as interações às quais pode dar vida, as formas de cooperação que constantemente alimenta, escapam a qualquer definição rigorosa por parte dos aparelhos de controle. Esta condição de *não-saber* qualifica os dispositivos de controle e os orienta para uma função de supervisão, de limitação do acesso, de neutralização e de contenção do excesso<sup>28</sup>.

Por essa razão é que o encarceiramento em massa – facilmente detectável em uma rápida análise dos dados estatísticos da população carcerária da maioria dos países – não é um fenômeno anômalo ou descontextualizado e muito menos corresponde como reflexo a um efetivo aumento da violência e da criminalidade. O aumento da população carcerária é uma decorrência lógica do aumento da população enquanto força de trabalho excedente; a criminalidade, portanto, não deve ser entendida sob um consequencialismo causal e simplista, mas como um sintoma de uma totalidade capitalista em crise por força de suas contradições internas estruturais.

### DISPOSITIVO, "HOMO SACER" E ESTADO DE EXCEÇÃO

Toda essa nova forma de organizar a vida em si é determinada pelos dispositivos

<sup>26</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>27</sup> GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, p. 97.

<sup>28</sup> Ibidem, 2006, p. 92.

contemporaneos. No sentido agambeano, o dispositivo é todo 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 o autor, 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 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 capturar²9.

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 demonstrou que os dispositivos objetivavam a criação de corpos dóceis e produtivos que, mesmo submetidos à uma série de discursos, exercícios e saberes, assumiam sua identidade e sua liberdade subjetiva dentro do próprio processo de assujeitamento. Mas Agamben preconiza que na atual fase do capitalismo os dispositivos:

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 nãoverdade do sujeito não há mais de modo algum a sua verdade<sup>30</sup>.

Essa nova forma estratégia dos dispositivos surge gradualmente como resultado de uma nova forma de organização da vida e estruturação do poder soberano. Para Foucault, a soberania evidenciava-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

<sup>29</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo? E outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009, p. 40, 41.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 47.

importantes nos mecanismos e cálculos estatais, o poder soberano transmuta-se paulatinamente naquilo que Foucault intitularia de biopoder. A antiga prerrogativa de fazer morrer e deixar viver dá espaço para uma fórmula inversa onde "fazer viver e deixar morrer" passa a caracterizar a biopolítica moderna<sup>31</sup>.

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*<sup>32</sup>.

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 distinção<sup>33</sup>.

Embora a legislação de execução penal brasileira seja uma das mais modernas do mundo, a realidade evidencia que se está muito distante de vê-la aplicada de maneira adequada. Não obstante os avanços conquistados ao longo deste século, evidencia-se que o sistema prisional não vem cumprindo com a sua finalidade, que é devolver à sociedade o cidadão, que por ter infringido uma lei teve sua liberdade restrita, apto a desenvolver um

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 16.

comportamento adequado às normas de convivência social impostas pelo ordenamento jurídico.

Apesar desse 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 era sacrificável na medida em que não era possível oferecer aos deuses algo que já estava sob sua posse; ao mesmo tempo, o assassínio do homem sacro era 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 dúplice exclusão e de uma dúplice captura, que apresenta mais do que uma simples analogia com a estrutura da exceção soberana<sup>34</sup>.

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 à 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 nua<sup>35</sup>.

O estado de exceção é, dessarte, o espaço de gestão dessa 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 baniu:

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 verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora* (*excapere*) e não simplesmente excluída<sup>36</sup>.

O que acontece no estado de exceção é a criação de uma situação que não pode ser

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 84.

<sup>36</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer:** o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Minas Gerais: Editora UFMG, 2014, p. 24.

delineada 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 direito<sup>37</sup>.

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.

#### A NOVA LÓGICA ATUARIAL NA SOCIEDADE DE RISCO

O sistema penal moderno baliza-se, pois, sob uma nova tendência de contenção e vigilância daqueles que se opõem como um risco para a sociedade, ou seja, que se colocam de alguma forma como óbice para a perenização da ordem social dominante. A prisão, portanto, projeta-se orientada por uma lógica atuarial produto da própria essência do estado de execeção investido na biopolítica.

O atuarialismo, por definição, pauta-se no cálculo e na avaliação probabilística dos riscos. Dessa forma, instaura uma postura que se preocupa muito mais com a minimização dos problemas atinentes à criminalidade e muito menos com a busca de alguma medida de justiça:

A postura atuarial calcula riscos, é cautelosa e probabilística, e não se preocupa com causas, mas com probabilidades, não com justiça mas com minimização dos danos, não busca livrar o mundo da criminalidade, mas um mundo em que tenham sido postas em prática as melhores rotinas de limitação de perdas; não uma utopia mas uma série de paraísos murados num mundo hostil<sup>38</sup>.

38 YOUNG, Jock. **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 105.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 167.

Essa lógica atuarial acaba por escamotear a existência real de criminalidade, desconsiderando-a como fator relevante para a aplicação do discurso jurídico-ideológico. Além disso, ela acaba por retirar o significado moral dos relacionamentos humanos, desembarançando-os de julgamentos morais e destituindo-os de sua significância moral; o atuarialismo é, dessa forma, moralmente neutro<sup>39</sup>, possibilitando a realização de um discurso onde o que importa essencialmente é a supressão ou a amenização dos riscos.

É evidente que a determinação do que vem a ser um risco ou não para a sociedade deriva de um constructo ideológico reproduzido pelos mais variados dispositivos. Seja pela mídia, pela discurso jurídico-penal ou até mesmo pelo ensino escolar, há toda uma propagação de discursos ideológicos que reproduzem uma lógica completamente atrelada à manutenção da totalidade capitalista. Desse modo, os riscos são determinados como tais apenas enquanto circunstâncias que se tornam riscos para a permanência estável dessa totalidade singular.

Em contínuo, no que toca à racionalidade do discurso jurídico-penal contemporâneo, Di Giorgi aduz que o orienta é o conceito de risco:

As novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão do risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode (e, de resto, não se está interessado) em reduzir. A racionalidade que estamos descrevendo não é disciplinar, e sim atuarial<sup>40</sup>.

Desse modo, o cárcere atuarial projeta-se como forma de administração do risco e de controle social daqueles que poderiam ser considerados vetores desse risco. O termo risco deve ser entendido, por conseguinte, não como efetiva criminalidade ou periculosidade, mas sim como uma conduta que escapa às determinações da lógica governamental que se orientam pela manutenção das constâncias do modo de produção e dos interesses daqueles que que são por ele privilegiados. Nesse sentido, Di Giorgi afirma:

O recrutamento da população carcerária ocorre com base na identificação (mas melhor seria dizer "invenção") das classes de sujeitos consideradas produtoras de risco, potencialmente desviantes e perigosas para a ordem constituída. Assim, não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e ao mesmo tempo o objeto) das estratégias de controle, mas sim aqueles indícios de probabilidades que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes perigosas específicas. Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam virtualmente de *cometer* crimes para *se tornarem*, elas mesmas, crime. As determinações peculiares dos sujeito, que as tecnologias disciplinares pretendiam misturar, dobrar e transformar, são substituídas por

<sup>39</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>40</sup> 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. 97.

agregados estatísticos que oferecem às agências da repressão a nova linha-guia para a seleção da população carcerária. A atuarialização do controle se materializa assim num conjunto de práticas que desestruturam os indivíduos e os substituem por construções artificiais que, por sua vez, alimentam práticas de contenção preventiva<sup>41</sup>.

Há, portanto, por meio do cárcere atuarial, um esvaziamento do indivíduo, onde as subjetividades identitárias do ser lhe são completamente despojadas e são substituídas por determinações artificiais que desconsideram o indivíduo enquanto sujeito, erigindo novas categorizações de significação que alçam-no à simples identificação entre indivíduo de risco ou de não-risco.

O risco, evidentemente, por sua própria definição, estará sempre refletido no semblante daqueles que não podem ser subsumidos à razão governamental, orientada pela lógica da totalidade singular e significada pela ordem simbólica do Capital. Por essa razão a clientela do sistema penal estará sempre previamente selecionada e a racionalidade do discurso jurídico-penal nunca poderá realizar de outra forma que não sob a forma de seu fetichismo.

#### **CONCLUSÃO**

Os efeitos do cárcere atuarial inseridos nessa nova sociedade de risco acabam por dessignificar os sujeitos, definindo uma desconfiança universal que impede o reconhecimento mútuo entre os sujeitos enquanto parte de uma mesma força de trabalho. Essa é uma das razão pela qual o sujeito que é inserido dentro do cárcere torna-se refugo humano. Em uma sociedade onde o risco é dado como sinônimo de perigo o indivíduo que se torna um risco social é negado pelo corpo social e deve ser afastado na medida em que interfere na "paz" e na "ordem" estabelecida. O que ocorre efetivamente, porém, é que esse risco geralmente é composto por um conjunto abstruso de subjetividades — a Multidão — que escapa à governamentalidade capitalista, e que por essa razão deve ser supervisionada e contida, na medida em que pode estabelecer-se como entrave à ordem instituída. Para tanto, esse excesso negativo é "inserido" na ordem social, para que possa então ser "excluído", fechando-se o espelho binomial da relação inclusão/exclusão do estado de exceção biopolítico.

O risco constitui-se hoje como centralidade da dogmática penal, ao mesmo tempo estabelecendo-se como objeto mas também como seu elemento legitimador; a diminuição dos riscos, a minimização dos danos e a manutenção da paz ordenada erigem-se como diretrizes

<sup>41</sup> Ibidem, p. 98, 99.

basilares do dicurso jurídico-penal atual. No entanto, essa articulação auto-legitimante possui como escopo a contenção do risco, mas apenas enquanto elemento que afronta a própria ordem constituída. Nesse sentido, os elementos que escapam à lógica do capitalismo devem ser isolados espacialmente para que possam ser encampados no seu âmbito de controle – inclusão/exclusão – já que a subjetividades múltiplas e abstrusas da Multidão – no que tange ao seu excesso negativo – fogem ao conceito-limite de cidadania, dificultando e em alguns casos até mesmo impossibilitam um controle gerencial dessa coletividade singular.

O que acontece, portanto, ao inserir esses indivíduos – o "outro", "refugo humano", "excesso negativo" inadequado ao modo de produção capitalista contemporâneo – no cárcere é um movimento duplo, onde o sujeito é incluído, enquanto é encampado dentro da vigência da lei, mas é excluído, já que expulso do meio social e atirado ao novos depositários de lixo humano da modernidade, as prisões. Nesses espaços, o sujeito é dessubjetivado, tornando-se identitariamente invisível; sua existência é esvaziada e dessignificada. E, dentro dos espaços carcerários, a vigência de significado da norma pode então ser suspensa a qualquer tempo sem embaraços perante esses "não-sujeitos" despojados de sua identidade. Por essa razão é forçoso dizer que há um denso e intrincado paralelo entre o aprisionado de hoje e ohomo sacer agambeano onde a similitude é mais real e inquietante do que a teoria deixa transparecer.

# A CULTURA DE VIOLÊNCIA NO CÁRCERE: UM ESTUDO CRIMINOLÓGICO DA RELAÇÃO ENTRE O AGENTE PENITENCIÁRIO E O PRISIONEIRO

Francisco Lozzi da COSTA<sup>1</sup> Florestan Rodrigo do PRADO<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O texto aborda a relação que se estabelece entre o agente de segurança penitenciária e o recluso, analisando o desenvolvimento de uma cultura antidetento que nasce desta convivência. Milhares de homens e mulheres encontram-se encarcerados no sistema penitenciário brasileiro, sendo necessário estabelecer uma abordagem da atividade daqueles que atuam diretamente em contato com os prisioneiros, buscando perquirir quais são os problemas e as necessidades dos servidores penitenciários e quais os compromissos éticos e políticos do Estado frente à questão carcerária. O medo, a tensão e a violência compreendem a tônica do ambiente das prisões, causando uma sensação de justiciamento por parte dos agentes penitenciários que imaginam que as leis penais são extremamente brandas. Por outro lado, os prisioneiros passam a nutrir um sentimento de ódio com relação aos funcionários da prisão. A formação profissional e a constante reciclagem através de cursos de aperfeiçoamento e de capacitação apresentam-se como fatores de extrema relevância para a sobredita especialização do pessoal penitenciário. O agente de segurança, assim capacitado, seria uma peça chave no cumprimento da finalidade de ressocialização da pena.

**PALAVRAS-CHAVE:** Agente de Segurança Penitenciária; Violência no Cárcere; Ressocialização.

#### **ABSTRACT**

The text discusses the relationship that is established between the prison security officer and the inmate, analyzing the development of a culture antidetento born this coexistence. Thousands of men and women are incarcerated in the Brazilian prison system, it is necessary to establish an approach to the activity of those who work directly in contact with the prisoners, seeking to assert what the problems and needs of prison staff and what the ethical and political commitments the State and the prison issue. Fear, tension and violence include environmental tonic prison, causing a feeling of justiciamento by the correctional officers who imagine that criminal laws are extremely lenient. On the other hand, the prisoners begin to nurture a sense of hatred with regard to prison officials. Vocational training and the constant

Possui mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - Instituição Toledo de Ensino, graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo e graduação profissional em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Atualmente leciona no Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente no curso de Direito.

É mestre em ciências jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP - Campus de Jacarezinho - PR. Possui graduação em Direito pela Faculdade Antônio Eufrásio de Toledo e especialização em Direito pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Professor universitário do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente - SP. Professor convidado do curso de formação de agentes de segurança penitenciária da Escola de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo - EAP. Tem relevante experiência no magistério jurídico na área penal, com ênfase nas seguintes disciplinas: Medicinal Legal, Direito Penal, Direito Penitenciário, Direito Processual Penal, Direito de Execução Penal e Prática Jurídica Penal. Também é Defensor Criminal concursado pela Fundação Pública "Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel" FUNAP-SP.

recycling through improvement and training courses are presented as extremely important factors for the aforesaid specialization of prison staff. The security guard, so skilled, would be a key part in meeting the social rehabilitation purpose of the sentence.

**KEY-WORDS:** Prison Security Agent; Violence in Prisons; Resocialization.

**INTRODUÇÃO** 

O universo do cárcere é marcado, principalmente, pela relação que se estabelece entre o Estado e o prisioneiro durante o processo de execução da pena privativa de liberdade. Neste viés, a presente pesquisa visa estabelecer um enfoque criminológico em face da figura do agente de segurança penitenciária e da sua relação com o recluso, almejando investigar os fenômenos que surgem desta convivência.

A finalidade buscada, nesse artigo, consiste em discutir se existe ou não uma espécie de "cultura antidetento" extraída do sentimento de vingança que, eventualmente, venha acometer o agente de segurança no exercício de suas funções públicas.

Parte-se de uma abordagem em torno da estrutura do pessoal penitenciário, sob o ponto de vista crítico, analisando os estereótipos e os mitos que são criados em face da figura do homem que trabalha na cadeia. No mesmo passo, também se estabelece um estudo sobre a postura da Administração Pública com relação ao agente. Como o Estado trata o seu funcionário?

Para responder a este questionamento, se fez necessário mergulhar mais ainda no mundo das prisões e analisar as tensões, os medos, e a rotina de violência que faz parte do cotidiano das pessoas encarceradas, verificando, de maneira mais próxima, o fenômeno da deteriorização do ser humano nas prisões.

Derradeiramente, discute-se a perspectiva do ideal ressocializador da pena e o importante papel do agente de segurança penitenciária no cumprimento desta missão, que há muito permanece ignorada pelo próprio Estado.

### IMPERFEIÇÕES DO UNIVERSO DA PRISÃO E A FORMAÇÃO TÉCNICA DO PESSOAL PENITENCIÁRIO

O enfrentamento da problemática carcerária pressupõe uma reflexão crítica acerca dos motivos que levaram à ineficácia do sistema prisional e à existência de um sistema punitivo flagrantemente violador dos direitos humanos da população carcerária.

49

Expõe Leal (2001, p. 95) que "das inúmeras imperfeições do universo presidial, talvez a mais grave esteja relacionada com as pessoas que nele trabalham".

A atividade de execução da pena, em razão de sua natureza interdisciplinar, abrange, além das decisões proferidas pelos juízes de execução penal, uma série de atos de natureza administrativa praticados no decorrer do processo executório penitenciário.

René Ariel Dotti atesta que a execução penal detém concepção mista, consagrando-se a efetiva judicialização no processo executório ante a vigilância e o controle final do juiz da execução penal sobre os atos praticados por autoridades administrativas (1983, p. 317). Assim, pode-se afirmar, que a execução da pena privativa de liberdade envolve não só a atividade do juiz e da direção do estabelecimento penal, mas também, a de todos os agentes públicos que integram o quadro do pessoal penitenciário<sup>3</sup>.

A complexa atividade penitenciária pressupõe várias intervenções administrativas. 4 O presídio, no sentido funcional, é um órgão público pertencente à Administração Penitenciária, compreendido por um centro de competência administrativa instituído para o desempenho de funções estatais relativas à execução da pena privativa de liberdade. Segundo Miotto (1992, p.22) "o adjetivo 'penitenciária' indica que ela [a Administração] é órgão do Poder Executivo que tem sua atividade vinculada ao exercício do direito-poder de punir".

Os servidores da penitenciária são agentes administrativos que manifestam sua vontade em diversos planos de atuação (MEIRELLES, 1997, p. 63). Tais agentes são denominados de pessoal penitenciário pela Lei de Execuções Penais. Assim, o estabelecimento penal é estruturado a partir da existência de um quadro de pessoal que executa os atos de seu funcionamento.

O pessoal penitenciário é distribuído em quatro principais categorias: o pessoal administrativo, composto pelos diretores e subdiretores dos estabelecimentos penais e dos servidores que desenvolvem funções conforme a organização e a necessidade do estabelecimento, a exemplo dos oficiais de administração, dos chefes de seção, dos digitadores, dos supervisores, dos serventes, etc.; o pessoal técnico, que envolve os médicos, os dentistas, os psiquiatras, os farmacêuticos, os assistentes sociais, os professores, os

<sup>3</sup> Em sede doutrinária gravita divergência a respeito da natureza jurídica da execução da pena, prevalecendo o entendimento de que a execução penal brasileira possui natureza jurídica mista ou híbrida, com predominância da atividade jurisdicional (GRINOVER, 1987, p. 07). Nesse sentido orientam as Súmulas 39/40 das Mesas de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo - USP.

<sup>4</sup> Nesse sentido: artigos 37, 54, 59 parágrafo único, 60 e 120 da Lei de Execuções Penais, Lei nº. 7.210/84.

A Lei de Execuções Penais, Lei nº. 7.210/84, em seu Capítulo VI Seção III, trata da Direção e do Pessoal dos Estabelecimentos Penais (artigos 75 e seguintes).

enfermeiros e todos os auxiliares dessas funções e o pessoal de vigilância, que compreende a guarda interna do estabelecimento penal.<sup>6</sup> (MIRABETE, 2004, p. 242).

Em razão da complexidade deste processo de execução, o quadro de pessoal penitenciário deve ser formado por funcionários especializados, isto é, preparados tecnicamente para o exercício de suas funções. A atuação do pessoal penitenciário compreende um importante serviço público, comparado ao mesmo tipo de serviço desempenhado por um hospital ou por uma escola. Salientando a relevância do serviço prestado pelo pessoal penitenciário, realça Andrew Coyle:

Em qualquer sociedade democrática, trabalhar em uma prisão é um serviço público. As prisões, a exemplo de escolas e hospitais, são lugares que devem ser administradas pelo poder público com o objetivo de contribuir para o bem comum. As autoridades penitenciárias devem ser passíveis de responsabilização perante um congresso eleito e o público deve regularmente ser informado sobre o estado e as aspirações das prisões. Os ministros do governo e os administradores mais graduados do governo devem deixar claro que tem elevada consideração pelos servidores penitenciários pelo trabalho que desempenham e a população deve ser frequentemente lembrada de que o trabalho nas prisões constitui um importante serviço público (2002, p. 21).

Segundo determinam regras internacionais<sup>7</sup> sobre a prevenção do crime e justiça criminal, a administração penitenciária dos países adeptos a essa normatização, deve promover a seleção cuidadosa de funcionários de todos os níveis, uma vez que a execução da pena depende da integridade, humanidade, capacidade funcional e adequação para o trabalho desses funcionários. Destacam as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas, em seu item 46:

46. 1) A administração penitenciária escolherá cuidadosamente o pessoal de todos os graus, posto que da integridade, humanidade, atitude pessoal e capacidade profissional destes dependerá a boa direção dos estabelecimentos penitenciários. 2) A administração penitenciária se esforçará constantemente para despertar e manter, no espírito do pessoal e na opinião pública, a convicção de que a função penitenciária constitui um serviço social de grande importância e, nesse propósito, utilizará todos os meios apropriados para ilustrar ao público. 3) Para lograr os ditos fins, será necessário que todos os membros do pessoal trabalhem exclusivamente como funcionários penitenciários profissionais, tenham a condição de empregados públicos e portanto a segurança de que a estabilidade de seu emprego dependerá unicamente de sua boa conduta, da eficácia de seu trabalho e de sua aptidão física. A

Na maioria dos Estados brasileiros a nomenclatura utilizada é agente de segurança penitenciária, tal como ocorre em São Paulo, no Estado do Paraná, no Estado da Bahia e no Rio Grande do Sul. Existem algumas variações desta nomenclatura, a exemplo do Rio de Janeiro, onde são denominados inspetores penitenciários e do Estado de Goiás onde são conhecidos por agentes de segurança prisional. Em São Paulo, no ano de 2001, foi criado o cargo de Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária, consistente em uma categoria específica de agente penitenciário com competência para realizar a escolta externa de presos e a vigilância nas muralhas dos estabelecimentos penais (Lei Estadual 898, de 13 de julho de 2001).

<sup>7</sup> O primeiro congresso da ONU para prevenção do crime e tratamento dos delinquentes (Genebra, 22-8 a 3-9-1955) preocupou-se demasiadamente com o pessoal penitenciário, estabelecendo regras gerais para o seu recrutamento e para sua formação.

remuneração do pessoal deve ser adequada para obter e conservar os serviços de homens e mulheres capazes. Se determinarão as vantagens da carreira e as condições do serviço, tendo em conta o caráter penoso de suas funções.

#### Amida Bergamini Miotto também alude que:

Essa preocupação da ONU com o pessoal penitenciário tem inteira razão de ser. Com efeito, o problema do pessoal, em qualquer órgão público ou entidade privada é importantíssimo, pois afinal é o pessoal que faz funcionar bem ou faz funcionar mal o órgão ou a entidade, alcançando os respectivos objetivos ou pondo-os a perder (1975, p. 727).

A Lei de Execuções Penais (Lei nº. 7.210/84) dispõe em seu artigo 77 que a escolha do pessoal administrativo, especializado de instrução técnica e de vigilância atenderá a vocação, preparação profissional e antecedentes pessoais do candidato.

Executar a pena privativa de liberdade não é somente vigiar presos. Como afirmado alhures, a pena, em sua concepção moderna, possui outras finalidades que não somente a expiação idealizada pelos retribucionistas. Antes disso, o processo de execução da pena busca reinserir o condenado na sociedade, concretizando-se, de maneira eficaz, o ideal preventivo especial positivo, tal como estabelece nossa legislação pátria.

O serviço penitenciário é um serviço de relevante natureza social, e, em razão disso, os agentes que compõem o quadro de pessoal penitenciário não podem se restringir a simples guardas, sendo necessária a presença de preparação técnica e formação ética e humanística. Na perspectiva de Coyle:

A administração penitenciária precisa operar dentro de um contexto ético. Na ausência de um contexto ético sólido, a situação em que se dá um grupo de pessoas considerável poder sobre outro pode facilmente se degenerar em abuso de poder. O contexto ético não é unicamente uma questão de comportamento de servidores individuais com relação às pessoas presas; é preciso que um entendimento da base ética da privação de liberdade permeie todo o processo administrativo, de cima para baixo. A ênfase por parte das autoridades penitenciárias, em processos corretos, a demanda por eficiência operacional ou a pressão com vistas ao cumprimento de metas administrativas sem uma consideração prévia dos imperativos éticos pode levar a uma situação de grande desumanidade. A concentração por parte das autoridades penitenciárias em processos e procedimentos técnicos levará os servidores penitenciários a se esquecerem de que uma prisão não é o mesmo que uma fábrica que produz automóveis ou máquinas de lavar roupas. A administração penitenciária consiste essencialmente na gestão de seres humanos, tanto servidores penitenciários quanto pessoas presas [...]

#### E complementa:

O papel dos servidores penitenciários consiste em: tratar as pessoas presas de modo digno, humano e justo; assegurar que todas as pessoas presas estejam seguras; certificar-se de que os presos perigosos não escapem; certificar-se de que haja boa ordem e controle nas prisões; proporcionar aos presidiários a oportunidade de usar o tempo na prisão de modo positivo, a fim de que possam se reintegrar à sociedade quando forem soltos (2002, p. 21-22).

Se o pessoal penitenciário estiver bem preparado e devidamente selecionado, o estabelecimento penal funcionará corretamente, executando a pena da maneira determinada pela lei. Um pessoal penitenciário sem aptidão e despreparado, além de não conseguir concretizar adequadamente as finalidades da pena privativa de liberdade, por não enxergar os problemas que surgem, acaba cometendo abuso de poder.

Observe-se que o prejuízo da execução da pena coloca em xeque as etapas anteriores do jus puniendi, ocasionando a ruína das outras fases da individualização da pena, chegandose à conclusão de que todo o trabalho foi em vão. A individualização executiva é a última etapa do Direito Penal, não podendo ser desprezada em razão disso.

A atividade executiva é o derradeiro momento da atuação do princípio constitucional da individualização da pena, todavia, não é menos importante do que as atividades antecedentes, por tratar-se do "último estágio da realização do Direito Penal". Neste estágio, as consequências jurídicas do delito materializam-se, ou seja, a advertência abstrata contida no comando secundário da norma penal se torna real, podendo ser sentida pelo condenado, que em regra deverá cumprir a pena (ou medida de segurança) fixada pelo juiz ou Tribunal na sentença penal condenatória definitiva. (SOUZA, 2006, p. 249).

A exagerada preocupação com a disciplina e a ordem interna das unidades prisionais preterindo-se a aspectos humanitários, constitui um dos erros mais comuns das administrações penitenciárias. Nesses erros, a prisão segue independente e autônoma, distanciando-se de suas finalidades, recebendo, inclusive, apoio da sociedade, que exclui o preso e se satisfaz com o papel desempenhado pelos órgãos prisionais, consistente na manutenção da ordem e da disciplina, tão somente. Nesse contexto, a prisão se transforma em uma eficiente máquina de isolamento de pessoas.

#### Relata Manuel Rodrigues Portugues:

[...] vigora com maior intensidade um distanciamento da questão penitenciária, caracterizando-se uma dupla exclusão: de um lado a prisão, seu corpo dirigente e funcional que imprimem uma forma de gestão autônoma e autocentrada, marcada pela invisibilidade e impenetrabilidade, procurando-se manter independente ao aparato do Estado e à influencia da sociedade; por outro lado, a própria sociedade, que procura distanciar-se dessa realidade, exigindo da prisão apenas o aspecto referente à segurança do cidadão, portanto, sem fugas e desordens (2001, p. 357).

Em sede de administração penitenciária, é comum criar-se um emaranhado de atos normativos que propiciam o nascimento de um nefasto universo burocrático, que aparentemente tem a função de legitimar a violência que está por trás da condução das questões carcerárias. Se constrói um ambiente normativo artificial que nos leva à impressão de que é legítimo ante a existência de uma série de regimentos, de estatutos, de portarias, de decretos, etc. A violência encontra-se sub-repticiamente inserida em tais preceitos. Tratando-

se de presos perigosos, parece valer de tudo.

Referindo-se aos presídios federais, Alcides Marques Porto Pacheco ressalta:

Como é de praxe, foi criado todo um arcabouço de procedimentos relacionados à legitimação normativa condizente a burocratização da chamada violência legítima. Contudo, uma das principais características das instituições totais é o seu fechamento, através da diminuição do contato interno com o exterior, bem como que, apesar disso, não são dispensados rituais de legitimação de suas práticas, os quais são dados pelos mandamentos legais e administrativos dirigidos à prática do encarceramento. Desta forma fica evidente que os presídios federais de segurança máxima especial, por representarem uma instituição que almeja buscar a defesa da sociedade contra alguns indivíduos considerados perigosos, estão perfeitamente encaixados no conceito ditado acima [...] (2011, p. 427).

Conclui-se que a prisão tornou-se uma espécie de depósito de pessoas indesejadas, cuja principal função daqueles que trabalham neste local é manter essas pessoas presas a qualquer custo, independentemente de qualquer outro sentido teleológico da pena.

#### Afirma David Garland:

A prisão é usada atualmente como um tipo de reservatório, uma zona de quarentena, na qual os indivíduos supostamente perigosos são segregados em nome da segurança pública. Nos EUA, o sistema que está se formando lembra os gulags soviéticos — um cinturão de estabelecimentos de trabalho forçados e prisões, que se estende ao longo de um vasto país, abrigando dois milhões de pessoas, a maioria das quais oriundas de classes sociais e grupos raciais que se tornaram politica e economicamente problemáticos (2008, p. 381).

Para evitar os excessos e os desvios praticados pelo pessoal penitenciário, é necessário um recrutamento seletivo e cuidadoso do quadro de funcionários, observando-se condições de integridade e de humanidade nos candidatos aos cargos. A formação profissional e a constante reciclagem através de cursos de aperfeiçoamento e de capacitação apresentam-se como fatores de extrema relevância para a sobredita especialização do pessoal penitenciário.<sup>8</sup>

Sem tais fatores, não existirá a qualificação exigida para tal desiderato.

Assim, por mais rico e estruturado que se apresente o sistema carcerário de determinado país, por mais moderno que seja determinado estabelecimento penal, aparelhado com equipamentos de alta tecnologia e com uma arquitetura prisional diferenciada, é difícil imaginar a conquista da integração social do preso se o material humano ou o corpo funcional deste estabelecimento não possuir funcionários competentes e especializados, que tenham a missão de concretizar o desiderato da ressocialização. A modernidade está na qualidade do pessoal que trabalha no cárcere e não no avanço da tecnologia.

<sup>8</sup> O artigo 77 § 1º da Lei de Execuções Penais (Lei nº. 7.210/84) assevera que o ingresso do pessoal penitenciário bem como a progressão ou ascensão funcional dependerão de cursos específicos de formação, procedendo-se à reciclagem periódica dos servidores em exercício.

### O AGENTE PENITENCIÁRIO: HOMEM DE PRIMEIRA LINHA DE CONTATO COM O PRESO. ESTEREÓTIPOS, CRENÇAS E MITOS

O objeto principal deste assunto é o enfoque dos problemas e das circunstâncias que gravitam em torno da figura do agente penitenciário, por entendermos que seu papel é extremamente importante na execução da pena do prisioneiro.

Segundo se infere do cotidiano das prisões, o pessoal de vigilância, neste estudo compreendido pelos agentes penitenciários, são os que mais se relacionam com os presos. O agente é o homem de primeira linha no contato com o preso. Por causa disso, suas funções detêm extrema importância na busca da ressocialização. Destaca Mirabete (2004, p. 242) que os agentes penitenciários "[...] são os que mais tem contato com o preso, que deles recebe maior influência e a maior soma de estímulos." A relação guarda x preso é uma realidade constante no universo penitenciário.

A função do agente penitenciário consiste em preservar a ordem e a disciplina internas do estabelecimento prisional, cabendo-lhe fazer rondas, fiscalizar celas, registrar as infrações disciplinares, inspecionar o comportamento dos presos, realizar a contagem periódica da população carcerária, comunicar à chefia os pedidos que lhes são apresentados, dentre inúmeras outras funções (LEAL, 2001, p. 97).

Por vários motivos a posição do agente penitenciário é extremamente importante no tratamento penitenciário do detento. Além de ser a pessoa que mais mantém contato com os presos, o agente influencia o prisioneiro com sua postura e com sua personalidade, através de sua maneira de agir e de falar.

O agente seria a ponte de ouro entre a cadeia e a liberdade digna do prisioneiro. É ele quem mais conhece o preso. É ele que sabe qual é o preso mais perigoso, o melhor, o mais trabalhador. Os técnicos consultam o agente para tirar informações a respeito de determinado preso quando da confecção de algum tipo de parecer. Sua atividade é de extrema importância na prisão. Muitos agentes são cruciais para a ordem e a disciplina no presídio, ao ponto de sua simples presença física garantir a ordem do local.

No entanto, apesar de ocupar um lugar de destaque imediato no suposto processo de reinserção social, a classe dos agentes de segurança penitenciária é sempre submetida a um segundo plano, estabelecendo-se, sobre tais servidores públicos, uma espécie de rótulo de funcionários de pequena categoria. Vigora o descaso por parte da Administração Pública, pois os remunera com poucos vencimentos<sup>9</sup> e não os prepara corretamente para o exercício da O salário bruto de um agente penitenciário de classe I, no Estado de São Paulo, é de R\$ 3.085,00, sendo que

função. Em relação a eles — os agentes penitenciários — ainda se verifica a discriminação de toda a sociedade.

Em pesquisa realizada no Presídio Regional de Pelotas, no Rio Grande do Sul, Luiz Antônio Bogo Chies (2008, p. 99) apresenta números que indicam que o próprio agente penitenciário entende que a sociedade o desvaloriza:

[...] a maioria compreende que suas atividades contribuem pouco (46,67%) ou muito pouco (23,33%) para a consecução do principal objetivo organizacional (total de 70% na soma dessas últimas opções) Por outro lado, 63,34% dos entrevistados entendem que a sociedade espera principalmente que a prisão castigue. Nesse sentido, mesmo que 56,67% deles tenham considerado que suas atividades se dirigem com prioridade, à manutenção da disciplina e segurança, registram, no já comentado dado da valorização profissional, que a mesma sociedade extramuros é indiferente a eles ou os desvaloriza (73,33% na soma das faixas).

Conforme se tem notícia, o pagamento de baixos vencimentos, o estigma de funcionários corruptos e o baixo padrão cultural do pessoal de vigilância<sup>10</sup> são os principais fatores que vulneram a classe dos agentes penitenciários, prejudicando obliquamente a sua atuação no sentido de contribuir com a ressocialização dos presos.

#### Consoante salienta Augusto Thompson:

O reduzido nível cultural dos guardas, consequência inevitável dos baixos padrões de vencimento e a falta de instruções corretamente orientadas, a respeito do tipo de relacionamento que devem manter com os internos, são os dois motivos principais, repetidamente apontados, com que se busca explicar o insucesso da penitenciária, no que concerne ao escopo ressocializador. Todas as reformas – ou projeto de reformas – dedicam ao assunto enorme atenção, terminando por propor, indefectivelmente, sugestões no sentido de que tais funcionários sejam selecionados por critérios mais exigentes, quanto ao grau de escolaridade, frequentem cursos especiais de treinamento e percebam salários condignos (2002, p. 39).

Ilustrando a discriminação que envolve a figura do agente penitenciário, destaca, também, Edson Raimundo Ferreira:

Na função de isolar a sociedade do condenado, foram criadas as prisões e, o elo de ligação entre o preso e o mundo exterior é o Agente Penitenciário. Ambos (presos e agentes) sofrem o desprezo e a discriminação, tornaram-se vítimas sociais. Assim, como o mundo carcerário é repleto de estigmas, a função de quem trabalha neste mundo não é diferente. Pouco se sabe e se conhece da realidade do agente penitenciário. É conveniente salientar que a própria ONU nas regras mínimas define a função deste profissional como "árdua e penosa", carecendo de um tratamento diferenciado por parte do poder público e sociedade (2002, p. 45).

Como vimos, a figura do funcionário da cadeia é noticiada, via de regra, como a de

sobre este salário acrescentam-se outros adicionais de exercício podendo esse valor ser elevado. Fonte: <www.sap.sp.gov.br> Acesso em 18. fev. 2016.

<sup>10</sup> Não é exigido nível superior para o cargo de agente penitenciário. Segundo se verifica dos editais de concursos públicos, para o cargo de agente de segurança penitenciária, exige-se apenas o nível médio completo. O mesmo ocorre para o cargo de agente penitenciário federal. Fonte: <www.portal.mj.gov.br> Acesso em 12.fev.2012.

um homem mau e sinistro, 11 criando-se uma imagem negativa sobre o pessoal de vigilância.

Enfatiza, nesse sentido, Luiz Claudio Lourenço:

Trabalhar no sistema penitenciário é comumente retratado de forma depreciativa. As notícias que chegam a portais de internet, telejornais, rádios, jornais e revistas, além de obras cinematográficas e de teledramaturgia, reforçam apenas a imagem negativa que a maior parte das pessoas tem sobre o trabalho carcerário, sobretudo da ocupação de agentes penitenciários (2010, p. 14).

Tais fatores constroem um estereótipo sobre o agente, uma espécie de mito ou de crença nutridos pela sociedade de que todos os agentes são maus, vigorando uma espécie de cultura antirreinserção ou cultura antidetento (MORAES, 2005, p. 51). A função de agente não é motivo de orgulho para o próprio servidor, que, em certos casos, busca esconder sua profissão e envergonha-se daquilo que faz. Nesse sentido, descreve Virgílio de Mattos:

Em sociedade o agente penitenciário não tem o menor orgulho em revelar sua profissão. Quando por força das circunstâncias é obrigado a fazê-lo, diz receber em troca olhares de desconfiança e acusação, como se ele fosse o responsável pelas mazelas do sistema penal (2010, p. 28).

Na verdade, embora não se deve olvidar de que existam agentes competentes e vocacionados para a função que desempenham, o que se verifica, habitualmente, é que a ampla maioria de servidores é despreparada para a função, sendo comuns a corrupção e a violência no cotidiano do cárcere.

Michel Foucault (2002, p. 222) menciona que a corrupção e o medo são fatores presentes na história dos que trabalharam no encarceramento:

Corrupção, medo e incapacidade dos guardas: 1.000 a 5.000 vigias que só mantém alguma segurança com a delação, ou seja, com a corrupção que eles mesmos tem o cuidado de semear. Quem são esses guardas? Soldados que receberam baixa, homens sem instrução, sem inteligência de sua função, que guardam os malfeitores por profissão.

Cesar Barros Leal (2001, p. 98), também aborda essa questão da corrupção e da violência cometida pelos agentes penitenciários e o faz mencionando o termo prisionizados:

Deploravelmente tem-se notícia de agentes prisionais a participarem de desvio de gêneros alimentícios, tráfico de armas e droga nas prisões, bem como de ingresso de prostitutas e de facilitação de fugas. Muitos prisionizados, tornam-se rudes e incivis, como bem o disse Julita Lemgruber: "Não há dúvida de que alguns incorporam a imagem que, em geral, deles se faz: sádicos, cruéis, impiedosos, sem o mínimo de sensibilidade para exercerem a função que lhes foi confiada" (LEAL, 2001, p. 98).

<sup>11</sup> Na literatura universal, é comum encontrarmos narrações de carcereiros estigmatizados e rotulados como homens impiedosos e desumanos. Por vezes, são retratados como pessoas de baixo nível, com qualidades depreciativas. Na obra, o Conde de Monte-Cristo, de Alexandre Dumas, temos a seguinte passagem: "Removem o infeliz Edmundo para uma masmorra. Levam-no no meio de forte escolta para o castelo de If, construído numa ilha, cárcere marítimo de onde nunca se evadira um prêso. Um carcereiro de aspecto imundo e sinistro o conduz a um cárcere escuro e infecto, quase subterrâneo, onde uma lanterna bruxuleava em cima de um banco [...]". (1963, p. 110).

Ao mencionar a expressão prisionizados o autor refere-se a outro fenômeno comum no cárcere - é a chamada prisonização - que alcança não só os detentos, mas também o próprio agente penitenciário. Trata-se de um fenômeno sociológico, que envolve um processo paulatino e de vários estágios, onde, aos poucos, a pessoa, mesmo que de maneira inconsciente, vai incorporando a cultura da instituição a que pertence. Esse fenômeno é comum nas instituições fechadas, a exemplo da prisão.

A prisão proporciona um universo próprio, simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo, proporcionando uma aculturação, um modo de vida específico daqueles que fazem parte desta instituição total. A prisonização caracteriza-se como um processo de assimilação onde o preso e, também o agente, mudam seu comportamento em razão da influência cultural que sofrem na prisão. Na verdade, assim como ocorre a americanização do estrangeiro nos Estados Unidos, pode-se afirmar que a prisonização significa a incorporação, em maior ou menor grau, da maneira de falar, dos hábitos, da cultura e das demais regras da cultura carcerária (LOBOSCO, 2012, p. 03).

# TENSÃO, HOSTILIDADE E VIOLÊNCIA COMO TÔNICA DO AMBIENTE CARCERÁRIO E A FORMAÇÃO DA CULTURA "ANTIDETENTO"

Tanto os presos como os agentes dividem o mesmo ambiente carcerário, criando-se uma tensão e um ambiente hostil entre os dois grupos, que passam a se conceber como inimigos, cada um portando princípios e padrões próprios de comportamento.

Essa tensa relação foi descrita por Erving Goffman:

Nas instituições totais, existe uma divisão básica entre um grande grupo controlado, que podemos denominar o grupo dos internados, e uma pequena equipe de supervisão. Geralmente, os internados vivem na instituição e tem contato restrito com o mundo existente fora de suas paredes; a equipe dirigente muitas vezes trabalha num sistema de oito horas por dia e está integrada no mundo externo. Cada agrupamento tende a conceber o outro através de estereótipos limitados e hostis – a equipe dirigente muitas vezes vê os internados como amargos, reservados e não merecedores de confiança; os internados muitas vezes vêem os dirigentes como condescendentes, arbitrários e mesquinhos. Os participantes da equipe dirigente tendem a sentir-se superiores e corretos; os internados tentem, pelo menos sob alguns aspectos, a sentir-se inferiores, fracos, censuráveis e culpados. (2010, p. 18-19).

O ambiente de trabalho, no cárcere, é extremamente tenso, existindo uma hostilidade no ar e um clima extremamente pesado. Os agentes carcerários trabalham com medo e preocupados com a segurança. Além disso, também é comum a pressão da chefia interna e do próprio diretor geral, o medo de perder o emprego ou de serem transferidos para outras unidades prisionais.

Segundo informações extraídas de sindicatos da categoria, é muito grande o número de agentes penitenciários que se afastam das funções por motivos de natureza psicológica. A aquisição da síndrome de Burnout também é comum entre os que trabalham na prisão.

Essa tensão converte-se em violência, gerando um fenômeno comum no ambiente carcerário, consistente no fato de que o agente de segurança enxerga no preso o seu pior inimigo. Não só isso, os agentes nutrem um sentimento de vingança pessoal, imaginando repousar em suas mãos uma missão de justiciamento da sociedade. Para eles, a lei é branda demais, e sua missão é punir o preso na linguagem que ele entende, ou seja, a da violência.<sup>14</sup>

Na visão dos prisioneiros, é mantida uma relação de tolerância entre agentes penitenciários e presos. No entanto, a violência é uma tônica nos relatos dos detentos.

Os carcereiros não são policiais civis nem policiais militares. São funcionários civis, de uma carreira específica do funcionalismo público. Quando entram na carreira sentem muito medo. Nos primeiros dias de serviço ficam bastante assustados [...] Eles abrem e fecham celas e as gaiolas (entre os corredores) vigiam os presos na padaria, na cozinha, na enfermaria, no pecúlio, na lavanderia, no pátio. Trabalham desarmados e convivem com os detentos 24 horas por dia. Os turnos são de um dia de trabalho e um dia de folga. Afora os visitantes e o advogado, as únicas pessoas da sociedade que com quem os presos mantem contato são os carcereiros. As entrevistas com assistentes sociais, psicologos e médicos são raras. As conversas entre os presos e carcereiros são poucas e breves, porque podem ser consideradas pelos demais como destinadas a denunciar fugas, tráfico de drogas ou mortes que vão acontecer. Os carcereiros são considerados como a "polícia". A relação entre carcereiros e presos não é de ódio e sim de tolerância (NEGRINI, et al, 2009, p. 60).

Da mesma maneira, além da questão da ausência de humanidade e das dificuldades do trabalho no cárcere, encontramos o fenômeno da deteriorização do detento. A prisão acaba gerando uma rotina diária na relação que se estabelece entre agente e preso, onde, em certos momentos, o próprio agente acaba esquecendo que está se relacionando com outro ser humano e o sente como tipo de objeto ou um ser inferior.

Expõe Zaffaroni (2007, p. 18):

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o

<sup>12</sup> Segundo informa o Sindicato dos Agentes Penitenciários do Estado de Minas Gerais, o percentual chega a aproximadamente 10% do contingente de funcionários. Fonte< http://www.agentepenitenciariomg.com>. Em São Paulo, a mesma preocupação foi ventilada em Simpósio ocorrido em novembro de 2009, cuja temática envolveu a saúde do trabalhador no sistema penitenciário. Fonte <www.sindasp.org.br> Acesso em 19. fev. 2016

<sup>13</sup> Consiste em um distúrbio psíquico decorrente da estafa do trabalho (Grupo V − CID − 10), cujos sintomas envolvem agressividade, mudanças bruscas no humor, irritabilidade e isolamento. Fonte< www.drauziovarella.com.br > Acesso em 15. fev. 2016.

<sup>14</sup> Existem expressões comuns no universo carcerário que manifestam essa violência, tais como: Bandido só respeita crueldade ou Preso bom é preso morto.

direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele é só considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixam de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito.

A prisão se transforma em uma máquina de deteriorar homens, retirando-lhes a humanidade. Nesse sentido, narra Lourival Almeida Trindade:

[...] As cadeias são comparadas a máquinas de deteriorar. É indiscutível que os maus tratos, a tortura, os vexames e as ameaças, usuais na prática dos órgãos policiais, tornam-se altamente deteriorantes. Tal deteriorização se dá por conta da instituição total que conhecemos com o nome de 'prisão' (pertencente à categoria denominada por Foucault de 'instituições de sequestro'). Além disso, salienta Zaffaroni que a prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante (2003, p. 46).

Infelizmente, a regra é a de que o preso deve ser mantido em cativeiro como uma espécie de animal na jaula. É comum o agente imaginar que encontra-se em uma fábrica ou em outro estabelecimento similar a uma espécie de zoológico.<sup>15</sup>

Ponderam, nesse sentido, Melossi e Pavarini:

O cárcere torna-se, assim, o horto botânico, o jardim zoológico bem organizado de todas as "espécies criminosas". A "peregrinação" neste santuário da realidade burguesa — isto é, neste lugar em que é possível uma observação privilegiada da monstruosidade social — torna-se, por sua vez, uma necessidade científica da nova política de controle social (2009, p. 213).

As constantes violações de direitos humanos dos presos têm sua origem nesse tipo de relação. A relação de violência que nasce da própria concepção que o guarda nutre do prisioneiro, criando-se uma ideologia do castigo pautada em uma visão de vingança pessoal.

Como visto, dessa violência exsurge uma espécie de subcultura negativa em face da figura do homem preso, que podemos chamar de "cultura antidetento" ou "cultura antireinserção", conforme mencionado alhures.

#### A POSTURA DO ESTADO FRENTE AO PROBLEMA DO CÁRCERE

<sup>15</sup> Essa visão contraria o princípio consagrado no artigo 5°, XLIX da Constituição Federal, bem como vulnera o artigo 40 da Lei de Execuções Penais (Lei nº. 7.210/84) que garantem o respeito à integridade física e moral do preso. No mesmo sentido, o artigo 41, XI da Lei de Execuções Penais garante o direito ao chamamento nominal, como forma de preservação da dignidade humana e intimidade pessoal do prisioneiro.

As mazelas do cárcere deveriam ser debelados através de uma seleção mais acurada e de uma formação constante dos agentes penitenciários, através de cursos de reciclagem e de capacitação, em que disciplinas de natureza psicológica e que envolvam direitos humanos deveriam ser ministradas, dentre outras alternativas a serem pensadas.

Entretanto, segundo consta, não existe uma formação permanente dos agentes penitenciários. Após a admissão, por meio do concurso público, a grande maioria acaba sendo esquecida pela Administração Penitenciária.

O mesmo pode-se dizer do pessoal de chefia e do administrativo. Segundo Irene Batista Muakad, falta formação adequada aos profissionais da prisão.

#### Expõe a autora:

Os próprios diretores, muitas vezes, não tem formação em criminologia ou psicologia, matérias de vital importância para a atividade que ocupam. Poderão ter grandes qualidades, mas não para orientar a vida carcerária, muito menos apresentar elementos colaboradores para a recuperação do preso. É bem verdade que em seu trabalho contam com a colaboração de auxiliares, mas mesmo assim, devem como todo o pessoal possuir uma formação especifica, conforme o cargo que ocupam. (MUAKAD, 1984, p. 46).

Apesar de constar a existência de cursos de reciclagem e formação profissional nos portais de internet e, em certos sites públicos, <sup>16</sup> na prática, é inexpressiva a eficácia dessas medidas, por não alcançarem todo o contingente de funcionários que integram o sistema carcerário brasileiro.

#### Na visão de Maia Neto:

Una necesidad de especialización técnica-profesional de los funcionarios de los sistemas penitenciarios, Jueces y membros del Ministrio Público de ejecución penal. Por no existir uma formación permanente, a los funcionarios del sistema penitenciario les faltan los estímulos profesionales al ejercicio de esta función. La remuneración al nível de los riesgos a que están sujetos em el interior de los presídios, com el negativo processo de prisionalización, los hacen vítimas de su própria profiesión. As veces los reclusos poseen mejores condiciones económicas que los próprios agentes de presidio, así se vá propagando la corrupción carcelaria, por médio de promesas y ventajas personales (1998, p. 89).

Conforme depreende-se da realidade, a administração prisional não demonstra tanto interesse para com seu funcionário mais importante. Neste sentido, descrevendo o sistema prisional feminino carioca, expõe Virgílio de Mattos:

Basicamente a função das agentes penitenciárias (carcereiras/guardas) e também dos agentes administrativos é de dupla ordem: evitar fugas, manter a ordem interna e o funcionamento burocrático, burocraticamente funcionando. Quando nada (sic)

<sup>16</sup> Em São Paulo, tem-se conhecimento da Escola de Administração Penitenciária mantida pela Secretaria de Administração Penitenciária. Segundo se depreende das informações colhidas do site, a finalidade da instituição é preparar e capacitar os servidores penitenciários do Estado de São Paulo. Conforme <a href="http://www.sap.sp.gov.br/">http://www.sap.sp.gov.br/</a> Acesso em 18.fev. 2016.

dando a impressão de que tudo está funcionando. Como explica a experiência de Castro e Silva, ainda que o lócus do sistema seja o Estado do Rio de Janeiro: "A administração prisional, por sua vez, não se interessa em saber como os guardas estão agindo para manter o controle da situação. Os gestores desejam simplesmente que as coisas sejam resolvidas no interior da cadeia. Ninguém está se importando em saber de que forma isso vem sendo feito. Desde que não ocorram fugas e rebeliões — estes parecem ser os únicos fatos que interessam à imprensa local a respeito do sistema penal, nada mais importa" (2010, p. 17).

Sendo a qualificação dos agentes prisionais um dos mais importantes fatores da administração penitenciária, exsurge a necessidade de selecionar e preparar melhor o pessoal penitenciário. Além da imperativa necessidade de um procedimento seletivo mais apropriado, os agentes prisionais devem receber um salário digno e serem preparados com noções de direitos humanos, primeiros socorros, defesa pessoal e conhecimentos básicos de legislação. É relevante a criação de centros de treinamentos nos quais ministrem cursos diversos, alcançando todo o contingente funcional, reciclando e capacitando os agentes prisionais para o exercício de suas funções.

#### CONCLUSÃO

Conforme verificado neste breve estudo, o agente de segurança, assim capacitado, seria uma peça chave nessa prognose positiva de ressocialização da pena. Sua formação e seleção fariam a diferença no tratamento penal, tornando essa ressocialização uma meta possível de ser alcançada. Seria a quebra de um paradigma: a de que o bandido não pode ser consertado.

Diante disso, é necessário assumir o compromisso ético de que a ressocialização pode renascer através da melhor implementação de políticas públicas no sentido de aprimorar o pessoal penitenciário, em especial, o agente de segurança penitenciária que encontra-se na linha de frente com o prisioneiro.

Um tratamento mais digno e uma assistência mais eficiente podem tornar o sonho da ressocialização uma realidade possível. Em suma, a mentalidade do agente de segurança penitenciária e a forma de exercer suas atribuições devem ser mudadas. Trata-se de uma difícil missão: reverter um paradigma.

#### REFERÊNCIAS

AGENTE PENITENCIÁRIO MG: A voz do agente penitenciário. Arquivo. Disponível em < http://www.agentepenitenciariomg.com/> Acesso em 17. fev. 2016

COHEN, Albert. The Content of the delinquente subculture. In: JACOBY (org.) Classics of criminology. Waveland Press, 1994.

COLEÇÃO TESOURO DA JUVENTUDE. W.M. Jackson Inc. Livros Famosos: O Conde de Monte Cristo de Alexandre Dumas. v. 08. São Paulo: Editora Brasileira Ltda, 1963.

COYLE, Andrew. Administração Penitenciária: uma abordagem de direitos humanos Manual para servidores penitenciários. Tradução de Paulo Liégio. [S.l.:s.n.], 2002.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DOTTI, René Ariel. Processo Penal Executório. Revista dos Tribunais, n. 576. São Paulo. Outubro de 1983.

FERREIRA, Edson Raimundo. Prisões, Presos e agentes de segurança penitenciária: direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

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

FREIRE, Christiane Russomano. A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) São Paulo: IBCCRIM, 2005.

GOFFMAN, Erving. Manicômio, prisões e conventos. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 2010.

GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008

GRINOVER, Ada Pellegrini. Execução Penal. São Paulo: Max Limonad, 1987.

HASSEMER, Winfried. A história das ideias penais na Alemanha do pós-guerra seguido de a segurança pública no estado de direito. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

LEAL, César Barros. Prisão: crepúsculo de uma era. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LOBOSCO, Fábio. Prisionização: múltiplos aspectos da assimilação prisional. Disponível https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/985/R%20DJ %20Prisioniza%C3%A7%C3%A3o-%20f%C3%A1bio%20lobosco.pdf?sequence=1> Acesso em 15. fev. 2012.

LOURENÇO, Luiz Cláudio. Batendo a tranca: impactos do encarceramento em agentes penitenciários da região metropolitana de Belo Horizonte. Dilemas: revista de estudo de conflitos e controle social, vol. 3, n. 10, Out/Nov/Dez, 2010.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Penitenciarismo em el Mercosul. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

MATTOS, Virgílio. De uniforme diferente, o livro das agentes. Belo Horizonte: Fundação MDC, 2010.

MIOTO, Armida Bergamini. A violência nas prisões. 2. Ed. Goiânia: Centro Editorial e Gráfico UFG, 1992.

\_\_\_\_\_.Curso de Direito Penitenciário. São Paulo: Saraiva, 1975. 2v.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

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.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê. Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MUAKAD, Irene Batista. Prisão Albergue. São Paulo: Cortez, 1984.

NEGRINI, Pedro Paulo [et al]. Enjaulados: presídios, prisioneiros, gangues e comandos. Rio de Janeiro: Gryphus, 2009.

PACHECO, Alcides Marques Porto. Análise crítica do (des)controle normativo-judicial

sobre a atividade administrativa nas prisões federais. Revista dos Tribunais, n. 903. São Paulo. Janeiro de 2011.

PAVARINI, Massimo. El grotesco de la penología contemporanía. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 81. São Paulo. Novembro-dezembro de 2009.

PORTUGUES, Manoel Rodrigues. Educação de adultos presos. Revista Educação e Pesquisa, Funap — Sistema Penitenciário do Estado de São Paulo, v. 27, n. 12. São Paulo. Jul/dez 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Mídia e crime. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.) Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Editora Método, 2001.

SINDASP – SINDICATO DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Imprensa Sindasp-SP. Disponível em < http://www.sindasp.org.br/Pagina.aspx? IdNoticia=980 > Acesso em 19. fev. 2016

SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO: Leis. Recursos Humanos Sistemas. Vencimento da Carreira. Disponível em <a href="http://www.sap.sp.gov.br/common/drhu/drhu\_vencimento\_asp.html">http://www.sap.sp.gov.br/common/drhu/drhu\_vencimento\_asp.html</a> Acesso em 18.fev. 2016

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

THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

TRINDADE, Lourival Almeida. A ressocialização ...Uma (dis)função da pena de prisão. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

VARELLA, Drauzio. Síndrome de Bournout. Disponível <a href="http://drauziovarella.com.br/doencas-e-sintomas/sindrome-de-burnout/">http://drauziovarella.com.br/doencas-e-sintomas/sindrome-de-burnout/</a> Acesso em 15. fev. 2016.

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. O inimigo no Direito Penal. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

## A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA HONRA E A IMPRESCINDIBILIDADE DA REFORMA PENAL

Guilherme Barbosa da SILVA<sup>1</sup> Rosane Brascka de Oliveira BANNWART<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Este estudo tem o escopo de analisar os crimes contra honra (injúria, calúnia e difamação), atualmente tutelados pelo Código Penal Brasileiro, avaliando se a penalidade aplicada ao indivíduo que comete um desses crimes é desproporcional por se tratarem de crimes de pequeno potencial ofensivo. O objetivo é tratar da imprescindível reforma do Código Penal vigente que não mais coaduna com os atuais princípios neoconstitucionais balizadores do Estado Democrático de Direito. Para tanto, foram utilizados os métodos dedutivo além de pesquisas bibliográficas. Diante do exposto, conveniente seria, conforme defendido em tela, as ofensas contra honra deixarem de ser tipificadas como delito penal e passarem a ser considerado tão somente um ilícito civil, prezando-se desta forma pela efetiva aplicação do princípio da intervenção mínima e do caráter subsidiário do Direito Penal. Essa premissa assenta-se no pressuposto de que o Direito Penal somente deve intervir na vida social em ocasiões estritamente necessárias, deixando para os outros ramos do Direito a solução dos problemas de ordem moral, e, somente quando estes ramos falharem é que entraria em prática o Direito Penal, atuando como última ratio do ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes contra honra; Código Penal; descriminalização; princípio da intervenção mínima.

#### ABSTRACT

This study has the scope to analyze the crimes against honor (libel, slander and defamation), currently overseen by the Brazilian Penal Code, assessing the penalty applied to the individual who commits such crimes is disproportionate because they are crimes of small offensive potential. The goal is to treat the essential reform of the Penal Code that no longer consistent with current principles neoconstitucionais benchmarks of the democratic state of law. Therefore, the deductive methods were used in addition to literature searches. Given the above, convenient would be, as advocated screen, offenses against honor cease to be typified as a criminal offense and pass to be considered as just a civil offense if prizing in this way the effective application of the principle of minimum intervention and character subsidiary of criminal law. This assumption is based on the assumption that the criminal law should only intervene in social life strictly necessary occasions, leaving the other branches of law the solution of moral problems, and only when these fail branches it is to go into practice Criminal Law, acting as ultima ratio of the legal system.

**KEY-WORDS:** Crimes against honor; Penal Code; decriminalization; principle of minimum intervention.

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Professor Titular da Disciplina de Direito do Trabalho e Direito Penal da Faculdade do Norte Pioneiro (FANORPI/UNIESP), Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

<sup>2</sup> Cursando Direito na Faculdade do Norte Pioneiro- FANORPI- UNIESP

### **INTRODUÇÃO**

A finalidade precípua deste estudo visa analisar os crimes contra honra (injúria, calúnia e difamação). Atualmente, a ofensa contra a personalidade está prevista pela legislação penal, sendo enquadrada como crime. Nesse sentido, faz-se necessário uma reflexão acerca da penalidade aplicada ao indivíduo que comete um desses crimes.

Por se tratarem de crimes de pequeno potencial ofensivo, sua punição deve ser proporcional à conduta praticada, contudo é visível a disparidade que se impõe atualmente pela legislação pátria. O estudo também tratará que a reforma do Código Penal vigente é imprescindível, uma vez que este não mais coaduna com os atuais princípios neoconstitucionais balizadores do Estado Democrático de Direito.

Os crimes contra a honra reputam proteger a honra subjetiva e objetiva, enquanto esta representa o que terceiros pensam a seu respeito - o objeto jurídico a ser tutelado é a qualidade física, intelectual, moral e demais dotes que a pessoa humana possui - aquela diz respeito ao juízo que a pessoa faz de si mesma.

Os crimes contra honra são previstos pelo Código Penal em seus artigos 138 "Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa"; 139 "Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa"; e 140 "Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa".

Apesar de grande divergência doutrinária, parte dos defensores entende a honra tratar de bem jurídico disponível, podendo ser dispensada a tutela penal quando houver o consentimento válido do ofendido. Trata-se e bem jurídico no qual exige-se uma participação ativa da vítima — quanto à representação ou oferecimento de queixa-crime -, dependendo de que a vítima interponha ou não ação penal contra o ofensor, salvo no caso de ofensa ser feita contra a honra do Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, em que será pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça; no caso de ofensa a funcionário público, sendo tal ofensa referente ao exercício de suas funções, em que será pública condicionada à representação do ofendido e no caso de na injúria real resultar lesão corporal, em que será pública incondicionada.

Aplica-se, no caso dos crimes contra a honra, como regra, o princípio da disponibilidade, por se tratar de um direito personalíssimo, que quando violado, fere o

indivíduo apenas em sua esfera moral. Importante ressaltar que diante do choque existente entre interesses coletivos e individuais, a disponibilidade do bem somente será concedida quando o dano causado não atingir diretamente bens que são relevantes para a coletividade ou para o Estado, contudo, sabendo que os bens coletivos têm relevante importância para a sociedade, não são suscetíveis de disponibilidade, sendo essa característica restrita apenas aos bens individuais.

Diante do exposto, conveniente seria, conforme defendido em tela, as ofensas contra honra deixarem de integrar o rol de crimes e passarem a ser punidas tão somente como um ilícito civil, prezando-se desta forma pela efetiva aplicação do princípio da intervenção mínima e do caráter subsidiário do Direito Penal. Tal premissa assenta-se no pressuposto de que o Direito Penal somente deve intervir na vida social em ocasiões estritamente necessárias, deixando para os outros ramos do Direito a solução dos problemas de ordem moral, e, somente quando estes ramos falharem é que entraria em prática o Direito Penal, atuando como última ratio do ordenamento jurídico.

Decorre, também, dessa necessidade, a proteção dos direitos fundamentais tutelados pela atual Constituição brasileira, que consagra a proteção da dignidade humana como princípio norteador de todo ordenamento jurídico. O atual aspecto neoconstitucionalista esbarra e conflita com normas ultrapassadas que, como no Código Penal vigente, precisam ser adaptadas ao atual modelo constitucional.

Ao contrário do que ocorre em um Estado social a serviço do indivíduo, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos. Contudo, resta configurado, que a reforma do Código Penal faz-se necessária e imprescindível, através de buscas por soluções extrapenais e selecionando os bens que realmente necessitam proteção, minimizando, assim, o jus puniendi estatal e a consequente inflação do referido Código.

# DOS CRIMES CONTRA HONRA E DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL

Diante do extenso rol de condutas criminalizadas, o sistema penal encontra-se em crise, e esta crise diz respeito não somente ao inchaço legislativo, mas principalmente ao sistema carcerário superlotado. Acerca desta análise, busca-se uma solução viável que torne o sistema punitivo mais eficiente e adequado a atual situação, nesse sentido, este trabalho busca

apontar a necessidade de descriminalização dos crimes de pequeno potencial ofensivo, mais especificamente, dentre outros, os crimes contra honra.

A origem etimológica da palavra honra, vem do latim honor, que "indica a dignidade da pessoa honesta que vive pautando sua vida dentro da moral vigente no seu meio" (OLIVEIRA, p. 25, 1994). A honra é tutelada pelo ordenamento brasileiro em três esferas: a constitucional, a civil e a penal.

A Constituição estabeleceu em seu artigo 5°, V, o direito de resposta e a indenização por um eventual dano moral na esfera civil, garantindo a possibilidade de ressarcimento material em resposta à ofensa moral. No âmbito penal, por sua vez, são listados três delitos contra a honra, sendo a calúnia e a difamação como protetoras da honra objetiva e a injúria, protetora da honra subjetiva. Quanto a objetividade e a subjetividade da ofensa, Camargo Aranha (1995) aponta que, "a honra subjetiva é traduzida como sentimento da própria honorabilidade pessoal, a dignidade pessoal, o decoro, já sob prisma objetivo, é a nossa reputação traduzida como a face exterior da honra de alguém, a boa fama, a estima pessoal, a maneira pela qual é reconhecido na sociedade".

A calúnia é considerada dentre os três, a mais grave, e está prevista no Código Penal em seu artigo 138:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º - É punível a calúnia contra os mortos. Exceção da verdade § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; 19 II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

#### A difamação está prevista no artigo 139:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Exceção da verdade Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

#### Por sua vez, o artigo 140 define o crime de injúria:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de extorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Vale ressaltar, nesse contexto, que não se deve confundir injúria racial com os crimes contra a honra, que possuem previsão legal especial, qual seja a Lei 7.716 de 1989, que são, sem dúvida, são considerados mais graves, a uma por conta do bem jurídico tutelado, a duas por conta da pena em abstrato cominado aos referidos delitos. Referido instituto criminaliza condutas de natureza discriminatória quanto à raça, cor, religião, origem, pessoas com deficiência, dentre outras minorias. Todavia, não se discute aqui referidos crimes, uma vez que condutas que ofendam tais bem jurídicos devem ser banidas da sociedade, tal qual tuteladas pela legislação específica. O presente trabalho se pauta, tão somente, nos crimes contra a honra, dispostos no Código Penal vigente.

Feitas tais considerações iniciais, necessário discorrer sobre alguns princípios que são inerentes ao direito penal. É certo que através do princípio da legalidade se impõe limites ao arbítrio judicial, contudo, sabe-se que o Estado respeitada a legalidade imposta pelo ordenamento, pode criar figuras delitivas injustas e instituir penas desproporcionais à dignidade humana<sup>3</sup>. Para evitar uma legislação inadequada e injusta, impõe-se restringir, e mesmo se possível, restringir o arbítrio do legislador.

Nesse sentido, entendendo necessário enfrentar e solucionar tal problema, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 8º determinou que "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e devidamente necessárias". Estabelecendo, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico.

Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela de um bem jurídico<sup>4</sup>, a criminalização não é razoável. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

Nos ordenamentos constitucionais e penais contemporâneos, o princípio em tela, em

Ingo Wolgang Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma "qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". (SARLET, 2001, p.60)

<sup>4</sup> De acordo com Toledo (1994, p. 15) "Bem em um sentido mais amplo, é tudo aquilo que nos apresenta como digno, útil, necessário valioso, os bens são, pois, coisas reais, ou objeto ideal dotado de valor, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que além de ser o que são, valem".

geral, não se encontra explicitado. Mas, segundo a precisa lição do professor Everardo Cunha Luna, trata-se de "um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os fundamentos do Estado de Direito se impõem ao legislador, e mesmo ao hermeneuta" (LUNA, 1985, p.30).

No que tange à legislação penal italiana mais recente, tem-se sustentado que o princípio da intervenção mínima encontra-se implícito na Constituição pátria vigente. Tomando como exemplo o texto do artigo 13 da referida Carta, em seu caput é proclamada ser a liberdade pessoal inviolável, onde certos autores entendem que o legislador quis limitar o âmbito dos fatos puníveis dentro dos limites da estrita necessidade. Também na Alemanha, onde a delimitação da interferência penal é ampla, tem-se postulado que por a pena ser uma pesada violação dos valores morais do seu destinatário, deve a aplicação da mesma ser limitada aos casos de extrema necessidade. Nesse sentido, infere-se que o conjunto de valores constitucionais serve como limites intransponíveis ao legislador ordinário, sendo que o sistema constitucional de valores nunca deve ser violado pelo sistema penal (PALAZZO, 1989, p. 15-16).

A Constituição brasileira vigente diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade, trazendo a dignidade da pessoa humana consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito, expressa em seu artigo 1º, inciso III. A privação ou violação desses direitos, mormente enfatizados pela doutrina italiana e alemã, apenas se legitimarão se estritamente necessário à tutela de bens fundamentais do homem, bem como a aplicação de uma sanção penal proporcional à ofensa.

Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa norma fundamental<sup>5</sup>. O princípio em análise decorre do caráter subsidiário e fragmentário<sup>6</sup> do Direito Penal. O direito penal por ter ser entendido como meio indispensável de tutela jurídica, deve este ser a ratio extrema, um instrumento último, cuja utilização só se legitima quando a tutela do bem jurídico pelos outros ramos do direito se revela incapaz.

A resposta encontrada por Kelsen foi afirmar um axioma: o fundamento último de validade de qualquer ordem jurídica é uma norma hipotética fundamental (Grundnorm), pressuposto lógico de validade do sistema. Esta seria a norma última a validar todo o sistema e garantir, ato contínuo, sua unidade e seu fechamento. Logo, o Direito se fundamenta em si mesmo. É dizer: o sistema jurídico começa e termina com normas jurídicas, que regulam e realizam sua própria (re)produção (KELSEN, p. 217 e ss).

<sup>6</sup> O direito penal só deve se ocupar com ofensas realmente graves aos bens jurídicos protegidos. Tem-se, aqui, como variante, a intervenção mínima, que nasce o princípio da insignificância desenvolvido por Claus Roxin. Entende-se que devem ser tidas como atípicas as ofensas mínimas ao bem jurídico. Não há tipicidade material. Há, apenas, tipicidade formal.

O pensamento iluminista da época em que foi editada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tinha por pretensão reduzir a legislação em geral, especialmente a penal. Contudo, ocorreu que as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente e tiveram efeito diverso do pretendido, ocasionando certa preocupação nos penalistas da época. Embora tenha configurado preocupação dos penalistas da época, sabe-se que a inflação da legislação penal é de fato um problema ainda atual. Com um Código vigendo desde a década de 40, é inevitável a desconexão com a visão neoconstitucionalista presente no ordenamento brasileiro. Nesse sentido:

Esse Direito Penal inflado, além de tornar-se gordo, pesado, lento e disfuncional, converte-se em um verdadeiro atentado à liberdade, reconhecida como um dos Direitos Humanos Fundamentais. O Direito Penal deveria ser um dos maiores guardiões da liberdade, na medida em que dá os precisos contornos do que nos é lícito fazer ou deixar de fazer quando nos aponta aquilo que é ilícito sob ameaça de sanção criminal. Mas, quando ele se agiganta ao ponto de que os próprios operadores do Direito, que nele militam em seu dia a dia, já não enxergam com nitidez os traços do caminho reto, esse Direito Penal cerceia a liberdade de ação das pessoas de forma por demais intensa e irracional. Afinal, quem pode afirmar com absoluta segurança (jurista ou leigo), que domina e conhece a imensidão de normas incriminadoras vigentes? Jogar um objeto por uma janela, ainda que sem atingir ninguém, pode configurar uma contravenção; vender uma rifa também; preencher com dados irreais a Carteira de Trabalho de seu empregado pode ser crime etc. (CARNELUTTI, 2009, p. 109).

Necessário se faz saber que o Direito Penal não é um remédio para todos os males, pois em excesso acaba por se tornar um mal propriamente dito. Sendo este utilizado dentro dos limites, preconiza-se indispensável para a manutenção da ordem social, portanto deve ser moderado e não exacerbado, seu campo de atuação deve ser limitado à esfera dos bens indispensáveis à ordem social. Interessante dizer que a teoria do direito penal mínimo, tacitamente defendida pela Constituição Federal de 1988 é, porém, ignorada pelo Código Penal desatualizado. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes da vida do indivíduo e da própria sociedade (BITECOURT, 1995, p. 32).

Sob esse prisma, deve-se observar o grau de lesividade da conduta tida como ilícita, isto é, deve-se aferir se a conduta praticada é inaplicável a outros ramos do direito, fazendo

jus ao princípio corolário da última ratio. As sanções penais devem ser aplicadas ao infrator somente quando houver significante lesão ao bem jurídico tutelado, a exemplo, não há que se falar em crime ou lesão num ato difamatório ou injurioso, passíveis de serem reparados pela esfera civil do ordenamento pátrio.

Além disso, conveniente destacar que a teoria do direito penal mínimo não se limita à exclusão da tipicidade de acordo com o grau de lesividade da conduta, pois essa premissa é típica do princípio da insignificância. Mais do que isso, a teoria representa dizer que a política criminal em crescente evolução deve proclamar os princípios da ponderação e, sobretudo buscar uma legislação penal mais justa e razoável, adequada ao Estado Democrático de Direito e principalmente a constitucionalização do direito penal.

Referida teoria representa destaque ao analisar-se a situação decadencial do sistema prisional brasileiro. A pena de restrição de liberdade é um meio cruel de punir o delinquente, resta oposta às garantias existentes na Carta da República. Não obstante ainda destacar quanto ao prejuízo que causa na personalidade do apenado, uma vez este inserido no sistema carcerário falido, não receberá a devida assistência estatal, que pela letra da lei declara garantir ao egresso do sistema condições de reinserção na sociedade, inviolabilidade física e moral durante o cumprimento da pena, condições dignas de encarceramento, o que na realidade não passa de mera ilusão da atual conjuntura.

Assim, antes de submeter um cidadão a medidas degradantes, há de se analisar, minuciosamente, a real necessidade de tal censura, respeitando os direitos fundamentais e consolidando a teoria do direito penal mínimo, que concretizará as necessidades do atual sistema penal brasileiro. Nesse sentido Zaffaroni:

Os tipos penais nascidos da incontrolada e desordenada 'inflação' de normas penais, podem carecer de adequada técnica legislativa, o que dá lugar para que muitos deles sejam 'abertos' (ou melhor 'difusos'), com grave lesão para as garantias de legalidade e reserva. As detenções sem prazo, fundadas nas faculdades de emergência, tendem a transformarem-se em crônicas, dando lugar a um desequilíbrio na divisão dos poderes estatais, porque de fato e de direito são penas impostas por tempo indeterminado pelos poderes executivos. (ZAFFARONI, 1982, p. 77).

## Ainda na perspectiva do direito penal mínimo:

Toda essa violência, característica da operatividade de nossos sistemas penais, leva o autor a defender a imperiosa necessidade de formulação de um saber criminológico que nos permita explicar como operam os controles sociais punitivos de nossa margem periférica, que condutas e atitudes promovem que efeitos provocam e como os encobre enquanto isso seja necessário ou útil para projetar alternativas para as soluções punitivas ou soluções punitivas alternativas menos violentas que as existentes e mais adequadas ao progresso social. (ZAFFARONI, 1988, p. 20).

Na visão política do autor, são defendidas algumas estratégias e meios para a redução da violenta aplicabilidade do poder no sistema penal e a sua substituição por outras formas mais eficazes de resolução dos conflitos sociais.

[...] o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça. (ZAFFARONI, 1991b, p. 106).

Nesse sentido, não há que se falar em criminalização dos crimes de pequeno potencial ofensivo, cuja própria denominação infere, possuem pequeno grau de ofensividade, sendo desnecessária a tutela penal.

# A CRIMINALIZAÇÃO VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Inevitável a discussão que ocorre doutrinariamente sobre os direitos proporcionalmente garantidos pela Constituição da República, dos quais se referem à liberdade de expressão e os direitos personalíssimos tais como a honra. Nesse diapasão, é garantido ao indivíduo que se expresse livremente, vedada a censura, porém tendo esta liberdade limitada tanto na esfera civil quanto na criminal.

Alguns autores, respaldados por diversos argumentos arraigados no Estado Democrático de Direito, defendem que a honra deve ser tutelada pela esfera penal, sendo este o único meio cujo ofensor se limita a uma possível exacerbação. No mesmo sentido, ocorre que os defensores da liberdade de expressão, não consentem que tal conquista seja punida a nível criminal através da arbitrariedade do poder estatal, pois acaba configurando uma séria ofensa ao regime democrático.

É certo que nenhuma liberdade é absoluta, e esta antinomia<sup>7</sup> que ocorre entre os dois direitos aflige a seara jurídica, pois tanto o exercício da liberdade de expressão, quanto os direitos personalíssimos são formas de garantir uma efetiva democracia. Nesse sentido, Robert Alexy aponta:

[...] sendo um indivíduo titular de um direito absoluto, como se daria a relação de cada indivíduo como os demais, também detentores desse mesmo direito absoluto? Não poderiam todos ceder ao direito uns dos outros, visto que o direito, por ser absoluto, seria impassível de cedência (ALEXY, p. 557, 1997).

Não cabe a este estudo dizer qual direito deve ou não ser tutelado, muito pelo

<sup>7</sup> Na tradição cética ou em doutrinas influenciadas pelo ceticismo, tal como o kantismo, seria a contradição entre duas proposições filosóficas igualmente críveis, lógicas ou coerentes, mas que chegam a conclusões diametralmente opostas, demonstrando os limites cognitivos ou as contradições inerentes ao intelecto humano.

contrário, conforme já dito, as garantias constitucionais são de extrema relevância ao desenvolvimento pacífico da sociedade, bem como a ordem democrática do Estado. Contudo, a liberdade de expressão já havia sido criminalizada pela Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), que não foi recepcionada pelo ordenamento<sup>8</sup>, pois, por ter sido formulada à época do regime ditatorial brasileiro, acabava atualmente violando o regime constitucional democrático vigente, impondo a censura como limite. Cabe ressaltar um trecho das referidas legislações conflitantes:

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5°, CF/88:

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

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

 $V-\acute{e}$  assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXVII — aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

Sendo a imprensa o órgão responsável pelo maior número de casos de excessos pela prática da livre comunicação, restava necessário que o Estado regulasse seu exercício, para que a ética e o bom censo fossem compatíveis com o exercício do direito à informação<sup>9</sup>, não admitindo o mau uso do direito de liberdade que lhe cabe.

Contudo, a não recepção da Lei 5.250/67 pela Constituição Federal de 1988, em

<sup>8</sup> Importante destacar que a Lei 5.250/67, a chamada Lei de Imprensa, não foi considerada recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por voto da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). O Pretório Excelso entendeu que a referida lei era incompatível com a atual ordem constitucional. Os Ministros alegaram que há outros mecanismos vigentes que podem repudiar eventuais abusos cometidos pelos meios de comunicação em nome da tão aclamada liberdade de imprensa.

<sup>9</sup> A Lei nº 12.527/2011 (LAI) regulamenta o direito constitucional de obter informações públicas. Essa norma entrou em vigor em 16 de maio de 2012 e criou mecanismos que possibilitam a qualquer pessoa, física ou jurídica, sem necessidade de apresentar motivo, o recebimento de informações públicas dos órgãos e entidades. A Lei vale para os três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive aos Tribunais de Conta e Ministério Público. Entidades privadas sem fins lucrativos também são obrigadas a dar publicidade a informações referentes ao recebimento e à destinação dos recursos públicos por elas recebidos. No Governo Federal, a Lei de Acesso à Informação foi regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012.

julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, fez-se notável que a livre manifestação do pensamento e de expressão não deve ser limitada, muito menos criminalizada, incorrendo em erro e violação aos princípios e valores constitucionais se isso ocorrer. Nesse sentido, os ministros que apreciaram o julgamento:

O ministro destacou que a imprensa é a única instituição "dotada de flexibilidade para publicar as mazelas do Executivo", sendo reservada a outras instituições a tarefa de tomar atitudes a partir dessas descobertas. Segundo ele, a imprensa apresenta uma missão democrática, pois o cidadão depende dela para obter informações e relatos com as avaliações políticas em andamento e as práticas do governo. Por isso, essa instituição precisa ter autonomia em relação ao Estado. "Não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas", disse o ministro, revelando que há uma permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão. "Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias" completou, ao citar que a democracia para subsistir depende da informação e não apenas do voto. Segundo Menezes Direito, "a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para a sua sobrevivência institucional, proteção igual a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história". Ele salientou que deve haver um cuidado para solucionar esse conflito sem afetar a liberdade de expressão ou a dignidade da pessoa humana.

Na análise de seu voto, no mesmo sentido do ministro-relator, a ministra Carmen Lúcia afirmou:

[...] o ponto de partida e ponto de chegada da Lei de Imprensa é "garrotear" a liberdade de expressão. O direito tem "mecanismos para cortar e repudiar todos os abusos que eventualmente [ocorram] em nome da liberdade de imprensa". O fundamento da Constituição Federal é o da democracia e que não há qualquer contraposição entre a liberdade de expressão e de imprensa com o valor da dignidade da pessoa humana. Muito pelo contrário, afirmou, o segundo princípio é reforçado diante de uma sociedade com imprensa livre.

"A mesma Constituição que garante a liberdade de expressão, frisou Celso de Mello, garante também outros direitos fundamentais, como os direitos à inviolabilidade, à privacidade, à honra e à dignidade humana" 10. Para Celso de Mello, esses direitos são limitações constitucionais à liberdade de imprensa. "E sempre que essas garantias, de mesma estatura, estiverem em conflito, o Poder Judiciário deverá definir qual dos direitos deverá prevalecer, em cada caso, com base no princípio da proporcionalidade".

Sobre essa análise, foi possível considerar que a tutela dos crimes contra a honra, feita pelo Código Penal, configura instrumento abusivo de contenção aos direito de liberdade de expressão.

<sup>10</sup> Disponível em <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402">http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402</a>.

# O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UMA BREVE REFLEXÃO

O princípio da insignificância denota-se intrinsecamente ligado ao princípio da intervenção mínima supracitado. Conforme explicitado anteriormente, o direito penal somente deve atuar na proteção dos bens jurídicos relevantes para os indivíduos e para a sociedade, bens estes imprescindíveis à convivência pacífica dos homens e que não são passíveis de ser de outra forma tutelados. Em verdade se tem que a tipicidade penal reclama uma ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois, nem sempre uma ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no rol de tipos penais.

O bem jurídico sem dúvida constitui o ponto de partida que preside a formação do tipo penal, contudo, esse pressuposto reclama uma ofensa de certa magnitude a esse mesmo bem jurídico. Referido princípio, também denominado de princípio da bagatela, é uma variante da teoria da adequação social, pelo qual são excluídos do âmbito do injusto os danos de pequena importância. O princípio da insignificância foi enunciado, pela primeira vez, por Claus Roxin<sup>11</sup>, em 1964, partindo do velho princípio, mínima non curat praetor<sup>12</sup>. O princípio foi acatado por outros autores, muito embora outros o tenham criticado pela sua falta de clareza e precisão. Dentre eles Assis Toledo<sup>13</sup> e Joachin Rudolphi<sup>14</sup> sobre o tema defendem a

<sup>11</sup> Jurista alemão, um dos mais influentes dogmáticos do direito penal alemão, tendo conquistado reputação nacional e internacional neste ramo. É detentor de doutorados honorários conferidos por 17 universidades no mundo. Claus Roxin foi o introdutor do Princípio da bagatela, em 1964, no sistema pena. Claus Roxin foi o desenvolvedor do Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade no Direito Penal. Segundo tal princípio, se proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente, e que, por essa razão, se revela incapaz de lesionar o bem jurídico. Ninguém pode ser punido por ter feito a si mesmo.

<sup>12</sup> O pretor não cuida de coisas pequenas. Cita-se para significar que pessoas de certa categoria não podem preocupar-se com pequenos detalhes.

<sup>13</sup> Jurista brasileiro, autor de obras como Princípios Básicos do Direito Penal, reconhecido nacionalmente como referência doutrinária em matéria penalista. Foi ministro do Superior Tribunal de Justiça até se aposentar, em 1996. Presidiu a comissão que reformou o Código Penal Brasileiro atendendo a convite do governo em 1980.

<sup>14</sup> Rudolphi estudou Direito na Universidade de Göttingen, entre outros, Friedrich Schaffstein. Er promovierte 1960 zum Thema "Die hypothekarische Belastung des Wohnungseigentums". Ele recebeu seu doutorado em 1960 sobre o tema "A hipoteca de casa propriedade". Nach dem Referendariat und der Ablegung des Zweiten Staatsexamens war er 1961 und 1962 Staatsanwalt in den Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten Hannover und Göttingen . Após o estágio ea passagem da Segunda State Examination, ele foi 1961 e 1962 promotor público na gabinetes dos procuradores do Distrito Tribunais Hannover e Göttingen. Er wurde von dort an die Universität Göttingen abgeordnet, wo er ab April 1963 als Assistent von Claus Roxin tätig wurde. Ele foi destacado de lá para a Universidade de Göttingen, onde atuou como assistente de abril 1963 Claus Roxin estava ativo. Dort verfasste er unter anderem 1965 eine Abhandlung zur Zueignung, 1966 zur Teilnahme an einer Notstandstat und vor allem 1966 "Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz ". Ele escreveu, entre outras coisas, em 1965, um tratado sobre a dedicação de 1966 a participação em um Notstandstat e especialmente 1966 "A dimensão de género da espúria omissão criminosa eo pensamento de Ingerenz". Letztere Monographie gilt als wegweisend. [1] 1968 folgte die Habilitation bei Roxin zum Thema Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums . A última monografia é considerado inovador. Em 1968, a Habilitação em Roxin sobre a ilegalidade, erro de direito e evitabilidade de erro de direito. Er wurde hiernach Professor an der Universität Bonn, der er bis zur Emeritierung angehörte. Ele foi, posteriormente, um professor da

aceitação do princípio da adequação social conjugado com a teoria da insignificância, que no seu modo de ver, se completam e se adequam, uma vez que a teoria da adequação social por si só é insuficiente.

A insignificância da ofensa nos delitos contra honra exclui a tipicidade, porém essa insignificância só pode se estabelecer mediante uma consideração conglobada da norma, como lembra Zaffaroni, "a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa, e, por consequência, a norma em particular, a qual nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível estabelecer à simples luz de sua consideração isolada". Em resumo, muito embora uma conduta possa adequar-se à descrição de um tipo legal, não se podem considerar típicas quando as condutas são ordenadas por outras normas; quando são favorecidas por outras normas; quando as condutas ficam de fora do poder repressivo do estado; e, as ofensas são insignificantes.

Na lição de Francisco de Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1°, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco [...], a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem consequências palpáveis; e assim por diante (TOLEDO, 1999, p. 133).

Por isso, pode-se entender que a finalidade primeira do direito penal, não é a de punir delitos cujo grau de significância atinja apenas a esfera pessoal da vítima, não oferecendo grau de relevância perante a sociedade. O direito penal é considerado público por excelência, e diante desse pressuposto, deve apenas proteger as lesões que coloquem em risco o bem estar social da coletividade. Logo, levando-se em conta que há à disposição do ofendido outros meios de pacificação social, que não pena propriamente dita, indiscutível que não mais se faz necessária a tipificação das condutas aqui analisadas.

# CONSIDERAÇÕES FINAIS

A honra, como bem se sabe, é considerada um bem jurídico disponível e autônomo,

Universidade de Bonn, onde até a aposentadoria pertencia.1973 und 1974 war er Dekan der juristischen Fakultät seiner Universität. Em 1973 e 1974, foi reitor da Faculdade de Direito da sua universidade.

dotado de disponibilidade, cujo ofendido pode em detrimento de seu interesse dispor-se. Em análise à conjuntura atual de todo o sistema penal e do regime constitucional democrático vigente, pode-se concluir que o Código Penal com sua majestosa atuação, encontra-se hodiernamente em desacordo com a visão neoconstitucional.

Nesse diapasão, resta configurada a imprescindível reforma do título penal, a fim de que se adeque aos princípios constitucionais norteadores dos direitos e garantias fundamentais. Pois a soma da baixa ofensividade do delito, a possibilidade da vítima dispor-se da tutela, o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, o inchaço do referido Código, sem esquivar-se da superlotação carcerária e da inflação judiciária decorrente de casos "insignificantes", denotam ao legislador a urgente necessidade de reforma do Código Penal de 1940.

Para tanto, sendo a honra já tutelada pela Constituição Federal e pelo Código Civil, fica evidente a desnecessidade da responsabilização criminal, devendo assim, os delitos contra a honra deixarem de ser considerados ilícitos penais e passarem a ser considerados tão somente um ilícito civil. Portanto, se a Constituição Federal estabelece que sofrido o dano da honra, deve a vítima ser ressarcida do eventual prejuízo, não há que se falar em criminalização da conduta, já que a sanção na esfera penal não tem a função de reparar o prejuízo à vítima, mas sim punir o ofensor reparando o prejuízo à coletividade, restando configurada a desproporcionalidade para a eventual criminalização de tais condutas.

#### REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Lições de direito penal – parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BRASIL. Constituição Federal (1988) in Vade Mecum Acadêmico de Direito. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL.Código Penal Brasileiro. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto</a> - lei/del2848.htm >. Acesso em: 19 out. 2015.

ADPF 130. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp? docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 20 out. 2015.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Especial. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRAGOSO, Rodrigo. O Consentimento do Ofendido. Disponível em: <a href="http://www.fragoso.com.br/eng/arq\_pdf/artigos/arquivo64\_.pdf">http://www.fragoso.com.br/eng/arq\_pdf/artigos/arquivo64\_.pdf</a>. Acesso em: 21 out. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. Princípios Constitucionais Penais. À Luz da CF e dos Tratados Internacionais. LivroNet. Atualidades do Direito. Atualizado até agosto de 2015.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral, 10<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESCHECK, Hans Henrich. Tratado de Direito Penal, Parte Especial. 6ª ed. Malheiros, 2009.

LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. Capítulos de direito penal – parte geral. São Paulo: Saraiva,1985.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e Direito Penal. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

QUEIROZ, Souza Paulo. Do Caráter subsidiário do Direito Penal - lineamentos para um direito penal mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constiuição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo; et. al. Direito Penal Brasileiro. Volume 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

# A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O DEBATE SOBRE OS DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Ana Paula HEDLER<sup>1</sup> Zulmar FACHIN<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O estudo pretende analisar como a mídia brasileira apresenta a temática violência contra a mulher e as políticas públicas para esse público específico, a fim de verificar se o debate acerca dos direitos das mulheres é trazido ou não à esfera pública. Nesse contexto, o período pesquisado engloba a implementação de Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres e instauração de legislações específicas para esse público, como é o caso da Lei Maria da Penha. Analisa, também, a decisão do STF que culminou com a liberação do aborto em casos de bebês anencéfalos. O período alterna anos eleitorais com períodos sem disputas a cargos eletivos. A pesquisa faz-se importante, pois leva em consideração a importância primordial dos meios de comunicação de massa para o fortalecimento de sociedades democráticas.

PALAVRAS-CHAVE: violência, mulher, meios de comunicação, democracia, direitos.

#### **ABSTRACT**

The study aims to analyze how the brazilian media presents the theme violence against women and public policies for this specific public, in order to verify if the discussion about women's rights is brought torn on to the public sphere. The researched period includes the implementation of National Plan of Policies for Women and implementation of specific legislation for that audience, as the Maria da Penha Law and the release of abortion in cases of anencephalic babies. The period includes election years as well as periods without dispute applications. This research is important because it takes into account the paramount importance of the mass media in strengthening democratic societies.

**KEY-WORDS:** violence, woman, media, democracy, rights.

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), especialista em Comunicação com o Mercado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), bacharel em Comunicação Social - Jornalismo, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) e graduanda em Direito pela UEL. Participou de grupo de pesquisa em Comunicação Política e Opinião Pública (UFPR) e do grupo de pesquisa em Mídia, Política e Atores Sociais (UEPG). Tem conhecimento técnico em Processo de Comunicação, Comunicação Institucional e Ética Empresarial pela FGV, técnicas de como utilizar o Twitter, estratégias de atendimento em assessoria de imprensa e assessoria digital na Web, pela Escola de Comunicação Comunique-se.

Pós-Doutorando (Universidade de Coimbra, sob orientação de J. J. Gomes Canotilho). Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciências Sociais (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Professor de Direito Constitucional na Universidade Estadual de Londrina, no Curso de Mestrado do UniCesumar e na Escola da Magistratura do Paraná (Londrina e Maringá). Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucional do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2010-2012). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Membro da Liga Mundial de Advogados Ambientalista. Membro do Centro Latinoamericano de Direito Constitucional (Lima, Peru). Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional (Bogotá, Colômbia) Presidente Executivo do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Tem catorze livros publicados, entre os quais "Curso de Direito Constitucional" (7ª edição, 2015) e "20 Anos da Constituição Cidadã". Procurador-Geral do Município de Londrina (2013-2014). Membro Eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Conferencista. Advogado.

# INTRODUÇÃO

Quando o tema é política contemporânea, o estudo dos meios de comunicação é necessário, visto que nas democracias modernas eles têm um relevante papel na divulgação de informações para o exercício da liberdade de expressão. Para o sociólogo Robert Michels (2001, p. 166), "a imprensa constitui um poderoso instrumento para a conquista, a manutenção e o reforço do domínio sobre as massas". Por meio dela, os assuntos debatidos em congressos, assembleias e outros espaços ganham voz e um alcance muito maior do que aqueles falados face a face. Dessa forma, muitos candidatos a cargos políticos utilizam-se da mídia para divulgar suas ideias e propostas, assim podem causar aumentar a simpatia que o público tem por eles. (Michels, 2001).

Além disso, de acordo com o cientista político, Robert A. Dahl (1997), para que uma democracia seja de fato um governo responsivo em relação aos cidadãos é preciso que haja oportunidades de formulação e de expressão das preferências e que os governos as considerem durante o exercício do poder. Dessa forma, é preciso que exista a liberdade de expressão, liberdade para participar de associações e organizações políticas, ter acesso às fontes de informação alternativas, que haja eleições justas, livres e frequentes e que hajam instituições que garantam o exercício eleitoral e as manifestações das preferências. (DAHL, 1997).

Ao analisar a relevância da mídia para as nações democráticas, a pesquisa estuda se as mudanças ocorridas na legislação brasileira com relação aos direitos e às políticas públicas para o combate à violência contra as mulheres têm sido apresentadas nos meios de comunicação e, caso tenham sido retratadas, pretende-se saber como a mídia abordou o assunto.

Isso porque, no Brasil, durante o ano de 2005, passou a vigorar o I Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM) elaborado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. O documento contempla as ações e políticas públicas para o enfrentamento das desigualdades entre mulheres e homens, reconhecendo o papel fundamental do Estado.

O I PNPM tem como base a promoção da igualdade e respeito à diversidade; a equidade; a autonomia das mulheres; laicidade do Estado, a universalidade das políticas; a justiça social; a transparência dos atos públicos; e a participação e controle social das

mulheres na formulação, implementação, avaliação e controle social das políticas públicas ratificados pelo Estado brasileiro, como medida de proteção aos direitos humanos das mulheres e meninas.

O II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (II PNPM) foi divulgado em 2008. Para sua elaboração, o governo federal brasileiro contou com a ajuda do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e a participação de mais de 200 mil mulheres. Nele, estão contidas 94 metas, 56 prioridades, 388 ações distribuídas em 11grandes áreas de atuação. Há seis novas áreas estratégicas somadas as já existentes no I PNPM, que são: a participação das mulheres nos espaços de poder e decisão; o desenvolvimento sustentável no meio rural, na cidade e na floresta, com garantia de justiça ambiental, inclusão social, soberania e segurança alimentar; o direito à terra, moradia digna e infraestrutura social nos meios rural e urbano, considerando as comunidades tradicionais; a cultura, comunicação e mídia não-discriminatórias; o enfrentamento ao racismo, sexismo e lesbofobia; e o enfrentamento às desigualdades geracionais que atingem as mulheres, com especial atenção às jovens e idosas.

Além dos planos nacionais, de 2005 a 2008, houve a promulgação da Lei nº11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Através dela, criaram-se mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher³. Também foram dispostas a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulheres as alterações no Código de Processo Penal, no Código Penal e na Lei de Execução Penal, tipificando as formas de agressão, proibindo a aplicação de penas pecuniárias aos agressores, aumentando a pena de um ano para até três, e encaminhando as mulheres agredidas e seus dependentes para serviços de proteção e assistência social.

A Lei Maria da Penha prevê, entre outras ações, "a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas para o público escolar e para a sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres". Com relação aos meios de comunicação, essa legislação estabelece que deve haver respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de maneira a coibir os papéis estereotipados que legitimam ou exacerbam a violência doméstica e familiar, segundo o estabelecido no inciso III do art. 1°, no inciso IV do art. 3° e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal.

Para a Lei nº 11.340/2006, "configura-se violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial", assim como é considerada uma violação dos direitos humanos.

A hipótese do trabalho é que as notícias sobre violência contra a mulher, políticas públicas e direitos apareçam mais em anos eleitorais, visto que há a necessidade de os candidatos apresentarem propostas e planos governamentais para diversos públicos, a fim de conquistarem votos e se elegerem. Levando-se em consideração que as mulheres somam mais de 52% da população brasileira, acredita-se que os candidatos queiram apresentar ações específicas para esse segmento.

## AS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO E DE INFORMAÇÃO

A Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, deu ampla proteção às várias dimensões da liberdade. Especificamente, às liberdades de manifestação de pensamento e de informação, destinou atenção especial.

A manifestação do pensamento é livre, sendo vedado o anonimato (art. 5.º, inciso IV). A pessoa pode externar seu pensamento sobre qualquer assunto e da forma que desejar. Se, porém, ao manifestar seu pensamento, a pessoa ferir o direito de outrem, ficará obrigada a indenizar os danos materiais, morais ou à imagem (art. 5.º, inciso V).

A liberdade de manifestação de pensamento assegura o direito de dissentir. Para Norberto Bobbio, "a liberdade de dissentir necessita de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e finalmente a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política" (BOBBIO, 2000).

A liberdade de informação (art. 5.º, inciso XIV) expressa duas ideias: a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. Na lição de José Afonso da Silva, "a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que receber". (SILVA, 2005). Nesse contexto, não se deve falar em qualquer informação, mas em informação verdadeira.

A Constituição de 1988 assegurou a plenitude da liberdade de informação jornalística. Estabelece que "Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.°, IV, V, X, XIII e XIV" (art. 220, § 1.°).

A Constituição assegura o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5.º, inciso XIV), desobrigando o jornalista e a empresa jornalística de ter que

indicar a fonte prestadora das informações levadas ao público. Por outro lado, veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 2.º), bem como isenta de qualquer necessidade de licença de autoridade a publicação de veículo impresso de comunicação (art. 220, § 6.º).

Registre-se que a liberdade de informação pode ser restringida na vigência de estado de sítio decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (art. 139, inciso III). Nessa hipótese, enquanto estiver vigente o estado de sítio, poderão ser adotadas medidas restritivas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei. Cessada a circunstância excepcional, a liberdade de informação tornará a viger.

#### ANÁLISE DOS TEMAS VEICULADOS NA MÍDIA

Sabe-se que os meios de comunicação são responsáveis por agendarem os assuntos debatidos na esfera pública<sup>4</sup>, além de serem utilizados como fonte de informação por grande parte das pessoas. Segundo a hipótese do Agenda Setting, elaborada pelos estudiosos McCombs e Shaw, nos anos 1970, a mídia tem o poder de trazer à tona os assuntos sobre os quais os receptores devem pensar, ela consegue apresentar o grau de importância que a população deve dar aos temas e o posicionamento que devem tomar frente às notícias.

Ao analisarem a campanha presidencial, em 1968, nos Estados Unidos, os pesquisadores afirmam que os meios de comunicação conseguem agendar a campanha eleitoral, quando influenciam no destaque de atitudes direcionadas aos assuntos políticos. A hipótese do agendamento midiático leva em consideração o impacto direto dos meios de comunicação sobre os receptores, mas não imediato. Os efeitos são a longo prazo.

Percebendo a importância dos meios de comunicação de massa para a divulgação dos direitos dos indivíduos, especialmente o das mulheres, a pesquisa utilizou a metodologia de Análise de Conteúdo. A técnica híbrida mescla métodos quantitativos com métodos qualitativos de pesquisa. O primeiro serve para demonstrar a frequência com que as características do conteúdo aparecem e o segundo representa a presença ou não de alguma

<sup>4</sup> O conceito de esfera pública utilizado no artigo refere-se aos estudos de Jürgen Habermas (2003), nos quais se entende "esfera pública" como o local em que os interesses, as vontades e as pretensões, que são concernentes a uma coletividade, são colocados em debate e onde pessoas privadas usam da lógica argumentativa para discutirem reunidas em público. A esfera pública é o âmbito da vida social e sua primeira característica é a palavra, a comunicação. (HABERMAS, 2003).

característica que é levada em consideração.

Assim, estudam-se as notícias e os diversos formatos jornalísticos, durante os meses de agosto, setembro e outubro, dos anos de 2005 a 2008, em dois grandes jornais impressos brasileiros, que são a Folha de São Paulo e a Gazeta do Povo.

A Folha de São Paulo foi selecionada porque até 2014 foi o impresso de maior tiragem e circulação entre os diários nacionais. Segundo a Associação Nacional de Jornais (ANJ), em 2014, a média de vendagem chegou a 351.745 exemplares. De acordo com dados do Grupo Folha, em 2015, a vendagem média de exemplares, de segunda-feira a domingo, era de 320.741 exemplares, ultrapassando aos domingos, os 340 mil.

A Gazeta do Povo é um jornal paranaense, que surgiu em 1919, com a ideia original de ser uma revista jurídica. Com o passar do tempo, o periódico posicionou-se com um jornal combativo. Atualmente, é o impresso mais vendido do Estado do Paraná e o 22º do Brasil, com uma média de circulação impressa de 34.519 exemplares. Até 2015, a média de vendagem passava dos 40 mil exemplares. (ANJ, 2016).

Através do recorte temporal (2005 a 2008), é possível analisar se a mídia traz à luz as políticas públicas de combate à violência contra a mulher e os direitos garantidos em lei. Além disso, os anos selecionados, para a pesquisa, englobam períodos com e sem eleições para cargos políticos. Em 2005 e 2007 não houve eleição. Em 2006, foram realizadas as disputas para presidente da República, governador, senador, deputado federal e para deputado estadual e 2008 para cargos municipais.

## Temática Violência

Durante o período pesquisado, nos jornais Folha de São Paulo e Gazeta do Povo, 8.406 mil notícias abordaram mulheres como personagens ou parte integrante da notícia. Para esse artigo, foram analisadas com maior profundidade, 821 entradas jornalísticas referentes à temática violência contra a mulher e outras 394 que tratavam sobre as políticas públicas para mulheres. Sendo assim, das 821 entradas, 32,4% das notícias apresentaram políticas públicas e 67,6% tiveram a violência como tema central.

TABELA 1 - Análise dos temas veiculados

	Temas veiculados	
Temas	Frequência	(%)
Violência e Segurança	821	67,57%
Políticas para Mulher	394	32,42%
Total	1215	100%

Fonte: os autores (2016)

Constata-se, o que apresentam os trabalhos Johan Galtung e Mari Holmboe Ruge (1993) sobre os critérios de noticiabilidade, de que há mais apelo midiático em assuntos de cunho negativo, do que na divulgação de temas positivos como, neste caso, dos direitos e políticas femininas. Para o casal, as notícias envolvendo morte têm grande impacto junto à audiência. Quando esses assuntos envolvem personalidades conhecidas como as celebridades e políticos, aumenta-se o poder de atração da audiência por parte dos meios de comunicação.

À nível de aprofundamento, a análise da temática violência foi subdivida em seis categorias, que são crime organizado e violência; penas e punições; sistema penitenciário e prisional; segurança; prostituição; e violência contra a criança e adolescente.

## Crime Organizado e Violência

No primeiro caso, Crime Organizado e Violência, enquadraram-se os assuntos que mencionaram a mulher como parte integrante do crime organizado ou aquelas que foram vítimas do mesmo. Esse assunto foi o mais divulgado durante o período analisado, pois foram veiculadas 617 notícias sobre isso, ou seja, 75% da temática violência envolvendo mulheres referiram-se ao crime organizado, como apresenta-se na Tabela 2.

Durante os quatro anos, o número de reportagens publicadas manteve-se entre 129 a 204 notícias, ou seja, uma média de 154 matérias/ano. Entre os seis subtemas estudados, este foi o que manteve uma média de matérias publicadas mais constante do que os outros.

TABELA 2 - Cruzamento entre temas específicos e o ano das notícias

Cruzamento entre temática violência e o ano das notícias						
Tema específico	Ano (%)					
	2005	2006	2007	2008	Total (%)	
Crime Organizado e Violência	129	141	143	204	617	
	(21%)	(23%)	(23%)	(33%)	(100%)	
Penas e Punições	18 (58%)	2 (6%)	6 (19%)	5 (16%)	31 (100%)	
Sistema Penitenciário e Prisional	6 (18%)	11 (33%)	4 (12%)	12 (36%)	33 (100%)	
Segurança	9 (35%)	4 (15%)	2 (8%)	11 (42%)	26 (100%)	
Prostituição	32 (67%)	2 (4%)	8 (17%)	6 (12%)	48 (100%)	
Violência contra Criança e/ou	18 (27%)	16 (24%)	15 (23%)	17 (26%)	66 (100%)	
Adolescente						

Fonte: os autores (2016).

A pesquisa também levou em consideração a valência das matérias (positiva, neutra ou negativa). A valência neutra significa, em Jornalismo, textos sem avaliações morais, políticas ou pessoais, mas que reproduzem o tema e os acontecimentos factuais sem tomada de posição. A positiva representa um texto abordando iniciativas ou declarações de terceiros favoráveis (avaliações de ordem moral, política ou pessoal); e resultados de pesquisas ou estudos favoráveis. E, por última, a negativa é o texto que reproduz ressalvas, críticas ou ataques (contendo avaliação de ordem moral, política ou pessoal) do autor ou de terceiros. Sendo assim, dentre as 617 sobre crime organizado, duas foram positivas (0,3%), sete negativas (1,7%) e 608 neutras (98%).

Um exemplo desse subtema é a notícia "Jornalista russa é assassinada em Moscou", da Gazeta do Povo, de 8 de outubro de 2006. Ela conta a história da jornalista Anna Politkovskaya, que foi encontrada morta a tiros, no elevador do edifício no qual residia, em Moscou. Ela trabalhava em matérias especiais sobre as torturas sistemáticas que aconteciam na Tchetchênia e no Cáucaso. Criticava a dura política de Putin na questão separatista da Tchetchênia e a participação diária de tropas do exército russo no sequestro e estupro de tchetchenos.

A jornalista havia dito em várias ocasiões que teria recebido ameaças de morte por parte do serviço secreto russo, do exército e de outras agências de segurança do Estado. Em agosto de 2009, um júri popular russo absolveu três acusados de envolvimento direto na morte da jornalista, alegando que a promotoria havia trabalhado com pouco rigor e de forma confusa. Além deles, até aquele momento, estavam foragidos um ex-policial e um ex-agente do serviço secreto russo acusados de participar do crime.

As notícias explicam que, segundo a União de Jornalistas da Rússia, desde que o

presidente russo, Vladimir Putin, havia chegado ao poder (ano 2000), 12 casos de assassinatos de jornalistas não foram esclarecidos. Anna entrou para uma na lista com os nomes de mais de 300 jornalistas mortos ou desaparecidos na Rússia desde 1991.

A partir desse fato de repercussão internacional, percebe-se que mulheres ainda são vítimas de crimes praticados a mando de grupos organizados, tanto no Brasil quanto no exterior. Nas notícias brasileiras é comum encontrar reportagens que tratam sobre mulheres vítimas do tráfico.

Na reportagem da Folha de São de Paulo, de agosto de 2005, "Mãe busca corpo da filha de 17 anos julgada pelo tráfico em morro no RJ", apresentou-se a história de Geise Keli Carvalho da Silva. Após ter sofrido abusos físicos por parte de policiais militares, a adolescente delatou o local da boca de fumo do morro Fazendinha, no Rio de Janeiro. Isso lhe rendeu uma condenação por um júri informal do tráfico e a morte por fuzilamento. Os criminosos não foram identificados. A matéria mostrou-se com valência neutra em relação ao assunto, assim como outros 98,6% dos casos.

A violência sofrida por mulheres é tão comum que está contida nos Planos Nacionais de Políticas Públicas para as Mulheres. Segundo o plano de 2008, há o reconhecimento de que é um fenômeno que atinge mulheres de diferentes classes sociais, origens, regiões, estados civis, escolaridade, etnias, e de situações de maior ou menor vulnerabilidade. A fim de desenvolver ações que incluem o estabelecimento e o cumprimento de normas penais que garantam maior punição e responsabilização dos agressores, o governo federal instituiu a Lei Maria da Penha, em 2006, e implementou, em especial, seus aspectos processuais penais e no que tange à criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

#### Penas e Punições

A segunda categoria é "Penas e Punições", nas quais estão classificadas as notícias que veicularam informações sobre casos de condenação de mulheres por diversas razões como, por exemplo, chantagem, infidelidade ou por participar de tumultos em protestos. Com relação a categoria, foram registradas 31 matérias, o que representa 3,77% da cobertura analisada. O ano de 2005 foi aquele com maior número de notícias, totalizando nos três meses, apenas 18 entradas, sendo todas com valência neutra.

Para exemplificar a temática, apresenta-se a nota de outubro de 2006, "Brasileira é condenada por chantagem". Nela, explica-se que uma mulher de 37 anos foi condenada a 33

meses de prisão em Londres, por ter subornado uma juíza da imigração britânica. A brasileira havia trabalhado ilegalmente para a juíza como faxineira, e foi punida por roubar fitas de vídeo nos quais a magistrada aparecia em cenas íntimas com um outro magistrado. Na nota, não é abordada a possível punição que a juíza mereceria por ter empregado ilegalmente a empregada.

As informações publicadas na mídia não obtiveram tanto espaço nas páginas dos jornais quanto outros. Acredita-se que este fato acontece, porque são assuntos pouco recorrentes e com pouca mobilização da sociedade. No caso da mulher londrina que foi detida e liberada, o critério de noticiabilidade<sup>5</sup> proximidade encontra-se distante da realidade brasileira.

#### Sistema Penitenciário e Prisional

No terceiro critério, colocaram-se as matérias que englobam as condições do sistema penitenciário brasileiro específico para mulheres. Neste ponto, houve 33 notícias, 4,01%, sendo que todas obtiveram uma valência neutra, ou seja, os textos não fizeram avaliações morais, políticas ou pessoais, o que para o estudo do Jornalismo é positivo, visto que não configurou uma tomada de posição por parte dos repórteres, que devem seguir a objetividade na narração e a imparcialidade. Os anos de 2006 e 2008, trouxeram esse assunto mais vezes que os demais, variando de 33% e 36%, respectivamente.

Como exemplo de publicações sobre o sistema penitenciário, pode-se citar a publicação de outubro de 2006, da Gazeta do Povo, cujo título é "Detentas vão para casa por falta de vagas no presídio". Na notícia é exposto o problema da falta de presídios femininos no Brasil, e explicado que depois de passarem vários meses na prisão (cumprindo pena por tráfico de drogas), duas detentas ganharam, na Justiça, o direito de voltar para casa. Isso porque, faltavam vagas na penitenciária feminina de Piraquara (interior do Paraná). O espaço em que elas se encontravam tinha capacidade para oito pessoas, quando, no entanto, havia 30 mulheres.

A repórter explica que, neste caso, o juiz da Vara de Execuções Penais (VEP) de Ponta Grossa, Antônio Hyrcyna, havia alegado que as sentenciadas tinham o direito ao regime semiaberto e mantê-las em sistema fechado seria ilegal. Pressupõe-se que o juiz tomou a

Os critérios de noticiabilidade são valores subjetivos que determinam a importância de um fato ou acontecimento para ser noticiado. Eles podem ser de amplitude, frequência, negatividade, caráter inesperado, personalização, consonância, composição, entre outros.

decisão baseado na Lei de Execução Penal Brasileira, em que o indivíduo mesmo quando restrito de liberdade, tem direito a um tratamento digno, a não sofrer violência física e moral; e a uma ala arejada e higiênica, entre outros. Como se percebe pela notícia, a única penitenciária feminina do estado estava lotada e a espera por uma vaga de transferência levava meses.

Essa reportagem utilizou o enquadramento jornalístico temático, que é aquele que interpreta posições e propostas sobre aspectos substantivos, na tentativa de contextualizar as informações, a fim de esclarecê-la para o leitor.

Pode-se afirmar com isso que as notícias envolvendo o sistema penitenciário brasileiro refletem a realidade: faltam vagas em presídios brasileiros e a lotação está além da capacidade máxima. Mesmo assim, o Paraná não foi classificado como um dos 12 estados com ações prioritárias para área de segurança, segundo os Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres. Percebe-se, então, que ações efetivas para sanar problemas como esse não foram suficientes para garantir a promoção dos Direitos Humanos das mulheres em situação de prisão, sendo preferível, por vezes, ver sentenciadas cumprindo pena em liberdade do que permanecendo em presídios femininos.

#### Segurança

O quarto subtema estudado aborda questões relativas à segurança que o Estado deve garantir às mulheres e à sociedade em geral. A categoria teve apenas 26 notícias (3,16%), sendo todas com valência neutra. Esse tema trouxe informações sobre as propostas de candidatas a cargos políticos, e ações da polícia e de magistrados para garantir melhoras na área. Como exemplo, podemos citar a matéria "Juíza condena governo por falta de segurança", publicada na Gazeta do Povo, em 2007.

Na reportagem, informa-se que a juíza Leonor Bisolo Severo havia condenado o governo do Estado do Paraná a pagar multa diária de R\$ 18 mil, caso não fizesse melhorias na segurança pública da comarca de União da Vitória.

A magistrada tomou a decisão em resposta a uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público, denunciando a grave situação da segurança na região. Caso não fossem contratados novos investigadores, policiais e agentes para o IML; não houvesse a remoção de presos condenados, entre outras medidas, começaria a ser cobrada a multa instituída pela juíza. Na matéria, a Secretaria de Estado da Segurança Pública se comprometeu com a

realização de um concurso para investigadores, agentes do IML e para a Polícia Militar.

Outras matérias tratam sobre as propostas de mulheres candidatas a cargos políticos nas eleições de 2008. Na Folha de São Paulo, as candidatas Marta Suplicy (então do PT) e Soninha Francine Gaspar Marmo (PPS) falam sobre medidas para melhorar a segurança no estado de São Paulo.

Marta prometeu, se eleita prefeita de São Paulo, recriar a Secretaria de Segurança Pública e aumentar o efetivo e valorizar a Guarda Civil Metropolitana de São Paulo. Assim, como também o fez Geraldo Alckmin (PSDB). Soninha defendia a criação de concursos para a Guarda Civil Metropolitana de São Paulo, o fortalecimento da Central de Gerenciamento de Emergência e o trabalho com a cultura de paz no município.

Percebe-se que a mulher quando é candidata a cargo político e apresenta proposta de melhoria na área da segurança, não necessariamente abordará a violência contra mulher como um tema a ser tratado pela área, visto que o programa da candidata Marta era semelhante em vários tópicos ao do candidato do sexo masculino. Além disso, durante o discurso de Soninha nota-se que ela engloba outros setores da Administração Pública para tratar da segurança e não apresenta um programa político específico para diminuir o número de casos de violência contra pessoas do sexo feminino ou para fortalecer a punição dos culpados. Então, mesmo ambas sendo mulheres não se preocuparam em utilizar seu espaço nos jornais para tratar das políticas de segurança específicas para o combate à violência de gênero.

### Prostituição

A categoria prostituição traz as entradas jornalísticas que refletem a vida daquelas que vivem do sexo e suas condições de trabalho, de saúde e de outras esferas, devido à profissão que exercem. As matérias sobre prostituição ficaram em terceiro lugar em número de aparição nas páginas dos jornais (48 notícias, 6% da cobertura de violência). Grande parte das notícias sobre prostituição foi publicada em 2005 (67%), seguidas por 2007 (17%), 2008 (12%) e 2006 (4%). Todas as matérias foram classificadas com valência neutra.

O jornalista paranaense Mauri Konig, fez a reportagem "Nos bastidores do sexo pago", em 2008, para retratar a situação dos "panfleteiros do sexo" e das prostitutas que atuavam no centro de Curitiba, e para chamar a atenção de novos clientes, espalhavam panfletos com publicidade de casas de prostituição, nos quase 2 mil telefones públicos municipais. A grande quantidade de anúncios gerava diversas brigas e mortes.

Até o momento da reportagem, 29 panfleteiros haviam sido presos e enquadrados no art. 234, do Código Penal, por distribuir e expor publicamente objeto obsceno. Porém, foram liberados após assinar o Termo Circunstanciado. Os processos seguiram ao Juizado de Pequenas Causas, onde foram todos arquivados sob alegação de não se tratar de atitude imprópria para a sociedade.

### Mauri König explica que:

"A legislação brasileira não criminaliza a prostituição em si, mas o Código Penal considera crime a exploração ou o incentivo da atividade, na rua ou em lugar fechado, por meio de rufiões ou gigolôs. Quem é preso por manter casa de prostituição pode pegar pena de 2 a 6 anos. Já quem distribui material pornográfico, igual a esse afixado nos orelhões, estaria sujeito a pena de detenção de 6 meses a 2 anos ou multa. Mas não é como interpretam os promotores do Juizado de Pequenas Causas". (KONIG, p.1, 2008).

Percebe-se que o jornalista aprofunda a reportagem através de um enquadramento temático, onde ele procura interpretar as posições e os fatos elencados na matéria, apresentando vários pontos sobre o tema, ou seja, contextualizando o assunto. Ele utiliza-se de conhecimentos da área da Comunicação, do Direito e de questões sobre o mercado para explicar um fato relacionado às profissionais do sexoe assim chamar a população para a reflexão sobre o assunto.

### Violência contra criança e adolescente

O último tópico da temática violência baseia-se nas informações sobre os casos crianças e adolescentes vítimas de agressão física, moral ou psicológica cometidas por outrem ou situações de abandono e morte que eles tenham sofrido. Entre elas são comuns informações que abordam casos em que a polícia investiga a suspeita de abuso de crianças por pai, responsável ou pessoa em posição de confiança; atos não acidentais e que prejudicaram ou ameaçaram física ou mentalmente a criança. Dentre as 821 entradas jornalísticas, 66 classificaram na categoria (8%), representando o segundo assunto mais veiculado nas páginas dos jornais.

Separando-se por ano, em 2005, foram publicadas 18 matérias (27%); em 2006, 16 (24%); em 2007, foram 15 (23%); e em 2008, 17 (26%). Nota-se, que o número de matérias produzidas foi relativamente constante, não se alterando significativamente de um ano para o próximo. Assim como as seções anteriores, todas as notícias desse segmento foram classificadas com a valência neutra.

Na notícia de outubro de 2006, Miguel Portela e Katia Brembatti relatam o caso de uma mãe de 40 anos, que vivia em Laranjeiras do Sul (interior do Paraná), e que após dar à luz a um menino, enterrou-o em um buraco de tatu. Para o delegado, houve uma tentativa de homicídio doloso e a mulher teria premeditado a ação, visto que o filho era fruto de uma infidelidade por parte da esposa. O caso ganhou notoriedade internacional, pois a criança, apesar de picada por insetos, conseguiu sobreviver 24 horas dentro do buraco.

A matéria representa diversas outras que trazem da tentativa de homicídio de crianças por motivos fúteis. A notícia da Folha de São Paulo, de setembro de 2006, "Babá confessa à polícia ter sufocado e afogado bebê", apresenta mais uma dessas situações, pois a babá havia matado a menina de 1 ano e 8 meses, porque havia se irritado com o choro da pequena. Após o homicídio, ela simulou um afogamento da bebê na banheira.

Através da temática violência é possível perceber que há grande quantidade de notícias vinculando as mulheres aos abusos, maus tratos e homicídios contra crianças e adolescentes. Assim como é significativa a relação entre mulher e o crime organizado, tanto como agente quanto paciente da ação.

#### Políticas Públicas para mulheres

Com relação às políticas públicas para as mulheres, o jornal Folha de São Paulo concebeu 243 espaços para a divulgação e a Gazeta do Povo, 151. Ao correlacionar o ano das publicações, os jornais e a temática, obtém-se a Tabela 3.

Diferentemente do que a hipótese do trabalho previa, não é possível afirmar que, em ano eleitoral, as políticas públicas receberam maior atenção dos meios de comunicação. Pois, em 2006, por se tratar de um ano em que candidatos a cargos políticos tenderiam a falar mais sobre direitos, foi o período em que menos apareceram matérias sobre as políticas para mulheres. Fica evidente que, em 2005, houve mais aparição de políticas públicas do que no período seguinte.

O último ano da coleta de dados (2008) foi aquele que mais trouxe informações sobre as políticas para mulheres. A Gazeta do Povo publicou 68 entradas e a Folha de São Paulo 88. Os jornais apresentaram fatos sobre políticas para saúde da mulher, ações para igualdade no mercado de trabalho, sobre violência doméstica, participação da mulher em espaços de poder e enfrentamento do racismo, lesbofobia e sexismo.

TABELA 3 - Correlação entre os temas, anos e jornais

Jornal	Tema Geral	Ano (%)				Total
		2005	2006	2007	2008	
Paulo	Violência	117 (28%)	118 (28%)	70 (17%)	113 (27%)	418 (100%)
	Políticas públicas	51 (21%)	25 (10%)	78 (32%)	89 (37%)	243 (100%)
P	Violência	95 (24%)	58 (14%)	108 (27%)	142 (35%)	403 (100%)
	Políticas públicas	33 (22%)	17 (11%)	33 (22%)	68 (45%)	151 (100%)

Fonte: os autores, 2016.

A fim de esmiuçar o tema políticas públicas para mulheres, devido à relevância

A fim de esmiuçar o tema políticas públicas para mulheres, devido à relevância dos planos nacionais (já mencionados), dividiu-se a temática de acordo com os tópicos apresentados nos dois documentos da Presidência da República. Nota-se que as entradas jornalísticas referentes às políticas de combate à violência contra mulher apareceram entre as três mais divulgadas pelos meios de comunicação. Os dois temas com mais visibilidade dentro da questão política pública foram as ações em busca da autonomia da mulher no mercado de trabalho e saúde da mulher (referente aos direitos reprodutivos e sexuais).

A tabela 4 apresenta índice de significância de Pearson, por meio do qual é possível perceber que a cobertura de políticas públicas na Folha de São Paulo aumenta de maneira estatisticamente significante ao longo dos anos analisados, visto que o índice é igual a P = 33,274 (0,000). Já na Gazeta do Povo não é permitido afirmar o mesmo. Neste veículo de informação, o valor do índice não foi significativo P = 6,170 (0,104).

Pode-se afirmar que os critérios de seleção das notícias sobre políticas públicas são diferentes nos dois impressos, pois as características que fazem os produtores selecionarem aquilo que será noticiado na Folha de São Paulo é diferente da Gazeta do Povo, seja porque este jornal segue uma rotina de produção diferenciada ou por causa da própria linha editorial que é distinta do impresso nacional.

TABELA 4 - Especificação das políticas públicas correlacionadas ao ano e jornal

Jomal	Tema específico	Ano (%)				Total
	Brown or the second	2005	2006	2007	2008	
Folha de S. Paulo Racismo Participa Educação Desenvo sustentáv Total	Saúde da mulher	26 (51%)	16 (64%)	48 (61%)	36 (41%)	126 (52%)
	Autonomia no trabalho	13 (25%)	1 (4%)	11 (14%)	38 (43%)	63 (26%)
	Violência contra mulher	6 (12%)	8 (32%)	10 (13%)	10 (11%)	34 (14%)
	Racismo	0	0	7 (9%)	1 (1%)	8 (3%)
	Participação no Poder	1 (2%)	0	2 (2%)	3 (3%)	6 (2%)
	Educação inclusiva	4 (8%)	0	0	0	4 (2%)
	Desenvolvimento sustentável	1 (2%)	0	0	0	1 (0,5%)
	Total	51 (100%)	25 (100%)	78 (100%)	88 (100%)	243 (100%)
	P = 33,274 (0,000)					
C4-	Saúde da mulher	11 (33%)	5 (29%)	22 (67%)	31 (45%)	69 (46%)
Gazeta	Autonomia no trabalho	10 (30%)	1 23%)	9 (27%)	20 (29%)	43 (28%)
do Povo	Violência contra mulher	5 (15%)	i (29%)	1 (3%)	8	19 (12%)
	Participação no Poder	5 (15%)	2 (12%)	0	(12%)	11 (7%)
Di Cu Co	Racismo	1 (3%)	1 (6%)	1 (3%)	4 (6%)	5 (3%)
	Direito a terra	1 (3%)	0	0	? (3%)	4 (3%)
	Cultura e meios d Comunicação	l∈ 1 (3%)	0	0	3 (4%)	1 (1%)
	100 CO (100 CO) (100 CO (100 CO (100 CO (100 CO) (100 CO) (100 CO (100 CO) (100				0	0.000
	Total	33 (100%)	17 (100%)	33 (100%)	<b>68</b> (100%)	151 (100%)
	P = 6,170 (0,104)					

Fonte: HEDLER (2011).

Em 2005, abordaram-se políticas mais diversificadas do que nos demais períodos, visto que, das dez existentes sob a perspectiva de gênero, nove estiveram presentes. A única ação governamental que não teve visibilidade em nenhum jornal foi a de enfrentamento das desigualdades geracionais, que atingem especialmente as mulheres jovens e idosas.

## Descriminalização Aborto

A política pública referente à descriminalização do aborto também recebeu atenção nos dois veículos de informação nos anos de 2005 e 2006. Nestes anos, o Partido dos Trabalhadores (PT), estava à frente do Poder Executivo, e queria legalizar o aborto no Brasil. Nos dois veículos foram publicados fatos sobre o Projeto de Lei que pretendia a descriminalização. A Gazeta do Povo veiculou, no dia 3 de agosto de 2005, um editorial com o seguinte título: "Aborto: um projeto polêmico". A informação de cunho opinativo explicava que a proposta enviada ao Congresso previa que a rede pública e os planos de saúde cobrissem despesas com médicos e procedimentos para o atendimento às mulheres que desejassem interromper a gravidez.

A diagramação desse editorial concedeu destaque à seguinte frase: "A proposta de

descriminar o aborto aproxima-se da legalização do homicídio. Algo, portanto, com que as consciências mais sãs e bem formadas precisam se posicionar contrariamente". Através dessa oração, da Gazeta do Povo, mostra sua visão pessimista e contrária à política pública de liberação do aborto.

Na Folha de São Paulo, o projeto sobre a descriminalização do aborto obteve espaço e os leitores puderam se posicionar contra ou a favor do tema (10 entradas). Nesse periódico, pessoas influentes também escreveram artigos assinados, sendo um de Zilda Arns e Yuri Puello Orozco.

Os jornalistas deixaram claro que o presidente da república (em 2006), Luiz Inácio Lula da Silva, era favorável à descriminalização, mas não queria que seu nome estivesse relacionado ao tema. A matéria: "Lula elenca medidas para ampliar o acesso ao aborto, mas evita a palavra", demonstra a constatação. Assim como o ex-presidente, os planos governamentais de 2006 e 2008 evitam a expressão aborto. Neles, a liberação do aborto é tratada como: "O Estado e legislação brasileira devem garantir o direito de decisão das mulheres sobre suas vidas e seus corpos".

#### Lei Maria da Penha

No ano seguinte, 2006, houve uma queda na veiculação de políticas nos dois impressos. Durante esse período, o governo federal aprovou a Lei Maria da Penha, na qual a agressão à mulher passou a ter pena mais dura. Porém, esse acontecimento não foi suficiente para trazer maior destaque sobre os direitos das mulheres e os planos de políticas públicas.

A ministra da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres à época, Nilcéa Freire, escreveu o artigo "Violência contra mulher: uma lei necessária", a respeito da Lei nº 11.340/2006. Ela explica que a violência doméstica demonstra os contrastes existentes entre homens e mulheres e apresenta os motivos para uma punição específica aos homens que cometem abusos e violência contra as mulheres. Segundo Nilcéa, a violência doméstica traz índices expressivos de absenteísmo ao trabalho, feminização da Aids e baixo aproveitamento escolar de crianças que convivem com a violência. Também aponta a "naturalização" da violência com a mulher e discute ações necessárias para modificar esses altos índices.

A Gazeta do Povo deu pouca atenção à publicação da <sup>6</sup>Lei Maria da Penha. O impresso falou sobre o tema somente em quatro matérias durante2006. Em uma delas, os

O Brasil é o 18° país da América Latina a instaurar uma legislação para tipificar a violência contra a mulher. Este fato demonstra a relevância do assunto não somente para o Brasil, mas para outros países do continente.

repórteres abordaram o assunto sob perspectiva internacional. Verifica-se que não basta o governo sancionar normas jurídicas que agregam aos direitos das mulheres no combate à violência, para que os jornalistas veiculem mais fatos sobre as políticas para esse grupo. É preciso ter alguém que traga o tema para discussão nos meios de comunicação, como fez a ministra Nilcéa Freire.

#### Descriminalização do aborto

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) discutiu a descriminalização do aborto em casos de bebês anencéfalos, o que repercutiu na mídia durante semanas. À época, os leitores participaram dos debates, pois das 36 entradas sobre o tema, sete eram de leitores se posicionando a respeito do fato, na Folha de São Paulo e, na Gazeta do Povo, quatro leitores tiveram espaço para opinar.

A matéria "Debate sobre a vida volta à pauta do STF", publicada em agosto de 2008, na Folha de São Paulo, traz informações sobre a liberação do aborto tanto do ponto de visto favorável, quanto daqueles que são contra a liberação em casos de bebês sem cérebro. A reportagem (de uma página inteira) conta com a ajuda de um esquema explicativo sobre o problema da criança. O caso dos bebês anencéfalos é comparado à morte cerebral, sendo que raramente os recém-nascidos sobrevivem mais de quatro horas após o parto.

A reportagem com fotografia, de setembro de 2008, da Gazeta do Povo, mostra a opinião do ministro da saúde em exercício. Em "Ministro defende interrupção de gravidez de anencéfalos", José Gomes Temporão explica que é favorável a liberação da interrupção da gestação, de acordo com a vontade da mulher. Segundo o ministro, o aborto naqueles casos garantiria um sofrimento menor para a gestante que sabe que o filho morrerá assim que nascer.

A notícia foi complementada por outra um pouco menor. Em "Mãe fala sobre escolha", Michele Gomes de Almeida, aborda-se o direito de escolha da mulher. Conta-se o caso da mãe que entrou na Justiça para conseguir o aborto do bebê com anencefalia. Para ela, se a gestação fosse levada até o último mês, o trauma com a morte do bebê seria maior do que o aborto no início da gestação. A personagem participou em defesa da descriminalização do aborto, durante os debates no Supremo Tribunal Federal.

#### Licença Maternidade

Ainda em 2008, o Congresso Nacional aprovou o aumento da licença-maternidade para seis meses. Na reportagem da Gazeta do Povo, "Lula vai aprovar ampliação da licença-maternidade", analisa-se o impacto da renúncia fiscal de R\$ 800 milhões com a medida. Para alguns especialistas, a decisão poderia prejudicar as mulheres no mercado de trabalho e outros acreditam que o dinheiro não arrecadado deixaria de ser investido em creches, saúde e educação, explicitando que os pontos contrários apareciam com mais frequência do que os favoráveis.

Como o tema gerou polêmica e participação dos leitores em ambos os jornais, obteve bastante espaço na mídia. Outra matéria, "Licença e Preconceito", apresenta a opinião da advogada trabalhista, Sylvia Romano. Para ela, o aumento da licença-maternidade é desfavorável para as mulheres, pois aumentaria o preconceito velado contra mulheres, assim como o desemprego e a informalidade no mercado de trabalho. Isso demonstra uma posição contrária à política pública de igualdade no mercado de trabalho.

Com a análise dos temas específicos das políticas públicas as mulheres, percebe-se que existe grande espaço de debate sobre a descriminalização do aborto e de temas que se referem à mulher enquanto mãe (aumento da licença maternidade e construção de Centros Municipais de Educação Infantil para educação em tempo integral). Porém outros de grande relevância social, por vezes, parecem silenciados pela mídia.

# **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nota-se que a violência como temática tem mais visibilidade nos debates realizados nos meios de comunicação e levados à esfera pública do que os direitos e políticas públicas. Supõe-se que o maior espaço nas páginas destinados à violência deve-se aos critérios selecionadores dos assuntos que se tornarão notícia, visto que temas negativos chamam mais atenção dos receptores do que assuntos positivos, como é o caso dos direitos e políticas.

Também é perceptível que os gestores governamentais e o Poder Judiciário têm se preocupado em debater assuntos relacionados à garantia dos direitos das mulheres, como aconteceu com a liberação da escolha da mulher pelo término ou não da gestação de bebês anencéfalos e com a promulgação da Lei Maria da Penha.

Além disso, fica claro que as notícias veiculam, na maioria das vezes, assuntos com valência neutra, ou seja, são textos sem avaliações morais, políticas ou pessoais, mas que reproduzem o tema e os acontecimentos factuais sem tomada de posição. Desta forma, cabe

aos leitores dos jornais, através de seu conhecimento de mundo e informação veiculada, formar uma opinião acerca dos fatos.

Portanto, é notável a importância dos debates sobre os direitos e políticas públicas para as mulheres veiculados pelos dos meios de comunicação e garantidos através de ações do Poder Executivo e Judiciário. Visto que a mídia funciona como "alto-falante" de discursos e vozes, (ao dar espaço a grupos minoritários) e ajuda na construção de uma sociedade mais democrática e polifônica. Logo, é necessário que a imprensa divulgue com mais afinco tais assuntos, porque a visibilidade da temática estimula o debate na comunidade e nas esferas de poder, onde podem ocorrer avanços significativos.

## REFERÊNCIAS

ANJ. Associação Nacional de Jornais. Maiores jornais do Brasil. Disponível em: <a href="http://www.anj.org.br/maiores-jornais-do-brasil/">http://www.anj.org.br/maiores-jornais-do-brasil/</a>. Acesso em 04 de maio de 2016, às 19h40.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil">http://www.planalto.gov.br/ccivil</a> 03/ ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 01 de junho de 2016, às 15h29.

DAHL, R. A. Poliarquia: participação e oposição. Trad. Celso Mauro Parcionik. São Paulo: Edusp, 1997.

HABERMAS, J. Mudança estrutural na esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEDLER, A. P. Mulher e Mídia: uma análise do enquadramento de políticas públicas femininas nos jornais Folha de S.Paulo e Gazeta do Povo de 2005 a 2008. 2011. 171 f. Dissertação de Mestrado em Ciência Política — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

KONIG, Mauri. Os bastidores do sexo. In: GAZETA DO POVO: vida e cidadania, 27 de setembro de 2008. Disponível em //http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/nos-bastidores-do-sexo-pago-b74xdchap2payzcz8y9uj3tji/. Acesso em 3 de junho de 2016, às 23h45.

MCCOMBS, M. Building Consensus: The newsmedia's agenda-setting roles. University of Texas at Austin. Political Communication, 1 4:433-443, 1997.

MICHELS, Robert. Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna. Trad. José M. Justo. Brasília: Antígona, 2001.

RABAÇA, C. A.; BARBOSA, G. G. Dicionário de comunicação. 2. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. I Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Presidência da República, 2008, 236 p. Disponível em: <a href="http://www.sepm.gov.br/pnpm/sistemas-deacompanhamento-do-pnpm">http://www.sepm.gov.br/pnpm/sistemas-deacompanhamento-do-pnpm</a>.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Presidência da República, 2008, 236 p. Disponível em: <a href="http://www.sepm.gov.br/pnpm/sistemas-deacompanhamento-do-pnpm/">http://www.sepm.gov.br/pnpm/sistemas-deacompanhamento-do-pnpm/</a>.

GALTUNG, Johan; RUGE, Mari Holmboe. A estrutura do noticiário estrangeiro. A apresentação das crises do Congo, Cuba e Chipre em quatro jornais estrangeiros. IN: TRAQUINA, Nelson. (org.).Jornalismo: questões, teorias e "estórias". Lisboa: Vega Ltda., 1993. P. 61-73.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A VIOLÊNCIA HIERARQUIZADA EM FACE DO GÊNERO FEMININO NO PERÍODO DA DITADURA MILITAR NO BRASIL

Ana Caroline Salvalagio DECHICHE<sup>1</sup>

**RESUMO** 

O presente artigo faz uma análise sobre a violência hierarquizada em face do gênero feminino no período da Ditadura Militar no Brasil, correspondente aos anos de 1964-1985. Será especificado o conceito de gênero e suas particularidades. A metodologia abordada será

monográfica, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Ditadura Militar. Tortura. Violência Sexual. Gênero.

**ABSTRACT** 

This article analyzes the hierarchized violence in view of the feminine gender in the period of military dictatorship in Brazil, relative in the years of 1964 to 1985. Will be specified the concept of gender and its peculiarities. The methodology approached will be monographic

with bibliographical and documental research techniques.

**KEY-WORDS:** Military dictatorship. Torture. Sexual Violence. Genre.

INTRODUÇÃO

O tema analisado diz respeito à violência sexual utilizada como arma de

neutralização do gênero feminino no período da Ditadura Militar no Brasil, abordando

brevemente a história do período 1964-1985 vivenciado pela nação brasileira, e os estudos

contemplados pela Comissão Nacional da Verdade, com foco nos atos brutais dos agentes do

Estado, sofridos pelas presas políticas do contexto histórico brasileiro.

O presente estudo, dispõe-se a conferenciar o conceito de gênero e identidade de

gênero para compressão do tema proposto, com fins de abordar a violência de gênero no

período ditatorial brasileiro.

Primeiramente, considerar-se-á o período histórico antecedente ao golpe militar

sofrido em 1964 pelo estado brasileiro, ou seja, como a ordem constitucional do período de

1946 a 1964 estava estabelecida, abordando a Revolução Cubana liderada por Fidel Castro na

derrubada do Ditador Fulgêncio Batista, em 1959, e sua influência nos movimentos sociais do

Brasil.

Passar-se-á, também, pela ascensão da consciência política entre os jovens brasileiros

após a visita de Jean Paul Sartre e Simone de Beavouir ao Estado brasileiro em agosto de

Graduanda em Direito pela Faculdade Maringá, CESPAR

102

1960. A partir disso, este estudo recordará a procedência do Golpe Militar provocado em 1964 no Brasil.

Salienta-se a importância de reconhecer o protagonismo feminino, na luta contra o regime militar estabelecido e sustentado por ditadores, através de seus atos institucionais, e, posteriormente, como foco primordial deste trabalho, abordar-se-á intensificação das arbitrariedades dos torturadores sobre as presas políticas em decorrência da violência perante o gênero feminino.

Evidencia-se que os movimentos feministas e suas pautas reivindicatórias foram fundamentais para a emancipação da luta feminina e essencialmente trouxeram questionamentos que colocaram em xeque os padrões sociais dominantes, abrindo espaço para que as "vozes" das mulheres na história fossem ouvidas.

Há de se frisar, ainda, que o método de análise utilizado, é dedutivo, de procedimento monográfico. As fontes são livros e textos publicados em sítios eletrônicos; assim como fonte documental, estas consistentes nos arquivos da Comissão Nacional da Verdade para comprovar a veracidade do tema abordado.

#### A ORDEM CONSTITUCIONAL NOS PERÍODO ENTRE 1946 A 1964

O período que antecede ao ano de 1964 fora permeado por duas fermentações ideológicas, sendo fundamentais para a compreensão do contexto ditatorial vivenciado pelo Estado Brasileiro, durante os anos de 1964 e 1985, a primeira delas inicia-se com a Revolução Cubana, liderada por Fidel Castro, tornando-se vitoriosa em 1959 e declarada socialista a partir de 1961, momento em que a ditadura sangrenta de Batista² fora derrubada por Fidel, e deu-se o início de um governo popular, posteriormente, Jânio Quadros, candidato à Presidência da República do Brasil, fora convidado pelos líderes da Revolução para visitar Cuba, enquanto a oposição liderada por Henrique Teixeira Lott recusava o mesmo convite. Dessa forma, Jânio Quadros viajou para Cuba acompanhado de companheiros políticos, entre eles, o Líder das Ligas Camponesas do Nordeste, Francisco Julião, que discerniria forte admiração por Fidel Castro, conforme preceitua Dênis de Morais,

<sup>2</sup> Fulgêncio Batista nasceu em 16 de janeiro de 1901, em Banes. Alistou-se no exército e participou da Revolta dos Sargentos, em 1933, que derrubou o regime em vigor. Assumiu o poder no mesmo ano e permaneceu como ditador até 1944. Durante o seu primeiro governo, mantinha-se com o poder de convocação de cargos públicos e acumulando sua fortuna pessoal com investimentos e corrupção. Assim, rapidamente, se tornou o homem mais poderoso financeira e politicamente de Cuba. **Fugêncio Batista e o golpe em Cuba**. Disponível em: < <a href="http://redes.moderna.com.br/2012/04/05/fulgenio-batista-e-o-golpe-em-cuba/">http://redes.moderna.com.br/2012/04/05/fulgenio-batista-e-o-golpe-em-cuba/</a> > Acesso em 20 de abril de 2016.

Em março de 1960, à frente de numerosa comitiva, Jânio embarca num avião da Varig para Havana. Acompanhavam-no jornalistas como Villas Boas Corrêa, Carlos Castello Branco, Márcio Moreira Alves e Hélio Fernandes; políticos como Afonso Arinos, Adauto Lúcio Cardoso, José Aparecido de Oliveira e Paulo de Tarso; e o Líder das Ligas Camponesas do Nordeste, Francisco Julião, que descobriria o seu guro: Fidel Castro. [...] No Brasil a juventude era também transviada na paixão pelos Heróis Fidel e Che. [...] A repercussão da Revolução Cubana não parou por aí, em Agosto de 1961, quando Che Guevara veio ao Brasil e foi condecorado com a "Ordem do Cruzeiro do Sul" por Jânio Quadros, o conservadorismo pulou da cadeira<sup>3</sup>.

Não obstante, segunda fermentação ideológica decorre dos acontecimentos de agosto de 1960, uma vez que Jean-Paul Sartre e Simone de Beauvoir iniciaram sua viagem ao Brasil. Por aqui, uma geração de ávidos intelectuais, cortejavam a filosofia existencialista de Sartre e Beauvoir, engajando-se ao lerem suas publicações e finalmente ocorreria a oportunidade de ouvirem os dois papas do existencialismo em diversos Centros de Ensino do País, fazendo com que os Auditórios da USP – Universidade de São Paulo, Faculdade Nacional de Filosofia do Rio de Janeiro, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Araraquara (SP), Instituo Superior de Estudos Brasileiros (ISEB) e o Congresso de Crítica Literária em Recife<sup>4</sup>, permanecessem lotados de jovens empenhados nas lutas políticas do período, sobretudo na defesa da Revolução Cubana, posto que Sartre abordava a Temática como uma verdadeira revolução, resultante numa democracia direta<sup>5</sup>.

Considere-se que, entre os anos de 1946 e 1964, o Brasil viveu intensos momentos de fragilidade e frustação quanto aos ideais democráticos, posto que os movimentos sociais necessitam do apoio das chamadas massas para alcançarem de fato, os objetivos populares, e nesse sentido, conforme preceitua Hannah Arendt, as massas não se unem por interesses em comum, quiçá articulações com interesses determinados e limitados,

O termo massa só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização baseada no interesse comum, seja partido político, organização profissional ou sindicato de trabalhadores. Potencialmente, as massas existem em qualquer país e constituem a maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e

<sup>3</sup> MORAES, Dênis de. **A esquerda e o golpe de 64**. 3ªed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p.27-28.

<sup>4</sup> Ibid, p.29.

<sup>5</sup> Ibid.

raramente exercem o poder de voto. [...] os movimentos totalitários usam e abusam das liberdades democráticas com o objetivo de suprimi-las<sup>6</sup>.

Neste ínterim, conforme constatado nos relatórios da Comissão Nacional da Verdade<sup>7</sup>, em 1946 o Estado Brasileiro emergia uma nova ordem política, posto que o texto constitucional de 1946 defendeu um Sistema Liberalista ao conceber a intervenção econômica apenas através de Lei Especial, dado que a nova ordem democrática também existia como um sistema sócioeconômico diverso daquele conhecido na primeira republica (1889-1930), ou seja, a Constituição de 1946 fora considerada um avanço para o Brasil ao estabelecer o equilíbrio entre os três poderes, em razão da reinstalação da Democracia após o Golpe de Estado sofrido em 1937, período conhecido como Estado Novo: a Ditadura de Getúlio Vargas.

## O Golpe Militar de 1964

É premissa básica que durante o período de 1946 à 1964 houveram inúmeras tentativas de ataques armados à Constituição de 1946, conforme aduz Carlos Chagas<sup>8</sup>. Dessa forma, em 09 de abril de 1964 um manifesto foi publicado à nação brasileira sob forma de norma jurídica, conhecido também como Ato Institucional nº 1 (AI-1), aquele que encerrou o período em que a constituição de 1946 possuía efeitos sobre o Estado, confirmando e divulgando a vitória do Movimento Militar que derrubou o governo de João Goulart, o ato enunciava-se pela assinatura de três comandantes das forças armadas, a saber: general do Exército Artur da Costa e Silva, tenente-brigadeiro Francisco de Assis Correia de Mello e o vice-almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald<sup>9</sup>.

Durante o período de 1960 a 1964, as discussões sobre o aspecto político do Estado Brasileiro não limitava-se mais apenas às vozes dos parlamentares, tornou-se algo bem mais abrangente, vez que a disputa pela hegemonia ultrapassara a esfera partidária e penetrava-se cada vez mais nos movimentos sociais<sup>10</sup>, sendo reflexo das décadas anteriores.

Dessa forma, observa Dênis de Morais,

Essa ampliação da participação popular no processo político detonou um conjunto de pressões reivindicatórias das camadas subalternas. As propostas nacionalistas, desenvolvimentistas, anti-imperialistas e pelas reformas de base encontravam,

<sup>6</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: Antissimetismo, Imperialismo, Totalitarismo.** Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras. 2012. p. 438-440.

<sup>7</sup> Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Dezembro de 2014. p. 86.

<sup>8</sup> CHAGAS, Carlos. A Ditadura Militar e os golpes dentro do Golpe 1964 – 1969. 1ª Ed., Rio de janeiro: Record, 2014. p. 29-39.

<sup>9</sup> Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Dezembro de 2014. p. 94.

<sup>10</sup> MORAES, Dênis de. A esquerda e o golpe de 64. 3ªed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p.33.

nesses segmentos, uma audiência crescente. Mais do que nunca era hora de reconhecer e praticar os direitos da cidadania — o que sempre fora um privilégio das elites dominantes<sup>11</sup>.

As lideranças laborais passam a ser interlocutoras e protagonizam os emblemas políticos, pois o Estado ganhava uma configuração mais democrática no governo de Jânio Quadros, formando-se assim,

pactos intersidicais, na prática estruturas autônomas, ainda que embrionárias, à margem da tutela do Ministério do Trabalho. Entre eles, destacam-se o Pacto de Unidade e Ação (PUA), congregando ferroviários, portuários, marítimos e estivadores de todo o país, o Fórum Sindical de Debates de Santarde, o Comando Getal dos Trabalhadores (CGT). Sem falar na teia de federações e confederações, como a que reunia os trabalhadores na indústria (CNTI)<sup>12</sup>.

Dênis de Morais<sup>13</sup> ressalta que o perfil sindical até 1964 pode ser dividido em 7 pontos, o primeiro condiz em baixo índice de sindicalização das categorias assalariadas, sendo consideradas categorias de "vanguarda", compostas por trabalhadores em atividade laboral como estivadores, matírimos, bancários, metalúrgicos, têxteis, e ferroviários. O segundo, reflete o engajamento nas lutas políticos-partidárias, vez que os organismos da cúpula sindical estreiraram suas relações com o governo Jango,

não por coindidência, as principais greve do período tiveram caráter político, embora associados ao programa de reivindicações salariais e trabalhistas. Destacamos: a) o movimento paredista em defesa da posse de João Goulart, em 1961; b) a greve geral de julho de 1963, contra a indicação de Auro Moura Andrade para primeiro-ministro, que, vitoriosa contribuiu decisivamente para o fortalecimento do sindicalismo e deu impulso para a formação do CGT, logo a seguir; c) a greve geral, em setembro de 1962, pela convocação do plebiscito que decidiria ou não a volta do presidencialismo 14.

O terceiro ponto, condiz ao envolvimento com o Governo João Goulart, pois os dirigentes tinham acesso ao presidente, e controlavam suas reivindicações preferencialmente ao aparelho Estatal, entretanto, conduziam a prática do clientelismo político através da máquina administrativa Previdência Social, vinculada nesse momento ao Ministério do Trabalho. E ainda, a participação dos sindicatos na vida política brasileira, foi, em parte, artificial, por não resultar em aumento de capacidade de pressão autônoma da classe operária, mas do apoio que as lideranças dos sindicatos oficiais receberam do governo, criando uma ilusão de poder às entidades sindicais, conforme aduz Dênis de Moraes<sup>15</sup> e Leôncio Rodrigues Martins<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> MORAES, Dênis de. **A esquerda e o golpe de 64**. 3ªed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p.33.

<sup>12</sup> Ibid, p.34.

<sup>13</sup> Ibid., p.34-35.

<sup>14</sup> Ibid., p 35.

<sup>15</sup> MORAES, Dênis de. A esquerda e o golpe de 64. 3ªed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p.35.

<sup>16</sup> Rodrigues, Leôncio Martins. "Sindicalismo e Classe operária". In: Fausto Boris. História Geral da

Neste ínterim, o Golpe Militar fora consumado no ano de 1964, tendo início o governo do marechal Humberto de Alencar Castello Branco, marcado por cassações políticas, fim das eleições diretas para o mandato presidencial e criação do bipartidarismo<sup>17</sup>, sucedido por Arthur da Costa e Silva, patrono do Ato Institucional nº 5 (AI-5)<sup>18</sup>, sobrevindo pelo governo de Ernesto Geisel, responsável pela criação do Senador Biônico<sup>19</sup> e ao fim do Ato Institucional nº 5 (AI-5), advindo por João Baptista Figueiredo, notadamente o início da transição para um Sistema Democrático após numerosa resistência popular, restabelecendo as eleições diretas para os governadores do Estado.

# A VIOLÊNCIA SEXUAL HIERARQUIZADA CONTRA O GÊNERO FEMININO NO PERÍODO DITATORIAL

Salienta-se que História, de modo geral, fora escrita sob a ótica masculina e pela classe hegemônica, produzindo um material restrito sobre a militância feminina, refletindo apenas sobre a figura masculina como protagonista das lutas de classes, expressando apenas uma versão da história brasileira, e ainda, mundial.

Frisa-se que o conceito de violência de gênero, corresponde ao detrimento de determinado gênero para manter a ascensão do outro, ou seja, in casu, condiz na violência social em face do gênero feminino, para a manutenção da ordem patriarcal vigente.

Dessa forma, importante frisar que o protagonismo feminino nas lutas políticas é de suma importância, possuindo papel fundamental para os avanços sociais, vez que as lutas das mulheres combateram o sistema político vigente e ainda, a ordem patriarcal estabelecida na época, e sua prevalência no século XXI é inegável.

**Civilização Brasileira.** Vol. 3. São Paulo, Difel, 1891, pp. 550-551. In: Dênis de Moraes, **A esquerda e o golpe de 64**, 3ªed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p.35.

<sup>17</sup> Ibid.,p.98.

<sup>18</sup> O AI-5 foi o quinto decreto emitido pelo governo militar brasileiro no período da Ditadura Militar (1964-1985), considerado o mais duro golpe na democracia, concedendo poderes quase absolutos ao regime militar. Frisa-se algumas concessões impostas pelo AI-5: Outorgava poder ao Presidente da República para suspender os direitos políticos pelo período de 10 anos, de qualquer cidadão brasileiro; Autorizou a dissolução do congresso; Proibiu manifestações populares de caráter político; Suspendia o direito de habeas corpus (em casos de crime político, crimes contra ordem econômica, segurança nacional e economia popular); Impunha a censura prévia para jornais, revistas, livros, peças de teatro e músicas. Ibid.,p.100.

<sup>19</sup> Senador biônico foi o nome com que ficaram conhecidos popularmente os parlamentares eleitos indiretamente por um Colégio Eleitoral, em consonância com a Emenda Constitucional número 8, de 14 de abril de 1977, sendo um conjunto de leis que por sua vez ficariam conhecidas na história política do país como o "Pacote de Abril", e que, entre outras medidas autoritárias, decretava o fechamento temporário do Congresso Nacional e aumento do mandato dos próximos presidentes da república para seis anos. Em suma, tratava-se de mais uma manobra dos dirigentes militares em plena ditadura, buscando assegurar sua maioria no executivo e legislativo. Ibid.

Diante do exposto, é de suma importância a abordagem do conceito de gênero e identidade de gênero para a compreensão eficaz do tema proposto.

#### Conceito de gênero

Considerando a desigualdade social de gênero e sexualidade para a estruturação da violência perpetrada em detrimento do gênero feminino, é de suma importância abordar o conceito de gênero para a compreensão deste trabalho.

Neste ínterim, Gênero é a determinação, segundo a cultura presente em épocas e sociedades diversas, do que seriam entendidas e consideradas como características femininas ou masculinas. Nesse contexto, a seguinte redação:

[...] um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é um primeiro modo de dar significado às relações de poder [...] Como sistemas de significado, as identidades subjetivas são processos de diferenciação e de distinção, que exigem a supressão de ambigüidades e de elementos de oposição, a fim de assegurar (criar a ilusão de) uma coerência e (de) uma compreensão comum. A idéia de masculinidade repousa na repressão necessária de aspectos femininos – do potencial do sujeito para a bissexualidade – e introduz o conflito na oposição entre masculino e o feminino. Os desejos reprimidos estão presentes no inconsciente e constituem uma ameaça permanente para a estabilidade da identificação de gênero, negando sua unidade, subvertendo sua necessidade de segurança. Além disso, as idéias conscientes sobre o masculino ou o feminino não são fixas, uma vez que elas variam de acordo com as utilizações contextuais<sup>20</sup>.

Sendo assim, o que entende-se sobre gênero, masculino ou feminino, de determinada sociedade, não é fixo, pois sofre variações correspondentes à seus períodos históricos, portanto culturalmente construído. Butler, nesse sentido, aduz "A presunção aqui é que o 'ser' um gênero é um efeito<sup>21</sup>", pois a construção humana acontece em acordo com o gênero já estabelecido, e por vezes, sendo confundido com o sexo biológico, o qual não determina a condição humana em se identificar e assumir-se como mulher ou homem.

E ainda, ''Identidade de Gênero" é a identificação das pessoas com comportamentos já estabelecidos pela sociedade como feminino ou masculino,

Identidade de gênero se refere à forma como alguém se sente, se identifica, se apresenta, para si próprio e aos que o rodeiam, bem como, relaciona-se à percepção de si como ser "masculino" ou "feminino", ou ambos, independe do sexo biológico ou de sua orientação sexual, ou seja, da sua maneira subjetiva de ser masculino ou feminino, de acordo com comportamentos ou papéis socialmente estabelecidos<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> SCOTT, Joan Wallach. **"Gênero: uma categoria útil de análise histórica"**. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, p. 14.

<sup>21</sup> BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.p.58.

<sup>22</sup> BONFIM, Cláudia. **Gênero, Identidade de Gênero e Orientação Sexual**. Disponível em:

Posto que, vale ressaltar que essas identificações sofrem controle social, relacionado até mesmo às cores, onde o azul é de menino e o rosa é de menina. Nesse viés, é inegável que vivemos em uma cultura que o corpo humano é atingido por diversas repressões justificadas por normas sociais e uma série de preconceitos estabelecidos historicamente e mantidos culturalmente, afinal,

a cultura dita normas em relação ao corpo. A mais simples observação em torno de nós poderá demonstrar que o corpo humano é afetado por religião, pela profissão, pelo grupo familiar, pela classe social e outros intervenientes sociais e culturais<sup>23</sup>.

Sendo assim, há de se pensar na discriminação pelo gênero como prática política de assegurar ou negar direitos através dos gêneros dos indivíduos, abordando ainda os estudos sobre a relação de poder, conforme profundamente constatados por Michel Focault.

#### A violência sexual como arma de neutralização do gênero feminino na Ditadura Militar

Para Margareth Rago, os historiadores passaram a enxergar a história com a participação feminina através da inclusão das mulheres na sociedade, essa inclusão fora iniciada pelo movimento feminista em suas reivindicações para participação dos espaços públicos e no inserção ao mercado de trabalho<sup>24</sup>.

Neste ínterim, importante indagar: onde estavam as mulheres na história do chamado mundo ocidental?

O período ditatorial brasileiro compreendido nos anos de 1964-1985, tratado no presente artigo, fora permeado por diversas lutas da chamada Esquerda com protagonismos femininos, entretanto, diversas dessas histórias foram silenciadas, e quiçá contadas, em decorrência da ordem patriarcal que ainda encontra-se vigente, através do clamor para o cumprimento da moral conservadora e dos bons costumes, impondo a submissão das mulheres perante os homens, mesmo após a promulgação da Constituição Federal em 1988 englobar diversos dispositivos legais que preceituam a igualdade entre os integrantes da nação brasileira.

Para tanto, cita-se de exemplo a redação do art. 5º, inciso I,

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

<sup>&</sup>lt; http://educacaoesexualidadeprofclaudiabonfim.blogspot.com.br/2009/07/genero-identidade-de-genero-e.html> Acesso em: 26 de abril de 2016.

<sup>23</sup> BRUHNS, H.T. Conversando sobre o corpo.5.ed.Campinas: Papirus,1994. p.43

<sup>24</sup> RAGO, Margareth. Epistemologia Feminista, gênero e história. Disponível em:

<sup>&</sup>lt; <u>http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia\_feminista.pdf</u> > Acesso em: 26 de abril de 2016.

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I -homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição $^{25}$ .

Dessa forma, a Ditadura Militar no Brasil fora marcado pela militância feminina, resultando na violência sexual intensificada sobre essas mulheres como arma neutralizadora dos atos, tidos como transgressões dessas mulheres na época. Cabe enfatizar, a tortura no período ditatorial fora de praxe para conter os movimentos sociais que buscaram a Democracia, enquanto estavam inseridos em uma Ditadura.

A violência sexual exercida por agentes do Estado, independente de ordem para tanto, constitui tortura por transgredir preceitos inerentes à condição humana, ao afrontar a noção de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, as normativas e as jurisprudências internacionais consideram que a violência sexual representa grave violação dos direitos humanos e integra a categoria de "crimes contra a humanidade", conforme Redação da Comissão Nacional da Verdade<sup>26</sup>.

E ainda, a violência sexual era a principal prática disseminada na época, pelos militares, em face das presas políticas, por consequência da violência hierarquizada contra o gênero feminino, violando toda e qualquer dignidade humana das mulheres que lutaram no contexto ditatorial militar brasileiro.

A violência de gênero, fora inserida na lógica da tortura, e estruturada, conforme hierarquia de gênero e sexualidade, posto que, a violência retratada por sobreviventes do período da Ditadura Militar constitui abuso de poder dos agentes estatais, tornando-se meio de dominação total e de mobilização contra as presas políticas, para perpetrarem a violência em face destas.

À vista disso, destaca-se o relato da sobrevivente Izabel Fávero,

Eu fui muito ofendida, como mulher, porque ser mulher e militante é um karma, a gente além de ser torturada física e psicologicamente, a mulher é vadia, a palavra mesmo era "puta", "menina decente, olha para a sua cara, com essa idade, olha o que tu está fazendo aqui, que educação os teus pais te deram, tu é uma vadia, tu não presta", enfim, eu não me lembro bem se no terceiro, no quarto dia, eu entrei em processo de aborto, eu estava grávida de dois meses, então, eu sangrava muito, eu não tinha como me proteger, eu usava papel higiênico, e já tinha mal cheiro, eu estava suja, e eu acho que, eu acho não eu tenho quase certeza que eu não fui estuprada, porque era constantemente ameaçada, porque eles tinham nojo de mim. E eu lembro que no dia em que nós fomos presos, [...] meu marido dizia, "por favor não façam nada com ela, pode me torturar, mas ela está grávida", e eles riam, debochavam, "isso é história, ela é suja, mas não tem nada a ver", enfim. Em nenhum momento isso foi algum tipo de preocupação, em relação [...].

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art.5°, I.

<sup>26</sup> Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Dezembro de 2014. p. 400.

certamente abortei por conta dos choques que eu tive nos primeiros dias, nos órgãos genitais, nos seios, ponta dos dedos, atrás das orelhas, aquilo provocou, obviamente, um desequilíbrio, eu lembro que eu tinha muita, muita, muita dor no pescoço, quando a gente sofreu choque, a gente joga a cabeça pra trás, aí tinha um momento que eu não sabia mais onde doía, o que doía em todo lado, mas enfim. Certamente foi isso. E eles ficavam muito irritados de me ver suja e sangrando e cheirando mal, enfim. Eu acho que ficavam até com mais raiva, e me machucavam mais ainda. [Izabel Fávero, depoimento à CNV, em 27 de abril de 2013. Arquivo CNV, 00092.000088/2014-91]<sup>27</sup>.

E ainda, os relatórios da Comissão Nacional da Verdade, retratam o comportamento social estabelecido para o gênero feminino, e violência decorrente da desobediência desta postura em um período ditatorial, como o relato de Rose Nogueira sobre a tortura que sofreu na Oban, no período de dezembro de 1969 e janeiro de 1970,

O simples fato, eu acho, de você estar no meio de homens, só homens. Só homens que têm sobre você um olhar, como eu diria? É o olhar que te... Pelo fato de você ser mulher, também você percebe que há talvez, às vezes, uma raiva muito maior, eu não sei se é pela questão de achar "por que uma mulher está fazendo isso? Por que uma moça está fazendo isso?" E é uma forma, talvez, muito de querer te desqualificar de todas as maneiras. Incluive, o mínimo que você ouve é que você é uma "vaca". São as boas-vindas. É a maneira como você é chamado. E isso foi crescendo e eu acho que você se sente exposto e você é exposto, você enfim, se encontra diante deles de uma dupla maneira: você está inteira- mente nas mãos enquanto ser humano e na tua condição feminina você está nu, você está à mercê, não é? Disso tudo. [...] Como os homens também foram, mas talvez, por ser uma mulher, eu acho que isso tem um peso terrível. Pela tua formação, pela formação social, ideológica. Por si já é uma exposição e aumenta ainda mais a tua exposição [...] Normal- mente você é educado e visto para proteger a sua feminilidade para que ela se exponha em outras situações [...] de escolha<sup>28</sup>.

Os relatórios da Comissão Nacional da Verdade, trazem inúmeros relatos de mulheres militantes, que foram torturadas repetidamente e brutalmente, no período da Ditadura Militar sob a ótica da impetuosa violência perpetrada em face da condição feminina, em todas suas instâncias intensificadas, modalidades verbais, físicas e psicológicas, rotulando as mulheres como ''prostitutas'' e, portanto, merecedoras da truculências advindas dos agentes estatais, sendo sanguinariamente violadas sexualmente por completos carniceiros.

Importante frisar, os relatos cedidos pelas mulheres que eram companheiras dos militantes homens, namoradas, noivas ou esposas, constata-se a objetificação de seus corpos, violadas para servirem como meio de humilhar seus companheiros e grupos políticos dos quais pertenciam. Neste aspecto, destaca-se o relato da militante Márcia Basseto Paes, presa e torturada com seu noivo Celso Giovanetti Brambilla no Deops-SP, em abril de 1977, a saber:

Na questão da mulher, a coisa ficava pior porque... quer dizer pior, era pior para todo mundo, não tinha melhor para ninguém, né? Mas [...] existia uma intenção da humi-

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Dezembro de 2014. p. 404.

lhação enquanto mulher. Então, o choque na vagina, no ânus, nos mamilos, alicate no mamilo, então... eram as coisas que eles faziam. Muitas vezes, eu fui torturada junto com Celso Brambilla porque a gente sustentou a questão de ser noivo. Eles usaram, obviamen- te, essa situação, esse vínculo, suposto vínculo, além da militância, que seria um vínculo afetivo também, para tortura. Muitas vezes, eu fui amarrada com o rosto na genitália do Celso, e dado choque, enfim... fios amarrados em nós, para que levássemos choque no pau de arara [...] Uma das coisas mais humilhantes, além dessas de choques na vagina, no ânus, no seio, foi que eu fui colocada em cima de uma mesa e fui obrigada a dançar para alguns policiais, nua. Enquanto isso, eles me davam choque. [...] Celso estava sendo torturado ao lado, também com choque elétrico, me vendo nessa situação<sup>29</sup>.

E ainda, Maria Amélia de Almeida Teles, teve seus filhos raptados após ser detida com o seu marido, conforme relata,

Tive os meus filhos sequestrados e levados para sala de tortura, na Operação Bandeirante. A Janaina com cinco anos e o Edson, com quatro anos de idade. [...] Inclusive, eu sofri uma violência, ou várias violências sexuais. Toda nossa tortura era feita [com] as mulheres nuas. Os homens também. Os homens também ficavam nus, com vários homens dentro da sala, levando choques pelo corpo todo. Inclusive na vagina, no ânus, nos mamilos, nos ouvidos. E os meus filhos me viram dessa forma. Eu urinada, com fezes. Enfim, o meu filho chegou para mim e disse: "Mãe, por que você ficou azul e o pai ficou verde?". O pai estava saindo do estado de coma e eu estava azul de tanto... Aí que eu me dei conta: de tantos hematomas no corpo.<sup>30</sup>

Há de se destacar que a violência física manifesta-se também, pela opressão e tirania, sendo entendida como uso arbitrário e empoderamento da força física e verbal como poder pessoal, seja coletivo ou institucional, possui a finalidade de violar a dignidade humana em todas seus limites e instâncias, objetivando danos físicos, psíquicos e morais.

E ainda, conforme expressa Foucault, é sempre do corpo que se trata no sistema punitivo, do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão<sup>31</sup>. E ainda, ao ser exercida essa dominação sobre suas vítimas, tende a impossibilitar qualquer reação que não possa ser contida abruptamente, em instância pessoal, política-social e contexto cultural em que fora vivenciada. A tortura advinda de ordem estatal ou não, entrelaça-se de modo indissociável com a incidência de violar a dignidade da pessoa humana, conceito que encontra-se tanto no corpo físico quando no campo psicológico, sem descartar sua incidência nas relações afetivas, sociais, e em seu âmago mais íntimo da individualidade humana.

#### CONCLUSÃO

<sup>29</sup> Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Dezembro de 2014. p. 407.

<sup>30</sup> Ibid., p.410.

<sup>31</sup> FOUCAULT. Michel. Vigiar e Punir. Nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: vozes, 2003. p. 22.

O período ditatorial brasileiro perdurou entre os anos de 1964 - 1985, e fora marcado por inúmeros crimes e atos atentarórios aos direitos humanos, à dignidade humana, principalmente pela tirania dos agentes estatais na realização das torturas em face de todos os presos políticos.

Entretanto, ressalta-se que é de suma importância abordar a violência contra o gênero feminino reconhecendo seu caráter específico, sendo cometidas atrocidades e tiranias para neutralização das combatentes contra a Ditadura, não apenas por serem oposição ao regime importo, mas pela condição de serem mulheres e desobedecerem regras, padrões e comportamentos sociais pré-estabelecidos na sociedade, sendo objetificadas em sua condição de pertencer ao gênero feminino e idealizadas para a obrigação de cumprirem normas sociais determinadas por uma sociedade machista, patriarcal e sexista.

Durante todo o período de torturas em face das presas políticas, conforme retratado nos Relatórios da Comissão Nacional da Verdade, as mulheres foram coagidas brutalmente de diversas formas, humilhadas, torturadas e violentadas sexualmente para serem lembradas que não estavam obedecendo o comportamento social ditado pela sociedade patriarcal, que eram mulheres desobedientes, e portanto, não deveriam participar da política, quiçá serem militantes antagonistas pelas Esquerda brasileira.

Este artigo retrata a memória política dessas mulheres, que foram vítimas de torturadores, golpistas e algozes das piores espécies. Portanto, a militância dessas mulheres não versou apenas no antogonismo político em busca de um Estado Democrático de Direito, através da impugnação do regime militar imposto. Fundamentou-se, também, no combate em face do sistema político vigente na época, do machismo, do patriarcalismo e sexismo.

Portanto, diante da violência generalizada perpetrada pelo Estado e seus agentes, hierarquizada em face do gênero feminino, através de torturas e penas das piores espécies, já dizia Elis Regina, em sua canção ''como nossos pais": Eu sinto tudo na ferida viva do meu coração'' <sup>32</sup>essas mulheres não serão esquecidas.

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo: Antissimetismo, Imperialismo, Totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras. 2012. p. 438-440.

<sup>32</sup> REGINA, Elis. Como Nossos Pais. Falso Brilhante. 1976.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art.5°, I.

BRUHNS, H.T. Conversando sobre o corpo.5.ed.Campinas: Papirus,1994. p.43

BUTLER, Judith P. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.p.58.

BONFIM, Cláudia.Gênero, Identidade de Gênero e Orientação Sexual. Disponível em: <a href="http://educacaoesexualidadeprofclaudiabonfim.blogspot.com.br/2009/07/genero-identidade-de-genero-e.html">http://educacaoesexualidadeprofclaudiabonfim.blogspot.com.br/2009/07/genero-identidade-de-genero-e.html</a> Acesso em: 26 de abril de 2016.

CHAGAS, Carlos. A Ditadura Militar e os golpes dentro do Golpe 1964 – 1969. 1ª Ed., Rio de janeiro: Record, 2014. p. 29-39.

Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Dezembro de 2014.

REGINA, Elis. Como Nossos Pais. Falso Brilhante. 1976.

FOUCAULT. Michel. Vigiar e Punir. Nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: vozes, 2003. p. 22.

Fugêncio Batista e o golpe em Cuba. Disponível em:

<a href="http://redes.moderna.com.br/2012/04/05/fulgenio-batista-e-o-golpe-em-cuba/">http://redes.moderna.com.br/2012/04/05/fulgenio-batista-e-o-golpe-em-cuba/</a> Acesso em 20 de abril de 2016.

MORAES, Dênis de. A esquerda e o golpe de 64. 3ªed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p.27-28.

RAGO, Margareth. Epistemologia Feminista, gênero e história. Disponível em: <a href="http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia\_feminista.pdf">http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia\_feminista.pdf</a> Acesso em: 26 de abril de 2016.

SCOTT, Joan Wallach. "Gênero: uma categoria útil de análise histórica". Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, p. 14.

## ANÁLISE HISTÓRICA DOS MODELOS PUNITIVOS

Irineu de ALMEIDA JUNIOR<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

O presente trabalhou buscou realizar uma análise histórica acerca dos modos existentes de aplicação das penas nos vários períodos da história humana, até os revolucionários das políticas criminais como Beccaria, Howard e Bentham. Ao estudo do período compreendido como Antiguidade verifica-se a existência de quatro formas de aplicação do ius puniendi, sendo elas a da vingança privada, da proporcionalidade trazida pela Lei de Talião, a fase do sistema composicional e por último quando o Estado chama para si o poder de julgar e executar a pena, portanto observa-se que neste período a prisão funcionava com custódias dos detentos esperando o cumprimento da pena principal. Na Idade Média mesmo sendo um período que teve grande aplicação de sanções de naturezas corporais que na sua execução eram verdadeiros shows de horrores, pode-se verificar uma principio de humanização da pena trazida pelas prisões eclesiásticas que trazia a ideia de uma sanção pena enquanto a regra neste período era pena de custódia. Com fim da Idade Média e inicio da Idade Moderna verifica-se o grande aumento de crimes, principalmente o de mendicância, roubo e furto, isto em decorrência da grande pobreza que assolava a Europa neste período, tendo que repensar a politica criminal aplicada, pois a pena de morte já não surtia efeito, e criaram ao exemplo as workhouses, todavia a pena de morte era usada indiscriminadamente nos demais crimes, sendo assim, alguns pensadores deste período trouxeram ideias inovadoras acerca da politica criminas e que veio a eclodido na revolução trazida pelo o iluminismo.

PALAVRAS-CHAVE: ius puniendi; penas; prisão custódia; prisão pena; humanização.

#### **ABSTRACT**

Este trabajo intenta hacer un análisis histórico sobre los modos existentes de aplicación de las penas en los distintos períodos de la historia humana, a los revolucionarios de las políticas criminales como Beccaria, Howard y Bentham. El período de estudio como la antigüedad no es la existencia de cuatro formas de aplicación del ius puniendi, siendo éstas la venganza privada, proporcionalidad presentada por la Ley del Talión, la fase del sistema de composición y, finalmente, cuando las llamadas de estado para usted el poder de juzgar y ejecutar la sentencia, por lo que se observa que en este periodo la prisión trabajó con la custodia de los presos que esperan el cumplimiento de la pena principal. En la Edad Media, a pesar de un período que tuvo gran aplicación de naturaleza corporal de las sanciones en aplicación eran ciertos espectáculos de horror, se puede comprobar un principio de humanización de la sentencia presentada por las prisiones eclesiásticas que trajeron la idea de una pena de la pena regla en este período fue la pena custodia. A finales de la Edad Media y Edad Moderna no es el gran aumento de la delincuencia, especialmente la mendicidad, el robo y hurto, que debido a la gran pobreza que afectó a Europa en este período, tener que reconsiderar la política penal aplicada porque la pena de muerte ya no era eficaz, y creó el ejemplo las casas de trabajo, pero la pena de muerte se utiliza de manera indiscriminada en

Discente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica Toledo (PICT). Membro do grupo de pesquisa com tema Direitos Humanos, Cosmopolitismo e Internomatividade. E-mail: Irineu.almeida.jr@hotmail.com. Pesquisa principalmente nos seguintes temas: principio da presunção da inocência, sistema prisional, ressocialização, extinção da punibilidade e ius puniendi.

otros delitos, por lo tanto, algunos pensadores de esta época trajeron ideas innovadoras sobre la política criminas y llegaron a sombreada en la revolución trajo por la Ilustración.

**KEY-WORDS:** ius puniendi; sanción; custodia de la prisión; pena de prisión; humanización.

## **INTRODUÇÃO**

A análise histórica consiste na pesquisa de dados acerca de um determinado período levantando suas principais características e fatos ocorridos, é de grande relevância o seu estudo para entender como era o objeto analisado e como este se comporta hodiernamente, servindo para não chegar a conclusões erronias que já foram tentadas no passado e não surtiram efeitos.

Para tanto se analisou a evolução do direito de punir em quatro períodos, sendo o primeiro o período o da Antiguidade, seguido pela a Idade Média, posteriormente a Idade Moderna e por último a fase dos Reformadores que tem como marco o início do Iluminismo.

Observou-se o uso indiscriminado da política das punições corpóreas em todos estes períodos onde quem sofria a punição era o corpo através dos suplícios. Todavia, a pena foi se humanizando aos poucos com passar dos séculos chegando ao finalzinho do Século XVIII com pensadores que tinham uma visão humana das politicas criminais, ao exemplo Beccaria, Howard e Bentham. Conforme Foucault que dizia que quando a pena deixar de afligir unicamente o corpo do condenado e passa a atingir a alma deste e que chegará a uma pena restauradora, e foram isto que estes pensadores buscaram uma reforma da politica criminal que até então existia.

Buscou levantar alguns modelos punitivos existente na evolução da história da humanidade, para que não incorresse novamente neste erros ocorrendo um retrocesso.

O presente trabalho será composto por quatro partes. A primeira parte realizou uma análise do modelo punitivo na Antiguidade, e as formas utilizadas como modelos punitivos. Na segunda parte estudou a Idade Média os avanços e o primórdio da humanização das penas. Em uma terceira etapa verificou no período da Idade Moderna as causa e razão para uma mudança da politicas criminal que ocorreu neste período. E por último verificou as razões de pela busca de uma reforma no modelo punitivo, e levantando as principais ideias de alguns de seus reformadores.

# A EVOLUÇÃO DO IUS PUNIENDI

Saber a origem da pena, da primeira sanção aplicada o ponto inicial do processo evolutivo é quase que impossível, pois não ocorreu um avanço linear do direito de punir, foi um avanço sinuoso como uma montanha russa constituídas de avanços e retrocessos o que dificulta estabelecer um marco iniciar da evolução histórica do ius puniendi.

Conforme alguns doutrinadores cristãos ao exemplo de Rogério Greco (2013, p.472) diz que "a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer o fruto proibido, fez também com que Adão comesse", e em razão desta conduta Deus aplicou várias sanções e dentre elas a expulsão do jardim do Éden, a qual pode ser considerada como a primeira sanção aplicada à humanidade.

Por conseguinte, buscando estabelecer uma divisão histórica a doutrina conforme Bitencourt (2011) não entrou em um consenso acerca da evolução do ius puniendi, existindo diversas divisões. Alguns doutrinadores dividem em estágio ou momentos históricos, por sua vez, entende-se melhor a divisão feita por Garrido Guzman apud Bitencourt (2011, p.27) o qual utiliza-se das "idades tradicionais da história universal – Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna -, acrescentando, ao final, os reformadores (Baccaria, Howard e Bentham)". Tal divisão facilita a visualização da evolução do direito de punir de uma forma mais sistematizada, sendo mais ou menos, intrinsicamente ligada a divisão clássica realiza pelos historiados para o estudo da humanidade.

#### DIREITO DE PUNIR NA ANTIGUIDADE

No primórdio da humanidade com o surgimento dos primeiros grupos sociais, conforme observa Beccaria (2013, p.22) o ser humano

cansado de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigado de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança.

Desta forma, fez por necessário estabelecer certas regras para o convívio pacífico, através da imposição de penas para aqueles que a violassem, tendo em vista reestabelecer novamente a ordem, a paz. Neste período pode-se dividir em quatro principais formas de aplicação do direito de punir, sendo a primeira a fase da vingança privada, em um segundo momento a proporcionalidade trazida pela Lei de Talião, conseguintemente surge fase de composição e em um último e quarto momento ocorre o surgimento do Estado, o qual chama a responsabilidade para si não apenas de solucionar a lida, mas agora como executor da pena

imposta.

Na primeira forma de aplicar o direito de punir, denominada de vingança privada, constituía a vingança feita com as próprias mãos, ou seja, caso alguém violasse um direito surgia em contra partida um direito por parte do ofendido ou do grupo em que vivia de aplicar uma sanção, as quais conforme observa Ney Moura Tele (2004, p.55) "não guardavam a devida proporção com o delito que visavam responde", chegando alguns doutrinadores a chamar de vingança de sangue. A pena era imposta "não somente por aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que se encontrava inserido" (GRECO, 2016, p.84). Conforme a sociedade primitiva foi evoluindo, foram surgindo diversas crenças religiosas, deste modo à aplicação da pena passou a ter natureza divina, onde na maioria das vezes os sacerdotes eram magistrados, aplicadores das leis divinas as quais não guardavam certa proporcionalidade entre os meios e os fins.

Neste primeiro período observa-se que a imposição da pena tinha uma função reparatória, entretanto esta não guarda uma proporcionalidade na sua aplicação. As penas eram muitas vezes transcendentes, sendo esta uma das principais razões em que se buscou estabelecer uma certa ponderação.

Surge em um momento posterior uma segunda forma de aplicação da pena respeitando a proporcionalidade ainda que de forma incipiente, ao qual remete as Leis de Talião que aplicava as penas conforme a máxima "olho por olho, dente por dente", a qual segundo Rogério Greco (2016) traduzia um conceito de justiça ligado a vingança privada, nas lições de Maria José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella a (2008, p.116)

Duração milênios o castigo dos atos criminais se levava a cabo mediante a vingança privada. A intervenção da coletividade se dava somemente para aplacar a cólera de um deus que se supunha ofendido. Se produzia uma identificação delito-pecado, ideia que informará durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal. Nesta evolução o talião supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente.

Por conseguinte, em um terceiro momento, em uma evolução da aplicação da Lei de Talião observa-se um surgimento do sistema composicional, que consiste em uma reparação a vítima ou a família da vítima por parte do ofensor, conforme leis estabelecidas ou regras consuetudinárias. Conforme exemplo de Cleber Masson (2014, p.57) dispunha a norma das Leis Mosaicas: "Se um homem furtar um boi ou um carneiro, e o matar ou vender, pagará cinco bois pelo boi e quatro carneiros pelo carneiro". Então pode-se dizer que a vingança privada encontrou uma limitação na Lei de Talião e na composição.

Em um quarto momento na antiguidade, o Estado chama para si o ius puniendi, sendo assim, a partir deste momento o Estado além de julgar as lides passa a aplicar as sanções, ou seja, começa a exercitar o poder jurisdicional, que é a possibilidade de um Estado dizer o direito aplicado ao caso concreto e de executar a pena imposta através de uma sanção. Todavia, neste período observa-se que as sanções eram predominantes corpóreas, sendo a prisão compreendida em regra como um depósito onde ficavam aquelas pessoas detidas a espera da execução da pena principal, podendo encontrar vestígios deste modelo conforme Bitencourt (2011) nas civilizações mais antigas ao exemplo Egito, na Pérsia, Babilônia e na Grécia. Passa-se o análise de alguns civilizações antigas

#### Grécia

Na Grécia antiga, entre os gregos, existia uma distinção entre os crimes públicos e os delitos privados, sendo que na segunda distinção a responsabilidade era individual, e conforme aponta alguns doutrinadores pode-se dizer que este é o marco inicial da construção do principio da intranscendência da pena, o qual é um dos princípios atinentes ao Direito Penal. Nas palas de Bitencourt

Platão, propunha, no livro nono de As leis, o estabelecimento de três tipos de prisão: uma na praça do mercado, que servia de custódia; outra, denominada sofonisterium, situada dentro da cidade, que servia de correção, e uma terceira destinada ao suplício, que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade.

Platão fazia uma divisão da privação da liberdade como pena e como custódia, para sua época pode-se considerar uma visão futurista principalmente no tocante a concepção prisão pena que busca a correção, por sua vez, apenas a prisão custódia que fora amplamente utilizada da Idade Antiga.

Foi instituída na Grécia a prisão do devedor, que seria hodiernamente a prisão do depositário infiel, sendo em um primeiro momento o devedor fica a disposição do credor, como seu escravo, em um segundo momento que era praticada de forma privada foi praticada de forma pública, como uma medida coercitiva para que este quitasse a dívida.

#### Direito romano

Os romanos conforme Carrara apud Bitencourt (2011) foram "gigante no Direito Civil e pigmeus no Direito Penal". No dizeres de Ney Moura Teles (2004, p.56)

em Roma, desde a formação, o crime e a pena, predominantemente, têm um caráter público, pois que se entendia o crime como atentado à ordem estabelecida, e a pena era a resposta estatal, existente, também, as penas privadas primitivas, executadas pelo pater famílias, que aplicava o talião e a composição.

As prisões apenas tinha função de depósito, de custódia, onde aguardam a execução de suas penas imposta as quais eram aflitivas. Em Roma no período da republica foram diminuídos os crimes privados, ou seja, a vingança priva foi diminuindo, sendo que o Estado assume um papel jurisdicional, e buscou diminuir os crimes cominados com pena de morte, deixando apenas a alguns crimes.

Ataliba Nogueira (1938, p.19-20), ao analisar o Direito Penal romana doutrina,

nas suas várias épocas, as seguintes penas: morte simples (pela mão do lictor para o cidadão romano e pela carrasco para o escravo), mutilações, esquartejamento, enterramento (para os Vestais), suplícios combinados com jogos do circo, com os trabalhos forçados: ad molem, ad metallum, nas minas, nas lataniae, laturnae, lapicidinae (imensas e profundas pedreiras, destinadas principalmente aos prisioneiros de guerra). Havia também a perda do direito de cidade, a infâmia, o exílio (a interdictio aqua et igni tornava impossível a vida do condenado). Os cidadãos de classes inferiores e, em particular, os escravos, eram submetidos à tortura e a toda a sorte de castigos corporais.

Também como na Grécia em Roma ocorria à prisão por dívida. Dentro das principais características do Direito Penal romano destacada por Luiz Regis Prado (2014) as quais podem ser encontra até nos dias atuais, no Direito Penal contemporâneo evidencia-se "a afirmação do caráter público e social do Direito Penal; o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de seus excludentes; o elemento subjetivo claramente diferenciado", e também considerações acerca do concurso de agentes.

Por mais que alguns doutrinadores como Carrara, dizem que o direito romano não teve grande influência no Direito Penal moderno, pode-se dizer que tal premissa não é no todo verdadeiro frente às características trazidas por Luiz Regis Prado acerca do Direito Penal romano. Constata-se que o direito romano contribuiu para o Direito Penal, porem não com a mesma maestria a qual contribuiu para o Direito Civil.

## Direito germânico

Era um direito basicamente consuetudinário, porem já existia também uma distinção entre os direitos públicos e os privados, sendo no primeiro ocorria a perda da paz pública, sendo assim qualquer pessoa poderia matar que a tivesse perdido, e o segundo ocorria através da aplicação da pena de vingança ou da composição.

Nos dizeres de Luiz Regis Prado (2014, p.80)

Caracterizou-se por um sistema de composição peculiar e cabalmente delineado, que se converteu na base de todo o seu ordenamento punitivo. A composição judicial distinguia três espécies principais: a) Wergeld – composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária; b) Busse – soma (preço) que o delinquente pagava à vítima ou à sua fam´lia, pela compra do direito de vingança; e c) Friedgeld ou Fredus – pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz

Uma das características do direito germânico era também a sua objetividade, ou seja, não analisava o elemento subjetivo do agente. Não tinha a diferença se o fato foi produzido mediante dolo ou culpa, bastava que a conduta atentasse contra uma norma estabelecida para estar configurada a infração. O direito germânico não havia as prisões penas, pois as penas eram geralmente capitais e corpóreas.

Na Roma e na Grécia, grande gigantes na idade antiga, não conheceram a pena privativa de liberdade com a prisão pena, apenas conhecia a prisão custódia, que conforme alguns doutrinadores dizem serviam de depósito onde ficavam aglomerados os presos esperando a execução de sua pena, as quais eram aflitivas sempre caracterizadas pelo suplício ou de pena de morte. Com a queda do Império romano, e a invasão da Europa pelos povos bárbaros, segundo historiados mais precisamente no ano de 476, inicia-se outro período da história humana o da Idade Média.

## PERÍODO DA IDADE MÉDIA

A Idade Média, conhecida também como o período medieval ou conforme alguns historiadores como idade das trevas. Ressalva-se que o último termo empegado não constitui o melhor, pois havia um entendimento dentro os historiadores que não ocorreu nenhuma evolução quanto ao período antecedente, decorrente a supressão de pensamentos imposta pela religião. Mas tal assertiva não é correta, pois pode-se verificar evoluções que ocorreram neste período tanto na história humana quanto na politica punitiva.

Foi um período onde ocorreu grande influência da Igreja que na época era basicamente o catolicismo que se colocou como a principal religião sendo considerada de caráter universal. Neste período de acordo com Tele (2004) ocorreu a junção do direito romano, germânico e canônico.

Os sancionados ficavam submetidos aos governantes, que analisava o réu conforme o grupo social em que pertencia, podendo ser as penas impostas substituídas por prestação em metais ou espécies, isso nos crimes considerados mais brando, e apenas em último caso nos

crimes mais graves seria submetido à prisão para execução da pena principal, isto nos casos mais graves. É neste período que surgem as prisões de Estado e prisões eclesiásticas, conforme Bitencourt (2011).

A prisão de Estado era reservada a aqueles que atentassem contra o poder do soberano, do rei, através da traição ou reservado a adversários políticos. Havia duas modalidades a prisão custodia onde ficavam os réus esperando a execução da sua pena principal (mutilação, atenazamento, patíbulo, morte, entre outras), e a prisão com detenção temporal ou perpétua, podendo receber o perdão em certos casos.

A prisão eclesiástica era destina aos sacerdotes ou religiosos – aqui entendido como exemplos os freis – que infringiam as normas eclesiásticas, e tinha com fundamento a caridade, redenção e fraternidade. As punições ocorriam através da imposição de penitências² e orações, para que se arrependesse da conduta praticada. Este modelo de prisão foi um grande avança na evolução história do direito de punir que teve sua humanização, por sua vez, não se compara com as prisões de atualmente.

Porem esta era uma exceção à regra, pois apenas seriam presas em prisão de Estado e a prisão eclesiástica pessoas que gozassem de certa prerrogativa ao exemplo dos nobres, sendo assim, para a maioria das pessoas as penas eram corpórea ou de morte e ficavam submetidas à custódia em "lugares fétidos, em masmorras, sem alimentação adequada, privados, muitas vezes, do sol e do próprio ar", (GRECO, 2016, p.100).

Vigorava neste período também o direito das ordálias, que constituía um modelo de obtenção de prova, onde o acusado era torturado para que confessasse a prática da infração, caso resistisse ou não sofresse algum dano era prova de que Deus não o abandonou e como consequência era considerado inocente, tal modelo de obtenção de prova, através da confissão gerava grandes erros judiciais, onde inocentes eram considerados culpados.

Com a invasão de Constantinopla pelos turcos otomanos no ano de 1453, ocorre o termino deste período e inicia-se outro chamado de Idade Moderna conforme historiadores, o qual teve uma grande mudança da politica criminal.

## PERÍODO DA IDADE MODERNA

Este período teve como um dos grandes problemas que aconteceu em toda a Europa,

A palavra penitenciária tem origem etimológica na palavra penitência, a qual significa que através de sua imposição ocorrerá o arrependimento dos pecados, sendo assim, penitenciária é o local onde ocorre o arrependimento da conduta praticada.

que foi o grande aumento da criminalidade principalmente no final do século XVII até meado do século XVII. Os criminosos agora não erram mais só os hereges, mas sim os grandes números de mendigos e vagabundos que furtavam e roubavam, é neste contexto que surge um movimento para criação de unidades prisionais que buscassem corrigir aqueles delinquentes.

A Inglaterra no início do Século XVI também se viu assolada pelo aumento da pratica de furto, roubos e da mendicância, consequentemente a imposição de penas até então existentes não estavam surtindo efeito, então tiveram que repensar em novas politicas criminais, pois a pena de morte já não cotia o aumento de delinquentes. Destarte, surgiriam casas de correção que a pedido de alguns clérigos, preocupado com a situação conforme palavras de Bitencourt (2011, p.38) "em Londres, o Rei lhes autorizou a utilização do Castelo de Bridwell para que nele se recolhessem os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores".

Tinha como finalidade a prevenção geral, ou seja, buscava desestimular a pratica do delito mediante a sanção imposta, que propunha transformar o delinquente através do trabalho e uma rígida disciplina, e fazer que ele possa aprender uma atividade laborativa para se sustentar. Pelo êxito alcançado do modele de correção foram realizados em vários lugares da Inglaterra recebendo o nome de houses of correction (casa de correção) ou de bridwells.

Também surgiram na Inglaterra no Século XVII as workhouses (casas de trabalho), que nos dizeres de Bitencourt (2011, p.39)

o desenvolvimento e o auge das casas de trabalho terminam por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao menos em suas origens, ente a prisão e a utilização da mão de obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura;

Os detentos constituíam uma mão de obra, chegando alguns dizerem que constituíam grandes fabricas deixando a correção como um segundo plano.

Foi neste período que surgiu também a pena de galés, considerada uma das mais cruéis aplicadas neste período, onde os condenados ficavam submetidos a trabalharem nos navios militares. Braga (acessado em 01 mai. 2016) descreve como uma embarcação que era "muito esguia, com cerca de 20 a 50 metro por cinco de largura, dotada de dois castelo, uma à popa outro à proa, a galé era movida a remos, em geral uns 30 a 60 (metade em cada bordo)". Os remadores eram geralmente condenados por penas grave ou prisioneiros decorrentes de guerra e estes também eram escravos, eram acorrentados e levavam chicotadas para não pararem de remarem.

Pode destacar Felippo Franci como um dos primeiros defensores da

proporcionalidade da pena de acordo com Bitencourt (2011), o qual, pois em prática as ideias de Hipolito Fancini, no Hospício de San Felipe Neri localizado em Florença na Itália no século XVII. O regime disciplinar era o celular estrito, o qual consistia em um regime extremamente rigoroso, sendo o detento isolado do mundo afora e dos demais detentos, era uma cela para cada infrator e dentro de cada cela havia uma espécie de jardim para que este ali pudesse cultivar algo, não via de regra nenhum tipo de visita, e nos momentos coletivos onde reuniam os demais detentos eram lhe coberto a cabeça com um capuz. Pode-se considera como um antecedente do regime celular que viria a surgir no século XIX na Filadélfia.

Não há de se negar que foi neste período que começou a transição da prisão custódia para prisão pena, porem não buscava-se a transformação dos delinquentes como queriam seus idealizadores. As prisões neste período ao exemplo da Inglaterra as workhouses (casas de trabalho) foram implantadas com estes ideais reformadores, por sua vez, na realidade conforme analisa Bitencourt (2011, p 44) "pela necessidade que existia de possuir um instrumento que permitisse não tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalismo)". Constituía um mecanismo de opressão já que o número delinquentes relacionados a mendicância, roubo e furto eram grande por causa da pobreza que os assolavam, a prisão pena tinha na verdade a função de prevenção geral a forçar as pessoas a se submeteram as fabricas onde o serviço eram puxado e degradante, ou ao exemplo se dedicassem a mendicância seriam detido e levado a workhouses onde seria submetido a uma diciplina mais rígida do que aquelas impostas pelas fabricas e indústria neste período. Observa-se que a pena estava vinculada "a necessidade de ordem econômica, que inclui a dominação da burguesia sobre o proletariado." (BITENCOURT, 2011, p.51).

Porem, usualmente nos crimes considerados mais graves era corpo do condenado que sofria a sanção penal, sendo realizados de forma teatral para que todos pudessem assistir, tinha a finalidade principal de repressão penal. A história relata as inúmeras atrocidades que eram realizadas, dentro Michel Foucault (2012, p.9) expõe sobre a execução de Damiens que fora condenado em 2 de março de 1757,

a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das penas parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinza, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette

d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam efeitos à tração de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para retalhar lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetiam; 'Meus Deus, tende piedade de mim; Jesus socorrei-me.

Observa-se com este relato que embora o modo de imposições das penas tenha evoluído desde Antiguidade até, basicamente no início do período do iluminismo no século XVIII, as penas continuavam sendo aflitivas e de morte, buscando de modo geral punir o corpo do infrator, fazendo com que aqueles que assistissem a aquele show de hores repugnassem ao pensar em violar a lei.

Muitos países neste período, anterior ao iluminismo adotavam o regime político do Absolutista, onde as leis eram criadas pelo rei, e toda violação que viera acontecer eram uma conduta que atentava contra a vontade do rei, sendo utilizado dos suplícios que serviam de forma de reparação do prejuízo que foi trazido ao reino.

#### REFORMADORES DO DIREITO DE PUNIR

Com inicio do Século das luzes o raciocínio da pena como suplicio tornou-se intolerável, surge pensadores que buscavam uma reforma penal, dentre eles destacam-se Beccaria, Duparty ou Lacretelle, Duport, Pastoret, Target, Bergasse, defendiam que os castigos devem ter a humanização como medida. Segundo Foucault (2012, p.84) "a reforma penal nasceu no ponto de junção entre a luta contra o superpoder do soberano e a luta contra o infrapoder das ilegalidades conquistadas e toleradas". Considerava agora como vitima da conduta reprovada à própria sociedade, isto decorrente da teoria geral do contrato de John Locke, os cidadãos concordam e aceitam as regras e punições a todos impostas e sendo violada esta lei, este romperá o pacto social firmado, por sua vez, é considerado inimigo da sociedade inteira e não mais atentava contra o rei.

No fim do século XVIII, encontram-se três maneiras de organizar o ius puniendi. A primeira se apoiava no direito monárquico, e era a que estava funcionando. As outras se referem, ambas, a uma concepção preventiva, onde o direito de punir pertenceria à sociedade inteira. O direito monárquico, as punições era uma cerimonia de soberania, por sua vez, para os reformadores a punição é um processo para requalificar os indivíduos como sujeitos de direito.

Ao termino do século XVIII e inicio do século XIX ocorre implantação da pena na

forma de detenção, Foucault (2012, p.217) diserta que em decorrência destes dois séculos "uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos seus membros e igualmente representada". Impondo a pena privativa de liberdade como o principal modo de punir, pois é um castigo igualitário tendo a mesma perda para todos, ou seja, perda da liberdade de ir e vir e ficar.

Este período teve grandes pensadores responsáveis pela mudança da politica criminal, conforme Foucault buscar uma pena que não infringisse o corpo mais sim a alma, podendo destacar dentre os grandes contribuidores desta evolução Cessare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham, os quais analisa-se suas principais pensamentos.

#### **Cesare Beccaria**

Conforme Bitencourt (2011, p.52) o nome de Baccaria era "Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, nascido em Milão em 15 de março de 1738". Em 1764 publicou um livro considerado revolucionado para sua época, chamado Dos delitos e das penas, que demostrava a sua indignação com o modo de aplicação das penas.

Consegue extrair do pensamento de Beccaria conforme as lições de Rogerio Greco

embora tivéssemos, ainda, o nosso direito de liberdade, esse mesmo direito cederia caso não cumpríssemos com as clausulas constantes do pacto, necessárias a manutenção da própria sociedade, onde o infrator encontrava-se inserido. No entanto, esse pacto social deveria observar os direitos inatos e inalienáveis de todo cidadão concentrados, principalmente, em sua dignidade como ser humano.

Também foi responsável em sua obra pela construção de vários princípios podendo citar o principio da taxatividade da lei penal, e atribuição do brocardo nullum crimen nulla poena sine lege certa, o principio da proporcionalidade da pena, dentre outros considerados inovadores para a época. Pode-se extrair dos ensinamentos de Beccaria nos dizeres de Roberto Lyra (1955, p.89) que "visava-se, sobretudo, combater a promiscuidade e proporcionar trabalho, instrução, higiene, saúde e conforto moral aos encarcerados."

Nos dizeres de Beccarias (2013, p.30) "como as leis e os costumes de um povo estão sempre atrasados vários séculos em relação às luzes atuais, conservamos ainda a barbárie e as ideias ferozes dos caçados do Norte". Sendo assim observa-se mesmo que os pensamentos sejam construções de mais de 200 (duzentos) anos, estes são atuais, observa-se que os governantes têm as mesmas atitudes voltadas à criação de tipos incriminadores e olhos voltados para punição.

#### John Howard

Conforme Rogério Greco (2016, p.114) "John Howard nasceu em Clapton, Hackney, nos arredores de Londres, no ano de 1726". De forma resumida Howard teve uma educação religiosa baseada nos precisos calvinistas, foi nomeado sheriff em 1773 e uma de suas funções era de visitas os estabelecimentos carcerários que eram lugares fétidos, e esta experiência fez com que este tivesse uma visão das condições daqueles que ali se encontravam de forma desumanas.

Os carneireiros não recebia nenhum tipo de remuneração dos cofres públicos nestes estabelecimentos e sim dos próprios detentos que teriam que acertar as costas pagando certa quantia ao carcereiro, e Howard verificou que isto gerava um ainda mais desfavorável, conforme observa Rogério Greco (2016, p.115) "propôs que os carcereiros deviam ser pagos pelo próprio Estado, ou seja, pela própria administração publica da prisão e não pelos presos," pois isto gerava grande arbitrariedade.

Howard foi um grande humanitário que lutou pela aplicação de penas como uma forma que não agredisse os demais direito inerente ao ser humano e propunha uma base de cumprimento da pena, devendo respeitar: "1) higiene e alimentação; 2) disciplina distinta para presos provisórios e os condenados; 3) educação moral e religiosa; 4) trabalho; 5) sistema celular mais brando". (GRECO, 2016, p.116).

Observa-se que ao decorrer da história tais ideal deixados por Howard foram introduzidos nos estabelecimentos carcerários na Europa como em outros continentes, e seus ideias ainda hoje como servem de um norte em busca da humanização das penas.

## **Jeremy Bentham**

Conforme Betancourt (2011, p 64) Bentham "nasceu em 1748, morreu em 1832. De personalidade excêntrica, foi escritor muito prolífico".

Com a mudança de pensamento no final do Século XVIII no que tange à aplicação de pena privativa de liberdade, que até então apenas era entendida via de regra como prisão cautelar. Também encontrava-se grande problema em relação ao local onde seriam colocados os condenados, já que, os lugares que existiam eram insalubres, tendo como grande crítico a essas verdadeiras masmorra, o pensador iluminista Bentham.

Benthan fazia grande crítica ao direito natural e ao que se pressupunha ser um

contrato social. Para ele o cidadão não devia obedecer ao Estado, por causa do contrato social, mas sim porque a obediência contribuía para a felicidade geral. (GRECO, 2016, 117-121).

Critico da teoria natural dizia ter ela uma visão individualista, e não o adotava, mas sim a teoria unitarista sendo assim conforme Rogério Greco (2016, p.119) "para Bentham, o individuo somente possuía direitos na medida em que conduzisse seus comportamentos para o bem da sociedade com um todo".

Também contribui-o de forma majestosa para mudança arquitetônica das unidade prisionais, em vez em que desenvolveu o panóptico, que seria edificado ao cumprimento da pena, o qual até os dias de hoje tem influenciado alguns sistema arquitetônicos prisionais, ao exemplos do Estados Unidos da América.

## **CONCLUSÃO**

Ante todo o exposto, o presente trabalho propôs através de uma análise evolutiva do direito de punir até o inicio da humanização da pena.

Assim, após realizar uma análise do modelo punitivo na antiguidade a qual pode-se dividir em quatro fases a primeira a fase da vingança privada, em segundo momento a proporcionalidade trazida pela Lei de Talião, conseguintemente surge fase de composição e em um último e quarto momento ocorre o surgimento do Estado, o qual chama a responsabilidade para si não apenas de solucionar a lida, mas agora como executor da pena imposta. Umas grande contribuições que podem serem retidas deste período é o desenvolvimento do principio da intranscendência da pena na Grécia e em Roma o percussor do estudo acerca dos o elementos subjetivos claramente diferenciado e da culpabilidade e de seus excludentes.

Depois ao analisar o período da Idade Média onde ocorreu grande influencia da religião principalmente o Catolicismo, e teve uma grande contribuição para o inicio da humanização da pena ainda que irrisoriamente, e também realizou uma divisão entre as prisões de Estado e prisões eclesiásticas, porem via de regras.

Com início da Idade Moderna ocorreu um aumento da mendicância, dos furtos e roubos em decorrência do grande número de pessoas que não tinha dinheiro para se autos sustentarem e vinham a delinquir. Por esta razão necessitou fazer uma mudança nas políticas criminais, deixando de aplicar a pena de morte para estes crimes, pois não surtia efeitos. Então criaram como exemplo da Inglaterra as workhouses que tinha como ideal da

humanização da pena, porem observa-se que não foi este o maior motivo, mas sim buscar um meio de forçar estes delinquentes a se inserirem no meio de produção e gerando de uma forma indireta nos seus pares um temor de se não trabalhar e persistir na mendicância e serem presos e obrigados a trabalharem em um regime declinar severo nas workhouses.

Contata-se que houve um grande avanço na Idade Moderna, por sua vez, a pena de morte ainda continuava a sem empregada fora estes casos citados e vindo a eclodir na revolução francesa que ocorreu no Século XVIII, e ficou como conhecido com século das luzes.

Foi neste período do iluminismo que nasceram vários princípios penais os quais ainda tem aplicabilidade até hodiernamente, ao exemplo da taxatividade e o principio da proporcionalidade da pena, trazidos Beccaria. As regras básicas para o cumprimento da pena e remuneração dos carcereiros por parte do Estado conforme Howard. As criticas ao direito natural Jeremy Bentham, porem um dos seus maiores feitos conforme analisado foi a ideologia do panóptico que até hodiernamente encontra-se sendo utilizado em alguns países.

Concluindo, foi este o movimento eclodido na França que fez com que o mundo acordasse para as barbareis que eram realizadas e buscasse uma forma geral de humanização da pena e a reabilitação do infrator, sendo grande ponto de partida para toda evolução na política criminal contemporânea onde se buscou a criações de sistemas penitenciários voltados a reabilitação do condenado.

#### REFERÊNCIA

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas; tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. 1. Ed. São Paulo: Edipro, 2013.

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

BRAGA, Paulo Drumond. Os Forçados das galés. Percursos de um grupo marginalizado. Disponível em: <a href="http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/3176.pdf">http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/3176.pdf</a>>. Acessado: em 01 mai. 2016.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 320 p. ISBN 978-85-203-3325-9

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 40. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro : Vozes, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LYRA, Roberta. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte geral – volume 1º. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOGUEIRA, Ataliba. Pena sem prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TELES, Ney Moura. Direito Penal: parte geral. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

# COLABORAÇÃO PREMIADA: DESDE A ORIGEM ATÉ OS DIAS ATUAIS

Matheus Henrique Balego FILGUEIRA<sup>1</sup>
Mario COIMBRA<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O presente artigo é um estudo sobre a história da Colaboração Premiada, tem como escopo mostrar ao leitor o desenvolvimento dos institutos de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, e nos ordenamentos estrangeiros que exercem influência ao direito pátrio. O trabalho é iniciado realizando comentários relacionados à etimologia das expressões: Colaboração e Delação Premiada; logo após, conceitua tais institutos a partir de fontes doutrinárias, para em seguida, expor ao leitor o histórico da delação premiada em quatro países, Itália, Espanha, Alemanha e Estados Unidos da América, abordando o funcionamento dos institutos em cada país, assim como, as peculiaridades de cada um, a demonstração dos motivos que os levaram a adotar sistemas de direito premial e as principais legislações. Posteriormente, passa a tratar da evolução legislativa no Brasil, citando costumes, casos de grande expressão e, por fim, realizando um apanhado das legislações nacionais que versam sobre Delação Premiada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração. Delação. Premiada. Pentitismo. Arrepentimiento. Kronzeugenregelung. Bargaining. Máfia. Organização. Criminosa.

#### **ABSTRACT**

This article is a study about the plea bargain's history and aims showing to the reader the development of lenience institutes at the Brazilian legal system, as well as in the foreign legal systems that have some influence over the Brazilian. The paper starts giving some thoughts related to the etymology of the expressions "Collaborative Bargain" and "Plea Bargain"; afterward, conceptualizes such institutes from doctrinal sources, to then expose the reader to the history of plea bargaining in four countries: Italy, Spain, Germany and the United States, showing the operation of institutions in each country, as well as , the peculiarities of each one, as the statement of the reasons that led them to adopt awarding law systems and the main legislation. Later, it moves on to the legislative developments in Brazil, citing customs, cases of great expression and, finally, performing an overview of national laws that deal with plea bargain.

**KEY-WORDS:** Plea. Colaboration. Accusation. Awarded. Pentitismo. Arrepentimiento. Kronzeugenregelung. Bargaining. Mafia. Organization. Criminal.

## INTRODUÇÃO

Após as primeiras notícias relacionadas à Operação Lava Jato, que é realizada pela

Discente do curso de Direito do Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente; Estagiário na Justiça Federal 12ª Subseção Judiciária de Presidente Prudente. E-mail: filgueiramatheus@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito Constituticional

Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público, deflagrando-se desde o início do ano de 2014 até os dias de hoje, expressões como colaboração premiada e organização criminosa, que antes eram debatidas apenas entre os seguidores da ciência forense, passaram a ser manchetes nos jornais de todo o país e em decorrência, tema de conversas entre todas as classes da sociedade, nos mais diversos lugares.

Por mais atual que seja falar em delação premiada, o assunto não é novo, as colaborações premiadas utilizadas nas persecuções penais são antigas, tão antigas quanto a própria vida em sociedade.

À vista disso, o trabalho abordou o significado, a etimologia e conceituou, através de pareceres doutrinários, os institutos da colaboração premiada e delação premida, realizando a observação de que o primeiro é gênero do qual segundo é espécie. Em seguida, expos o histórico geral da delação premiada, em âmbito mundial, sem estabelecer fronteiras.

Posteriormente passou a tratar do direito comparado, da maneira com que Itália, Espanha, Alemanha e Estados Unidos da América regulam o direito premial, peculiaridades dos ordenamentos jurídicos penais, a evolução legislativa e os resultados na esfera criminal que a delação trouxe em cada país.

Por fim, abordou os acordos de leniência no Brasil, passando por casos históricos, como o do mártir Tiradentes, as legislações já vigentes no país que regularam a colaboração premiada desde as Ordenações Filipinas, até a recente Lei do Crime Organizado.

A pesquisa foi desenvolvida com base nos métodos dedutivo, histórico e descritivo, através de informações jurisprudenciais, doutrinárias, bem como das contidas na legislação penal e processual penal nacional e estrangeira, assim como, artigos publicados em sítios eletrônicos. Sempre com o intuito de passar conhecimento ao leitor da melhor forma.

## **ETIMOLOGIA E CONCEITO**

É importante, em primeiro lugar, destacar que a Colaboração Premiada é gênero, onde Delação Premiada encontra-se como espécie, e é partindo desta premissa que a evolução história da Colaboração Premiada deve ser estudada.

A rubrica "Colaboração Premiada" só veio a ser inserida no ordenamento jurídico pátrio, a partir de 2013, com a Lei 12.850, esta trata da persecução penal às organizações criminosas. Porém, é plenamente possível entender que a expressão Colaboração Premiada abrange todas as espécies de acordos de leniência, incluindo, portanto, a Delação Premiada.

O substantivo feminino "Colaboração" deriva do verbo "Colaborar", que significa trabalhar com uma ou mais pessoas para um determinado fim, é sinônimo de cooperar e participar, colaboração então, nada mais é que o ato de colaborar. Para o direito a Colaboração Premiada ocorre sempre que um indivíduo, de forma livre e consciente, presta informações à autoridade policial e/ou judiciária, em troca de eventuais benefícios que serão aferidos de acordo com o teor e resultados das informações prestadas no curso da investigação criminal, daí o motivo da adjetivação "premiada".

Já verbete delação, segundo Walter Barbosa Bittar, tem origem do Latim delatione, significa delatar, denunciar, revelar, etc. Bittar, de forma acertada, elucida sobre os diferentes significados que o referido verbete possui no direito penal brasileiro. O primeiro refere-se à Delatio Criminis, ou seja, o conhecimento provocado da autoridade, de suposta prática de criminosa, por intermédio de pessoa que, em regra, não possui ligação com o crime, este não se confunde com a Delação Premiada. Já o segundo refere-se a 'revelar', neste, além do ato de delatar apontando outrem como coautor ou partícipe é informado sobre a localização da vítima, do produto derivado do ato ilícito, entre outras informações relevantes referentes à prática criminosa, e ainda, teria como pressuposto a autoincriminação, parte da doutrina denomina como chamamento do corréu.

Segundo o Dicionário Jurídico Piragibe, Delação premiada, é causa de diminuição de pena para o acusado ou partícipe que entregar seus comparsas.

## Para Guilherme de Souza Nucci, a Delação premiada é:

"acusar ou denunciar alguém, no sentido processual, quando um acusado, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma. O valor da delação, como meio de prova, é relativo, devendo ser confrontado com outras provas." (2014.v.2, p. 457.)

## Damásio E. de Jesus conceitua delação premiada, da forma a seguir:

"Delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). "Delação premiada" configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.)." (2005)

De forma a abarcar mais informações, Walter Barbosa Bittar, define delação premiada com as seguintes palavras:

"pode-se dizer que a delação premiada, na forma como foi introduzida em nossa legislação, é um instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela qual sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação)." (2011, p. 5.)

# Cezar Roberto Bitencourt afirma que a delação premiada:

"consiste na redução de pena (que pode chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença condenatória, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece." (2008.v.3, p. 75.)

Após as exposições conceituais, é possível dizer com certeza, que a delação premiada é instituto que abrange tanto o direito material quanto o processual, que tem como escopo auxiliar os órgãos persecutórios nas investigações de crimes com pluralidade de agentes, ou de forma extensiva, nos crimes praticados por apenas um agente, desde que ele aponte a localização da vítima ou colabore com a devolução de valores aferidos com a prática criminosa.

#### DIREITO COMPARADO

A busca pela verdade dos fatos remonta aos primórdios da humanidade e no tocante as ofensas isso não é diferente. Desde que se convive em sociedade as pessoas quando se deparam com situações criminosas, situações que ofendem a moral, os bons costumes e principalmente o patrimônio, buscam a verdade para poderem punir os ofensores da dinâmica social.

Desta forma, os institutos de leniência originaram-se nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, notoriamente mais velhos que o pátrio, como instrumento de persecução penal.

Durante a Idade Médica, onde valores foram invertidos, temos exemplo dessa inversão na delação, a confissão obtida sob tortura era mais valiosa que a espontânea, o raciocínio era que o réu que estivesse colaborando de espontânea vontade mentiria sobre um suposto corréu, mas se o mesmo réu estivesse sendo torturado, este diria a verdade, o que revela um pensamento de que o réu, antes de qualquer coisa, na Idade Média, era mentiroso.

A partir de agora, o presente artigo passa-se a relatar o histórico dos acordos de delação premiada nos ordenamentos jurídicos Italiano, Espanhol, Alemão e Americano, uma vez que estes exercem influência no arcabouço jurídico brasileiro.

#### Direito Italiano (Pentitismo)

Para o correto estudo da delação premiada no direito Italiano deve-se realizar um paralelo as organizações criminosas, de cunho inclusive terrorista, que dos anos de 1960 até 1990 assolaram a Itália, parte da Europa e Estados Unidos da América. Mais conhecidas como Máfias, tais grupos obtinham lucros com atividades voltadas a falsa proteção e principalmente com o tráfico de entorpecentes, lavagem de dinheiro e extorsão mediante sequestro.

O judiciário Italiano, nas décadas de 70 e 80 do século passado, enxergou nos acordos de leniência uma saída para de forma efetiva desmantelar os grupos de mafiosos, obter sucesso na recuperação de produtos de crimes e evitar futuros delitos.

Os que se opunham aos mafiosos logo perceberam que para o efetivo combate era necessário desfazer o vínculo associativo que existia entre os membros das organizações criminosas, para isso era necessário a criação de normas que beneficiassem quem se dissociasse dos comparsas para colaborar com a autoridade na persecução penal e agravar a punição daqueles que continuassem a cometer crimes por meio das máfias.

Neste cenário, em 1974 o direito premial é introduzido no ordenamento jurídico Italiano, através da Lei. Nº 497, nos artigos 5 e 6 que possuem a seguinte redação:

"Art. 5. L'articolo 630 del codice penale e' sostituito dal seguente: "Art. 630 - (Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione). - Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per se' o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, e' punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa non inferiore a lire quattrocentomila. La pena e' della reclusione da dodici a venticinque anni e della multa non inferiore a lire un milione, se il colpevole conseque l'intento".

Art. 6. All'articolo 630 del codice penale e' aggiunto il seguente comma: "Nel caso di sequestro di persona a scopo di estorsione per conseguire un profitto di natura patrimoniale, se l'agente o il concorrente si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la liberta', senza che tale risultato sia conseguenza del versamento del prezzo della liberazione, si applicano le pene previste dall'articolo 605." (1974)

O artigo 5º aumentou a pena do crime de extorsão mediante sequestro, que passou a ser punido com pena de reclusão de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos, e o artigo 6º, por sua vez, estabeleceu para o participante do sequestro que ajudasse a vítima a readquirir a liberdade, sem o pagamento da extorsão, a possibilidade de ser enquadrado no tipo privilegiado do artigo 605º do Código Penal Italiano que chega à pena máxima de 10 (dez) anos.

Já no ano de 1980, a Lei nº 15, derivado do Decreto Lei nº 625 de 1979 criou novos tipos penais, onde as penas eram aumentadas se ligados ao terrorismo e eversão ( artigos 270 bis, 280 e 289 bis, doCodice Penale), em contra partida o artigo 4º, dispõe sobre benefícios ao pentiti (tradução literal: arrependidos):

"Per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, salvo quanto disposto nell'art. 289-bis del codice penale, nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà (Comma così modificato dalla legge di conversione 6 febbraio 1980, n. 15).

Quando ricorre la circostanza di cui al comma precedente non si applica l'aggravante di cui all'art. 1 del presente decreto." (1980.)

Referido artigo dispõe que nos crimes de terrorismo ou eversão, salvo o disposto no artigo 289 bis do Codice Penale, o agente que, se desvincula dos comparsas, age de forma para evitar que o crime tenha consequências posteriores, ajude de forma eficaz as autoridades persecutórias na busca de provas ou na captura dos concorrentes, a prisão que inicialmente poderia ser perpétua passa a ser de 12 (doze) a 20 (vinte) anos de reclusão e as outras penas são diminuídas de um terço à metade. Nota-se já evolução em relação ao ano de 1974, em 6 (seis) anos a legislação além de continuar no mesmo "trilho" legislativo, em relação a delação premiada, já se encontra regrada e disposta de forma mais clara, abrangendo várias atividades, de maneira que incentiva os acordos premiais.

Foi só no ano de 1982 que o crime de associação mafiosa (416 bis), foi inserido no Código Penal Italiano, através da Lei "Rognoni-La Torre", esta Lei deu novos rumos à persecução penal às Máfias na Itália e em 1986 desencadeou o chamado "maxiprocesso", onde um dos maiores mafiosos da época, Tommaso Busceta, foi o primeiro nome do grande escalão mafioso a delatar. Uma curiosidade é que ele sempre realizava seus depoimentos perante o Juiz Giovanni Falcone, seu conterrâneo da ilha da Sicília.

O "maxiprocesso" durou mais de dois anos, culminou em dezenove prisões perpétuas e um total de 2.665 (dois mil seiscentos e sessenta e cinco) anos de penas de natureza não perpétua.

No início da década de 1990, o juiz Rosário Livatino foi assassinado por mafiosos, após sangrentos atentados por toda a Sicília, foi então que cedendo à pressão dos magistrados, fora promulgado o Decreto Lei nº 8 no dia 08, de janeiro de 1991, convertido na Lei 82, de 15 março do mesmo ano que disciplinava um sistema de proteção aos pentiti e testemunhas do processo. Após mais pressão dos magistrados, em especial do juiz Giovanni Facolne, ainda em 1991 foi convertida a Lei nº 203, de 12 de julho, que previa causa de aumento de pena a quem facilitasse a associação mafiosa ou intimida valendo-se de sua posição criminosa e benefícios aos mafiosos colaboradores, respectivamente nos artigos 7º e 8º.

O ordenamento jurídico Italiano foi se moldando as ações dos grupos criminosos, desta forma o regramento premial se difundiu de forma bilateral, enquanto para os criminosos a legislação ficava mais dura, tendo em vista a criação de novos crimes, cumulados com agravantes e qualificadoras com intuito de deixar mais gravosa a pena, de outro lado foram sendo criadas figuras privilegiadas e atenuantes aospentiti.

De maneira óbvia as normas relacionadas a delação premiada, também possuem natureza processual e não só material, o Codice di Procedura Penale, dispõe no artigo 192°, 3 e 4 sobre a valoração dos depoimentos proferidos pelos pentiti:

"Art. 192. Valutazione della prova

- 3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.
- 4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b)." (1940.)

De acordo com Walter Barbosa Bittar, o sistema de valoração da prova obtida através de acordos de leniência Italianos dividisse em 3 (três) etapas, a primeira, é a averiguação da credibilidade do colaborador, devendo-se observar contra quem está sendo citado na delação, comparando por quem está sendo realizada, os motivos e a vida pregressa do pentiti; em seguida observa-se o comportamento do delator durante seu depoimento, como por exemplo, se as falas são espontâneas e não existe aparente nervosismo; por fim, faz a comparação com as demais provas colhidas, para que corroborem ou não com as fornecidas pelo pentiti.

O direito penitenciário relacionado aos pentiti, também foi tratado de forma diferente pelo legislador italiano (artigos 4 bis e 58 ter da Lei nº 354/75, introduzidos pelo Decreto Lei nº 152/91 e modificados pela Lei nº 306/92) , da mesma forma que o direito material foi disposto de maneira bilateral, aqui não é diferente, para os que continuaram atuando na máfia e não sucumbiram ao Estado, os regimes de cárcere eram mais gravosos, com restrição das chances de conseguir benefícios diversos da liberação antecipada e a vedação da concessão de medidas cautelares diversas da prisão, enquanto para quem colabora com o Estado existe mais facilidade na obtenção de benefícios, possibilidade da mudança do local de cumprimento da pena, de medidas cautelares diversas da prisão ou até a revogação da pena.

Na Itália, a delação premiada é usada exclusivamente para desmantelar as Máfias, de forma que protejam o Estado de atos terroristas e de eversão destes grupos. O instituto se mostrou efetivo com o decorrer dos anos, muito em razão do vasto número de leis com

qualidade o regrando em todas as vertentes do direito penal, seja processual ou material.

## **Direito Espanhol (Arrependimento)**

O direito premial surgiu na Espanha, em 1988, com a Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio , mais especificamente no artigo 57 bis.

"Articulo 57 bis, a) Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondran en su grado maximo, salvo que tal circunstancia estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal:

Articulo 57 bis, b) 1. En los delitos a que se refiere el articulo 57 bis, a), seran circunstancias cualificadas para la graduacion individual de las penas: a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presence a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado danoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables." (1988)

O dispositivo supra demonstra os primeiros contornos da delação premiada na Espanha, o benefício era concedido à crimes relacionados as atividades de grupos armados, elementos terroristas ou rebeldes, o que está intimamente ligado ao momento que era vivenciado no país, com a ameaça terrorista iminente. Para ser beneficiário, o criminoso deveria abandonar as atividades delituosas de forma voluntária e ir até a autoridade policial confessar os crimes que já praticou. E além disso, que seu abandono tenha gerado diminuição do potencial lesivo dos grupos terroristas ou que sua colaboração tenha sido efetiva na identificação de coautores ou mesmo na captura destes.

A mesma Lei, ainda previa a remissão parcial ou total para aqueles que se enquadrassem nas condições de colaboração supracitadas.

"2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior el Tribunal impondra la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito, sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el articulo anterior. Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los articulos 418, 419 y 420, numeros 1 ." y 2." del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el articulo 57 bis, a)." (1988.)

É interessante dizer que, ao mesmo tempo que o dispositivo prevê a remissão parcial ou total de eventuais condenações. O perdão total da pena é condicionado a não reiteração de condutas terroristas e ainda que os crimes cometidos pelo corréu arrependido não tenham tido

como consequência morte, ou lesões de que os artigos 418º,419º e 420º tipificam.

No novo Código Penal Espanhol (L.O. nº 10, de 23 de novembro de 1995) o instituto da delação premiada foi mantido para o crime de terrorismo e expandido, abarcando agora os crimes ligados ao tráfico de drogas.

"En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la Sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las Autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuere de notoria importancia o de extrema gravedad." (1995.)

Diferentemente da L.O nº 03, a nova Lei não traz mais o instituto da remissão total da pena para o arrependido.

A jurisprudência então, deixou de aplicar o artigo 376° do Código Penal Espanhol, que prevê o benefício da colaboração premiada nos casos de tráfico de drogas, e passou a fazer uso da atenuante genérica prevista no artigo 21°, parágrafos 4° e 5° do mesmo código.

A partir do ano de 2003, após mais uma alteração legislativa (L.O. nº 15, de novembro de 2003), visando adequar os dispositivos de delação aos princípios constitucionais e aos princípios do Direito Internacional Público, o requisito de "confissão" deixou de existir, de forma que mais do que nunca o arrependido (como os espanhóis chamam os delatores), se compara à uma testemunha dos fatos, porém, em uma lacuna do ordenamento jurídico espanhol, não possui proteção do Estado, como acontece com as demais testemunhas.

Na Espanha, não existem normas específicas de valoração da prova obtida com a delação. A jurisprudência segue a lógica de que são necessárias outras provas para a incriminação de um acusado no âmbito de colaborações, o que parece ser o mais acertado.

Também no ano de 2003, a legislação penitenciária espanhola foi alterada pela L.O 7, de 30 de junho, e sofreu duas mudanças relativas a delação premida. A primeira mudança de deu no artigo 72, 6° da Ley Organica General Penitenciaria.

"Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y

patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades." (2003.)

A segunda mudança se deu no Código Penal, artigo 90°, que trata da liberdade condicional.

"1. Se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siquientes:

1ºQue se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

2ºQue hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

3ºQue hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes.

2. El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del presente Código." (1995.)

As normas supra, respectivamente, tratam da progressão de regime, bem como da concessão de liberdade provisória para os condenados em crimes de terrorismo ou organizações criminosas, condicionados além dos requisitos do Código Penal, ao pagamento da responsabilidade civil decorrente dos delitos, para que haja informe de reinserção social e as condutas de separação para com a os grupos criminosos e a colaboração com os órgãos persecutórios.

Da mesma forma que o legislador Italiano, a Espanha fez uso de um sistema bilateral para regular os acordos de leniência, onde de um lado há a facilidade para os que colaboram com a justiça em aferir benefícios que atenuem suas penas, e por outro, aos que continuam a praticar crimes regimes disciplinares mais rígidos associados a penas qualificadas.

#### Direito Alemão (Kronzeugenregelung)

A figura da colaboração premiada alemã é conhecida como "Testemunho da Coroa" (Kronzeuge) ou "Regras do Testemunho Principal ou da Coroa" (Kronzeugenregelung).

No sistema alemão, o magistrado tem a faculdade de diminuir ou deixar de aplicar a

pena quando o colaborador, de forma voluntária e efetiva, exerce desforços junto à autoridade competente, que visam impedir ou diminuir danos de uma ação delituosa praticada por grupos criminosos.

O Direito alemão, assim como os demais países europeus e a América do Norte, tem especial atenção ao terrorismo, e nos institutos ligados a delação premiada isto não é diferente. O Estado está autorizado a nem mesmo iniciar a persecução penal e se já iniciada arquivá-la, ou ainda deixar de aplicar a pena, em favor daquele que auxiliar o Estado a esclarecer delito de terrorismo ou conexo ou ainda ajudar na captura de terroristas.

## **Direito Norte-Americano (Plea Bargaining)**

João Gualberto Garcez Ramos afirma que a diferença do direito Norte-Americano para o Brasileiro é essencialmente metodológica. Neste se faz uso do método dedutivo (civil law), se julga a partir da Lei, as autoridades judiciarias devem realizar a interpretação de dispositivos legais e se for o caso enquadrarem a situação fática em determinada norma. Naquele, o sistema utilizado é o indutivo (common law), os casos são solucionados com base na jurisprudência, os chamados precedentes de casos semelhantes.

Outra diferença, e esta exerce grande influência nos acordos de leniência pátrios e americanos, é a dos princípios da Legalidade e da Oportunidade. No sistema jurídico penal brasileiro, o titular da ação penal, em regra, é o Ministério Público e este tem o dever de ao ser notificado da prática de um crime (materialidade) e caso tiver indícios de autoria propor a ação penal e dela não desistir (a Lei 9099/95 traz exceção a esta regra nos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo), ou seja, ele é regido pelo princípio da Legalidade ou Obrigatoriedade da Ação Penal, isto não acontece com o Ministério Público Norte-Americano, lá os promotores de justiça tem a faculdade, a oportunidade, de iniciar ou não a ação penal e até mesmo de arquivá-la depois de iniciada, observando a situação fática e as consequências sócio-políticas que a persecução penal para exercer o direito de punir do Estado está criando.

Nas palavras de Janaína Conceição Paschoal:

"Enquanto no Brasil, diante da prática de um delito, o promotor está obrigado a propor ação penal, no sistema americano, ainda que estejam presentes todos os elementos do crime, o promotor pode optar por não mover a ação, sem prestar satisfações à vítima, ao poder judiciário, ou a qualquer outra instância." (2001, p. 115-116.)

Antes de passar para o estudo dos acordos de leniência nos Estados Unidos, é

importante dizer também, que há outra diferença principiológica entre nosso ordenamento e o deles. O ordenamento jurídico penal brasileiro é extremamente garantista em razão das modificações feitas nos diplomas legais criminais após a promulgação da Carta Magna de 1988, ano ainda muito recente ao período da ditadura militar. As garantias giram em torno no Devido Processo Legal, que engloba o princípio na da Presunção de Inocência e o In dúbio pro Réu, o que torna impossível no Brasil que a simples confissão possa ser fator predominante em uma sentença penal condenatória. Porém, o direito americano, permite ao judiciário, a partir do momento em que há confissão por parte do acusado, que cessem as diligências para produção de provas e desde já o réu pode ser condenado.

Visto essas particularidades, o presente estudo passa a tratar agora do Plea Bargaining, como é conhecido o sistema de colaboração premiada americana, onde promotoria e acusado negociam a confissão em troca de um processo célere e penas menores, salienta-se dizer que o papel do magistrado aqui se limita a homologar o acordo, devendo analisar apenas se o acusado confessou de forma voluntária, com conhecimento das consequências a ele impostas e a possibilidade do Estado cumprir seus termos no acordo.

Bittar ensina que a prática dos acordos de leniência foi intensificada após a Guerra Civil Americana (também chamada de Guerra de Secessão, 1861-1865), quando começaram a aparecer nos Tribunais de Segunda Instância ainda com certa resistência por parte do judiciário. Três fatores impulsionaram a prática do Plea Bargaining, são eles, a crescente corrupção política entre os advogados, promotores e juízes; as atitudes dos agentes policiais em busca de reconhecimento por meio de um grande número de resolução de casos; e o mais importante, em 1878 o reconhecimento de várias jurisdições pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que autorizava à promotoria, ao invés do juiz, permitir, com auxílio de demais provas, a troca do testemunho de um coautor ou partícipe por imunidade.

Já no século XX, na década de 1970, a Suprema Corte, em uma série de decisões, a exemplo: "North Carolina v. Alford", 4000 U.S. 25 (1970), "Brady v. United States", 397 U.S. 742 (1970), "McMann v. Richardson", 397 U.S. 759 (1970), admitiu o Plea Bargaining como instrumento legítimo de persecução penal, e hoje o sistema já soluciona cerca de 90% das causas criminais daquele país, antes mesmo de chegarem aos tribunais, seja em esfera estadual ou federal.

José Alberto Sartório de Souza identifica duas modalidades de plea bargaining: a explícita ou formal, e a implícita ou informal. A primeira, se subdivide em: Sentence

Bargaining, que consiste em um acordo firmado por promotoria e defesa, onde em troca da confissão do réu a acusação postulará, em juízo, à favor de penas mais brandas (o magistrado tem poder discricionário de aceitar ou não), ou que não se oporá ao pedido de moderação da pena feito pela defesa; Charge Bargaining, acontece quando o autor confessa a autoria de um ou mais crimes, e em contrapartida a promotoria retira ou modifica determinada ou determinadas tipificações feitas na denúncia; Mista, mescla os dois institutos anteriores, ocorre tanto a diminuição de imputações criminais como a diminuição da pena, em troca da confissão do réu. A segunda modalidade, consiste na aplicação de pena mais branda com a confissão do acusado, independentemente de qualquer negociação. Realizando um paralelo com o direito pátrio, é como se fosse uma Atenuante pela confissão.

Nota-se no sistema americano uma "rivalidade" entre Ministério Público e réu, uma vez que quando o acusado não confessa autoria de um delito ele passa a ser um incômodo, não só para a promotoria quanto para a sociedade, pois esta, de certa forma, protelando os serviços do judiciário. Esse quadro lembra um direito penal inquisitivo, o que não pode mais ser tolerado nos dias atuais, os órgãos persecutórios não devem pensar de maneira apenas punitiva, mas sim de maneira com que busque a verdade real dos fatos e só então passe ao julgamento condenatório.

## ACORDOS DE LENIÊNCIA NO BRASIL

Os acordos de leniência, comumente chamados de delação premiada, sugiram no Brasil já nas Ordenações Filipinas, vigentes de 1603 até a sanção do Código Criminal do Império, em 1830.

A parte criminal do "Código Filipino", no Livro VI, tipificava o delito de "Lesa Majestade", e tratava da "delação premiada" no item 12 (doze). Já o Título CXVI, abordava a delação premiada de forma especifica, com a rubrica "Como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão", aqui poderia ser concedido o perdão aos criminosos que delatavam seus comparsas ou até mesmo delitos que não haviam participado.

Fato curioso na história do Brasil, é a morte do Alferes Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes. Durante a Inconfidência Mineira, o Vigário de São José, Carlos Correia, e o inconfidente Coronel Joaquim Silvério dos Reis, delataram à coroa o Tiradentes e este foi condenado pelo crime supracitado, de Lesa Majestade, e condenado à morte pela forca que seu corpo fosse dividido em cinco partes e espalhadas pelas ruas de Vila Rica e estradas

próximas. O que caracterizou a delação é que em troca das informações o Coronel Joaquim recebeu o perdão de sua dívida com a Fazenda Real.

O ar de traição que repousa nos atos de colaboração premiada e a reprovabilidade que tal conduta, fez com que ela sumisse do ordenamento jurídico pátrio e só reaparecesse a partir dos anos 1990, na Lei dos Crimes Hediondos. Porém, é bem verdade, que mesmo não regulamentada existiram casos de colaboração premiada durante a ditadura militar com o escopo descobrir opositores do regime opressor.

A evolução legislativa que o ordenamento jurídico pátrio apresenta sobre delação premiada é extensa e isso é devido a incompetência do Legislativo aliado à sua ansiedade em dar respostas à sociedade. É possível identificar as seguintes previsões legislativas sobre o tema: Artigo 25, §2°, da Lei nº 7.492/1986 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional inclusão com a Lei nº 9.080/1995) ; Artigos 7° e 8° da Lei nº 8.072/1990 (Crimes Hediondos) ; Artigo 6° da Lei nº 9.034/1995 (Organizações Criminosas) ; Artigos 1° ao 7°, da Lei nº 8.137/1990 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo inclusão com a Lei nº 9.080/1995) ; Artigo. 159, §4°, do Código Penal (delito de extorsão mediante sequestro - inclusão com a Lei nº 9.269/1996) ; Artigos 1° e 5° da Lei nº 9.613/1998 (Lavagem" de Capitais) ; Artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/1999 (Proteção a Testemunha) ; Artigo 35-B da Lei nº 8.884/1994 (Infrações contra a Ordem Econômica/CADE - inclusão com a Lei nº 10.149/2000) ; Artigo 32, § 2°, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) ; Artigo 4° e seguintes da Lei nº 12.850/2013 (Lei da Organização Criminosa) .

Com a mesma conclusão que o legislador italiano já havia chegado, o Brasil no ano de 1999 legislou sobre um programa de proteção a vítima e as testemunhas. A Lei nº 9.807 além de dar resposta a doutrina que criticava as leis que tocavam apenas no tema da delação e não davam garantias aos delatores, também trouxe norma mais abrangente quanto à delação, vindo a estabelecer maiores requisitos para a concessão de eventuais benefícios, inclusive, o artigo 13º da referida Lei, possibilita pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, o perdão judicial como prêmio ao réu que colaborar.

O primeiro acordo de colaboração clausulado na história brasileira foi editado no caso Banestado, esquema de lavagem de dinheiro que movimentou bilhões de reais. O acordo foi realizado pelo doleiro Alberto Youssef com o Ministério Público, em 2003.

Entretanto, as maiores inovações em relação ao instituto que é assunto neste trabalho estão na nova Lei de Crime Organizado (Lei 12.850/2013). A aludida Lei, além de alterar o

Código Penal vigente e revogar a Lei nº 9.034/1995, definiu o que é Organização Criminosa e regulou, dentre outras questões, o procedimento para que seja realizada a colaboração premiada em relação a crimes cometidos por meio dessas organizações. Dispõe sobre em que fase processual será possível à realização da colaboração, a legitimidade ativa para propositura do acordo, as funções do Ministério Público, Polícia e Magistrado, em cada fase. Bem como, os direitos do colaborador, medidas de proteção e sigilo de suas informações.

## **CONCLUSÃO**

Diante do exposto, é possível conceituar a colaboração premida como acordo entre acusação e acusado, onde quem acusa oferece vantagens de direito processual e material penal, como a redução da pena, progressão de regime, ou até mesmo o perdão judicial ao acusado, em troca de informações que levem a resolução de crimes, desmantelamento de organizações criminosas, chamamento de corréu e coibição de novas ações delituosas.

Os acordos de colaboração premiada, embora sem este nome, existem há séculos, antes mesmo dos ordenamentos jurídicos serem escritos. Acontece que o homem sempre viu na "traição" uma forma de alcançar a justiça e punir aqueles que não respeitam as regras de convivência em uma sociedade. Mas foi só nas décadas de 1970 a 1990 que a delação premiada passou a ser utilizada com frequência e positivada nos ordenamentos jurídicos penais ao redor do globo, em especial na Itália, que vivia grande crise desde os anos 60, em razão da atuação dos grupos terroristas conhecidos como Máfias. A organização destes grupos era tão grande que o legislador italiano se viu obrigado a elabborar todo um sistema premial, baseado em benefícios aos pentiti e normas mais rígidas para os membros da famiglie, para que fosse possível combater o crime, e só após anos aperfeiçoando regras de direito material e processual penal, assim como o penitenciário foram alcançados resultados concretos no combater efetivo às Máfias.

Na Espanha as delações premiadas surgiram apenas em 1988. Mais uma vez, o legislador normatizou tal instituto para combater os crimes de terrorismo e posteriormente o de tráfico de drogas. Com o passar dos anos, o resultado passou a ser perceptível, mesmo que não com tanta eficácia quanto na Itália. Os espanhóis também fizeram uso de um sistema de colaboração bifurcado, ou seja, enquanto penalizava de forma mais rígida os membros de grupos criminosos que insistiam em praticar delitos, beneficiavam aqueles que se desvinculavam de seus grupos para prestarem informações às autoridades persecutórias em

troca de penas mais brandas e benefícios carcerários. A Alemanha, por sua vez, age de forma muito parecida, o problema do terrorismo é uma realidade em quase toda a Europa, e os alemães fazem uso da colaboração premiada para combater tais crimes, facultando as autoridades que até deixarem de propor ação para aqueles que delatam seus ex comparsas.

Passando para o continente americano, o ordenamento penal vigente nos Estados Unidos é o que mais se diferencia do brasileiro dentre os 3 (três) países supracitados, isso se deve ao fato de que no Brasil o Ministério Público é regido pelo princípio da obrigatoriedade de propositura da ação penal sempre que aviste indícios de autoria e materialidade, já os promotores de justiça norte-americanos são regidos pelo princípio da oportunidade, o que os faculta propor ou não ação penal. Nos Estados Unidas da América, grande parte dos casos criminais nem chegam ao judiciário, uma vez que são solucionados com base em acordos entre acusador e acusado, sendo apenas homologado no judiciário. O sistema americano então, trata a colaboração como prova de ultima ratio, caso o indivíduo confesse o crime, não se fazem mais necessárias provas de autoria para que ele seja condenado, passa-se a buscar provas agora para condenar o corréu, ou nos casos da não existência deste, apenas concentra-se a atenção na recuperação dos bens jurídicos afetados pelo crime confessado.

Já no Brasil, a delação premiada existe desde que o país era Colônia de Portugal e tinha como legislação as Ordenações Filipinas, ocorre que o instituto sumiu com o Código Criminal do Império e voltou a aparecer formalmente, apenas em 1990 na Lei dos Crimes Hediondos.

É verdade que as leis brasileiras não regularam da melhor forma a colaboração premiada, muitas vezes pecando pela falta de regulamentação, principalmente no tocante a concessão de benefícios. Porém, no ano de 2013, surge a Lei da Organização Criminosa, o dispositivo legal mais completo sobre colaboração premiada em vigência no país, este, finalmente, regulamenta de maneira material e processual a obtenção de provas por meio da colaboração premiada e a maneira de conceder benefícios aos colaboradores.

É notório que os acordos feitos entre as autoridades policiais e judiciárias com acusados, visando desmantelar grupos criminosos e cessar o acontecimento de delitos, é efetivo. A história demonstra que se o Judiciário e a Polícia tiverem o auxílio do legislador, as delações premiadas podem gerar grandes ganhos a sociedade e principalmente afetar a tranquilidade que membros de organizações criminosas julgam ter. No Brasil, desde o início dos anos 2000 é possível ver resultados positivos dos acordos de delação, como no Caso

Banestado e mais recentemente, na Operação Lava Jato, onde políticos do mais alto escalão do governo tornaram-se delatores, em razão da prática de crimes abrangidos pela Lei das Organizações Criminosas.

O instituto da delação premiada, por mais criticado que seja, é um alento para aqueles que perseguem o crime organizado. O Ministério Público, aliado a Polícia passou a ter uma moeda de troca para barganhar com criminosos, não para beneficiá-los, mas para que não sejam apenas apenas um ou dois membros punidos e sim toda uma organização criminosa.

### REFERÊNCIAS

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignácio Francisco. El colaborador com la justiça, p 131-132.

Disponível em: <a href="https://books.google.com.br/books?">https://books.google.com.br/books?</a>

id=b4vf4SbLUGoC&pg=PA1&lpg=PA1&dq=benitez+ortuzar+ignacio+el+colaborador+con+la+justicia&source=bl&ots=ndjtTRehP0&sig=DMjvUzr9Q54s5u\_J-qq\_C3cHtKM&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjE56-

qj6\_MAhWBHZAKHYNrBs8Q6AEIHDAA#v=onepage&q=benitez%20ortuzar%20ignacio %20el%20colaborador%20con%20la%20justicia&f=false>. Acesso em 27 abr. de 2016.

BEZERRA, Eudes. Quando Buscetta se abriu: o maxiprocesso. Disponível em: <a href="http://www.museudeimagens.com.br/tommaso-buscetta-maxiprocesso-mafia/">http://www.museudeimagens.com.br/tommaso-buscetta-maxiprocesso-mafia/</a>. > Acesso em 22 abr. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte especial. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro:. Lumen Juris, 2011.

BRASIL, Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, Lei 11.343/06. Brasília: Senado, 23 de agosto de 2006.

BRASIL, Lei 7.492/96. Brasília: Senado, 16 de junho de 1996.

BRASIL, Lei 8.072/90. Brasília: Senado, 25 de julho de 1990.

BRASIL, Lei 8.137/90. Brasília: Senado, 27 de dezembro de 1990.

BRASIL, Lei 8.884/94. Brasília: Senado, 11 de junho de 1994.

BRASIL, Lei 9.034/95. Brasília: Senado, 03 de maio de 1995.

BRASIL, Lei 9.099/95. Brasília: Senado, 26 de setembro de 1995.

BRASIL,Lei 9.163/98. Brasília: Senado, 3 de março de 1998.

BRASIL, Lei 9.807/99. Brasília: Senado, 13 de julho de 1999.

BRASIL, Código de Processo Penal, de 03 de outubro de 1941. DECRETO-LEI Nº 3.689,1941.

BRASIL, Lei 12.850/13. Brasília: Senado, 02 de agosto de 2013.

BUENO, Silveira: Minidicionário da língua portuguesa. São Paulo: FTD,2000.

CASO Banestado. Caso Lava-Jato. MPF. Disponível em: <a href="http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/relacao-com-o-caso-banestado">http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/relacao-com-o-caso-banestado</a> Acesso em 18 out. 2015

CENTRO UNIVERSITÁRIO "ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO". Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2º ed. – Presidente Prudente, 2015.

ESPANHA, Artículo 376 do Código Penal. Disponível em:

<a href="http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\_20121008\_02.pdf">http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\_20121008\_02.pdf</a>. Acesso em 29 abr.2016.

ESPANHA, Artículo 90 Código Penal. Disponível

em:<a href="http://carris.wanadooadsl.net/leyes/leyesaccesodirecto/cp4.htm">http://carris.wanadooadsl.net/leyes/leyesaccesodirecto/cp4.htm</a> Acesso em 27 abr. 2016.

ESPANHA, Ley organica 1/1979, de 26-9-1979, general penitenciaria. Disponível em: <a href="http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/LEY\_ORGANICA\_GENERAL\_PENITENCIARIA\_1979.pdf">http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/LEY\_ORGANICA\_GENERAL\_PENITENCIARIA\_1979.pdf</a> Acesso em 27 abr. 2016.

ESPANHA, Ley organica 3/1988, de 25-5-1988. Disponível em:

<a href="http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes\_espa/lo\_003\_1988.pdf">http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes\_espa/lo\_003\_1988.pdf</a>. Acesso em 24 maio 2015.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa. El premio a la colaboración con la justiça. Granada: Comares, 2006.

GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

ITÁLIA, Codice Di Procedura Penale. Disponível em:

<a href="http://www.altalex.com/documents/news/2013/11/13/prove-disposizioni-generali">http://www.altalex.com/documents/news/2013/11/13/prove-disposizioni-generali</a>. Acesso em: 21 abr. 2016

ITÁLIA, Codice Penale, Disponível em:

<a href="http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf">http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf</a>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

ITÁLIA, Decreto-legge 15-12-1979, nº 625. Disponível em: <a href="http://www.isaonline.it/mag/DL625-1979.html">http://www.isaonline.it/mag/DL625-1979.html</a>. Acesso em: 18 abr. 2016.

ITÁLIA, Decreto-Legge 8-6-1992 nº 306. Disponível em: http://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/normative/d.l.306-1992.pdf> Acesso em:21 abr.2016

ITÁLIA, Legge 13-9-1982, nº 646. Disponível em: <a href="http://www.legalita.rn.it/wp-content/uploads/2013/04/Legge-Rognoni-La-Torre-646-82.pdf">http://www.legalita.rn.it/wp-content/uploads/2013/04/Legge-Rognoni-La-Torre-646-82.pdf</a>. Acesso em: 21 abr. 2016.

ITÁLIA, Legge 14-10-1974, nº 497. Disponível em: <a href="http://www.tsnadria.it/files/legge-14-10-74-n-497-norme-contro-la-criminalita.pdf">http://www.tsnadria.it/files/legge-14-10-74-n-497-norme-contro-la-criminalita.pdf</a>. Acesso em: 18 abr. 2016.

ITÁLIA, Legge 15-03-1991, nº 82. Disponível em: <a href="http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1991/03/16/091A1317/sg">http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1991/03/16/091A1317/sg</a>. Acesso em: 21 abr. 2016

JESUS, Damásio de. Delação Premiada. Revista Justilex. Brasília, ano IV, n. 50, 2003.

JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <a href="http://jus.com.br/artigos/7551">http://jus.com.br/artigos/7551</a>. Acesso em: 25 abr. 2015

LUPO, Salvatore. História da máfia: da origem aos nossos dias. São Paulo: UNESP, 2002.

MAGALHÃES, Esther C. PIRAGIBE; MAGALHÃES, Marcelo C. Piragibe. Dicionário Jurídico Piragibe. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MONTANARO, Giovanna; SILVESTRI, Francesco. Dalla máfia allo stato (I pentiti: analisi e storie). 4ª ed. Torino: EGA, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 .v.2.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. O Direito Premial Brasileiro: breve excursus acerca dos seus aspectos dogmáticos. Presidente Prudente. In: Intertemas Revista do Curso de Mestrado em Direito da Associação Educacional Toledo, v. 2. Presidente Prudente, 2001.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do "plea bargaing" no direito norte-americano. In: Revista do curso de direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, fasc.23.São Paulo, 2001.

PENTEADO, Jaques Camargo. Delação Premiada. In: Faria Costa e Silva (Coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de processo penal norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODAS, Sérgio. Delação Premiada foi responsável pela morte de Tiradentes, há 223 anos.

Disponível em: <a href="http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/delacao-premiada-foi-responsavel-morte-tiradentes">http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/delacao-premiada-foi-responsavel-morte-tiradentes</a> Acesso em: 25 abr. 2016

SALAS, Luis R. J. El arrepentimiento colaborador de la justicia. Una figura perversa. Disponível em: <www.mpd.gov.ar/General/Trabajos>. Acesso em: 15 maio 2012.

SÁNCHES GARCÍA DE PAZ, Isabel. El coimputado que colabora com la justicia penal. In: Revista Electrónica de Ciencia Penal Criminología, núm 07-05. Disponível em: <a href="http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf">http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf</a>. Acesso em 27.abr,2016, p 20.

SOUZA, José Alberto Santório de. Plea Bargaing: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, fasc. 2. Belo Horizonte, 1998.

# CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL SOB O PRISMA DO DEVIDO PROCESSO SUBSTANCIAL

Gustavo Henrique Barbosa SANTOS¹ Raphael Vilela dos SANTOS²

#### **RESUMO**

Objetivou-se com o presente trabalho a demonstração da repleta quantidade de conteúdos trazidos pelo direito penal que ferem contundentemente os pressupostos de proporcionalidade, tão importantes na criação e aplicação da lei penal. Diante disso, foram escolhidos os crimes contra a dignidade sexual para uma análise pormenorizada, buscando evidenciar esse comportamento do Estado, que ora se omite, ora intervém exacerbadamente. Contudo, em ambos os casos, evidencia-se uma afronta ao princípio do devido processo substancial, seja na vertente da proibição da proteção deficiente ou na proibição ao excesso. Assim, buscaram-se alternativas capazes de solucionar essa problemática. Por fim, foram analisados alguns bens jurídicos eleitos pelo legislador, discorrendo sobre a ideia do direito penal mínimo e assuntos correlatos. Conclui-se, por derradeiro, que fora adotada a técnica documental de pesquisa, valendo-se de dispositivos legais e do repertório jurisprudencial pátrio, não deixando de embasar o posicionamento adotado com referências bibliográficas pertinentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Devido processo substancial; Vedação à proteção deficiente; Vedação ao excesso de proteção; Crimes contra a dignidade sexual; Bens jurídicos; Intervenção mínima; Direito penal mínimo.

#### **ABSTRACT**

In this work search for manifest the tenors brought by Criminal Law that injure the adequacy's presupposed, that have great value in the making and use of Criminal Law. Thereat, were chose crimes against the sexual dignity, to darling parsing, where show to us this State's conduct, that have moments omits or moments that cut in. however in both cases, shows an outrage to tenet of due process substantial, be in hillside of not enough shield or awfully shield. So, search for means that can be work out this proposition. Lastly, were analyses some legal goods chose by lawgiver, discoursing on an idea of least Criminal Law and correlative subject matter. Concludes, that we use the documentary technique of quest, apply legal devices and vernacular jurisprudential repertory, using too the bibliographic references to founded the positioning adopted in all this work.

**KEY-WORDS:** Due process substantial; Prohibition to not enough shield; Prohibition to awfully shield; Crimes against the sexual dignity; Legal goods; Least mediation; Least Criminal Law.

## **INTRODUÇÃO**

Discente do curso de Direito no Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente (BRA). E-mail: gustavomail51@gmail.com voluntário no Programa de Iniciação Científica.

Discente do curso de Direito no Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente (BRA). E-mail: vilela.raphael@outlook.com.

Preambularmente, no que se refere à metodologia adota, preponderou a utilização de pesquisas bibliográficas pertinentes, tanto de autores nacionais, como internacionais, agregando as ideias com o fulcro de proporcionar maior credibilidade aos assuntos abordados.

Não obstante, foi de extrema importância a utilização de jurisprudências dos tribunais pátrios, bem como revistas e sites jurídicos e correlatos mediante um método indutivo de pesquisas.

Por outra via, utilizamos do método dedutivo para discussão e elucidação de temas pertinentes aos crimes contra a dignidade sexual sob o prisma do devido processo substancial, na busca de melhor elucidar o tema, e demonstrar nosso posicionamento sobre o assunto.

Iniciou-se essa labuta científica com considerações a respeito do devido processo legal, observando a questão do devido processo substancial quanto a sua proporcionalidade e razoabilidade, bem como as proibições à infra proteção e ao excesso de proteção.

Não obstante, deixamos de fazer tratamento generalizado para inserção no âmago do tema em questão, o iniciamos com um tratamento preliminar sobre as famigeradas peculiaridades constantes no título VI do Código Penal original.

Continuou o trabalho refletindo sobre a ação penal nos crimes contra os costumes, as alterações relevantes trazidas pela Lei 12.015/09 concernente à violação do devido processo substancial na vertente da infra proteção, e terminando o tópico com a pertinência da ADI 4.301 e a urgência de seu julgamento.

Logo após, foram tecidas breves abordagens sobre o capítulo V do título VI do Código Penal, tratando sobre a demasiada gerência do Estado nos crimes de lenocínio, tendo como parâmetro a violação do devido processo substancial na vertente da proibição ao excesso.

Foram tecidas considerações sobre a impossibilidade de se aceitar a moral como bem jurídico tutelado nos casos dos crimes em comento, além de estabelecer pontos sobre a efetivação de fato do Direito Penal mínimo (ultima ratio).

Por fim, concluímos o trabalho com considerações finais sobre o assunto, estabelecendo uma breve revista sobre o que fora tratado.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Frente à grande complexidade do tema posto em pauta, é importante que se faça uma análise preliminar sobre o princípio do devido processo legal, analisando suas características e

aplicabilidade.

Esse foi um princípio sempre implícito no processo penal, que passou a ser expressamente previsto com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo disposto no artigo 5°, inciso LIV da nossa Lex Max:

Art.  $5^{\circ}$  - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos tesmos seguintes:

LIV - Ninguém será privado da loberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (grifos nossos)

Tido como uma das mais importantes e valorizadas garantias constitucionais, do devido processo legal disseminam todos os outros princípios e garantias constitucionais, e assim, o renomado professor Humberto Ávila o chama de metanorma, ou ainda, de postulado normativo constitucional.

Sua importância é tamanha, que ele serve de base para a aplicação de todos os outros princípios inerentes aos mais diversos ramos do direito. Assim, o devido processo legal garante inúmeros outros princípios, como o do contraditório, da ampla defesa e da motivação (apesar de autônomos e independentes entre si), por exemplo, que, por sua vez, colaboram com a garantia tutelar dos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos.

O Due Process of Law é proveniente do direito anglo-saxão, onde se adota o common law, ou seja, direito desenvolvido por meio de decisões dos tribunais, e não por atos legislativos ou executivos, diferenciando-se do "sistema romano-germânico do direito". Todavia, a evolução e adaptação historicamente sofridas por esse postulado sempre mantiveram o cerne de restringir arbítrios estatais.

Como bem observa o professor Alberto Suárez Sánchez, quando escreveu sobre o devido processo legal, especificando-o como "um somatório de atos preclusivos e coordenados, cumpridos dentro da formalidade estabelecida e pelas partes envolvidas, principalmente quanto à competência do juiz" (2001, pg. 193).

Por outra banda, no que se refere ao conceito material ou substantivo do devido processo legal, o mesmo autor estabelece que (2001, pg. 193):

É o conjunto entre a noção formal do devido processo mais o cumprimento dos funs e direitos fundamentais, das garantias constitucionais, limitando o poder ou função do Estado, ou ainda, quando houver respeito a liberdade, a justiça, a dignidade humana, a igualdade, a segurança jurídica e os direitos fundamentais, como a legalidade, o contraditório, defesa, celeridade, publicidade, poribição da *reformatio in pejus* e do duplo processo pelo mesmo fato.

É oportuno mencionar o ensinamento trazido pelo professor Paulo Fernando Silveira (2001, pg. 245):

[...] para o substantivo devido processo, a lei deixa de ser um instrumento afirmativo, positivista, modeladora da sociedade (norma de injunção futurista), para ser encarada pela concepção negativa, ou seja, no sentido de que o governo não pode interferir em determinadas áreas sensíveis do direito, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais, sem a comprovação prévia, real e concreta, da existência de um sobrepujante interesse público, que o compele, coativamente, a agir, restringindo direitos, sem, contudo, os anular completamente.

É mister salientar que este trabalho objetiva analisar os crimes previstos no Título V no Código Penal sob o enfoque do devido processo material ou substantivo, ou ainda, devido processo substancial. Essa distinção se faz importante para que se possa compreender como as características de alguns dos crimes previstos nesse título apresentam afronta ao aludido princípio.

### O devido processo substancial: proporcionalidade e razoabilidade

Como supramencionado, o devido processo substancial é aquele atinente a razoabilidade e proporcionalidade da criação e aplicação da norma por parte do Estado. Assim, para que haja adequação, é necessário que a norma se encontre congruente à sua finalidade, não podendo o Estado fazer "vistas grossas" às possíveis afrontas de direitos assegurados pela Constituição.

Nesse contexto, toda norma que apresentar desproporcionalidade ou não for razoável quanto a sua criação ou aplicação, será considerada afronta ao devido processo substancial, e, por conseguinte, a Constituição Federal, dado que diretamente enseja desrespeito a direitos fundamentais.

No entanto, não basta que a norma seja apenas formalmente constitucional, ou seja, que tenha respeito ao processo legislativo adequado, é necessário que ela guarde proporcionalidade ao fim que se destina, e assim, extrai-se do devido processo substancial os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O Ministro Gilmar Mendes aduz que em sua essência, o "Substantive Due Process of Law externa a necessidade de se proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade" (2004, pg. 65).

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso ressalta (2001, pg. 219):

Há uma relação de fungibilidade entre o princípio da proporcionalidade e o da

razoabilidade, cuja origem remonta à garantia do devido processo legal, principalmente na fase em que se atribui a esa garantia feição substancial. Ao discorrer sobre o princípio da razoabilidade, o referido, o referido autor aponta os mesmos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, trabalhados pela doutrina e pela jurisprudência como requisito do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

Como visto, a proporcionalidade aqui abordada guarda relação com a proteção que a norma criada, ou se já criada, aplicada no caso em concreto irá proporcionar, ou ainda, a forma como o Estado age diante de determinado aspecto social que ensejou a criação da norma.

Com isso se uma norma não oferece a proteção suficiente a determinado bem jurídico falamos em infra proteção, se da criação ou aplicação da norma deriva proteção exacerbada a um bem jurídico, falamos em excesso de proteção, sendo essas as duas vertentes do devido processo substancial.

### Proibição à infra proteção e ao excesso de proteção

Quando se fala em infra proteção, refere-se ao processo de criação da norma, para que alcance sua finalidade prática, qual seja, a proteção efetiva aos direitos dos cidadãos e dos bens juridicamente relevantes.

A contrário sensu, quando determinada norma não guardar consonância com essas vertentes, a proteção será deficitária, e estará caracterizada pelo fato de a norma não atender a necessidade que deveria se destinar e não se mostrar adequada para efetivamente proteger um bem juridicamente relevante.

A proibição ao excesso por sua vez, trata-se da outra vertente do devido processo material ou substancial, podemos verificar a caracterização do excesso quando a norma criada é exageradamente protetiva, sendo que ultrapassou os limites de sua real necessidade. Além disso, ocorre o excesso de proteção, quando a norma é adequada, atinge o fim a que se propunha, porém, com um prejuízo muito grande quando sopesado o bem jurídico que foi protegido e aqueles que tiveram de ser expostos para a efetiva proteção. Nesse diapasão, haverá desrespeito a proporcionalidade em sentido estrito, pois as desvantagens que a norma trouxe são maiores que as vantagens.

Feitas as ponderações acerca da definição doutrinária do princípio do devido processo legal, bem como de suas vertentes, passaremos a analisar o aludido axioma com um foco no direito material penal, analisando alguns tipos penais dos denominados "crimes contra

a dignidade sexual" e fazendo um paralelo com o devido processo substancial.

# AS FAMIGERADAS PECULIARIDADES DO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL

Em sua redação original, o título VI do Código Penal intitulava-se "Dos Crimes contra os Costumes", ficando claro que a denominação trazida pelo legislador propunha à sociedade um comportamento médio no tocante à sexualidade, impregnando em seu contexto parâmetros de moralismo, o que se tinha era a impressão de que queriam impor às pessoas um padrão mediano no que tange a atividade sexual.

Nesse sentido, é possível subtrair dos ensinamentos do ilustríssimo professor Cléber Masson (2013, pg. 2):

A expressão "crime contra os costumes" era demasiadamente conservadora e indicativa de uma linha de comportamente sexual imposto pelo Estado às pessoas, por necessidade ou convivências sociais. Além disso, revela-se preconceituosa, pois alcançava, sobretudo, as mulheres. De fato, somente a "mulher honesta" era tutelada por alguns tipos penais, mas não se exigia igual predicado aos homens. Discutia-se se a vítima poderia ser vítima do estupro praticado pelo marido, sob a alegação de obrigatoriedade de cumprimento do famigerado "débito conjugal".

Anteriormente ao advento da Lei 11.106/05, o título VI do Código Penal trazia alguns tipos muito peculiares, como era o caso do delito de sedução, por exemplo. Contudo, é importante destacar que na sua época de criação, o contexto histórico era muito diferente do que atualmente nos encontramos.

Doutrinadores renomados, como o saudoso professor Nelson Hungria, defendiam a tipicidade de tal crime, argumentando-se que o tipo penal visava proteger a virgindade da mulher solteira, um "intransigente mandamento" baseado nos costumes<sup>3</sup>.

Sustentava-se ainda, a impunidade do marido que, mediante violência física ou grave ameaça, mantinha conjunção carnal contra a vontade de sua esposa, dizendo que "a cópula intramatrimonium é recíproco dever dos cônjuges", falando-se, inclusive, em exercício regular de um direito<sup>4</sup>, o que se nos mostra absurdo nos dias de hoje.

Posteriormente, com o advento da Lei 11.106/05, houve considerável modificação nos dispositivos, que foi responsável por corrigir algumas impropriedades técnicas, e até mesmo anacronismos.

A Lei 11.106/05 também revogou os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código

<sup>3</sup> HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V.8. p.163

<sup>4</sup> Op. cit. 126-127.

Penal. O inciso VII previa a extinção da punibilidade do agente no momento em que esse viesse a se casar com a vítima, sendo que eram abrangidos os crimes do artigo 213 ao 221, com a exceção dos qualificados pelo resultado.

No entanto, é importante ressaltar que a revogação do inciso VII, embora defendida por parte da doutrina, não é por nós vista com bons olhos, como houver, por exemplo, hipóteses de crime de estupro de vulnerável, pois não guardará parte com o princípio da proporcionalidade, o que será abordado em momento oportuno.

Não obstante, no tocante ao crime de estupro, verificamos que o legislador quis assegurar a liberdade de escolha para parceiros sexuais. Este delito, inicialmente, só poderia ser praticado por homens contra mulheres, visto que o elemento objetivo era a conjunção carnal, caracterizada pela introdução do pênis na vagina, e, além disso, como já fora mencionado, não haveria que se falar em tipificação criminal quando em mesmas circunstâncias os sujeitos do crime fossem cônjuges, visto que naquele contexto histórico se falava muito no exercício da atividade sexual como um direito inerente ao casamento, de poder submeter sua esposa a satisfazer todas as suas vontades no que tange ao sexo.

O artigo 214 tipificava o crime de atentado violento ao pudor, caracterizado pelo constrangimento, mediante violência ou grave ameaça para que alguém pratique qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Verificamos que no delito previsto no artigo 214, o sujeito ativo poderia ser tanto o homem quanto a mulher, visto que não se fala em conjunção carnal, e sim, qualquer ato libidinoso. No que se refere ao delito de estupro, as alterações mais substancias foram ocasionadas pela criação da Lei 12.015/09, assim como a referida lei foi responsável também por alterar o panorama dos chamados até então "crimes contra os costumes".

### Ação penal nos chamados "crimes contra os costumes"

No que diz respeito à propositura da ação penal para os crimes previstos no título VI do Código Penal, eles eram crimes de ação penal privada, ou seja, se procedia mediante queixa crime.

Assim, a evidente intenção do legislador era evitar o chamado "streptus judicius", ou seja, o escândalo do processo, para que a vítima não sofresse uma exposição mais traumática que o próprio fato de ser vítima do crime.

Em que pese à boa intenção legislativa com o escopo de assegurar a honra das

vítimas, constatou-se um grande número de vítimas que deixavam de oferecer queixa crime, seja por vergonha, medo de represálias ou até mesmo por desconhecimento dos meios para fazê-lo, o que acabou por gerar uma alta cifra negra, ou seja, os criminosos ficavam impunes.

Diante desse cenário, o Ministério Público do Estado de São Paulo passou a ajuizar várias ações penais públicas incondicionadas nos casos de estupro quando a vítima tivesse qualquer lesão corporal, seja ela leve ou até mesmo levíssima, mas que fosse decorrente da prática do crime, o chamado crime de violência real, ou seja, a lesão era resultado de oposição da vítima ao cometimento do crime.

Nessa toada, muitos advogados passaram a impetrar Habeas Corpus com o argumento de ilegitimidade ativa ad causam do MP/SP. O caso chegou à Suprema Corte, que acabou por uniformizar o entendimento, editando a súmula 608 do STF, e assim, o "estupro com violência real é crime de ação penal pública incondicionada".

Entretanto, o artigo 88 da Lei 9.099/95 passou a ter a lesão corporal leve como crime de ação penal pública condicionada à representação, e, a partir daí, passou a ser discutida a viabilidade de manutenção da súmula 608 do STF.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Relator Ministro Nelson Jobim, ao julgar o Habeas Corpus 82.206/SP, por motivos de política criminal, decidiu manter o entendimento que trazido pela súmula, e assim, o advento da Lei 9.099/95 em nada altera o teor da súmula, que continuará válida.

### Relevantes alterações ao Título VI trazidas pela Lei 12.015/09

O advento da Lei 12.015/09 trouxe importantíssimas modificações ao título VI do Código Penal, a começar pelo título, que passou a ser chamado de "crimes contra dignidade sexual", expressão muito oportuna, por sinal, visto que guarda total sintonia com a intenção protetiva, que não se refere a regras morais ou éticas, mas, notadamente, à defesa de bens jurídicos realmente relevantes: a dignidade sexual, vertente do postulado da dignidade da pessoa humana.

Além disso, a Lei 12.015/09 responsabilizou-se por aglutinar os artigos 214 e 213 do Código Penal, passando a existir um único crime com as características desses dois anteriormente existentes.

Deste modo, podemos verificar que a aludida fusão dos dispositivos possibilitou que qualquer pessoa pudesse figurar como vítima de estupro. Além disso, segundo alguns

doutrinadores as figuras deixaram de caracterizar concurso material, passando a ser crime único, por ser tipo misto alternativo, embora haja controvérsias sobre isso.

No tocante ao âmbito matrimonial, notamos que a partir das alterações da lei, passou a haver a possibilidade de o marido e a esposa figurarem como sujeito ativo no crime de estupro, visto que foi retirada a expressão "mulher" prevista no texto original.

Fica claro que mais uma vez o direito acompanha a evolução social, que acaba por modificar as concepções valorativas, ainda mais no tocante aos direitos adquiridos pelas mulheres, que paulatinamente tem alcançado direitos, com a finalidade de posicionamento paritário entre os gêneros.

Oportuno ressaltar que, dentre as vantagens trazidas pela Lei 12.015/09, notamos a inserção do capítulo II ao título VI, passando a haver um tratamento especial do legislador aos que cometem crimes contra indivíduos vulneráveis, assim considerados os que não podem exprimir suas vontades, em vista de sua fragilidade decorrente de sua pouca idade ou condições específicas, resguardando-o do início antecipado ou abusivo na vida sexual.

Nesses casos, não mais se falava em presunção de violência, pelo menos expressamente, pois na nova legislação, verifica-se que continua existindo mesma presunção, mas disfarçadamente, o que para Cezar Roberto Bitencourt "trata-se, inequivocamente, de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que se consagrou no Supremo Tribunal Federal sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado (art. 224)".<sup>5</sup>

Nessa linha, merece destaque parte do antológico acórdão do ministro Marco Aurélio, que pontificou: "A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público".<sup>6</sup>

A lei 12.015/09 inseriu também o estupro de vulnerável no rol dos crimes hediondos, em seu artigo 1º, inciso IV, e por isso, acabou por revogar tacitamente o artigo 9º, que era atinente ao artigo 224 do código penal.

Através da exposição de motivos, é possível perceber que o legislador visou proteger a dignidade sexual e a integridade da pessoa vulnerável, inclusive, acabando com a presunção

Bitencourt, Cezar Roberto. O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. Em: <a href="http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita">http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita</a>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

<sup>6</sup> HC. STF 73.662/MG, 2<sup>a</sup> T. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, 21.05.2005.

de violência expressa que ocorria com a vigência do artigo 224 do Código Penal.

Evidencia-se a desproporcionalidade da interpretação de do termo vulnerabilidade absoluta quando passamos analisar que a punição é a mesma para um estuprador depravado e para um namorado que teve conjunção consensual, fato que por si só aduz tormentoso debate.

É o caso que se extraí das lições do respeitado professor Cléber Masson, que exemplifica (2013, pg. 63):

João conhece Maria em um baile de carnaval reservado para maiores de 16 anos. Além disso, as características de Maria - seu corpo, sua postura e sua desenvoltura na conversa - fazem crer tratar-se de pessoa com idade superior a 16 anos. No final da festa, João convida Maria a ir até a sua casa. Ela aceita, e com ele mantém conjunção carnal. No dia seguinte, policiais aparecem à residência de João e o levam para ser ouvido nos autos de inquérito policial, instaurado para apurar o crime de estupro de vulnerável, pois teve conjunção carnal com Maria, pessoa na verdade com 13 anos de idade.

O mesmo autor assevera que nesse caso é indiscutível o erro de tipo, João agiu com desconhecimento da elementar do tipo descrita no artigo 217-A, caput, do código penal, consistente na idade de Maria. Não obstante, João agiu sem dolo, e, como não foi prevista a modalidade culposa do estupro de vulnerável, o fato seria atípico.

A partir desse posicionamento, surge o seguinte questionamento: um indivíduo que tem conjunção carnal com a vítima vulnerável, oferecendo riscos para sua integridade física, apenas porque estava acometido de erro sobre a idade da vítima, não estará cometendo crime algum, por outro lado, o namorado da garota de 13 anos que lhe deu um beijo lascivo responde por estupro de vulnerável, podendo ser apenado com reclusão de no mínimo 08 anos?

Bem, talvez o inciso VII do artigo 107 do código penal pudesse resolver o problema que se instala no nosso exemplo, se o legislador não houvesse retirado essa excludente de punibilidade por meio da lei 11.106/05, e nos parece que deste modo esse tipo de situação seria evitado.

Claro que a aplicação dessa excludente deveria ser relativizada e analisada caso a caso, uma vez que correríamos o risco de alguém se submeter a casar apenas para se ver livre das consequências a que estaria sujeito.

A ausência de proporcionalidade fica ainda mais visível quando consideramos o fato das consequências que uma condenação por estupro de vulnerável traz ao autor, além da pena maior até mesmo que a do homicídio, da sujeição à "justiça" prisional, uma vez que é de conhecimento notório e veementemente noticiado nas mídias que autores desses tipos de

crimes não têm uma recepção muito amistosa por parte dos outros presos, sofrendo graves violências e até sendo mortos dentro do estabelecimento prisional.

Assim, haveria tratamento paritário tanto no caso de um depravado estuprador, quanto no caso de um namorado que teve relação sexual consentida, mas que por exacerbado formalismo legislativo, deve se submeter às duras penas.

Desse modo, fica visível que seria medida de rigor estabelecer uma análise casuística antes de imputar a alguém o delito do artigo 217-A, haja vista que com a evolução da sociedade, com o acesso à informação e o desenvolvimento cada vez mais precoce dos adolescentes essa vulnerabilidade dos indivíduos com menos de 14 anos não pode ser encarada como absoluta.

Nesse sentido, importa destacar a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO.

Os elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 22 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal.

No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes.

Na hipótese dos autos, a prova angariada revela que as relações ocorreram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva. Aponta também que a ofendida apresentava certa experiência em assuntos sexuais. A análise conjunta de tais peculiaridades permite a relativização de sua vulnerabilidade.

Como consequência, a conduta descrita na inicial acusatória não se amolda a qualquer previsão típica, impondo-se a absolvição do réu com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal (fundamento diverso ao constante da sentença).

(TJ/RS. Acórdão em recurso de apelação 70044569705/2011. Relator: PIAZZETA, Naele Ochoa. Publicado no DJ de 31-10-2011).

Outra substancial alteração ocorre com o artigo 225, que trata da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. A referida lei estabeleceu no caput do artigo que a ação penal nos crimes definidos nos capítulos I e II do título VI procedem-se mediante ação penal pública condicionada à representação, estabelecendo ainda no parágrafo único que se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável a ação penal seria pública incondicionada.

Feitas essas considerações em relação às relevantes alterações ocorridas no Código Penal, passaremos ao ponto principal do tema, que se nos apresente com substancial

# Alterações proporcionadas pela Lei 12.015/09 e a violação do devido processo substancial na vertente infra proteção

Como já fora mencionado, para que uma norma criada pelo Estado atinja sua finalidade, ela deve apresentar o menor número de prejudicialidade possível e o máximo de proteção aos direitos fundamentais.

Com efeito, perante a existência de um Estado democrático de direito, o direito penal deverá sempre ser examinado a partir de um garantismo positivo, ou seja, deverá sempre ser indagado sobre o dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal.

Significa dizer que, caso o legislador não se atente a essa proteção, será cabível a utilização da cláusula de "proibição da proteção deficiente" (untermassverbot).

A solução encontrada para corrigir a problemática referente aos crimes de estupro qualificado já mencionado consiste em continuar com a aplicação da súmula 608 do STF no tocante ao estupro qualificado, o que embora eficaz para resolver à problemática, é visivelmente incorreto.

Vejamos: a súmula 608 do STF foi editada em 17 de outubro de 1984, naquele contexto a sua validade estava fundamentada no artigo 101 do Código Penal, estabelecendo que ação penal seria pública incondicionada porque o crime de estupro com violência real era complexo em sentido amplo, e como uma de suas figuras se procedia mediante ação penal pública incondicionada, para o estupro com violência real seria ação penal pública incondicionada.

Ademais, a súmula trouxe uma maior proteção para as vítimas de estupro com violência real, visto que anteriormente a sua edição a ação penal era privada.

Pois bem, com a vigência da lei, verificamos que a súmula não mais poderia ter incidência, porque uma súmula, exceto as vinculantes, não pode se sobrepor à uma lei, especialmente quando lhe forem cronologicamente posteriores.

Contudo, evidentemente, devido aos motivos que já expostos, a aplicação da redação do artigo 225 posterior a Lei 12.015/09 fere, contundentemente, o devido processo substancial na vertente da proibição da proteção deficiente, uma vez que a medida a rigor seria

estabelecer na lei que a ação penal coerente nesses casos de estupro com violência real seria a pública incondicionada, impedindo que ocorra a aberração penal da impunidade, e assim, o agente seria, ao menos, processado.

Todavia, este não é o entendimento comungado pelo professor de Cezar Roberto Bitencourt, que assevera, por exemplo, que "não se pode falar em proteção deficiente, quando se constata que há cominação de penas, havendo lesão grave ou morte, com máximos de doze e trinta anos de reclusão respectivamente"<sup>7</sup>.

Entretanto, sabemos que para o Estado oferecer proteção eficiente não basta cominar uma pena ao tipo penal que submeta o autor do fato a uma punição efetiva, mas, o Estado tem que adotar meios para que a norma seja aplicada a maior gama possível de agressores, evitando impunidades.

Não obstante, o direito penal se sobrepõe, indistintamente, sobre todos os indivíduos, e assim, deve ser aplicado sobre todos aqueles que lesionarem um bem jurídico penalmente relevante.

Por fim, que pese a boa intenção do legislador em resguardar a intimidade da vítima, evitando o escândalo do processo (streptus judicis), como bem gosta de preceituar os doutrinadores, essa garantia não pode prevalecer sobre àquele bem muito mais relevante que já lhe foi alvejado quando da conduta do sujeito ativo.

Deste modo, evidencia-se que o conceito de proporcionalidade – por nós já citado – em sua modalidade estrita não poderá sobrepor a finalidade da norma aos direitos fundamentais que determinada norma visa garantir.

Nesse diapasão, não nos parece razoável que o legislador deixe de aplicar uma sanção ao agente de tão reprovável conduta em detrimento à exposição da vítima, pois se assim o fizesse, estaria estimulando diretamente a criminalidade em relação a possibilidade de futuras práticas delitivas de mesmo gênero.

Com o propósito de evitar a impunidade, a Procuradoria-Geral da República, ajuizou a ADI 4.301, que até hoje se encontra sem julgamento, requerendo que se declare a parcial inconstitucionalidade da ação penal pública condicionada à representação nos crimes de estupro qualificado pela lesão corporal grave e no estupro qualificado pela morte, sem a redução de texto do artigo 225, caput do Código Penal.

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 4.ed., São Paulo, Saraiva, 2010, vol.4, p. 143.

## Pertinência da ADI 4.301 e a urgência de seu julgamento

A petição inicial da ADI 4.301, trazem claros argumentos sobre a afronta da derradeira redação à dignidade da pessoa humana e a proibição da proteção deficiente por parte do Estado. É conspícuo que o a alteração trouxe grande ofensa ao princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição da proteção deficiente pelo Estado, bem como a violação da dignidade da pessoa humana, um dos mais importantes postulados de nossa Constituição Federal.

Deste modo, o Procurador Geral assevera sobre a violação de tão relevantes princípios, que se materializam pelo empecilho à persecução penal nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, tornando vulneráveis bens jurídicos da mais alta importância — vida e saúde — sem uma razão suficientemente forte que justificasse a opção legislativa.<sup>8</sup>

Mantendo a mesma lógica, o Procurador Geral assevera ainda que sob outro ângulo, a falta de razoabilidade ainda decorre da constatação de que, nos demais crimes definidos na legislação penal, cujos resultados são lesão grave ou morte — ou nos próprios crimes de homicídio e de lesão corporais grave, inclusive culposos, a ação penal é sempre pública incondicionada.

O tratamento diferenciado no delito de estupro qualificado não se sustenta, visto que a conduta antecedente não tem força para atenuar o enorme interesse público decorrente do resultado qualificado.<sup>9</sup>

A ação direta de inconstitucionalidade se encontra inconclusa, e o congresso nacional já se manifestou no sentido de insistir no motivo de criação da redação do artigo 225 do código penal, salientando que a ação penal foi erigida com uma condição de procedibilidade por ser medida pleiteada a muito tempo pelas próprias vítimas, que ficavam a mercê do escândalo do processo, que lhe faziam relembrar todo o sofrimento que passaram com a prática do delito entre outros fatores.

O Advogado Geral da União corroborou os argumentos trazidos pelo Procurador Geral da República, assentando que a ação deveria ser julgada procedente.

Devido à demora no andamento do processo, o Procurador Geral da República juntou nova petição aos autos em dezembro de 2015 onde pediu celeridade no andamento dos trabalhos, pedindo para que o mesmo fosse colocado em pauta.

<sup>8</sup> ADI 4.310. P.8. Disponível em: www.stf.jus.br

<sup>9</sup> ADI 4.310. P.8. Disponível em: www.stf.jus.br

No dia 05 de maio de 2016, o Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM), protocolou petição aos autos da ADI 4.301 requerendo o ingresso como "amicus curiae", se colocando como capazes de auxiliar tecnicamente no deslinde do caso.

O NUDEM, como é denominado, declarou sua pertinência temática destacando o seguinte in verbis (ADI, pg. 6 e 7):

A alteração legislativa fez suprir o entendimento sedimentado pela Súmula 608 desta Corte, pois retira o caráter de incondicionalidade da ação penal para os crimes complexos, ou seja, crimes sexuais com resultado morte ou lesão grave. Tal supressão viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, já que os crimes sexuais com resultado agravado dependerão de representação da vítima, o que não se pode admitir não só pela gravidade do fato criminoso, como também pela já anciã e enterrada discussão da primazia do sigilo da vida privada da mulher em detrimento da apuração criminal. É inadmissível que mesmo após tantas conquistas dos movimentos de mulheres, mesmo após nossa Constituição dita "Social" de 1988 que preza pela igualdade material entre homens e mulheres, bem como a repressão aos crimes praticados contra a mulher, em especial no âmbito doméstico e familiar Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (artigo 226, §8º), que se mantenha o artigo impugnado nos moldes como hoje está. Daí a importância da interferência do NUDEM nessa ação, diante da alta prevalência dos crimes sexuais no Brasil, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal defina o objeto deste processo de forma definitiva, de modo a imprimir maior segurança ao sistema criminal. Em consequência, requer que Vossa Excelência considere a possibilidade de pedir inclusão do processo em pauta para julgamento, no prazo que for possível.

Além disso, destacam no pedido seu posicionamento dizendo que "retirar da mulher a responsabilidade por eventual ação penal diminuiria sua carga sobre eventual condenação. A visão dos juristas que sustentam essa tese nada mais é do que resquício de uma cultura machista, em que a mulher era tida como objeto e quem decidia a respeito da persecução penal era seu marido ou pai, homem responsável pela condução familiar". <sup>10</sup>

Com isso, podemos afirmar que a alegação de que a persecução penal, em sua essência, oferece um constrangimento para a vítima é deveras ultrapassado, observado que com a evolução social e a paulatina aquisição de direitos pelas mulheres, essas deixaram de viver amedrontadas, e passaram a querer ver seus agressores punidos pelas ofensas dirigidas a elas.

Então, após os eventos no andamento a ADI 4.301, os autos tornaram-se conclusos ao relator Ministro Roberto Barroso. Considerando a inconstitucionalidade do caput do artigo 225 do Código Penal, e a situação fática que enfrentamos, mesmo com a aplicação errante da súmula 608 do STF, verificamos que a melhor solução seria a concessão da medida liminar

<sup>10</sup> ADI 4.301. Pedido de ingresso como "amicus curiae" (20432/2016). P. 11 e 12. Disponível em: www.stf.jus.br

que pleiteia o Procurador-Geral da República, acabando com o ambiente de insegurança jurídica e de impunidade que se instala, onde é necessária a aplicação de uma súmula, que nem natureza vinculante tem, isso porque a lei vigente é demasiadamente falha, e não oferece a proteção eficiente a sociedade, violando de forma direta a proporcionalidade que está consubstanciada no princípio do devido processo substancial.

Ainda, coopera para a aceleração da apreciação da referida ADI, oferecendo de uma vez por todas, ao menos em campo de deflagração da persecução penal na fase judicial, a proteção eficiente que o Estado está vinculado a proporcionar.

# BREVES ABORDAGENS SOBRE O CAPÍTULO V DO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL

Com a vigência da Lei 12.015/09, o capítulo V, do título VI do Código Penal recebeu a nomenclatura de "do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual".

O professor Nelson Hungria define o lenocínio como sendo "o fato de prestar assistência à libidinagem de terceiro ou dela extrair qualquer tipo de proveito"<sup>11</sup>.

O bem jurídico tutelado para os crimes desse capítulo eleito pelos doutrinadores são a moralidade pública sexual e os bons costumes. Nesse sentido, corrobora o ilustre mestre Cezar Roberto Bitencourt, lecionando: "o bem jurídico protegido é a moralidade pública sexual, objetivando, particularmente, evitar o incremento e o desenvolvimento da prostituição"<sup>12</sup>.

Por outro lado, o professor Damásio de Jesus destoa desse entendimento, asseverando que "o objeto jurídico é a disciplina da vida sexual, de acordo com os bons costumes, a moralidade pública e a organização da família"<sup>13</sup>.

Considerando essa definição do bem jurídico tutelado pelo direito penal nos crimes de lenocínio, muitos defendem a inconstitucionalidade de alguns tipos penais contidos no capítulo, por elencar como valor protegido tão somente valores de cunho moral, tutelando a moralidade sexual de pessoas maiores de idade e capazes.

Em síntese, faltaria legitimidade à atuação do Estado, em contrariedade com o princípio da ofensividade, e assim, entende o professor Guilherme de Souza Nucci (MASSON, 2013, p.94 apud NUCCI, 2010, p.942.):

Trata-se, a nosso ver, de crime que mereceria ser extirpado do Código Penal, pois a

<sup>11</sup> Hungria, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, v. VIII, p.266.

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 146.

<sup>13</sup> JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, vol.3, 19.ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 189.

liberdade sexual, exercida sem violência ou grave ameaça, não deve ser tutelada pelo Estado. Crendo-se ainda necessária tal figura típica, está-se fechando os olhos para a realidade, pois basta consultar as inúmeras ofertas de sexo feitas pelos mais variados meios de comunicação em massa do país para verificar o excessivo número de pessoas que estão, dia após dia, induzindo outras à satisfação da lascívia alheia e – o que é mais ostensivo – com a nítida finalidade de lucro.

No tocante a inconstitucionalidade de alguns tipos penais inseridos no capítulo "lenocínio", esse também é o nosso posicionamento, visto notarmos a ocorrência de uma proteção exacerbada por parte do Estado, dado ao fato de existirem bens juridicamente mais relevantes, e que por sua vez não recebem a devida proteção.

Assim, ao criar tipos penais como estes que tutelam tão somente a moral pública sexual, estar-se-ia invadindo a esfera dos particulares, recriminando condutas que quando cometidas em outro contexto não ensejam fato típico algum.

### A hiperbólica gerência do Estado nos crimes de lenocínio

Verificando os delitos do capítulo V do título VI do Código Penal separadamente, perceberemos o quanto o Estado tem sido intervencionista em alguns deles. Pode-se citar como exemplo o delito do artigo 227, caput, do Código Penal, denominado mediação para satisfazer a lascívia de outrem que possui a redação "induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem", prevendo pena de reclusão de um a três anos aos sujeitos ativos desse delito.

Esse delito se mostra peculiar, uma vez que se nos apresenta com a finalidade de coibir a atuação intermediária de uma pessoa na atividade sexual de terceiro, onde uma pessoa convence à outra a satisfazer a lascívia (desejo sexual, a luxúria, a contemplação da libido) de um outrem, pessoa ou pessoas determinadas.

Nesse sentido, questiona-se: qual a lesividade que esse crime traz ao Estado? Uma vez eleito como bem jurídico a moral pública sexual, é plausível a alegação de que tal conduta fere a moral pública da sociedade, porém, entendemos que a moral pública não é um bem jurídico penalmente relevante, e, especificamente no caso do artigo 227, caput, nos parece que mesmo aceitando a eleição da moral como bem jurídico, nem isso é lesionado no caso em tela, visto que nos dias de hoje a sociedade em sua maioria não reprova em escala moral a conduta do artigo 227, caput.

Essa afirmativa fica nítida, como no caso hipotético: João está acompanhado de seu amigo José em uma festa, e em determinado momento, verificando que seu amigo não conseguia interagir com nenhuma garota, resolve abordar uma amiga sua que estava na festa e

começa a falar sobre seu amigo que o acompanhava, ressaltando suas características e dizendo que vá "ficar" com ele, pois ele quer beijá-la.

Pois bem, a garota então é convencida por João e resolve "ficar" com José, ocasião em que ocorre entre eles um beijo lascivo, satisfazendo a lascívia de José. Nesse caso, José já seria sujeito ativo do delito de mediação para satisfazer a lascívia de outrem, visto que o tipo penal não exige nada mais do que qualquer conduta capaz de satisfazer a lascívia do beneficiário, mesmo que efetivamente não proporcione essa satisfação.

Ora, isso nos parece demasiadamente desproporcional, diante de sua ocorrência comum em festas e outros lugares, e, por esse motivo, esse fato não seria capaz de ferir a moral pública sexual.

Mantendo o enfoque no crime previsto no artigo 229 do Código Penal cujo nomem iuris é casa de prostituição, com redação "manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente", também podemos verificar essa interferência exacerbada do Estado, onde se recrimina a conduta de manter estabelecimento onde ocorra exploração sexual, sendo que as próprias condutas em si, de dispor do próprio corpo não caracterizam delito algum.

Assim, a impressão que se tem é que o legislador teve por objetivo punir indiretamente a prostituição, visto que tempos atrás, mesmo elencando como atitude comumente reprovada pela sociedade não a criminalizou.

Esse fato, em tese, poderia justificar a punição do chamado proxeneta, ou seja, aquela pessoa que mantém locais destinados a encontros libidinosos, e assim, aproveitar-se dos lucros obtidos pela prostituição alheia, muitas vezes até viciando sua vontade quanto a sair da atividade de se prostituir, evitando que deixe a atividade para continuar lhe proporcionando lucro.

Ao analisar a própria redação do artigo 229, verifica-se que não é esse o motivo único pelo qual o indivíduo é punido, pois o tipo penal é claro ao descrever que a punição ocorrerá independentemente do intuito de lucro para a caracterização do delito.

Nas palavras do magistrado Guilherme de Souza Nucci:

[...] Se a prostituição tanto incomoda, somente para argumentar, crie-se o tipo penal apropriado, criminalizando-a. Somente assim teria sentido buscar a punição por quem a pratica ou quem mantém lugar destinado à prática desse crime. Porém, não constituindo delito, de nada importa existir uma infração penal, pretendendo punir o dono de um lugar onde ocorra ato não criminoso. Se a prostituição é prática imoral, lembremos que a corrupção também é, aliás, além de imoral é crime. E não consta

O STF já salientou que "no delito de casa de prostituição previsto no artigo 229, não se tutela nada diverso à moral e aos bons costumes." <sup>15</sup>

Para o professor Jorge de Figueiredo Dias, embora possível citar outros nomes, não é tarefa primária ou secundária do Direito Penal a proteção da moral, porque isso faria com que o Direito Penal assumisse tarefas irreais, como um agente de transformação social<sup>16</sup>.

Portanto, podemos observar que ao punir o dono de estabelecimento destinado a exploração da atividade sexual, o Estado está agindo de forma intensamente intervencionista, coibindo de certa forma a própria prática da prostituição que não constitui delito algum, exercendo a prostituição em um local destinado exclusivamente a tal atividade ou na rua é irrelevante, a prostituição vai continuar existindo, é uma prática que sempre existiu e sempre vai existir, ademais, a prática do meretrício é uma das mais antigas de nossa história.

No delito do artigo 230, caput, do Código Penal, denominado rufianismo, a atuação do Estado interferindo na vida dos particulares fica ainda mais visível, pois nesse delito punese aquele que tira proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça.

Nesse contexto, podemos observar que se pune o delito tão somente por sua característica de imoralidade, o que é totalmente contrário ao princípio da ofensividade, um dos vetores do direito penal atual.

Não obstante, o estarrecimento com este tipo penal é ainda maior quando evidenciado por estudo em obras de vários doutrinadores, onde se nota que o posicionamento majoritário é de que o indivíduo chamado rufião, comete o delito mesmo não querendo se sustentar pela meretriz, quando esta toma iniciativa de sustentá-lo.

Esse é o que entende, por exemplo, o ilustríssimo penalista Cléber Masson, que questiona (2013. p. 116.): se não há crime para quem lucra com a própria prostituição, qual seria a legitimidade na punição do terceiro que se aproveita do adulto (plenamente capaz) que exerce a prostituição, sem se valer de violência à pessoa, grave ou fraude?<sup>17</sup>

Nas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira (MASSON, 2013 apud SILVEIRA, 2008):

<sup>14</sup> Crimes contra a dignidade sexual, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.

<sup>15 1</sup>ª turma, HC. Nº 104.467/RS, rel. Ministra Carmen Lucia, de 08 de fevereiro de 2011.

<sup>16</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revistadas. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

<sup>17</sup> Direito penal esquematizado, vol.3: parte especial – 3. Ed. – São Paulo: METODO, 2013.

Por fim, e derradeiramente, parece pouco aceitável a manutenção de uma construção tipológica como contida no artigo 230 da lei nuclear, a saber, o rufianismo. Por mais reprovável que possa ser, desde um ponto de vista da sociedade patriarcal e machista, fazer-se sustentar pelo comércio do corpo e do sexo de outrem, isso só o é desde um ponto de vista moral. Espetáculos pornográficos de sexo explícito e mesmo a feitura de filmes televisivos ou cinematográficos de sexo explícito, ainda que não formas de prostituição clássica, envolvem a prática sexual mediante paga e não se imagina uma reprovação de quem venha a se sustentar por tais afazeres. Se existe uma censura moral por tais fatos, não pode haver uma reprovação penal.

Partindo desse pressuposto, se mostram constitucionais apenas as figuras do rufianismo, previstas no parágrafo primeiro (vítima menor de 18 e maior de 14 anos de idade), pois, além da moral pública, estaria envolvendo a formação física, moral e psicológica do adolescente; e, por conseguinte, no parágrafo segundo, em razão da coação ou do emprego de violência a vítima.

Por outro lado, a figura prevista no caput seria inconstitucional, por tutelar tão somente a moral, ferindo assim princípios como o da ofensividade, intervenção mínima e outros que fazem parte do conceito de direito penal mínimo, em sua característica de "ultima ratio".

Os crimes desse capítulo que são atinentes ao favorecimento à prostituição não serão abordados pelo viés dos delitos acima mencionados, porém, vale destacar que nos parecem constitucionais apenas nas hipóteses em que a pessoa que se prostitui é menor de idade ou vulnerável, ou ainda, quando a vontade da pessoa que se prostitui é.

### Violação do devido processo substancial na vertente da proibição do excesso

Como fora mencionado, ao intervir na vida dos particulares a ponto de cominar penas a condutas meramente imorais, o legislador está ferindo o devido processo substancial, no que se refere a proteção em excesso, uma vez que o ordenamento jurídico contempla bens jurídicos muito mais relevantes que são deixados de lado, ou possuem cominações que não são suficientes devido a reprovabilidade da conduta.

Por outro lado, o legislador insiste em cominar penas a condutas irrelevantes, pelo menos à luz de um direito penal mínimo. Como bem destaca Rogério Greco (2011, pg. 77):

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo direito penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem

### jurídico.18

É notório que para a escolha do bem a ser protegido no direito penal, e consequentemente para a criação da figura típica penal, o legislador deve obedecer aos princípios penais fundamentais (intervenção mínima, lesividade, adequação social, fragmentariedade, dentre outros), que nortearão o legislador, para que não sua escolha ele – o legislador – não acabe por cercear a liberdade de um indivíduo por comportamentos que não oferece lesão a bem jurídicos relevantes.

Deste modo, quando esses princípios não forem respeitados, haverá sério risco de a norma em criação traga em seu conteúdo uma desproporcionalidade, e, por sua vez, ferindo contundentemente o devido processo substancial.

Importa destacar que renomados doutrinadores como Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco elucidam as ideias de excesso de proibição, com base no direito constitucional alemão, que foi o primeiro a tratar expressamente do assunto (2009, p. 364-367):

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeits) ou ao princípio da proibição de excesso (Übermassverbot) qualidade de norma constitucional não escrita. [...] Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit).

Ante o exposto, nos parece claro que os delitos previstos nos artigos 227, 229 e 230, todos do Código Penal, o Estado tutela tão somente a moralidade pública sexual, o que acaba por afrontar a proporcionalidade, o que por seu turno resulta em inconstitucionalidade dos referidos dispositivos.

### A inaceitável tutela da moral como bem jurídico tutelado

Em que pese à teoria do bem jurídico exposta por Karl Binding, que preceituava que bem "jurídico é tudo aquilo que o legislador entende como tal, tudo aquilo que aos olhos dele

<sup>18</sup> GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista o direito penal. 6.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

tem valor", pensamos que com a evolução da sociedade, nem sempre aquilo que o legislador valora é digno de proteção penal, quando levamos em conta a característica subsidiária do direito penal, onde se deve buscar a proteção de bens que foram eleitos como importantes por outros meios, para que por fim, o Direito Penal possa tutelá-los.

No que se refere à eleição da moral como bem jurídico penalmente tutelado, o Estado não deve desempenhar papel de tutor moral valendo-se do Direito Penal como técnica pedagógica. Além disso, o legislador não possui competência para punir por sua imoralidade, condutas não lesivas a bens jurídicos.

Deste modo, é possível concluir que não guarda proporcionalidade o estabelecimento da moral como bem jurídico passível de punição, justamente pelo fato de nesse ponto em específico o direito estar ultrapassado pela evolução social.

Assim, as condutas aqui criminalizadas já não são mais moralmente puníveis como dantes, outrossim, essas condutas passaram a ser corriqueiras, não havendo mais que se falar em relevância jurídica passível de punição, em virtude de o que era imoral, deixou de sê-lo.

## Efetivação do direito penal mínimo: o direito penal como "ultima ratio"

Quando se faz referência ao direito penal mínimo, devem ser incluídos nesse contexto outros importantes princípios do Direito Penal, e assim, conclui-se que alude o caráter de especialidade do direito penal, ou seja, existe uma compensação entre o bem que fora lesado e a necessidade de intervenção do direito penal.

Significa dizer que, o direito penal possui característica de ultima ratio, ou seja, aplica-se de forma subsidiária aos outros ramos do direito, desde que esses não tenham resolvido o conflito.

Vejamos, sobre o tema, o magistério do doutrinador Paulo Queiroz, que trata a matéria da seguinte forma (QUEIROZ, Paulo. Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico. IBCcrim, nº 74, 1999):

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a 'ultima ratio', limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito.

O direito penal mínimo não permite que a utilização do Direito Penal para qualquer situação, porque ele visa garantir que nenhum cidadão tenha seus direitos fundamentais

suprimidos sem que tenha se comportado de forma justa para tanto.

Não basta que o legislador atenda ao apelo público ou para aquilo que acha relevante, todavia, ele deverá se atentar aos bens cujo ferimento traga chagas profundas, não só para o Estado, mas para a coletividade como um todo. Faz-se necessária uma efetiva descriminalização de certos tipos penais que não afrontam bens jurídicos importantes. A manutenção desses tipos incriminadores de pouca relevância só atrapalha a atividade policial, como também no exercício da Justiça Criminal.

Diante disso, o Direito Penal deve limitar-se de fato às lesões a bem jurídicos relevantes, deixando de versar sobre aqueles bens que a priori não apresentam lesividade alguma, mantendo-se a máxima de que o Direito Penal é de aplicação subsidiária (ultima ratio).

### CONCLUSÃO

Como pudemos observar durante todo o trabalho, na atual redação do nosso Código Penal ficam visíveis vários anacronismos, mesmo com todas as alterações trazidas por leis ordinárias, onde se mostram evidentes em diversos pontos à afronta de algumas normas ao devido processo substancial, seja em sua vertente da proibição da infra proteção ou na vertente da proteção ao excesso, o que faz com que a norma, ao menos em um aspecto material, possa ser considerada inconstitucional.

Deste modo, faz-se necessária uma revisão de determinados artigos do Código, para que se efetive a proporcionalidade tanto almejada e debatida em diversos trabalhos científicos e obras doutrinarias.

É claro que as normas desproporcionais e desarrazoadas do nosso Código não se limitam a essas que abordamos no presente trabalho, mas se fizermos uma análise geral, e ainda assim perceberemos que as normas que afrontam a referida proporcionalidade são inúmeras, e merecem maior atenção do legislador, para que se estabeleça maior segurança jurídica, ao fazer do Direito Penal mais eficaz, e, também, para que assuma de fato a característica de última ratio, fazendo prevalecer os direitos fundamentais dos cidadãos.

### REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação è aplicação da Constituição. 43 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 4.ed., São Paulo, Saraiva, 2010,

vol.4.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

CALLEGARI, André Luiz. O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. IBCcrim, nº 70, 1998

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revistadas. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista o direito penal. 6.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V.8.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, vol.3, 19.ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado, vol.3: parte especial – 3. Ed. – São Paulo: método, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 1985.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico. IBCcrim, nº 74, 1999

SÁNCHEZ, Alberto Suárez. El debido proceso penal. 2. Ed. Bogotá – Colombia: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.