

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA I



VI
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

VALTER FOLETO SANTIN

ANTONIO SÉRGIO CORDEIRO PIEDADE

DÉCIO FRANCO DAVID

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

Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Valter Foletto Santin, Antonio Sérgio Cordeiro Piedade & Décio Franco David
(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^a Dr^a 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 I / Valter Foletto Santin,
Antonio Sérgio Cordeiro Piedade & Décio Franco David,
organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2016.
(Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do
Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-36-4

1. Violência e Criminologia I / Valter Foletto Santin,
Antonio Sérgio Cordeiro Piedade & Décio Franco David.

CDU-344

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Penal Especial.

344

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DO CUMPRIMENTO DIGNO DA PENA EM UMA PERSPECTIVA PRÁTICA DO CENTRO DE RESSOCIALIZAÇÃO DE PRESIDENTE PRUDENTE	5
Isabela Esteves TEMPORIM Cleber Máximo da SILVA	
DISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA: IDENTIDADE EM MICHEL SERRES E O CASO DO MENINO ITALO	23
Gabriel Engel DUCATTI	
JUSTIÇA RESTAURATIVA: ASPECTOS GERAIS E APLICABILIDADE NA SEARA CRIMINAL	37
Ricardo Alves DOMINGUES	
LEI 12.850/2013: CONCEITOS DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COLABORAÇÃO PREMIADA E A ATECNICIDADE DA EXPRESSÃO DELAÇÃO PREMIADA	54
Rodolfo Venancio da SILVA Valter Foletto SANTIN	
LEI DA PALMADA: UMA ANÁLISE SOBRE AS PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES OCORRIDAS NOS DISPOSITIVOS LEGAIS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	70
Ana Paula MEDA Thaís de Moraes GARROTE	
O DIREITO PENAL NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO MARGINALIZADA	88
Levi Mendes de SOUSA Mayara TELES	
O TRATAMENTO DISPENSADO AOS PRESOS NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS SOB O ENFOQUE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	102
Thais Rodrigues de LIMA Oswaldo SOARES NETO	
REFLEXÕES SOBRE A PENA EM HEGEL	120
Décio Franco DAVID Antonio SALOMÃO NETO	
TRANSTORNO DE PERSONALIDADE E SUA PREDISPOSIÇÃO PARA O COMETIMENTO DE DELITO: ASPECTOS GERAIS ACERCA DO PSICOPATA E	

SEU TRATAMENTO PENAL

138

Luiz Fernando KAZMIERCZAK

Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO

**UMA ANÁLISE DA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA SOB O ENFOQUE DA
TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO**

160

Laysa Maria de LIMA

Luisa Kiiller NUNES

DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DO CUMPRIMENTO DIGNO DA PENA EM UMA PERSPECTIVA PRÁTICA DO CENTRO DE RESSOCIALIZAÇÃO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Isabela Esteves TEMPORIM¹
Cleber Máximo da SILVA²

RESUMO

Tratar sobre a aplicação da pena é essencial para que se fale sobre ressocialização. O presente trabalho objetivou então trazer sobre a função da pena em uma perspectiva de ressocialização, e em um segundo momento, fez toda a aplicação em uma visita prática realizada a um centro de ressocialização localizado na cidade de Presidente Prudente, interior do estado de São Paulo. Assim, toda a visita foi analisada de modo a entender como o tratamento ali fornecido significa a ressocialização do indivíduo. Após essa análise, coube ainda notas sobre como os centros significam um avanço real na ideia da função da pena e da função da sociedade no contexto.

PALAVRAS-CHAVE: Centro de Ressocialização. Reeducar. Dignidade. Sociedade.

ABSTRACT

Handle on the application of the penalty is essential to talk about resocialization. This study aimed then to bring about the function of the sentence in a rehabilitation perspective, and in a second stage, made the application in a practice visit made to a rehabilitation center in the city of Presidente Prudente, located on the state of São Paulo. Then, the entire visit was analyzed in order to understand how the treatment provided there means the rehabilitation of the individual. After this analysis, also had some space for notes about how the centers means a real breakthrough in the idea of the function of the sentence and the function about the whole society in the context.

KEY-WORDS: Resocialization Center. Reeducating. Dignity. Society.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi embasado em visita, in loco, ao Centro de Ressocialização de Presidente Prudente no dia 09 de Maio de 2016, para apresentar aos alunos do terceiro ano do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente o dia a dia dessa forma de administração penitenciária que visa não a punição do indivíduo pelo ato delituoso, mas sua reinserção na sociedade com o auxílio de sua família, sociedade,

1 Estudante do curso de Direito no Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente; participa ativamente do grupo de fomento a iniciação científica "O Estado de Direito: aspectos políticos, jurídicos e Filosóficos".

2 Possui graduação em Administração pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente(2013) e curso-tecnico-profissionalizante em Técnico em Análises Químicas Industriais pela SENAI Santo Paschoal Crepaldi(2009). Tem experiência na área de Administração.

Estado e de si próprio.

Assim, o trabalho objetivou tratar da função ressocializadora da pena e, após uma perspectiva teórica, as aplicações passaram a ser de modo prático em toda a estrutura do Centro de Ressocialização apresentada pelos autores.

Os chamados CRs possuem peculiaridades em relação aos presídios comuns; os dados e informações foram fornecidos pelos próprios funcionários – principalmente a diretora do núcleo, que acompanhou pessoalmente dois grupos distintos de alunos e monitorados separadamente pelos Professores Mário Coimbra e Florestan Rodrigo Prado.

Essencial o conhecimento de como funciona o sistema prisional e também necessário falar do assunto perante a sociedade, os centros surgem como uma alternativa real e palpável de uma reintrodução do indivíduo na sociedade.

Por isso, após toda a explanação da visita, foi preciso tecer comentários a respeito da diferença que os centros podem gerar na aplicação da pena, e também da participação social indispensável na real ressocialização.

O trabalho fez uso a pesquisa bibliográfica e de campo, e utilizando-se dos métodos indutivo e dedutivo, obteve algumas conclusões pelo método dialético.

DO SIGNIFICADO DA PENA

O direito penal guarda características diferenciadas dos outros ramos do direito. Por sua interferência prejudicar diretamente as liberdades tão duramente conquistadas pelo homem, exige-se uma seletividade maior tanto nos direitos que irá tutelar quanto no modo que irá punir o infrator. É preciso que seja essencial preservar daquela maneira aquele determinado direito, caso contrário, é possível deixar a encargo de outros ramos como o civil, administrativo ou até mesmo o tributário.

Partindo da ideia de que aquilo que está tipificado como crime o legislador banhou-se em princípios do Direito Penal como o da intervenção mínima e o da ofensividade, é fato de que o infrator deve ser punido. Essa punição ocorre pelas previsões de pena disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro. A mais rigorosa delas é a pena privativa de liberdade.

A pena privativa de liberdade classifica-se como a mais rigorosa por ser a que mais limita os direitos e liberdade do homem. Condenado a cumprir pena, seus direitos ficam limitados pelo tempo da sentença. Contudo, direitos disponíveis ficam ao alcance do Estado para que puna o infrator. Do mesmo modo que há direitos indisponíveis fora do sistema

prisional, esses direitos continuam sendo indisponíveis dentro dele.

Continua assim indisponível a dignidade do homem. Direito duramente reconhecido, não se pode, em qualquer hipótese, tratar um homem como se não fosse detentor da dignidade. Essa é uma prerrogativa indispensável a pena de liberdade.

Nesse contexto, além de prezar pelo homem, a pena deve resguardar seus objetivos. Dentre várias propostas de teorias, existem aquelas que defendem a pena ser para mostrar a sociedade o que acontece com o infrator, e assim reprimir possíveis novos infratores; aquelas que defendem a pena ser exclusivamente para punir o condenado, e desse modo evitar que volte a delinquir pelo medo dos resultados.

Dentro dessa ideia, Foucault (2006, p. 239) defende que o real objetivo da pena é fracassar. Afinal, o fracasso da pena mantém o sistema carcerário em funcionamento. O fracasso então seria a receita do sucesso. Embora muitos autores como Lourival Trindade defendam que o sistema prisional mais destrua a socialização do homem que contribua a ela, um modelo moderno de sistema de cumprimento de pena vem surgindo com a proposta de ser diferenciado.

Os centros de ressocialização surgem em uma difusão lenta e com uma certa dificuldade de implementação. Rígido e com uma cultura pronta carregada, é difícil aos órgãos de execução penal aceitarem a implementação de uma proposta tão diferenciada.

Os centros, como o próprio nome reflete, visam na verdade uma reinserção do homem no seu meio social, mas não como anteriormente, e sim com uma nova visão de sociedade, novos ideais e chances reais de dela poder fazer parte sem precisar recorrer ao crime.

É aplicado então uma teoria da pena que muitas vezes fica esquecida pelas taxas de criminalidade, violência e reincidência. A pena deve, na verdade, reeducar o indivíduo. Este, que muitas vezes pode sequer ter sido educado, merece atenção do Estado que deve zelar tanto pelas vítimas do crime quanto pelos seus autores, e descobrir o que em sua estrutura causa esse tipo de comportamento.

A pena então pode ensinar, ao homem que esteja disposto, a fazer parte da sociedade em que vive, ao mesmo tempo em que ensina o Estado a respeitar a dignidade que tanto defende em seus textos de lei e tratados assinados.

No trabalho de ambos, deve surgir um terceiro sujeito ativo: própria sociedade, que parte da ressocialização, deve confiar naquilo que está oferecendo ao apenado, visando

receber um cidadão renovado e com novas perspectivas de vida naquele meio.

O CENTRO DE RESSOCIALIZAÇÃO

O Centro de Ressocialização de Presidente Prudente, localizado no distrito de Montalvão, foi inaugurado em 22 de Fevereiro de 2002, com área construída de 3.825 m² (SECRETARIA, 2016). Sua capacidade total é para 210 reeducandos e por isso é considerada uma unidade pequena, desenvolvida com o objetivo que abranger condenados de baixa periculosidade.

O trabalho de ressocialização envolve infratores condenados ao regime fechado, semiaberto e presos provisórios – os quais foram presos em flagrante e estavam em celas de delegacias ou os que aguardam julgamento. Ao tempo da visita, o centro de ressocialização trabalhava dentro de sua capacidade, com a população de 209 reeducandos.

É coordenado pela diretora, com auxílio do diretor substituto e do chefe de segurança, que repassa as informações de comportamento para os reeducandos e possui apoio de psicólogos, assistentes sociais e pessoas como voluntários.

A Fundação do Desenvolvimento Administrativo (Fundap), entidade pública do estado de São Paulo e hoje vinculada à Secretaria de Planejamento e Gestão é uma das mantenedoras do projeto do centro de ressocialização, tendo em vista que sua função é contribuir para os níveis de eficiência e eficácia da administração pública estadual. Atualmente a Fundap não presta mais o auxílio de advogados aos reeducandos – função repassada para o Estado por meio da instituição da defensoria pública.

O Centro de Ressocialização é uma proposta moderna de execução de pena, que resulta de uma interação do trabalho entre funcionários e reeducandos, sendo ambos necessários para que o projeto funcione e tenha continuidade para que esse modelo de execução da pena seja efetivado de modo a beneficiar a sociedade como um grupo único.

ESTRUTURA FÍSICA

A estrutura física foi planejada no formato da letra “U” e com divisão de alas denominadas A, B e C.

Inicialmente, o projeto de construção do centro era de que o reeducando ingressasse pela ala A como regime fechado, e conforme progredisse de regime, gradualmente ingressaria para a ala B como regime semiaberto. A ala C então funcionaria abrangendo o regime de

prisão temporária até, conseqüentemente, o reeducando atingir a liberdade. Entretanto, com o tempo, não foi possível aplicar essa estrutura devido ao número de reeducandos alocados pela definição de suas penas, que não são constantes numa relação dos que entram e saem do Centro.

Embora em um primeiro momento a ideia dessa distribuição passe a impressão de segregar os que entram, o objetivo principal é de que o infrator submetido ao processo de ressocialização compreenda que a sociedade necessita de uma ordem para coexistir. Assim, ao longo de seu cumprimento de pena, essa consciência deve ser adquirida pelo reeducando, para que essa projeção seja incorporada como valor e ao mesmo tempo seja valorizada o suficiente para ser reconhecida não como uma conquista, mas sim como o mínimo para a vida em sociedade.

A estrutura possui ainda uma quadra poliesportiva, com uma sala de materiais esportivos ao fundo, barbearia e a torre de vigilância que fica de frente à quadra (na parte convexa da estrutura U, para visão privilegiada do todo). Apesar da torre de vigilância necessária para ter controle sobre o comportamento dos apenados, a quadra de esportes e a barbearia são locais simples, mas que permitem ao reeducando ter um espaço para exercícios físicos e, de certo modo, cuidar de sua aparência, o que aos poucos possibilita que o próprio indivíduo vá recuperando em si mesmo sua dignidade.

Os muros são relativamente baixos se comparados com outros Centros de Detenção, e tem apenas arames farpados ou “ouriços” metálicos como forma de coerção física. O que se percebe é que se mantém os detentos mais por uma coerção psicológica e não por elaborados meios físicos ou tecnológicos. Parte indispensável da ideia de ressocialização, demonstra confiança no trabalho e também na capacidade do apenado de ser reintegrado a sociedade, e credulidade no fato de não precisar ser durante todo o tempo supervisionado.

Existem 16 alojamentos ao todo, com 12 camas cada, sendo 6 do lado direito e 6 do lado esquerdo e, separando essas, uma coluna central que as divide em 3 e 3 – essa coluna central atua como uma escada, e cada reeducando tem seu próprio armário. Os alojamentos comunitários cumprem a função de estimular a integração social durante todo o momento. Cada um tem sua cama, mas dividem o quarto pelo qual todos ali são por ele responsáveis.

Característica importante à ressocialização é o fato de os alojamentos não têm grades, mas sim portas comuns que não são trancadas à noite; eles também não possuem banheiro privativo, há banheiros coletivos nas alas para acesso de todos os apenados.

O único alojamento que possui estrutura diferente é o R.O., o qual possui grade trancada e banheiro privativo. Com a característica de cela, é onde o condenado que chega ao centro permanece por alguns dias em um período de observação de sua conduta.

Interessante analisar que os alojamentos são levemente decorados com tapetes, manufaturados pelos próprios reeducandos e alguns possuem espelhos portáteis, o que demonstra a seriedade do projeto de ressocialização em manter o convívio de forma mais natural possível e a pacificidade do ambiente, considerado que, espelhos por serem objetos pontiagudos e cortantes, não seriam aceitos em qualquer outra unidade prisional por motivos de segurança.

Dentro dos parâmetros de segurança, tem-se o controle de entrada e saída de pessoas, portões com antessalas e detectores de metais corporais para os visitantes e um outro separadamente para os artigos trazidos para os reeducandos – produtos os quais são controlados mediante a Portaria Conjunta CRO/CRN/CCAP/CRC/CVL 001 de 19 de Abril de 2007, que estabelece quantidade de produtos alimentícios e materiais diversos que adentram o presídio, sendo também estabelecida uma outra listagem com cores de vestimentas adequadas para os reeducandos. Por isso, de um forma geral, empregam-se meios simples e de controle mínimo dentro de uma unidade de cumprimento de pena.

O INGRESSO NO CENTRO

Atendimento e triagem do detento

O atendimento inicial ocorre com a família, que procura o centro quando seu parente for preso, em busca de auxílio para que ele seja transferido para o Centro. É um que atendimento ocorre todas às quartas-feiras. Caso ele esteja em outra penitenciária, é feita uma entrevista prévia, pela diretoria, agente de segurança ou pela assistência social dentro do próprio centro de detenção provisória no qual se encontra.

Claro então dois parâmetros principais da ressocialização: o apoio da família ao detento para entrar no programa e o engajamento do próprio detento para que participe do procedimento de ressocialização. O detento é então não mais passivo diante do direito penal, simplesmente cumprindo sua pena e sendo devolvido a sociedade cumprindo ordens. Ele deve demonstrar interesse e envolvimento em seu próprio projeto de ressocialização.

Para que o indivíduo se encaixe no perfil do Centro de Ressocialização, outros

parâmetros objetivos são estipulados:

- Ser réu primário;
- Possuir família que resida em um raio de até 200 km de distância do Centro;
- Pena máxima de 10 anos;
- Não fazer parte de qualquer facção criminosa;
- Dispor-se ao trabalho, educação, envolvimento familiar e religião.
- Participar de atividades diversas estipuladas
- Outros critérios específicos definidos para atividades/trabalhos exercidos

Na entrevista, leva-se em conta aspectos subjetivos como os motivos os quais os induziram o indivíduo a cometer os delitos e se estão dispostos a não reincidirem, por exemplo. Após, é feita a análise desses parâmetros para ter um posicionamento se deve ou não ser aceito pelo Centro.

Como notado, foi apresentado aos visitantes que o CR se sustenta sobre três pilares. Esses pilares são extraídos dos critérios objetivos mencionados, a serem a família, a educação, trabalho e religião. São estimulantes para que os reeducandos mantenham-se no projeto ressocializador.

A maioria dos casos que leva os apenados do Centro de Presidente Prudente ao crime é de envolvimento com drogas, como usuário ou tráfico em pequena escala, e que os leva a cometer ações delitivas relacionadas, erros pontuais ou ações que não necessariamente indicam comportamentos criminosos reiterados.

Inicialmente, o reeducando aceito pelo Centro de Ressocialização passa dez dias no alojamento denominado como R.O para análise de sua adaptação ao Centro e depois desse prazo é realocado em outro alojamento. Esse procedimento é necessário para que haja a avaliação de todos os setores de trabalho do centro e que dessa forma determinam a individualização da pena de acordo com suas aptidões.

Também marcante durante a visita é que, dentro do Centro, os condenados não são taxados conforme rótulos sociais depreciativos. O tempo todo, os funcionários tomam o cuidado de referir-se a eles como reeducandos, e diretamente a eles, sempre pelos seus nomes próprios. A essencialidade de tais detalhes tecem, lentamente, uma teia que faz com que o próprio apenado perceba que sim possui dignidade, e a ela tem direito mesmo no procedimento de cumprimento de pena. Nessa mesma perspectiva, os recintos destinados aos reeducandos são denominados alojamentos, e não celas. A realidade transmitida pelos

alojamentos são opostas ao visto em penitenciárias comuns.

Os funcionários são imprescindíveis a ideia. Não apenas conhecem como também interagem com as famílias, visto que todos os fins de semana recebem visitas. A presença dos familiares, como um dos pilares da reeducação, demonstra um suporte externo, uma perspectiva de vida diferenciada e com apoio para quando atingir a liberdade.

O dia-a-dia dos reeducandos

Os reeducandos acordam às 6 da manhã para uma primeira contagem – feita pelo turno noturno de funcionários – e às 7 da manhã o turno de funcionários que assume o posto refaz a contagem. Esse procedimento é repetido 12 horas depois na mesma sequência quando há nova troca de turno de funcionários para haver controle dos reeducandos. A contagem é feita dentro dos alojamentos.

Os apenados em regime semi-aberto e que trabalham em empresas externas saem às 7 da manhã e devem retornar no máximo as 18 horas do mesmo dia; em oficinas internas os trabalhos são das 7 horas às 17:15 da tarde.

De forma geral, o café-da-manhã é servido às 6:30 em área de conveniência para todos os reeducandos e no refeitório para os funcionários. A pausa para almoço ocorre entre 10 e 12 horas, sendo feita em dois grupos de meia hora tanto para funcionários quanto para reeducandos em revezamento:

- Das 10:00 – 10:30 – Primeiro grupo de funcionários;
- Das 10:30 – 11:00 – Primeiro grupo de reeducandos;
- Das 11:00 – 11:30 – Segundo grupo de funcionários;
- Das 11:30 – 12:00 – Segundo grupo de reeducandos.

O almoço ocorre no refeitório para todos os grupos, seja funcionário ou apenado. O refeitório possui cozinha própria e os reeducandos preparam todas as refeições, tanto para si como para os funcionários. Essa perspectiva de os funcionários almoçarem no mesmo local que os reeducandos e se alimentarem da comida por eles preparada é um grande passo no que demonstra confiança e respeito.

Aos sábados há visitas íntimas com esposas e companheiras, em um claro respeito ao direito de intimidade, e a informação fez notar durante a visita que diversos dos reeducandos eram casados. Os domingos são reservados para visitas familiares.

Atividades educacionais e culturais

O ensino fornecido aos reeducandos é de responsabilidade do governo estadual, sendo que os professores são da Escola Vereador Pedro Tófano, localizada no mesmo distrito de Montalvão.

Dentro do Centro, existem três salas de aula distintas, sendo que a sala principal no início da estrutura do Centro se torna, aos domingos, um dos espaços de visita aos familiares; suas portas laterais são abertas para que haja maior espaço entre o pátio e a área interna e proporcionam um ambiente bem ventilado e aberto para a quadra poliesportiva.

Nessa sala, diversos cartazes indicam as atividades dos presos, como uma que demonstra a “Semana da leitura” que foi realizada entre os dias 18 e 23 de Abril de 2016; outro cartaz indicando o “Teatro de dedoches”; uma lista dos livros lidos, entre eles clássicos como “Dom Quixote” e “O Pagador de Promessas”; um cartaz sobre tipos sanguíneos e a compatibilidade entre eles para doação de sanguínea; um cartaz com esquema do corpo humano. Alguns cartazes sobre meio ambiente, preservação da fauna e da flora e energias alternativas com imagens e textos também chamam a atenção.

Na lousa haviam ainda resquícios de conteúdo ministrada pela professora, com temas de meio ambiente e outro cartaz com o nome de outro educador a respeito de artes. Percebe-se nesse recinto que escopo educacional é amplo, fornecendo aos reeducandos conhecimentos sobre ciências e saúde, literatura, artes, sociologia e meio ambiente em linguagem acessível.

Um exemplo das atividades exercidas foi o período em Abril de 2016 que foi estruturado um sarau, no qual os reeducandos recitaram poemas, alguns deles inclusive na língua inglesa, e tiveram acesso à música. Muitos deles jamais tinham tido contato com um sarau ou com literatura, e dessa forma o Centro lhes proporcionou acesso à cultura de forma diferenciada.

Uma das prerrogativas básicas da ressocialização consiste justamente em uma educação concreta e palpável. É possível perceber que ali os apenados absorvem o que lhes é passado - tudo é transmitido de modo que consigam entender e evoluir em seu conhecimento, vez que atuam de modo ativo em todas as atividades que envolvem educação - seja pela confecção de cartazes, apresentações ou mesmo discussões em grupo.

Na segunda sala de aula visitada, os reeducandos estavam em aula de matemática; eram 12 pessoas com idade aparente predominante entre 40 e 55 anos, o que faz surgir uma

reflexão a respeito da predominância da idade e principalmente pelo fato de ser essa faixa etária que optou por estudar.

A matéria básica passada pela professora na lousa reforça o pensamento, que pode ir desde a evasão escolar na idade correta dos estudos, até o que leva um adulto de meia-idade delinquir. A dificuldade que os idosos vem enfrentando para fazer valer seus direito e reconhecida sua dignidade na prática reflete diretamente no mercado de trabalho, o que pode justificar, em grande parte, a delinquência de adultos que enfrentam dificuldades financeiras.

Ao fundo dessa sala fica localizada a biblioteca, com acervo de cerca de 3.500 livros de conhecimentos variados que vão desde didáticos, Literatura e Direito, Cidadania entre outros. A biblioteca é organizada pelos próprios reeducandos, e funciona durante todo o dia. Há inclusive uma biblioteca itinerante, no qual uma vez por semana, na quinta-feira, os reeducandos responsáveis passam pelos alojamentos com opções de livros a escolha.

As aulas são pela manhã, e existem projetos paralelos de ensino como de idiomas – um dos reeducandos leciona Inglês para 16 alunos e outro reeducando, graduado em filosofia, que coordena o PET – Programa de Educação para o Trabalho –, um curso composto por dez módulos para preparar o reeducando para o mercado de trabalho, que envolve não apenas ensino específico, mas também como se comportar durante uma entrevista e relacionamento interpessoal.

É pois a cada detalhe da visita que se nota o porque da denominação de centro de ressocialização. A oportunidade de os que tem conhecimento poder transmiti-lo aos outros, enquanto os que não desfrutam dessa área especifica, absorvem; a possibilidade de desenvolver habilidades que, muitas vezes, sequer tiveram fora do centro, como aprender uma língua estrangeira; e um curso que os leccione como se portar em uma entrevista de emprego, transmitem mais do que conhecimento. Transmitem uma perspectiva de melhora e de uma vida dentro dos parâmetros legais.

Ainda na parte educacional, existem jogos como damas, xadrez e cinema aos fins de semana, que são uma espécie de lazer ligado a parte cultural.

ATIVIDADES FÍSICAS, SAÚDE E HIGIENE

A área de sol para os reeducandos é o pátio onde há uma quadra na qual desenvolvem atividades esportivas como futebol e vôlei, além de exercícios físicos e caminhadas. É um momento importante para cuidar da saúde, da socialização e permitir que

façam, pelo menos em parte, atividades que costumavam fazer antes de serem condenados.

De segunda a sexta feira o horário desportivo é das 10:30 até 12:15; existe um horário especial às quartas das 16 às 17 para caminhadas que pertence a um projeto de saúde direcionado aos hipertensos e por quem possui recomendação médica. Ainda este mesmo horário é disponibilizado às sextas-feiras para esportes e aos sábados a quadra é livre para todos.

Poder jogar futebol, esporte tão difundido no Brasil, possibilita uma integração e um convívio que nenhum profissional poderia dispor com tanta plenitude. Os próprios apenados atuam em sua ressocialização, criando vínculos com os demais, afinal, todos ali são seres humanos.

Há o apoio psicológico ao reeducando e de saúde também. É mencionado que um dos objetivos para os reeducandos é que se livre do vício do fumo, visando o bem estar físico do indivíduo. Cinzeiros (de chão) estão em todas as alas e corredores, o que indica a preocupação com a higiene, bem como o cartaz no bebedouro para evitar encher garrafas em sua torneira – evitando, assim, o possível contato com gargalos e manter os níveis de higiene e saúde.

Essa preocupação não é comum nos presídios, como é possível notar pela fala de Grecianny Cordeiro Carvalho (2006, p. 47)

A prisão estabelece uma inegável "relação especial de poder" entre o Estado e o encarcerado, entretanto cabe à aquele assumir a devida responsabilidade e respeitar os direitos fundamentais de que este continua detentor, os quais não foram atingidos pela sentença condenatória. Todavia, ao se deparar com a complexidade que envolve a vida na prisão, onde os presos sofrem torturas e maus tratos, onde as mínimas condições de higiene são desrespeitadas, percebe-se que o Estado não vem garantindo aos seus custodiados os direitos humanos e fundamentais de que são detentores. Por outro lado, a sociedade pouco cobra do Estado nesse sentido, pois é incapaz de perceber o recluso que um dia voltará ao seu convívio - decerto, bem mais violento, voraz e revoltado.

Tem-se ainda a lavanderia e a distribuição da lavagem é feita por alas para haver melhor organização. Cada um deles ser responsável por seus próprios objetos e deles ter que cuidar e manter limpos cria uma cultura de valorização, tanto no próprio trabalho como no das demais pessoas.

Como já citado, é possível a família levar roupas e mantimentos aos apenados. Mais do que possível, contudo, é necessário que levem o vestuário e roupas de cama e banho - podem usar o que é seu, sem uniformes fora do horário de trabalho e sem massificação.

É interessante pensar que, no universo literário, obras clássicas como Laranja

Mecânica, de Anthony Burgess, retratam o sistema penitenciário como o é hoje. Seu protagonista, Alex, tão imponente fora da prisão, ali dentro é apenas mais um número e por este é reconhecido.

A proposta do centro de ressocialização é justamente o oposto: demonstrar a dignidade do indivíduo, que de maneira nenhuma pode ser atingida pela condenação penal ou por sua execução. Pune-se, claro, o indivíduo, vez que atentou contra a sua própria sociedade, mas mais importante do que puni-lo e do que mostrar a sociedade o que ocorre com quem delinque, como algumas teorias da pena asseguram, é possibilitar que reconheça o erro e não volte a cometê-lo.

ATIVIDADES PROFISSIONAIS

Uma parte essencial para o projeto de ressocialização do indivíduo através da pena privativa de liberdade é a possibilidade do trabalho. Seja fora ou dentro do centro, ter o horário de trabalho fixado nos mesmos moldes de quem não cumpre pena e igualmente, receber o salário correspondente ao emprego, é um simulacro indispensável para que absorvam o fato como necessário para a vida fora dos presídios. Os reeducandos que cumprem a pena em regime semiaberto e possuem emprego na cidade tem a sua rotina diária de sair pela manhã para o trabalho e retornar ao fim da tarde.

Para os do regime fechado, atividades profissionais são desenvolvidas dentro do próprio Centro, de acordo com as aptidões de cada um e com a necessidade do mercado. O centro possui parceria com determinadas empresas, sendo que para cada uma há um espaço reservado para sua oficina, na qual os apenados, agora empregados, exercem suas funções.

O horário do expediente interno é das 07 às 17:15 como em uma jornada integral; não é admitido que neste meio tempo o reeducando se ausente de suas tarefas e volte ao seu alojamento para dormir – exceto se sob recomendação médica – sendo isso considerado uma falta disciplinar.

Há uma exceção de horário para os que fazem parte da padaria e cozinha, que acordam às 4 da manhã e começam a jornada às 5. É considerado um trabalho mais exaustivo que os demais, e por isso trabalham em turnos alternados.

O trabalho exercido pelo reeducando proporciona para ele remuneração, que é depositada em conta para sua subsistência e de sua família e também a possibilidade da redução de pena pela consideração dos dias trabalhados. Como já mencionado, o salário é

utilizado para a própria subsistência, na qual as famílias recebem o dinheiro e levam a eles roupas, alimentos e objetos de higiene pessoal.

Do mesmo modo, muitos deles propiciam a família um aumento na renda, enviando parte de seu salário para os que deixaram do lado externo do centro, esperando que cumpram sua pena com responsabilidade.

Além desses benefícios, o trabalho tem o objetivo de proporcionar ao reeducando aprendizagem profissional para que seja utilizado em seu futuro fora das dependências do sistema e organizar o interior de cada indivíduo, pelo desenvolvimento da auto estima e valor social.

Durante a visita, alguns reeducandos estavam trabalhado fora das dependências internas (pátio) porque eram do regime semiaberto mas que não se enquadraram nos requisitos para a saída temporária do dia das mães – a volta dos que foram agraciados com o indulto seria no dia seguinte, terça-feira. A diretora do Centro, que guiou a visita, ressaltou que nunca houve caso de reeducando que não retornou no indulto, com certeza um resultado do trabalho de valoração do indivíduo.

Ateliê

Dentro das atividades profissionais internas há o setor de artesanato. Inicialmente desenvolvido para os presídios femininos, denominado como projeto “Daspre” – alusão ao nome da butique de luxo Daslu, cujo slogan criado foi “Daspre, a grife que liberta” - projeto expandiu para o Centro de Ressocialização masculino que, sob tutela da professora especializada, os reeducandos utilizam técnicas de costura em patchwork, bordados, crochê e macramê em diversos artigos como almofadas, tapetes, panos de prato, pequenas bolsas entre outros. As peças são vendidas em São Paulo, em lojas nas proximidades da própria Fundap.

Foi afirmado que a procura por este tipo de artesanato é bem ampla, sendo que os reeducandos possuem uma demanda tão ampla que possui lista de espera pelas peças. No dia da visita, 14 reeducandos estavam no ateliê trabalhando.

Um requisito específico determinado para o trabalho na oficina de artesanato é que não seja fumante para que não o cheiro de nicotina não fique impregnado nos trabalhos manuais.

Uma dos grandes e motivadores exemplos citados foi de um reeducando que, nas visitas de sua esposa aos fins de semana, ensinava-lhe os trabalhos manuais e esta os

reproduzia enquanto seu marido cumpria sua pena; após a liberdade, continuaram com o trabalho artesanal e hoje são donos de uma pequena oficina de artesanato a qual mantém sua subsistência e dignidade social.

Oficina Crina Chik

A empresa Crina Chik trabalha com crina de cavalos para produzir trançados e cintos com este material. Dentro da oficina, toda a crina é separada por cor e por tamanho para manter um padrão de qualidade.

Com a crise econômica do mercado interno, a Crina Chik foi fechada temporariamente, mas reabriu uma semana antes da data da visita – seu período de trabalho esse ano será de Abril a Outubro.

Todo o trabalho é feito por um artesão sênior que repassa aos novos reeducandos as técnicas utilizadas na confecção dos artigos. A técnica consiste no trançado da crina e depois o a utilização de nove tranças pra formar uma espécie de treliça para os cintos

Um deles desenvolveu uma nova forma de usar a trança de crina: sugeriu que fosse feita guias para cães que agora são vendidas para pet shops. Esse fato demonstra mais uma vez como o centro preza pela dignidade, e o empregador também é sujeito ativo na ressocialização. Reconhecer uma boa ideia de seu funcionário e a implementar gera lucro e reconhecimento social para todos envolvidos e consumidores.

Oficina de metal domado

A oficina Metal Domado é composta por 17 reeducandos, e se utiliza de metais para a confecção de luminárias. Dentro da oficina, as luminárias são montadas e embaladas e seguem diretamente para a venda sob o nome comercial de Felux.

Aos empregados, ver seus produtos sendo comercializados e utilizados é uma conquista, um reconhecimento social e complementa a ressocialização, fazendo-os sentir que sua produção tem utilidade social.

Oficina de cadeiras

Na oficina de cadeiras, as estruturas metálicas são entregues ao Centro e as bobinas de fio de náilon são trabalhadas para formar as cadeiras de varanda tão conhecidas e utilizadas.

Esta oficina tem um total de 44 reeducandos trabalhando, a maior delas, e na qual um reeducando chega a produzir quinze unidades por dia. As cadeiras são vendidas pela empresa Bells Cadeiras que é uma empresa de Presidente Prudente, interior de São Paulo.

A oficina de cadeiras exige habilidade, e por esse quesito é que os reeducandos recebem por produção. Assim, dentro do horário de serviço legal e que respeita a dignidade do ser humano, cada um produz de acordo com a sua capacidade e determinação para ter o seu salário como reconhecimento, poder ajudar a família e, nesse panorama todo, ajudar-se.

DA APLICAÇÃO DA PENA

Para Foucault (2006, p. 249),

A criminalidade não nasce nas margens e por efeito de auxílios sucessivos, mas graças a inserções cada vez mais rigorosas, debaixo de vigilâncias cada vez mais insistentes, por uma acumulação de coerções disciplinares. Em resumo, o arquipélago carcerário realiza, nas profundezas do corpo social, a formação da delinquência a partir das ilegalidades sutis, o ressarcimento destas por aquela e a implantação de uma criminalidade especificada.

Desse modo, seguindo no raciocínio de Henrique Kloch (2008, p. 178), são os procedimentos correccionais que se forma o verdadeiro criminoso. Ainda, o Brasil apresenta um alto índice de encarceramento e, do mesmo modo, um alto índice de uma execução penal insatisfatória.

Ao decorrer de toda a visita ao Centro de Ressocialização de Presidente Prudente, um fato salta aos olhos: a ideia da ressocialização, da maneira que é aplicada, funciona. O índice de reincidência é mínimo, e isso se deve ao fato da maneira que o detento é tratado ao longo de todo o cumprimento de sua pena.

O homem é detentor de dignidade, e não pode ser uma sentença penal a responsável por tirar-lhe seu direito mais básico e intrínseco a sua condição pelo simples fato de estar vivo. As lutas são históricas e perduram até os dias de hoje, e embora aquele que fere a ordem social deva ser punido, sua punição deve ocorrer de modo a que o delinquente entenda que não deve ferir a ordem social por ser parte dela e simultaneamente prejudicado pelos seus atos.

Um cumprimento de pena que fira as prerrogativas humanas não apenas não o

reinsere na sociedade como também torna-se uma doença social - o homem deve respeitar o Estado, mas o Estado não o respeita.

Embora existam muitas críticas ao sistema da pena privativa de liberdade, enquanto não surge uma outra alternativa aplicável fora de um mundo utópico e que apresente resultados satisfatórios, a conversão dos presídios em centros de ressocialização e um tratamento digno aos que ali estão é um meio real, eficiente e correto de tratar alguém que também faz parte da sociedade.

Da participação social

Interessante ressaltar que, durante a visita, a reação dos visitantes também foi avaliada. Foi notável que, sendo cidadãos livres, alguns indivíduos ainda possuem a visão do detento como um perigo à sociedade, um ser que deve ser marginalizado mesmo quando está oferecendo sua mão de obra de forma benéfica à sociedade e demonstra interesse real em voltar a fazer parte dela.

É importante não apenas tratar o reeducando como infrator, mas sim a sociedade como um todo para que este indivíduo possa ter novas chances de desenvolver seu papel social como ser humano, como homem e cidadão, sem os olhos críticos e céticos da sociedade livre.

A discriminação sofrida pelo reeducando quando encontra-se justamente na posição de reeducando pode colocar esse ótimo trabalho cheio de perspectiva a perder com a minimização da credibilidade do próprio detento em seu potencial de mudança e de importância como membro da sociedade.

É fato que não basta apenas que dentro do centro de ressocialização o apenado seja tratado como um ser humano e que detém direitos. Os funcionários acreditam em seu trabalho e em seus reeducandos. É preciso que a sociedade também aceite uma nova educação para que os reconheça como a parte dela que eles o são.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho buscou aplicar a ideia da ressocialização do indivíduo delinquente em uma perspectiva prática com base em uma visita guiada realizada no Centro de Ressocialização de Presidente Prudente. Desse modo, primeiro foi preciso discorrer a respeito do significado da pena privativa de liberdade.

Em seguida, fez-se uma explanação a respeito do significado do centro de ressocialização, sendo uma forma moderna de aplicação de pena que se adequa à necessidade social de inserção do indivíduo que cometeu atos delitivos mas que tem desejo de ser reintroduzido ao convívio social.

A utilização de técnicas de auxílio psicossocial como trabalho, monitoramento da autoestima e coerção psicológica ao invés da física é uma forma de demonstrar ao reeducando seu erro e que novos caminhos podem ser trilhados sem conexão com seu passado delituoso, haja vista, o cumprimento de sua pena determina que já houve seu débito com a sociedade.

Todas as formas de reintegração notadas pela visita foram expostas, e complementadas com notas teóricas do significado de determinados comportamentos para o projeto de ressocialização.

Por fim, foi preciso trazer a importância de uma aplicação da pena com dignidade perante o sistema prisional de punição vigente no ordenamento jurídico, e de modo imprescindível, feita uma nota a respeito da participação social no procedimento e sua interferência direta no reeducando.

REFERÊNCIAS

Secretaria da Administração Penitenciária. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/uniprisionais/cr.html#>> Acesso em 09 de maio de 2016.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. 12. ed. ver. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

KLOCH, Henrique. O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de ressocialização. Porto Alegre: Verbo Juridico, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 13ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Privatização do sistema prisional brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 2006.

WEBER, Max. Sociologia. São Paulo: Ática, 1989.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. (Tradução de Raquel Ramallete), Petrópolis: Vozes, 2006.

DISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA: IDENTIDADE EM MICHEL SERRES E O CASO DO MENINO ITALO

Gabriel Engel DUCATTI¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo fazer uma análise criminológica da discriminação no tratamento sujeito e Estado. Para tanto, faz-se uma análise sobre a igualdade, a fim de alcançar a concepção e problemática sobre a identidade em Michel Serres, filósofo francês, explicando brevemente seu pensamento e o interligando com casos atuais de violência policial no Brasil. É defendido que, a confusão entre “ser” e “pertencer”, proposta por Serres, gera um olhar discriminatório e atitudes violentas perante pessoas ditas como deslocadas na sociedade, como é o caso de Italo, menino de 10 anos morto pela Polícia Militar após tentar furtar um veículo. Tal tema se mostra relevante em uma sociedade que dá cada vez menos importância a seus mortos, fato que gera como consequência uma certa irrelevância em alguns casos de violência que por vezes acabam saindo como legítimos.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade; Identidade; Caso Italo; Violência Policial.

ABSTRACT

This paper aims to make a criminological analysis of discrimination in the State and individual treatment. Therefore, it is made an analysis of equality in order to achieve the conception and issue about the identity in Michel Serres, French philosopher, briefly explaining his thinking and connecting it to current cases of police violence in Brazil. It is argued that the confusion between "being" and "belonging", proposed by Serres, creates a discriminatory look and violent attitudes to such persons had as displaced in society, such as Italo, 10-year old boy killed by Military Police after he tried to steal a vehicle. This theme is taken as relevant in a society that is increasingly giving less importance to their dead people, a fact that generates as a result a certain irrelevance in some cases of violence that sometimes end up coming off as legitimate.

KEY-WORDS: Equality; Identity; Italo's case; Police Violence.

INTRODUÇÃO

Tal artigo teve como finalidade trazer reflexões jurídico-filosóficas sobre o tratamento isonômico ou não do Estado para com o sujeito.

Entretanto, o foco apresentado não é a isonomia na relação do cidadão e o judiciário, mas sim buscou-se trabalhar sobre aquele primeiro contato que, em grande parte das vezes, se faz da pessoa para com o Estado na forma da Polícia, principalmente se tratando da esfera criminal.

1 Aluno do curso de Filosofia da UNESP-Marília. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2015). Tem experiência na área do Direito Penal e Processual Penal.

Assim, partiu-se de breves reflexões filosóficas do que seria igualdade, termo este presente na Carta Magna de 1988 do Brasil e essencial em uma democracia, para, assim, adentrar na conceituação de “identidade” do pensador francês contemporâneo Michel Serres, que trabalha com a diferenciação dela com pertencimentos, bem como apresenta os problemas e consequências de uma eventual confusão entre tais termos.

Após, apresentou-se alguns casos reais que foram divulgados pela mídia, especialmente envolvendo crianças e jovens, como é o caso do menino Italo, em São Paulo, no sentido de analisar como se deu a relação entre sujeito e Polícia, instituição essa que figura como braço do Estado na segurança pública, relacionando com as ideias de Serres.

Por fim, tentou-se estimular reflexões a partir de mudanças de paradigmas simples, a fim de demonstrar que o princípio da isonomia nem sempre é aplicado pelo Estado em razão da confusão entre “ser” e “pertencer”, proposta por Serres, que parece resultar em um modo de pensar discriminatório das instituições brasileiras.

Tal artigo se apresenta com reflexões filosóficas e criminológicas, sendo o método de abordagem o dialético, partindo-se da tese do tratamento isonômico perante o Estado, utilizando-se também de procedimentos históricos e comparativos, ou seja, leva-se em conta alguns elementos históricos, a partir de seus atributos, para posterior comparação a fim de se constatar semelhanças.

APONTAMENTOS SOBRE A IGUALDADE

O Brasil possui uma democracia jovem e ainda incompleta, porém, alguns princípios se fazem essenciais para que isso se realize, não bastando que apenas estejam cravados em leis, mas sim que realmente tenham eficácia frente à sociedade. O princípio da isonomia é um destes, cujo qual se dará maior importância neste artigo.

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 1988). Tal trecho tão curto, simples e profundo tem enormes reflexos quando trazido em um texto que possui total legitimidade democrática, como é o caso da Constituição Federal de 1988, de onde foi retirado.

Porém, o que seria essa igualdade pensada e expressa pelo legislador? Apesar de parecer uma pergunta sem maiores implicações, a reflexão aprofundada de tal tema pode talvez explicar algumas confusões e problemas na prática que, infelizmente, legitimam instituições a agir de forma não igual (para não fugir desta palavra), em relação a pessoas que

nada tem de desiguais (ou nada que implicasse tal diferenciação de tratamento).

A própria palavra “igualdade” traz uma ideia de universal ao mesmo tempo em que configura uma virtude individual, uma vez que se busca uma igualdade como meta, sem se esquecer da existência dos iguais.

Nesse sentido, importante trabalhar com definições de igualdade e a própria etimologia de tal palavra, a fim de compreender melhor o termo e conseguir extrair reflexões jurídico-filosóficas.

Igualdade é, conforme Julia (1969, p. 154, grifo meu), a “relação entre duas quantidades idênticas ou entre duas coisas da mesma natureza. – Do ponto de vista moral, ‘todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos [...]’ Tal definição nos apresenta a questão do “idêntico”, palavra que deriva do latim *idem*, que significa “o mesmo”, termo este que também resultou na palavra identidade, conforme o OED (Oxford English Dictionary, Reino Unido, 2016), palavra essa que será melhor analisada posteriormente.

Abbagnano (2000, p. 534) traz uma definição mais completa, em que diz que igualdade é “Relação entre dois termos, em que um pode substituir o outro. Geralmente dois termos são considerados iguais quando podem ser substituídos um pelo outro no mesmo contexto, sem que mude o valor do contexto. “ Pensando sobre tal ponto de vista, em que igualdade seria uma possibilidade de se substituir sem alteração de contexto, vê-se que não se afasta em muito da definição dada por Didier Julia acima, do *idem* (o mesmo).

Ocorre que as noções de igualdade apresentadas se prestam também às relações políticas, morais e jurídicas. Um cidadão que é réu ou autor em alguma ação jurídica pode ser substituído por outro, que esteja nas mesmas situações e circunstâncias, sem que o procedimento ou tratamento jurídico seja alterado (ABBAGNANO, 2000, p. 534). Isso nada mais é que o princípio da isonomia expresso na Constituição Federal.

Assim sendo, conforme tais definições, não há dúvidas que os termos “igualdade” e “identidade” se relacionam diretamente desde a etimologia, pois, a identidade nada mais é que a relação entre duas coisas iguais em características essenciais, ou seja, que podem se substituir por estarem no mesmo contexto.

Tanto é assim que, ao dizer que identidade é um conceito com três definições fundamentais, Abbagnano, explicando a segunda definição, que foi adotada e trabalhado por Leibniz, diz que ela se aproxima da definição de igualdade, pois “idênticas são as coisas que podem substituir uma à outra salva veritate. (2000, p. 529, grifo do autor).

Mas surge a questão de como lidar com a sociedade quando ela, por si só, não consegue atingir as perspectivas de uma isonomia satisfatória. Com tal questionamento, Huisman e Vergez (1976, p. 241) dizem que “ A justiça é o rigoroso respeito aos direitos de cada um (‘justitia’ vem de ‘jus’, direito), é o fato de conceder a cada um o seu direito (‘jus suum cuique tribuere’). Assim, a justiça racional exige, antes de tudo, que cada indivíduo não valha mais que outro”.

Desse modo, tomada a premissa do ser humano egoísta e sempre em busca da autoafirmação, surge uma necessidade de justiça cada vez maior, que se deduz desde Kant, quem, segundo Bréhier (1977, p. 225):

[...] introduz a concepção crítica de um direito que se liga, como consequência, à razão prática: ‘Age de tal modo que tomes a humanidade como fim e jamais como meio’, [...] se deduz o princípio geral do direito: ‘Age exteriormente de tal maneira que o livre uso de tua vontade possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei geral.

Feita tal análise, implica-se dizer que a igualdade, portanto, se relaciona muito diretamente com a própria concepção atual de justiça, que, já em Aristóteles já se distinguia de três formas: a distributiva; comutativa e repressiva (HUISMAN; VERGEZ, 1976, p. 241), que, apesar de ter suas diferenças, é importante ressaltar que todas buscam uma igualdade proporcionalmente racional.

Fazendo uma breve análise histórica, sabe-se que o ideal de uma igualdade surgiu com a doutrina cristã, em que as almas têm sempre a mesma dignidade pois foram criadas pelo mesmo Deus. Posteriormente tal concepção é alterada com a Revolução Francesa, com a “Declaração dos Direitos do Homem”, definindo, agora, que todos os homens nascem iguais em direitos, o que, em suma, é aceitar que o ser-humano tem desigualdades de fato, naturais, mas que, mesmo diante de tal diversidade, todos possuem os mesmos direitos perante a lei (HUISMAN; VERGEZ, 1976, p. 242).

Mesmo com a chegada do século XXI, tempo este em que a tecnologia parece evoluir cada vez mais rápido, as desigualdades ainda reinam de diversas formas, e, o método pelo qual combater-las continua também sendo o mesmo, o da justiça.

Julia (1969, p. 170, grifo meu) define justiça como o “respeito estrito aos direitos em geral. [...] O valor da justiça é instituir entre os homens a verdadeira e anônima igualdade, que não está relacionada à situação social ou à personalidade dos indivíduos”.

Desta forma, o justo seria então, a partir de tal definição, o respeito mútuo ao direito alheio, de forma anônima e igual, independente da condição do outro, ou, ainda, em outras

palavras, justo seria todos serem iguais perante a lei e a sociedade, sem qualquer distinção, o que fica além da própria norma constitucional prevista.

Evidente que, para uma norma constitucional promulgada em tempos de pós-ditadura em direção à democracia, a isonomia se fazia essencial, o que, de fato, foi contemplado na Constituição Federal de 1988, porém, muito mais difícil é o princípio da igualdade se tornar modelo intrínseco na sociedade, ou seja, de sua própria natureza.

Uma dificuldade nesse sentido tem a ver com o próprio entender da identidade, que, como já exposto acima, se relaciona muito diretamente com a igualdade e, portanto, o que Michel Serres diz a respeito se faz interessante para tal discussão.

IDENTIDADE EM MICHEL SERRES

O que seria “identidade” é algo não tem consensual entre os pensadores, porém, algumas semelhanças se apresentam, conforme será exposto.

Didier Julia definiu identidade como aquilo que torna uma coisa inteiramente semelhante a outra, e, “A compreensão, em geral, consiste em ligar (em ‘identificar’) um conhecimento novo ao que já conhecemos. Nesse sentido, a identidade é a forma de toda compreensão. “ (1969, p. 153).

Assim, identidade, para Julia, seria uma forma de relação do desconhecido pelo conhecido em razão da inteira semelhança, presumindo-se assim, portanto, que há dessemelhanças, ou seja, há desigualdades, há diferentes identidades, portanto.

Já Abbagnano (2000, p. 529), explicando uma terceira definição de “identidade”, que ele considera como a menos dogmática e mais ajustada às exigências do pensamento lógico-filosófico, dita que ela:

[...] pode ser estabelecida ou reconhecida com base em qualquer critério convencional. De acordo com essa concepção, não é possível estabelecer em definitivo o significado da I. ou o critério para reconhecê-la, mas, dentro de determinado sistema linguístico, é possível determinar esse critério de forma convencional, mas oportuna.

Vê-se que, para tal concepção, a identidade se daria como uma forma de convenção a partir de qualquer critério determinado. Assim, conforme o autor, por exemplo, dizer que “A é idêntico a B”, seria o mesmo que dizer que “A é o mesmo X de B”, em que X é algo resultante de convenção.

Michel Serres constrói sua crítica sobre tal conceituação de identidade, pois, tomando como verdadeira a definição acima, ele “[...] dirá que a identidade leva ao racismo e

a todo fanatismo. “ (MARTON, 2010)

Isso se dá, pois, conforme Michel Serres (2000a), temos que:

[...] compreender a identidade como um conceito flutuante. Não se trata de um conceito fixo e estático, o conceito de identidade. [...]. Mas, fazemos sempre graves confusões sobre a noção de identidade. Não me agrada que as pessoas falem em "identidade sexual", "identidade nacional", "identidade cultural" etc.. Por quê? Porque elas confundem identidade com pertencimento. Assim, quando falam, por exemplo, em identidade brasileira, identidade francesa, confundem o que seja identidade — identidade é "A" idêntico a "A", isto é, "Michel Serres" é idêntico a "Michel Serres": isto é a identidade. [...] E, por conseqüência, confundir pertencimento com identidade é a própria definição de racismo. Porque se diz: ele é negro, ele é judeu, ele é católico, ele é... Não! Ele é Michel Serres. A identidade não deve ser confundida com pertencimento. Uma coisa é: $A = A$ ("A" idêntico a "A"); outra coisa é: A pertence ao conjunto "A".

A partir de tais ideias, o exemplo dado logo acima, em que “A é o mesmo X de B”, para Michel Serres o “X” não deve ter o fim de identificar, mas sim de pertencer. Desse modo, pode-se dizer que o correto e melhor seria dizer que “A pertence ao mesmo X que B”.

O problema surge com a existência de grupos com determinados pertencimentos que os confundem com identidades e, assim, veem a si próprios como superiores, e, portanto, melhores e mais importantes na relação com outro grupo pela simples existência de desigualdade em algum aspecto.

O racismo e o fanatismo nascem dos reflexos dessa confusão, pois eles consistem em se relacionar com o outro de forma que sua personalidade inteira se resuma apenas em uma de suas pertinências, aqui no sentido sinônimo de pertencimento. Então quando se diz sobre identidade nacional ou sexual, se está reduzindo um indivíduo a uma categoria ou um coletivo ao individual. (SERRES, 2000b, p. 13)

Essa comparação e diferenciação é o problema do mundo quando da confusão de identidade e pertinência. Através de tais níveis hierárquicos que surgem, seja em razão de forças, de acasos, de saberes, etc., quem se acha superior observa, como que de cima, os grupos ignóbeis “[...] – em que o homem é um lobo para o homem, animal maléfico – enquanto estas suplicam, para o alto – o homem-deus para o homem, fetiche de sua sobrevivência. Nos dois casos, ninguém acha que os homens são homens para os homens. [...]” (SERRES, 2000b, p. 16)

É fato que há desigualdades naturais entre o ser humano, como diferenças de etnias, estaturas, cor dos olhos, até desigualdades de habilidades, em que uns jogam futebol brilhantemente, enquanto outros formulam conceitos matemáticos até então não demonstrados, porém, não é isso que Michel Serres contesta. Há desigualdades tanto nesse

sentido natural quanto desigualdades artificiais, ou seja, pertencimentos artificiais distintos que afetam direta e indiretamente o comportamento social. O problema, para Serres, é o que o olhar para o outro, como se uma de suas pertinências fossem sua identidade, causa.

Huisman e Vergez (1976, p. 243) trazem uma reflexão interessante sobre desigualdades artificiais, no sentido de que:

Existem também desigualdades artificiais devidas às condições sociais e ao dinheiro (alguns possuem grandes recursos materiais, lazeres; outros, têm apenas o necessário. [...] A instituição da herança introduziu, desde o início, desigualdades às vezes reforçadas pelo sistema de castas (cada indivíduo sem poder sair da casta em que nasceu). Assim, alguns foram, de início, condenados à miséria, ao passo que outros, para serem felizes, só tiveram que 'se dar ao trabalho de nascer.

Portanto, há certos pertencimentos sociais coletivos que não se escolhe, são dependentes de onde se estará inserido o sujeito desde seu nascimento, e considerando que tais desigualdades são reforçadas pelo próprio sistema capitalista vigente, como a exclusão social e geográfica nas cidades, caberia ao indivíduo afastar a definição comum de identidade, parar de confundir com pertencimento para começar a entender que cada um é na verdade só uma parte de um todo de pertinências coletivas, muitas delas que nem sequer houve possibilidade de escolha. Mas o que seriam esses todos de pertinências a qual o ser-humano está inserido?

Serres (2000b, p. 18) “Somente sabe defini-los, reciprocamente e como que dando voltas, como conjuntos de singularidades: sua família reúne indivíduos, sua cidade agrupa tais moradias, a metrópole associa cidades e a nação, as megalópoles. “

Não se pode defini-los pelo simples fato de que não se pode vê-los, ou melhor, não se pode considerar tais grupos por inteiros, pois jamais alguém teve ponto de vista exterior a eles. (SERRES, 2000b, p. 18)

Mesmo sem saber ao certo como definir tais grupos de pertinências, o abandono da ideia de identidade é bem-vindo para Serres. Não há como identificar um pertencimento no outro como sua identidade, pois, ninguém jamais saberá sua efetiva identidade, por ela ser demais múltipla, confusa e flutuante. A própria carteira de identidade, que é visível e clara, não informa grande coisa pois é logicamente pobre. (SERRES, 2000b, p. 17)

Mas e quando o próprio Estado e suas instituições pensam e agem exatamente da forma que Michel Serres criticou, confundindo, mesmo contra toda lógica, identidade do indivíduo com um de seus pertencimentos? Isso poderia gerar uma espécie de discriminação institucional.

BREVE ANÁLISE DO CASO ÍTALO

Interessante inicialmente apontar um fato histórico sobre o surgimento da Polícia nas cidades, braço este do Estado que será tratado. Assim, para Zaffaroni (2012, p. 92), a função policial, inventada nas colonizações, foi levada para as regiões metropolitanas quando se aumentou o êxodo rural e, assim, começou a coexistir grandes riquezas e misérias em um espaço limitado. Assim, passou-se a utilizar da força para controlar a violência nas concentrações urbanas, tratando as massas deslocadas do mesmo modo que se lidavam com os colonizados.

Tal reflexão do surgimento da polícia nas cidades e sua função, de “tratar” dos deslocados, apesar de antiga, se faz atual quando se vê algumas notícias verídicas.

No início do mês de junho de 2016 um caso se destacou por suas peculiaridades. Um carro, cujas chaves estavam no contato, é furtado de dentro de um condomínio na cidade de São Paulo. O porteiro, por achar que eram moradores saindo, abriu o portão e, assim, Italo e J. fugiram com o veículo.

Tal notícia até aí não causa tanto espanto, porém, o desfecho e a idade das partes é o que a torna tão excepcional.

De acordo com o jornal Folha de São Paulo (2016), em matéria de Sidney Gonçalves e outros, a Polícia Militar alegou que foi dada ordem de parada, porém, os meninos aceleraram o veículo e, durante a perseguição, Italo, que dirigia, perdeu o controle e bateu em um ônibus e um caminhão, ao que dois policiais de moto e outros em uma viatura teriam sido recebidos com tiros, então dispararam contra Italo, acertando-o na cabeça e matando-o, tendo sido o outro menino, J., levado à delegacia.

Italo, que foi morto com um tiro que acertou a região do olho esquerdo, tinha 10 anos, e J., 11, ou seja, crianças, conforme o ECA (1990).

Ainda conforme mesma matéria da Folha de S. Paulo (2016):

O secretário da Segurança Pública, Máximo Alves Barbosa Filho, afirmou à Folha que considerou legítima a ação da PM. "Não me apresentaram qualquer evidência que a ocorrência não tenha sido absolutamente legítima por parte da polícia", declarou. "Esse menino não levou tiro na rua, levou tiro na troca de tiros. Ninguém tem dúvida que ele estava dirigindo o carro. Criança manusear uma arma imprópriamente, a gente está cansado de ver casos e casos", completou Máximo.

De acordo com a fala do secretário de Segurança Pública de São Paulo, que, não tem sequer dúvida da legitimidade da ação, Italo morreu porque levou tiros na troca de tiros,

porém, a história não é tão simples assim.

Conforme o repórter Tory Oliveira (Carta Capital, 2016), bem como o Jornal da Band (2016) e até com o próprio menino que sobreviveu, em entrevista dada ao Repórter Record (2016), Italo não estava com nenhuma arma.

Em breve síntese do ocorrido, duas crianças foram até a Vila Andrade, bairro da zona sul de São Paulo, próximo à favela em que moravam, e, chegando, decidem pular um muro de um prédio, sendo que, neste prédio, encontraram um carro com o vidro abaixado e as chaves no contato (pois estava com problemas), decidem então “dar um peão”, conforme as palavras da criança. O porteiro deixa eles saírem dirigindo, por achar que se tratava de moradores, e, em perseguição, mesmo parados por terem batido 300 metros depois do prédio, um policial atira e acerta o olho esquerdo de Italo, que morre no local.

E surge a questão, quem era Italo? Ou melhor, partindo-se das ideias de Serres, a quais grupos essa criança pertencia?

Conforme Machado e Zylberkan, repórteres da Folha de São Paulo (2016), Italo era filho de Cintia, diarista de 29 anos. Nunca tiveram uma residência fixa, pois a mãe já ficou presa por furto e roubo, bem como o pai também está preso por tráfico. O menino, em razão disso, já morou embaixo de pontes, viadutos, em abrigos, em casa de parentes e até em uma van abandonada, mas há alguns meses havia voltado a morar com a mãe. A fim de arrumar dinheiro, Italo as vezes engraxava sapatos no aeroporto de Congonhas, ou furtava, tanto é assim que, só em 2016, a polícia registrou três deste delito, mas nenhum com armas, sendo o primeiro quando em 31 de janeiro Italo e seu amigo tentaram furtar bicicletas no parque do Ibirapuera.

Ainda conforme a mesma matéria da Folha, o menino já foi parar em abrigos por três vezes, ou por furto ou por ser encontrado sozinho em casa quando ambos os pais estavam presos, mas que em todas ele fugiu. Estudava no segundo ano do ensino fundamental em uma escola estadual, sonhava em ser cantor de funk e sempre andava descalço, sujo e com fome na periferia onde morava, local que sofreu com dois incêndios nos últimos anos.

Igualmente, ainda na mesma matéria (MACHADO; ZYLBERKAN, 2016). Italo era conhecido dos seguranças de uma grande rede de supermercados perto da periferia em que morava, de onde sempre furtava brinquedos, chinelos, roupas e pedia lanches do McDonald's.

A partir de tais apontamentos, em três parágrafos, se consegue ter uma noção do conjunto de pertencimentos e da realidade social e econômica vivenciada por Italo, e, a partir

do desfecho do furto de veículo, fica evidente do modo de tratamento dos policiais para com pessoas com pertencimentos semelhantes, ou seja, vulneráveis, excluídos sociais, sem acesso a direitos básicos nem a bens e serviços da sociedade.

Isso se dá pois, infelizmente não se pode tratar o caso Italo como isolado, pois diversos outros parecidos têm ocorrido no Brasil recentemente.

Exemplo é que, no fim de 2015 alguns policiais militares do Rio de Janeiro dispararam aproximadamente 111 vezes, com fuzis e pistolas, contra um carro em que estavam 5 jovens periféricos indo comprar um lanche, simplesmente por terem os confundidos com ladrões, conforme matéria do G1 Rio (2015).

Caso ainda mais recente é de um menino de 11 anos, morto com um tiro disparado por um guarda civil metropolitano da cidade de São Paulo, que estava dentro de um veículo onde estavam supostas pessoas que roubaram motoqueiros. De acordo com os guardas civis, houve troca de tiros e os outros dois ocupantes do veículo fugiram a pé, abandonando o carro e a criança dentro, a qual foi atingida pelo único tiro que a perícia constatou ter perfurado o veículo, de acordo com a repórter da Agência Brasil da EBC, Fernando Cruz (2016).

Ao que se nota, é que diante de atrocidades e violenta força das instituições de “segurança” do Estado, com agentes despreparados com métodos e abordagens questionáveis, nem crianças e jovens estão sendo poupadas, e isso não vem trazendo reflexos no sentido de repensar tais métodos, muito menos comovendo a mídia e, conseqüentemente, a sociedade, simplesmente por se tratar de jovens de comunidades carentes, com histórico criminal na família e sem muitas perspectivas de futuro em razão de dificuldades de acesso, de oportunidades, discriminação, reprodução cultural histórica da violência e naturalização do crime, por exemplo.

Uma das explicações para isso é que, conforme Vera Malaguti Batista (2012), em prefácio ao livro de Zaffaroni, diz que “Para ele (Zaffaroni) o saber jurídico e a mass media se esforçam em inventar uma realidade que não permite que a percepção direta dos fatos deslegitime o sistema, entre esses o ‘fato de morte’, cuja magnitude caracteriza o exercício de poder dos sistemas penais. “

Serres ditou que da ideia de identidade nasce o racismo e o fanatismo, pode-se com a mais clara certeza afirmar que estes problemas são vistos na prática no país a partir de certos tratamentos do Estado, ou seja, as próprias instituições estatais tem um olhar de superioridade para com quem pertence às camadas mais pobres da sociedade, pois, erroneamente, confunde

a pessoa ser pobre; viver em favela; de família desestruturada e cometidora de furtos com a identidade de “bandido”, “vagabundo” e “homicida em potencial”, assim, condenando-o à morte, o que, conseqüentemente, não tem volta.

A atrocidade se dá com a identificação do outro como miserável, ou seja, aqueles que vivem em estado de miséria, que, conforme Serres, é uma experiência em que, sem dinheiro, o grupo ou o sujeito vai vendo desaparecer o direito, a cognição e a soberania; bem como a própria polícia também fica sujeita à violência pura e sem regras. Ainda conforme o autor, a miséria gera um estado em que o homem se vê em um limite onde a violência é sem lei ou regras. O miserável passa frio, fome, tem doenças e morre precocemente, porém, além de males físicos, sofre também de males morais, pois é uma responsabilidade se encontrar nesse estado, uma vez que, pelo menos no francês, o termo “miserável” indica, além de pobre e indigente, também o desonesto, mau, desprezível, etc. (1994, p. 226-7)

Além do que, a morte de pessoas com pertencimentos como o de Italo, ou seja, os deslocados sociais, parece ser ignorada ou ter menos importância, pois, conforme Zaffaroni (2012, p. 28-9) a criminologia midiática rotula muitos mortos de maneira diferente, como que, só de terem sido etiquetados, não são considerados cadáveres resultado de uma violência.

Huisman e Vergez (1976, p. 259, grifo dos autores), sobre a relação de Direito e força, a partir de tal concepção maquiavélica de que o homem é mau e estúpido, que parece ser a adotada muitas vezes pelos braços do Estado, ditam que a violência sempre parecerá o meio mais fácil, porém, seu uso só se autorizaria no caso de qualquer outro meio menos imoral se provar impotente e, “[...] não nos esqueçamos que a imoralidade dos meios se reflete, necessariamente, no próprio fim, pois o ato moral é um todo indivisível. O emprego da violência é, em todos os casos, a confissão da impotência do agente moral em encarnar realmente os valores. “

Assim, o que se nota é que, além de toda discriminação no tratamento do Estado para com pessoas com pertinências marginalizadas e excluídas da sociedade, que os identifica de modo pejorativo e os trata com mãos de ferro, a morte de tais grupos parece muitas vezes ser ignorada, ou, como diz Zaffaroni (2012, p. 28, grifo do autor) “(Os mortos nos dizem que estão mortos) [...] o que parece uma obviedade, mas não é porque as criminologias acadêmica e midiática costumam ignorá-los ou, ao menos, não levar em conta a imensa maioria deles”.

CONCLUSÃO

A título de reflexão final será proposto que se repense o caso do menino Italo, porém, alterando as pertinências dos garotos envolvidos no furto.

Assim, suponha-se que, ao invés de terem pulado o muro de prédio, Italo e J., 10 e 11 anos respectivamente, brancos, que eram moradores do prédio da zona sul de São Paulo, de família de classe média ou classe média alta, estudantes de escola particular, com armários de brinquedos e amantes de vídeo games, para se divertir resolvem dirigir um veículo estacionado na garagem do prédio que encontraram com as janelas abertas e as chaves no contato.

Assim, seguindo, o porteiro do prédio deixa os meninos saírem dirigindo, e, trezentos metros depois, após uma perseguição policial, batem o carro e, quando abordados, um policial dispara e atinge o olho esquerdo de Italo, que dirigia.

A reflexão proposta é a de que, sem mudar os fatos, apenas o pertencimento dos agentes, os reflexos e consequências midiáticas, jurídicas e sociais seriam diferentes? O cadáver deste Italo suposto, teria voz?

Em tese, a partir do princípio da isonomia e toda a análise da própria palavra “igualdade” feita neste estudo, substituir apenas as pertinências do sujeito, mantendo-se as circunstâncias e fatos, não seria motivo para que se alterassem a relação com o Estado, as consequências e até o contexto.

Não foi o objetivo desta pesquisa apontar certa seletividade do poder punitivo, pois, apesar das ressalvas, em tempos de Lava Jato isso não se mostra tão claro, porém, o que se aponta é a seletividade da violência perpetrada pelo poder punitivo, que não foca em quem se apropriou de maior quantia (seja um carro ou milhões), e sim na identidade do sujeito, ou melhor, em quem ele é.

Tal questão, além de gravíssima, pois, quando se trata de vidas, uma perda já é muito, retrata uma face não tão ativa das ciências criminais que não escuta o que os mortos têm a dizer, e mais, deixa de repensar mudanças necessárias nas instituições brasileiras, tendo a pior das consequências, que é pública e passa nos noticiários diariamente: mais mortos calados.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
Tradução de: Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti.

AMIGO diz que Italo não estava armado e que policiais o obrigaram a mentir no vídeo. São Paulo: Rede Record, 2016. Son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4hOG2KkLOOE>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio à Brasileira. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A Palavra dos Mortos: Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 9-11.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 jun. 2015.

_____. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 jun. 2016.

BRÉHIER, Émile. História da Filosofia: o século XVIII. São Paulo: Mestre Jou, 1977. Tradução de: Eduardo Sucupira Filho.

CARMO, Sidney Gonçalves do et al. Menino de 10 anos suspeito de furtar carro é morto por PM de SP. Folha de S. Paulo. São Paulo. 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/06/1777839-adolescente-de-13-anos-morre-apos-ser-baleado-por-pm-durante-roubo-em-sp.shtml>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CPFL, Cultura. Foucault, Deleuze e Derrida frente à crise. Palestrante: Scarlett Marton. Campinas: CpfL Cultura, 2010. Disponível em: <<http://www.institutocpfl.org.br/cultura/2010/07/01/anticlimax-das-sociedades-contemporaneas-foucault-deleuze-e-derrida-frente-a-crise/>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

FERNANDA CRUZ. Agência Brasil. Menino de 11 anos morto por guarda civil é velado em São Paulo. EBC. São Paulo. 27 jun. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-06/menino-de-11-anos-morto-por-guarda-civil-e-velado-em-sao-paulo>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

G1 RIO. Policiais deram mais de 100 tiros em carros de jovens mortos no Rio. G1. Rio de Janeiro. dez. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/12/mais-de-100-tiros-foram-disparados-por-pms-envolvidos-em-mortes-no-rio.html>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

HUISMAN, Denis; VERGEZ, André. Curso Moderno de Filosofia: introdução à filosofia das ciências. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. Tradução de: Lélia Gonzalez.

JULIA, Didier. Dicionário da Filosofia. Rio de Janeiro: Larousse do Brasil, 1969. Tradução de: José Américo da Motta Pessanha.

MACHADO, Leandro; ZYLBERKAN, Mariana. Sem lar, criança morta em perseguição da polícia já dormiu até em van. Folha de S. Paulo. São Paulo. 04 jun. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/06/1778241-sem-lar-crianca-morta-em-perseguiçao-da-policia-ja-dormiu-ate-em-van.shtml>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

OLIVEIRA, Tory. O que se sabe sobre o caso do menino morto pela PM de SP. Carta Capital. São Paulo. 08 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-se-sabe-sobre-o-caso-do-menino-morto-por-policiais-em-sp>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

REDAÇÃO. Band. Amigo de menino morto muda versão do depoimento. Jornal da Band. São Paulo. jun. 2016. Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/cidades/noticia/100000809670/amigo-de-menino-morto-por-pm-muda-novamente-versao-do-depoimento.html>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

REINO UNIDO. OXFORD UNIVERSITY PRESS. OED Online. Oxford: Oxford University, 2016. Disponível em: <<http://www.oed.com/view/Entry/91004?redirectedFrom=identity#eid>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

SERRES, Michel. Novas tecnologias e sociedade pedagógica. Interface (Botucatu), Botucatu, v. 4, n. 6, p. 129-142, fev. 2000a. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832000000100013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____. Pertinência e Identidade. In: LEVY, Pierre; AUTHIER, Michel. As árvores de conhecimentos. 2. ed. São Paulo: Escuta, 2000b. p. 13-22. Tradução de: Mônica M. Seincman.

_____. Atlas. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. Tradução de: João Paz.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelares. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: ASPECTOS GERAIS E APLICABILIDADE NA SEARA CRIMINAL

Ricardo Alves DOMINGUES¹

RESUMO

A justiça restaurativa, política criminal amplamente empregada na antiguidade, vem sendo resgatada em face da crise do Direito Penal baseado na proteção de bens jurídicos por meio da aplicação de pena. Trata-se de um instrumento de resolução de conflitos que tem por objetivo promover o diálogo, reparar danos e reconstruir vínculos. Resgata a figura da vítima, embora não se limite aos interesses desta. Não há consenso quanto à sua conceituação, sendo certo que se trata de um procedimento que prestigia colaboração em detrimento do confronto. A justiça restaurativa, por óbvio, não é uma solução definitiva para o problema da criminalidade. Contudo, é um mecanismo eficiente para preveni-la e diminuir as consequências dela decorrentes.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa. Acesso à Justiça. Meios alternativos de Solução de Conflitos.

ABSTRACT

The restorative justice is a criminal policy widely used in antiquity and is being recued due to the crisis of Criminal Law that was based in the protection of legal rights through the imposition of penalties. The restorative justice is an instrument of conflict resolution which aims to promote dialogue, repair damage and rebuild ties. It also restores the figure of the victim, but it is not limited to their interests. There is no consensus about the concept of restorative justice, but it is known that refers to a procedure that honors collaboration instead of confrontation. Restorative justice, obviously, is not the definitive solution to the problem of crime. However, it is an efficient mechanism to prevent and to reduce its consequences.

KEY-WORDS: Restorative Justice. Access to Justice. Alternative Means of Conflict Resolution.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da justiça restaurativa e sua aplicabilidade na seara penal. Por meio da pesquisa bibliográfica, o método hipotético dedutivo será utilizado para investigar se a justiça restaurativa é um mecanismo eficiente de resolução de conflitos, especialmente no que tange à sua aplicabilidade na área penal.

Diante disso, inicialmente, são estudadas questões atinentes às origens dessa sistemática de resolução de conflitos. Aborda-se o surgimento da justiça restaurativa e sua

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Atualmente é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

relevância para a resolução de conflitos envolvendo crimes em sociedades primitivas.

A seguir, aponta-se a perda de relevância da justiça restaurativa diante do surgimento do Estado moderno e do aumento da complexidade das relações sociais e dos conflitos delas decorrentes. Na sequência se analisa o ressurgimento da justiça restaurativa como alternativa viável à resolução de conflitos de interesse envolvendo matéria penal.

Em um segundo momento, discorre-se acerca das características principais inerentes à justiça restaurativa. Posteriormente, indica-se o modo como a justiça restaurativa pode ser empregada atualmente na resolução de conflitos em matéria criminal. Por fim, após o desenvolvimento do estudo, sem o objetivo de esgotar a discussão do tema, são apresentadas algumas considerações finais.

A relevância do tema se mostra pelo evidente aumento da população carcerária sem que isso se configure num fator de repressão ao crime. Além disso, a justiça restaurativa surge como uma política alternativa para a solução de conflitos nas situações em que opressor e vítima mantêm um relacionamento, prevenindo-se, com isso, a ocorrência de novas infrações.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: ORIGENS

A justiça restaurativa não é um instituto recente. Foi o sistema de justiça criminal predominante durante a maior parte da história humana. Há registros de seu emprego desde o Código de Hamurabi (1700 a.C.). Era o modelo de resolução de conflitos tipicamente adotado pelas sociedades tribais.

Em princípio, vigorava a sistemática baseada na vingança privada. A vítima, assim como seus familiares, poderia vingar o dano sofrido pela prática do crime. Contudo, não havia proporcionalidade nessa retribuição, que podia ir além da pessoa do ofensor, voltando-se contra familiares deste. O dano decorrente da vingança poderia ser muito maior do que o provocado pela conduta que a motivou (COSTA, 2010).

Entretanto, nas antigas comunidades, a subsistência dependia da coesão e resistência da comunidade a que os indivíduos pertenciam. A vingança desmedida implicava no enfraquecimento do clã. Cada pessoa morta ou mutilada era uma força a menos para lutar e conseguir alimentos (ACHUTTI, 2009).

Assim, para a preservação do grupo, os interesses coletivos predominavam. As práticas restaurativas, portanto, eram prestigiadas. Ao mesmo tempo em que permitiam aos prejudicados pelo crime ver punido o ofensor, impediam que a vingança desproporcional

debilitasse a coesão do grupo.

O desenvolvimento da agricultura, o aumento populacional e o incremento da tecnologia promoveram profundas alterações na organização social. Há aproximadamente três séculos, surgiu o Estado moderno, que trouxe para si a tarefa de solucionar conflitos, sobretudo na esfera penal (ACHUTTI, 2009).

A política criminal deixou de ter como foco os interesses do ofensor e da vítima. O crime passou a ser tratado como ofensa aos bens jurídicos mais relevantes, dignos de proteção estatal. No entanto, esse modelo passou a demonstrar suas fraquezas.

Surgiram críticas em relação à ineficácia do emprego da prisão – principal sanção penal – no enfrentamento da criminalidade. Foi constatado o aumento dos problemas carcerários, mas não a diminuição da ocorrência de infrações penais. Logo, alternativas a essa sistemática passaram a ser cogitadas (NALINI, 2015).

Diante dessa situação, no final dos anos sessenta, nos Estados Unidos da América, surgiram duas correntes doutrinárias em resposta à crise do sistema penal: o retribucionismo renovado (teoria do jus desert) e o movimento reparador. Na década seguinte, verificou-se o crescimento de movimentos abolicionistas e ligados à vitimologia apontando o fracasso do sistema penal então vigente (SANTANA, 2009).

A vitimologia questionava o afastamento da vítima da resolução dos conflitos. Apontava a falta de preocupação com os interesses da parte ofendida. O papel desta limitava-se a prestar informações para a produção de prova no curso da persecução penal. Ao invés de satisfazer suas pretensões, o ofendido muitas vezes sofria uma nova violência ao se submeter à burocracia estatal e reviver o episódio criminoso (vitimização secundária).

Cumprir destacar que, embora a vitimologia tenha contribuído para fomentar práticas restaurativas, a justiça restaurativa não se restringe a atender o interesse da parte ofendida. Preocupa-se com os interesses desta, do ofensor e da comunidade, buscando a pacificação social.

Com propriedade, Leonardo Sica alerta que

A reintegração da vítima, portanto, é movimento real, necessário e em andamento. Porém, a potencialização de seu papel pode servir a discursos repressivos e reacionários, opostos às metas de redução da violência punitiva e superação da filosofia do castigo, visto que muitos movimentos das vítimas são insuflados pela retórica de “lei e ordem” e instrumentalizam a manipulação do medo para o reforço e alargamento de limites do poder punitivo, por vezes, para muito além das barreiras das garantias constitucionais. A abertura desregulada às vítimas pode muito bem apontar para a privatização do sistema [...] e para a rearticulação do discurso do crime [...] como obstáculo para a democratização do sistema de justiça. [...] O

sofrimento as vítimas é, por um lado, um ponto a ser tratado com mais atenção pela justiça penal, mas por outro, atrai um interesse pernicioso da mídia e, por consequência, também atrai a atenção de políticos, especialmente durante as campanhas eleitorais, porquanto esse sofrimento é um terreno fértil para a propagação de discursos demagógicos e sensacionalistas (SICA, 2007, p. 119).

Por sua vez, o abolicionismo sustentava que o direito penal era incapaz de solucionar os conflitos sociais. Alegava que havia soluções mais eficazes do que o direito penal para a pacificação social. Desse modo, buscava verdadeira ruptura com a sistemática até então vigente. O resgate da justiça restaurativa é uma das alternativas apontadas (SANTANA, 2009).

As primeiras experiências restaurativas contemporâneas se deram em 1974. O caso envolveu dois jovens de Elmira, Ontário, acusados de vandalismo contra vinte e duas propriedades. Foi determinado que eles se encontrassem com as vítimas para negociar os valores correspondentes às indenizações. Dessa maneira, surgiu o movimento de mediação entre vítimas e ofensores do Canadá (PRUDENTE, 2012, p. 31).

Em 1989, a Nova Zelândia aprovou o Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias. Esse foi o primeiro diploma legal a dispor expressamente sobre práticas restaurativas. Segundo o novo modelo implementado, a resolução de conflitos ocorria com base em reuniões de grupos familiares, envolvendo todos os interessados (PRUDENTE, 2012, p. 40).

Na década de 1990, houve a disseminação das práticas restaurativas. O crime e a justiça passaram a ser vistos sob “novas lentes”. O Conselho da Europa aprovou, em 15 de setembro de 1999, a Recomendação R(99)19, relativa à mediação em matéria criminal. Foi editada a Decisão-Quatro (ou Lei Quatro) 2001/220/JAI, relativa ao Estatuto da Vítima no Processo Penal. Em seu artigo 10, esse ato normativo promove a mediação nos processos penais (ZEHR, 2012).

Em agosto de 2002, o Conselho Econômico e Social da ONU editou a resolução 2002/12, que dispõe sobre os “Princípios Básicos Sobre a Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Penal. O desenvolvimento da justiça restaurativa também foi objeto do 11º Congresso das Nações Unidas Para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes (Declaração de Bangkok). No mesmo sentido, foram realizadas abordagens no evento subsequente, realizado em Salvador/Brasil (ONU, 2002).

No Brasil, o principal impulso às práticas restaurativas ocorreu em 2004, no âmbito do Ministério da Justiça (Secretaria da Reforma do Judiciário), por meio do Projeto BRA/05/009 – Promovendo Práticas Restaurativas no Território Brasileiro. A justiça

restaurativa é objeto do Projeto de Lei nº 7.006/2006 e tratada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal (Anteprojeto de Lei 156/2009). Embora ainda não esteja prevista expressamente no ordenamento jurídico penal brasileiro, há diplomas legais que admitem sua implementação, especialmente a Lei 9.099/95 (PRUDENTE, 2012).

Exemplificando: o artigo 89 da Lei 9099/95, autoriza – a critério do magistrado – a especificação de condições não expressas em lei para que o acusado possa ser beneficiado pela suspensão condicional do processo. Nessa oportunidade, é possível encaminhar o réu para participar de projetos orientados por práticas restaurativas.

CARACTERÍSTICAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E APLICABILIDADE NA SEARA PENAL

A expressão "justiça restaurativa" é atribuída a Albert Eglash, psicólogo americano que em 1977 publicou artigo com o título: “Beond restitution: creative restitution”. Podem ser citados outros termos correlatos: justiça transformadora ou transformativa, justiça relacional, justiça restaurativa comunal, justiça restauradora, justiça recuperativa ou justiça participativa.

André Goma de Azevedo sugere uma definição para o instituto:

[...] proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral das vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito (AZEVEDO, 2004, p. 140).

Contudo, por se tratar de um novo paradigma, não há consenso quanto à definição de justiça restaurativa. O que se prestigia são práticas que efetivamente reconstruam, diminuam os danos. A resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas – ONU sintetiza alguns termos referentes à justiça restaurativa, facilitando a compreensão do instituto (ONU, 2002):

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos.

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente da resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião

familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

3.Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender às necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

4.Partes significam a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo.

5.Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas envolvidas num processo restaurativo.

Segundo Howard Zehr, a justiça restaurativa é regida com base nas seguintes premissas: o crime causa um dano às pessoas e à comunidade; causar um dano acarreta uma obrigação; a obrigação principal é reparar o dano. O modelo restaurativo se caracteriza por ser resolutivo, recreativo e comunicativo (ZEHR, 2012).

A justiça restaurativa tem caráter resolutivo porque busca solucionar conflitos. Não apenas aqueles decorrentes de uma determinada infração penal, mas também os que se referem a dificuldades de relacionamento entre as partes diretamente envolvidas e demais interessados. Por isso, tal modelo é muito pertinente para enfrentar situações nas quais as partes mantenham vínculos entre si.

Igualmente, o instituto busca reconciliação. Tem por objetivo reconstruir relacionamentos deteriorados e promover a paz. As práticas restaurativas são comunicativas e visam promover o diálogo. a justiça restaurativa pretende reconstituir o relacionamento entre as partes, haverá prevenção de novos litígios. A promoção de contato entre os interessados impede que novos conflitos venham a surgir.

Quando a infração penal envolver violência praticada no contexto familiar (Lei 11.340/06), a prática de atos restaurativos auxiliará a identificar os motivos que levaram o agressor a cometer o delito. O enfrentamento de questões como o alcoolismo permite a conscientização do agressor, contribuindo para que ele não volte a delinquir. Nesses casos, é comum que a ofendida não tenha como principal objetivo a punição do agressor, mas sim a interrupção da violência, preservando-se os laços familiares.

Por meio da justiça restaurativa, pretende-se reparar o dano causado pela infração penal. E esse prejuízo deve ser considerado em acepção ampla, envolvendo não apenas a reconstituição do patrimônio, mas principalmente o resgate da paz de espírito do ofendido. (ZEHR, 2012, p. 171).

Com o emprego da justiça restaurativa, a vítima deixa de figurar apenas como um instrumento de prova. Seus interesses são trazidos à discussão, procurando-se maneiras de reparar o prejuízo causado pela infração penal. Destaca-se que muitas vezes o dano não é apenas de ordem material, mas também psicológica. Esses conflitos podem ser minimizados quando aberto um canal de diálogo junto ao ofensor (PRUDENTE, 2012).

A justiça restaurativa preza pelos seguintes valores: encontro das partes, participação e reparação. Inicialmente, busca-se promover uma aproximação entre a vítima e o ofensor. Também podem ser engajados nesse processo de aproximação terceiros interessados.

A troca de informações entre o ofendido e o autor da infração penal permite ao primeiro entender questões como a motivação do crime e a razão pela qual foi selecionado como vítima. Tal procedimento permite até mesmo que situações traumáticas sejam amenizadas, pois questões que causavam receio ao ofendido poderão ser melhor esclarecidas.

Quando possível, também permite ao ofensor tomar ciência das consequências de seus atos. A ele se abre uma possibilidade demonstrar seu arrependimento ao ofendido. Os encontros devem ser realizados desde que não impliquem em prejuízo à integridade psíquica da vítima (PRUDENTE, 2012).

A justiça restaurativa também tem como missão assegurar a participação popular. O envolvimento da comunidade prejudicada pela infração penal auxilia na reinserção social, tanto do ofensor quanto da vítima. Igualmente, facilita o apontamento de soluções, envolvendo na construção do acordo aspectos que previnam a prática de novos crimes (ACHUTTI, 2009).

Gláucia Falsarelli Pereira, responsável pela coordenação do Programa Justiça Comunitária, levado a efeito pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios destaca a importância da participação popular na resolução de conflitos:

O conflito, porém, deve ser visto como uma oportunidade, na medida em que pode conduzir a um processo de transformação. A expressão pacificadora do conflito dentro da comunidade cria a base para um amplo entendimento por meio do trabalho mutuamente desenvolvido pelos disputantes. O mesmo enfoque pode ser conferido ao conflito cuja origem repousa nas diversidades próprias de uma sociedade complexa. Na medida em que se transfere ao Estado toda a responsabilidade pela resolução dos conflitos, a comunidade não se fortalece nem se torna capaz de criar suas próprias soluções, o que constitui um fato de alienação. De acordo com

Shonholtz, o monopólio estatal inabilita os indivíduos e os movimentos sociais a resolverem seus conflitos, tornando-os eternos dependentes das iniciativas e da proteção do Estado (PEREIRA, 2003, p. 115-116).

Igualmente, se busca a efetiva reparação do dano causado. Essa reparação deve ser considerada em sentido amplo. Além de abranger o ressarcimento dos prejuízos materiais, deve ter caráter simbólico (a retratação do agente, por exemplo, contribui para que a vítima tenha consciência de que seus interesses foram objeto de atenção).

Outra finalidade inerente às práticas restaurativa é a transformação. Em primeiro lugar não figura a busca pela imputação de culpa e punição do autor do crime. O que se destaca é a luta pela transformação da realidade social, reconstrução de vínculos e diminuição da dor inerente ao crime (PALERMO, 2011).

A execução dos processos restaurativos envolve as seguintes práticas: mediação entre vítimas e ofensor, conferências familiares e círculos. A mediação constitui uma das principais práticas restaurativas. No tocante a esse instituto, é oportuno fazer considerações mais detalhadas.

Conforme definição de Tânia Almeida:

A mediação é um processo orientado a conferir às pessoas nele envolvidas a autoria de suas próprias decisões, convidando-as à reflexão e ampliando alternativas. É um processo não adversarial dirigido à desconstrução dos impasses que imobilizam a negociação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um processo confidencial e voluntário no qual um terceiro imparcial facilita a negociação entre duas ou mais partes onde um acordo mutuamente aceitável pode ser um dos desfechos possíveis (BREITMAN, PORTO, 2001, p. 46).

São princípios que regem a mediação: celeridade, informalidade, oralidade e economia processual. A mediação deve ser levada a efeito com agilidade, pautando-se pela celeridade. Inclusive para se evitar alegação de que constitui entrave para acesso ao Poder Judiciário, deve ser concluída em prazo razoável. Para tanto, os atos destinados à mediação devem ser praticados oralmente e de forma eficiente, evitando-se que sejam executados desnecessariamente.

A mediação deve despir-se da formalidade própria dos processos judiciais. O procedimento deve ser simples e a linguagem empregada deve ser de fácil acesso às partes, a fim de que entendam todos os termos do que está sendo discutido e se sintam mais seguras para propor soluções para o conflito (MOORE, 1998).

Na prática, é bastante comum a confusão entre a mediação e a conciliação. Contudo, há tênue diferença entre elas. A segunda é um método usado para a resolução de conflitos menos complexos, o que propicia uma atuação mais ativa do conciliador.

A conciliação e a mediação também diferem nos seguintes aspectos: a mediação tenta “restaurar a relação social”, a conciliação não; como a mediação tem o objetivo de resolver o problema que incomoda as partes, é estabelecida em vários encontros (a conciliação envolve apenas uma sessão); a mediação tem um enfoque subjetivo (pessoas), a conciliação se envolve com os fatos e o direito (enfoque objetivo); a mediação é confidencial e pretende soluções futuras, a conciliação é pública e tenta resolver conflitos pretéritos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

A mediação envolve os seguintes sujeitos: partes, representantes legais, mediador, comediador e o Juiz. As partes comparecem à sessão de mediação antes, durante ou após o processo judicial. Elas têm a opção de não se manifestarem durante a mediação, sua participação é voluntária e nada é feito sem o seu consentimento (PINHO, 2015).

Representantes legais: os advogados têm o importante papel de esclarecer as partes acerca de seus direitos e trazer soluções para os conflitos. Para a efetividade da mediação exige-se dos causídicos postura ética e aberta ao diálogo. Devem deixar a cargo de seus constituídos a iniciativa de resolução dos conflitos, prestando consultoria jurídica de acordo com o interesse de seus clientes. Nesse ponto, referidos profissionais devem assumir uma postura de colaboração. Os demais interessados na resolução do conflito devem ser encarados não como adversários, mas como colaboradores.

O mediador é a pessoa que exerce o múnus público de ajudar as partes a compor o impasse. Deve ser imparcial e ajudar as partes, não julgá-las. O mediador deve agir com equidade, primando por assegurar o equilíbrio entre as partes. Deve ter em mente que a iniciativa da resolução do conflito incumbe a elas. Assim, deve abster-se de impor ou mesmo induzir a solução que lhe parecer mais adequada.

O mediador tem o dever e a prerrogativa de manter sigilo quanto ao que for discutido durante os atos de mediação. Com base nos artigos 154 do Código Penal, 229 do Código Civil, 207 do Código de Processo Penal e 406 do Código de Processo Civil, o mediador não é obrigado a prestar testemunho a respeito dos fatos de que tenha conhecimento em virtude de seu ofício. Nos termos do artigo 5º, caput, da Lei 13.140/2015: “Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz” (BRASIL, 2015).

O comediador, por sua vez, traduz-se em dois ou mais mediadores conduzem o processo autocompositivo. Serve para agregar mais um mediador para auxiliar na busca pela solução do caso, ou para treinamentos supervisionados de aprendizes. A mediação caracteriza-

se pela interdisciplinaridade. É salutar que pessoas com conhecimento técnico adequado às especificidades disponibilizem informações úteis à resolução da contenda.

O Juiz de Direito possui como principal tarefa a aproximação das partes, buscando despertar nelas o interesse pela solução autônoma do litígio. O magistrado deve assumir uma postura diferente da usual. Precisa estar consciente de que deve transferir às partes o protagonismo para resolver o conflito.

Não é lícito ao Juiz de Direito valer-se da credibilidade decorrente de seu cargo para induzir as partes a enveredar pelo caminho que ele entende mais adequado. Igualmente, não pode assumir o papel de mediador, devendo limitar-se a despertar nas partes a intenção de dialogar.

O procedimento de mediação tem início quando o mediador se apresenta, explica às partes em que consistem os atos a serem praticados, esclarecendo acerca de suas fases e garantias. Ele deve transmitir serenidade e objetividade ao presidir os trabalhos (OLIVEIRA, 2002).

Em seguida, é feita uma reunião de informações, oportunidade em que as partes expõem suas versões. O mediador deve formular perguntas com a finalidade de elucidar as questões postas pelas partes. As questões formuladas devem ser identificadas pelo mediador, fazendo-se um resumo do conflito a ser abordado. As controvérsias são enfrentadas por meio de indagações apresentadas às partes pelo mediador.

Para a resolução da contenda, deve o mediador conduzir as partes a tentarem solucionar a controvérsia. Caso as partes desejem, deve ser feito um registro escrito das soluções ou dos passos subsequentes. A todo tempo deve ser observado o contraditório, com o intuito de fazer as partes chegarem a uma solução.

O procedimento de mediação requer a observância de uma série de detalhes que visam conduzir as partes a solucionar o conflito. Isso envolve desde a preparação dos mediadores até a posição em que as partes se posicionam na sala de audiências.

São utilizadas, preferencialmente, mesas em formato redondo, facilitando a comunicação e transmitindo às partes a ideia de que recebem tratamento igualitário. Também podem ser utilizadas mesas em formato quadrado. Nesse caso, as partes são assentadas diante dos mediadores, de modo a que não se configure ambiente de antagonismo (SOUZA, 2015).

A mediação é um instrumento eficiente para contribuir com o acesso à justiça, não sob sua perspectiva formal/processual, mas sobretudo em seu aspecto material, proporcionando uma justa solução aos conflitos.

Nos dizeres de Luciana Moessa de Souza:

Trata-se, portanto, a mediação de um procedimento que, ao mesmo tempo em que resolve o litígio, restaura o relacionamento entre as partes e as educa para a resolução autônoma de seus litígios, sendo, portanto, bastante democrático e fortalecedor da cidadania, além de agregar todas as vantagens já apontadas para a arbitragem; o acordo é consequência natural destes objetivos mais amplos (SOUZA, 2015, p. 67-68).

Em matéria penal, especialmente quando a infração penal envolver violência praticada no contexto familiar (Lei 11.340/06), a mediação auxiliará a identificar os motivos que levaram o agressor a cometer o delito. O enfrentamento de questões como o alcoolismo, permite a conscientização do agressor, contribuindo para que ele não volte a delinquir. A mediação constitui instrumento eficiente para o desenvolvimento da justiça restaurativa. Por meio dessa nova abordagem da justiça criminal, pretende-se reparar o dano causado pela infração penal (PALERMO, 2011).

Com o emprego da justiça restaurativa, a vítima em especial deixa de figurar apenas como um instrumento de prova. Seus interesses são trazidos à discussão, procurando-se maneiras de reparar o prejuízo causado pela infração penal. Destaca-se que muitas vezes o prejuízo não é apenas de ordem material, mas também psicológica.

O ofendido, não raras vezes, questiona os motivos pelos quais figurou como vítima do crime. Esses conflitos podem ser minimizados quando aberto um canal de diálogo junto ao ofensor. Destaca-se que deve sempre ser respeitada a livre iniciativa das partes para participarem de atos de mediação (NALINI, 2015).

Assim, a justiça restaurativa, levada a efeito com o emprego de técnicas de mediação, constitui um mecanismo eficiente para resolver conflitos de natureza penal, sobretudo por atuar na prevenção reconstruindo relacionamentos deteriorados e prevenindo a ocorrência de novas infrações penais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfrentamento da criminalidade com base no modelo tradicional, focado na imposição de sanções e preservação de bens jurídicos deixa evidente uma série de problemas. O foco na aplicação de penas privativas de liberdade deixa claro um paradoxo: a população

carcerária aumenta, mas o número de infrações penais não diminui.

Ainda prevalece o entendimento de que a segurança pública é “questão de polícia” e demanda sobretudo o incremento do aparato repressivo estatal. O investimento de recursos públicos se concentra na aquisição de armamento e viaturas. Por outro lado, consta-se que não há a mesma preocupação em levar cidadania às regiões mais carentes e – em regra – mais violentas.

Assim, aumenta-se o número de prisões, sobrecarregando o já combalido sistema carcerário brasileiro. Todavia, não são combatidos com o mesmo empenho os motivos que incrementam a criminalidade. Há uma concentração de esforços visando reprimir condutas delituosas (especialmente aquelas menos gravosas), deixando-se de lado políticas públicas de cunho preventivo.

Em face dessa sobrecarga, todos os envolvidos na persecução penal sofrem alguma forma de prejuízo. O autor da infração penal é inserido em estabelecimentos prisionais superlotados e atentatórios à sua dignidade. Não se observa o princípio da prevenção especial, pois não há condições de contribuir para ressocialização dos condenados. As prisões passaram a receber a infame alcunha de “faculdades do crime”. Organizações criminosas cujos líderes se encontram presos desenvolvem livremente suas atividades ilícitas no interior dos estabelecimentos penais.

Policiais, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário são tratados como “unidades de produção” (termo empregado pelo Conselho Nacional de Justiça). Diante do excesso de demanda, são pressionados a priorizar a quantidade de feitos movimentados, o que compromete a qualidade do desenvolvimento dos trabalhos.

Premidos pelos números que devem compor dados estatísticos, os operadores do direito concentram seus esforços para impulsionar os autos que se avolumam, quer empilhados nos gabinetes, quer surgindo como atalhos de sistemas informatizados. Essa situação dificulta a pacificação social: despachos desnecessários prolongam o andamento das demandas e decisões (e manifestações de outra natureza) mal fundamentadas permitem arguição de nulidade e não raras vezes necessitam ser refeitas. Além disso, o que é mais grave, a análise superficial da prova enseja injustiça, condenando inocentes ou absolvendo culpados.

Os ofendidos se submetem à vitimização secundária. Não há preocupação com o sofrimento por que passaram em decorrência do fato criminoso. São tratados de forma

burocrática, considerados instrumentos probatórios. O interesse da vítima não é levado em consideração. Dela se buscam extrair informações que contribuam para a instrução processual. Há pouca consideração no que se refere à reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido.

Diante das circunstâncias supramencionadas, é necessário abrir espaço para meios alternativos de resolução de conflitos. Além da conciliação, adequada a solucionar conflitos pontuais, cujos envolvidos não mantenham vínculos entre si, a justiça restaurativa, instrumentalizada por técnicas de mediação se apresenta como uma alternativa viável para o enfrentamento dos problemas apontados.

Em virtude de seu caráter informal, as práticas restaurativas se desenvolvem de forma mais célere. Isso contribui para a diminuição dos feitos acumulados e para a redução da morosidade da justiça criminal. Além disso, o caráter voluntário e a pretensão de enfrentar os motivos do crime, muitas vezes decorrente de problemas de relacionamento entre vítima e infrator, ao mesmo tempo contribui para satisfazer os interesses das partes e para prevenir a ocorrência de novas infrações penais.

Não se pode olvidar de que a justiça restaurativa não é a solução definitiva para a solução da criminalidade. Seu emprego é discutível em algumas situações, sobretudo em relação às infrações penais levadas a efeito por organizações criminosas, que atuam efetivamente motivadas pelo lucro.

Contudo, o emprego de práticas restaurativas na seara penal deve ser incentivado. Identificada, no caso específico, a viabilidade de sua aplicação, o instituto deve ser concretizado. Assim, conviverá com a sistemática tradicional de enfrentamento da criminalidade. Esta restará reservada para as hipóteses em que meios alternativos se mostrem inadequados.

A aplicação da sistemática tradicional de forma residual, restringindo-se a imposição da pena de prisão para o estritamente necessário, facilitará o trabalho das autoridades envolvidas na persecução penal, tornando mais eficiente o enfrentamento sobretudo da criminalidade profissional, levada a efeito por organizações criminosas.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AZEVEDO, André Goma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON Catherine; DE VITTO, Renato Campos; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). Justiça restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2004.

BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 12 jan. 2016.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas: criminologia e sistemas jurídicos-penais contemporâneos. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual de Mediação Judicial. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

COSTA, Alexandre A. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

COSTA, Joyce Serra Rodrigues. O acontecer da linguagem na justiça restaurativa: uma perspectiva hermenêutico-filosófica do novo paradigma criminal. Ciências Penais | vol. 13/2010 | p. 157 - 169 | Jul - Dez / 2010 | DTR\2010\631. Disponível em: <<http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000151ab67be34ed06b056&docguid=I4dc533503a5711e0baa700008558bb68&hitguid=I4dc533503a5711e0baa700008558bb68&spos=16&epos=16&td=57&context=18&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. O processo penal contemporâneo em face do consenso criminal: diálogos corrompidos e persistência no monólogo vertical. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

JESUS, Damásio de. Justiça Restaurativa no Brasil. In: Revista Jurídica Consulex. 15 set. 2005, ano IX, nº 208. p. 40-46.

KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 69-107.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. A mediação como forma alternativa de solução de conflitos. In: Revista dos Tribunais | vol. 751/1998 | p. 94 - 101 | Mai / 1999. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 6/2014 | p. 815 - 824 | Set / 2014 | DTR\1998\557. Disponível em: <<http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001514a26d73520d52bfa&docguid=Id34f04b0f25411dfab6f010000000000&hitguid=Id34f04b0f25411dfab6f010000000000&spos=35&epos=35&td=135&context=82&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Justiça Comunitária: Uma Experiência. 2006. Disponível em: <http://www.tjdft.gov.br/tribunal/institucional/proj_justica_comunitaria/com_livro_index.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

MOORE, Christopher. O processo de mediação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

NALINI, José Renato. Justiça Pacificadora: um ideal bem possível. In: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 45/2015 | p. 331 - 338 | Abr - Jun / 2015 | DTR\2015\9736. Disponível em: <<http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001514a23c4c877f8b404&docguid=I38706180247911e5a7f2010000000000&hitguid=I38706180247911e5a7f2010000000000&spos=14&epos=14&td=135&context=44&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

PALERMO, Pablo Galain. Mediação penal como forma de alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 91/2011 | p. 161 - 197 | Jul - Ago / 2011 | DTR\2011\2338. Disponível em: <<http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000151ab67be34ed06b056&docguid=I1c031090d84911e08f100008558bb68&hitguid=I1c031090d84911e08f1000008558bb68&spos=17&epos=17&td=57&context=34&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

PEREIRA, Gláucia Falsarelli. Justiça comunitária: por uma justiça de emancipação. Dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O histórico da lei de mediação brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei 13.140/2015. In: Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 46/2015 | p. 123 - 139 | Jul - Ago / 2015 | DTR\2015\13113. Disponível em: <<http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/resultList/document?>>

&src=rl&srguid=i0ad6007a000001514a17b6b31616998a&docguid=Idbabe8f06d8611e59dfb010000000000&hitguid=Idbabe8f06d8611e59dfb010000000000&spos=7&epos=7&td=135&context=9&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 27 nov. 2015.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON Catherine; DE VITTO, Renato Campos; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). Justiça restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Mediação (Instrumento de Pacificação Social). In: Revista dos Tribunais | vol. 799/2002 | p. 88 - 98 | Mai / 2002. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 6/2014 | p. 853 - 866 | Set / 2014 | DTR\2002\241. Disponível em: <<http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001514a26d73520d52bfa&docguid=If62d17a0f25011dfab6f010000000000&hitguid=If62d17a0f25011dfab6f010000000000&spos=37&epos=37&td=135&context=101&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

ONU. Ecosoc Resolution 2002/12. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2015.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Introdução aos fundamentos da vitimologia. São Paulo: Atlas, 2012.

SANTOS, Cláudia Cruz. A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 81/2009 | p. 209 - 229 | Nov - Dez / 2009 | DTR\2009\631. Disponível em: <<http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000151ab647be5d2f8f8ee&docguid=I06d2c2c0f25211dfab6f010000000000&hitguid=I06d2c2c0f25211dfab6f010000000000&spos=10&epos=10&td=66&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

_____. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito pelo Estado”). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 71/2008 | p. 31 - 49 | Mar - Abr / 2008 | DTR\2008\744. Disponível em: <<http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/widgetshomepage/search/navigate?fullResult=true&sortid=Global&snippets=true>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa?. In: Ciências Penais | vol. 11/2009 | p. 321 - 348 | Jul - Dez / 2009 | DTR\2009\365. Disponível em: <<http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/widgetshomepage/search/navigate?fullResult=true&sortid=Global&snippets=true>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SARAIVA, João Batista da Costa. Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido. Acesso à justiça e os direitos da personalidade. Birigui: Boreal, 2015.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs). Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2012.

ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

LEI 12.850/2013: CONCEITOS DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COLABORAÇÃO PREMIADA E A ATECNICIDADE DA EXPRESSÃO DELAÇÃO PREMIADA

Rodolfo Venancio da SILVA¹
Valter Foletto SANTIN²

RESUMO

A Lei 12.850 de 2013 trouxe ao menos duas importantes novidades ao ordenamento jurídico brasileiro: uma hodierna definição típica de organização criminosa e a regulação do procedimento para aplicação de um importante meio de obtenção de prova, útil à prevenção e repressão do crime organizado: a colaboração premiada. Com base nestas duas inovações jurídicas, tal pesquisa, apresentando uma abordagem pelo método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital, aponta os delineamentos da conceituação legal de organização criminosa, os contornos jurídicos da colaboração premiada e, finalmente, as razões pelas quais a expressão “delação premiada” não encontra respaldo técnico-jurídico, devendo, portanto, ser evitada pelo operador de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Organização Criminosa; Colaboração Premiada; Delação.

ABSTRACT

The Law 12.850 of 2013 brought at least two important new features to the Brazilian legal system: A today's typical definition of criminal organization and regulation of the procedure for application of an important mean of obtaining evidence, useful for prevention and control of organized crime: a winning collaboration. Based on these two legal innovations, such research, with an approach by the interpretative method, with analysis and exegesis of texts on books review, articles and judged available in physical and digital media, shows the outlines of the legal concept of criminal organization, legal contours of the award-winning collaboration and ultimately the reasons why the term "whistleblower award" does not meet technical and legal support, should therefore be avoided by the right operator.

KEY-WORDS: Organization Criminally; Award-winning collaboration; Tipoff.

-
- 1 Tem experiência na área de Direito. Participa do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas (UENP), sob a orientação do Dr. Valter Foletto Santin. Realiza estágio junto ao escritório de advocacia do Dr. Antonio Carlos Pereira, em Jacarezinho/PR
 - 2 Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho, Paraná, Brasil). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. Atualmente é professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Direito Procesual Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: investigação criminal, Ministério Público, crime econômico, políticas públicas e efetivação dos direitos sociais, Direitos Difusos e Coletivos, acesso à justiça e Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

O vocábulo delação provavelmente nunca teve tanta utilização, tanto destaque e tantas abordagens quanto as que vêm recebendo nos últimos tempos, especialmente dos setores midiáticos e de informação e nos interiores dos espaços em que atua o Poder Judiciário em sua prática forense.

Tal “fama” repentina deve-se, em grande parte, à edição e promulgação da Lei 12.850, na data de 02 de agosto de 2013, lei que vigorou quarenta e cinco dias após a devida publicação, e que tem em seu conteúdo normativo a definição legal de organização criminosa, além de disposições acerca da investigação de tal atividade delituosa, meios de obtenção da prova contra tal crime, infrações penais correlatas ao mesmo, e o procedimento criminal a ser aplicado quando da configuração típica do crime de organização criminosa.

Sobre a lei acima citada, e pelos motivos que levam este estudo a tomá-la como eixo central de aprofundamento das temáticas propostas, cabe frisar o posicionamento de Cabette e Nahur (2014, p. 182):

Entende-se que o advento da normatização da lei 12.850/13, além de não revogar os dispositivos anteriores, pode servi-los de complemento em suas respectivas áreas de aplicação, uma vez que o atual diploma legal normatiza de forma bem mais detalhada os procedimentos para a colaboração. Isso, aliás, era uma lacuna por demais prejudicial à devida aplicação do instituto por meio dos diplomas legais que antecederam à atual Lei do Crime Organizado)

Ressalte-se que no capítulo em que a Lei 12.850/2013 trata da investigação e dos meios de obtenção de prova há uma seção com quatro artigos denominada “Da Colaboração Premiada”. Eis o gabado instituto jurídico, errônea e insistentemente chamado de delação premiada pelos mais diversos meios noticiários ou de divulgação jornalística.

Nesta pesquisa de cunho científico analisaram-se detidamente três aspectos: a conceituação de organização criminosa esboçada pela norma da Lei 12.850/13; a definição de colaboração premiada enquanto meio de obtenção de prova, ferramenta apta a prevenir e reprimir o crime organizado, também conforme a norma da Lei 12.850/13; e, por fim, as razões pelas quais a expressão “delação premiada” não se mostra de acordo com a melhor técnica jurídica, devendo ser terminantemente evitada pelo perito operador de direito, de quem se exige a mais acurada e adequada técnica no emprego dos institutos e acepções jurídicas.

O trabalho adotou o método interpretativo bibliográfico, com análise de textos sobre o instituto da delação premiada.

CONCEITUAÇÃO: ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI 12.850/2013

Conceito de Organização Criminosa

Ainda em sede preliminar, insta-nos assentar que a conceituação de organização criminosa é fundamental para que compreendamos o fenômeno jurídico da colaboração premiada; isto por que o instituto jurídico em tela é legalmente assentado como meio de obtenção de prova na prevenção e/ou repressão de organizações criminosas, como veremos mais adiante.

Em verdade, organizações criminosas são fenômenos sociais de ampla historicidade e de múltiplas concepções variantes no espaço e no tempo que, enquanto acontecimento sociológico, conforme entende Ana Luiza Almeida FERRO podem ser apresentadas como

a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidatórios, como violência e ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção — para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal —, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e tendência à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado é a espécie de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa.

Alinhada a esta conceituação de dimensão fático-sociológica, Capez (2010, p. 237-238) apresenta uma série de características intrínsecas à realidade das organizações criminosas enquanto fenômeno social, a saber:

a) Previsão de acumulação de riqueza indevida: [...] b) Hierarquia estrutural: [...] c) Planejamento de tipo empresarial: [...] d) Uso de meios tecnológicos sofisticados: [...] e) Divisão funcional de atividades: [...] f) Conexão estrutural com o Poder Público: [...] g) A ampla oferta de prestações sociais: trata-se do chamado fenômeno do ‘clientelismo’. [...] h) Divisão territorial das atividades ilícitas: [...] i) Alto poder de intimidação: [...] j) Real capacidade para a fraude difusa: [...] l) Conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações: [...]

A primeira legislação brasileira, por seu turno, a tratar especificamente do tema de

organização criminosa, a agora derogada Lei 9.034/95, permaneceu com conteúdo normativo omissivo quanto à definição de organização criminosa. O conceito adotado então, àquela época, por falta de um critério interno legalmente estabelecido, advinha da Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), norma cujo texto foi aprovado e ratificado pelo Brasil por meio da promulgação do Decreto nº 5015/2004, e que traz em seu artigo 2º, alínea “a”, a disposição de que grupo criminoso organizado é

grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

Tal conceituação padecia de certa generalidade, de certa vagueza, não condizente nem compatível com o âmbito de atuação da esfera penal, não deixando por este justificável motivo de ser alvo de críticas, como a apresentada por Luís Flávio Gomes (GOMES, 2009.):

[...] a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; [...] a definição dada [...] vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno [...]. Note-se que a Convenção exige “(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional [...] Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal; [...] definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito Penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lexpopuli*).

Somente no ano de 2012 é que se deu iniciativa legislativa a superar a adversidade proveniente da ausência de conceituação legal quanto à organização criminosa; foi a Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, dispondo sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, que inovou o ordenamento jurídico brasileiro, normativamente descrevendo em seu artigo 2º que se considera

organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional

Esta inovação legislativa, entretanto, foi logo derogada com o advento da Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, estabelecida justamente para definir organização criminosa, dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais

correlatas e o procedimento criminal aplicável aos mesmos, que traz descrição normativa da organização criminoso como

associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional

Por certo que definições legais, como a acima exposta, que é a prevalecente em matéria de aplicação da norma penal que a elas se subsumem, exatamente por tenderem a restringir seu próprio âmbito de abrangência, regulando a autodelimitação de seu campo de atuação, são passíveis de críticas, quer por dizer menos do que deveria quer por dizer mais do que dela motivadamente se espera. Todavia, é a busca pela segurança jurídica, pela realização de garantias fundamentais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na Constituição da República Federativa do Brasil, e pela própria perspectiva de se dar maior e melhor aplicabilidade possível às disposições legais, que levam à necessidade de uma conceituação fechada, nos termos acima.

Conceito de Colaboração Premiada

Tratamos agora de iniciarmos o processo de conceituação diretamente do ponto de vista positivado na ordem do direito objetivo, e por uma razão assaz óbvia: a colaboração premiada, a par de sua efetivação no mundo prático, encontra sua razão de ser nas causas e consequências que a lei determina durante e após sua concretização; ou seja, a colaboração premiada interessa enquanto fenômeno jurídico, enquanto ato cuja forma de realização e possíveis efeitos encontram-se tutelados em dispositivos legais.

A delação premiada é importante fator de maior eficiência na investigação de crime, pela facilitação do trabalho de pesquisa de autoria e materialidade, em contrapartida à ineficiência do sistema de prevenção pública da criminalidade, visível segundo Valter Foleto Santin (SANTIN, 2005, p. 210) pelo “crescimento dos índices de crimes e da sensação de insegurança”, sendo que a própria segurança pública constitui importante serviço público para a população.

O serviço de segurança pública é importante, considerado dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, destinado à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, caput, da Constituição Federal).

SANTIN (2005, p. 212) considera a segurança pública como “interesse difuso”, em

razão de ostentar “natureza transindividual, indivisível, de titularidade dispersa entre pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato no interesse geral de recebimento de proteção fornecida pelo Estado na preservação da ordem pública” e, conseqüentemente, “da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

A colaboração premiada também pode ser vista como mecanismo de busca da dignidade da pessoa humana e do interesse social de repressão de condutas ilícitas, sendo as informações fornecidas pelo colaborador um instrumento de avença com a sociedade para a própria diminuição do impacto negativo da sua conduta.

Em tal linha, cabe anotar a ponderação de Gilberto Giacóia (2002, p. 28) na aproximação da Justiça com a dignidade da pessoa humana, anotando que “as forças sociais encontram-se em processo de contínua recomposição” encarecendo a necessidade de que “o pacto social acompanhe essa renovação”, por sua condição de “dínamo de um novo tempo, a atualização do contratualismo há que se ancorar na doutrina dos direitos humanos, ainda que considerada como nova religião civil, reescrevendo-se a história sob o signo da dignidade”.

É dessa maneira que a lei 12.850/2013, o mais recente diploma a dispor sobre a matéria, vem nos socorrer. Tal diploma legal traz em seu Capítulo II a epígrafe “DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA”. O artigo que inaugura tal capítulo é o 3º, que em seu texto dita: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova”, arrematando em seguida com o inciso I, onde se lê “colaboração premiada”.

Desta forma, ainda que de maneira a ser complementada, observa-se que o elemento normativo da lei em destaque trata a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova, um instrumento especial de reforço investigativo a ser utilizado na prevenção e repressão de organizações criminosas e suas práticas delituosas.

De uma perspectiva ainda introdutória, portanto, ficamos com a conceituação de Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2014, p. 513):

A colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

A própria legislação prossegue conferindo-nos componentes que elucidam a conceituação do instituto da colaboração premiada, como inferimos da norma do artigo 4º da Lei 12.850/2013, sob a Seção I DA COLABORAÇÃO PREMIADA:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados (grifo nosso)

Do que destacamos da norma do artigo supracitado surgem três características intrínsecas do instituto em tela: possibilidade legal de concessão de benefícios ao colaborador; efetividade; e voluntariedade. Estabelece-se assim que, ao agregar o elemento previamente embasado (como acima apontado, justamente o de ser a colaboração premiada um extraordinário elemento auxiliador à obtenção de mais vasto e robusto material probatório) com estes outros três, que serão esmiuçados a seguir, temos a colaboração premiada como especial meio de obtenção de prova criminal, no qual coautor e/ou partícipe de organização criminosa, visando obter benefícios de ordem penal, contribui efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Quanto à Voluntariedade

Primeiramente, quanto à voluntariedade, preciosa lição exsurge de Damásio de Jesus (JESUS, 2006.)

Voluntário é o ato produzido por vontade livre e consciente do sujeito, ainda que sugerido por terceiros, mas sem qualquer espécie de coação física ou psicológica. Ato espontâneo, por sua vez, constitui aquele resultante da mesma vontade livre e consciente, cuja iniciativa foi pessoal, isto é, sem qualquer tipo de sugestão por parte de outras pessoas.

Extrai-se que o ato de colaboração pode (e deve, nos atos em que se configure a necessidade, a utilidade e a adequação de reforço investigativo, embasando a utilização do especial meio de obtenção de prova, como requisitos intrínsecos de emprego desta ferramenta processual) ser incentivado a colaborar para o esfacelamento da organização criminosa pelo órgão representante do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, como nos é apontado pela norma do artigo 4º, parágrafos 2º e 6º, da Lei 12.850/2013:

2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o [art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#).

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Logo, nos termos vistos, mediante o direto oferecimento de acordo a ser realizado pelo órgão do Ministério Público, ou proposta de acordo indireta, efetivada pelo delegado de polícia, com prévia oitiva e concomitante participação de membro do Parquet, que possibilitará benefícios de ordem penal ao colaborador, cabe a este livre e conscientemente decidir sobre sua cooperação, a partir do acordo oferecido, ou seja,

ato voluntário é aquele em que a pessoa não sofreu nenhum tipo de coação ao praticar. É o ato conforme a vontade da pessoa, mas que pode ter sido proposto por outra; ou seja, sofre influências do meio externo. A delação premiada deve ser voluntária; ou seja, pode não surgir do próprio colaborador, mas ser proposta pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia. (MENDONÇA, 2014, p. 7)

Quanto à Efetividade

Quanto à efetividade, por sua vez, a própria lei 12.850/13 estabelece critérios para que a mesma seja atingida, na parte final de seu artigo 4º e respectivos incisos desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
 - II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
 - III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
 - IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
 - V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.
- realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo às novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitand

Observa-se que a norma extraída da lei enfatizou, sabiamente, que somente informações sérias e de notável relevância poderiam dar possível ensejo aos benefícios de ordem penal almejados pelo colaborador, sendo encaradas, do ponto de vista interpretativo da norma legal, segundo Ana Paula Gadelha MENDONÇA (2014, p. 8) como relevantes

as informações que a polícia e o Ministério Público, por seus próprios meios, não poderiam encontrar; bem como informações que realmente levem ao conhecimento dos outros integrantes da prática criminosa, ao resgate da vítima com vida, à recuperação dos produtos do crime, a prevenção de futuras infrações penais pela mesma organização criminosa, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas na organização criminosa, entre outras.

É destacável ainda, acerca dos resultados a garantir a efetividade conforme os parâmetros da lei, que os mesmos não são cumulativos. Assim destaca Pacelli (2012, p. 416), ao lecionar que “não será necessária a concorrência simultânea de todos os objetivos

declinados, até porque, em determinados crimes, isso nem sequer será possível”.

Desta característica de efetividade ressalta-se a absoluta necessidade de que os órgãos competentes a oferecer o acordo de colaboração em casos de investigações dirigidas contra organizações criminosas ajam com a devida responsabilidade, cautela, prudência e proporcionalidade. Assim, deve partir das autoridades responsáveis pelo oferecimento do acordo um sério juízo prelibatório quanto à sua necessidade, adequação e conveniência, pautando-se por uma motivada expectativa de atingir-se, no plano fático, uma das consequências legais esperadas pelo ato colaborativo.

Quanto aos Benefícios Legais

A colaboração do agente envolvido em atividades próprias, verdadeiras elementares concernentes à organização criminosa revelar-se-ia impraticável não fosse pelo fato de a lei conceder benefícios ao agente que se prestar a colaborar.

Nestas condições, o Estado reconhece-se tolhido de sua máxima capacidade investigatória e legalmente estende benefícios para o agente que venha a, voluntária e efetivamente, colaborar para a obtenção de provas que decididamente favoreçam a persecução estatal, em seu viés preventivo ou repressivo, que se mostrava travada, impossibilitada de progredir, de gerar e de garantir a paz pública pelos meios convencionais de investigação.

Nesse íterim, cabe a lição de Guilherme Nucci (2013, p.50):

A rejeição à ideia da colaboração premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos preciosos, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria moralmente aceitável. Se os criminosos atuam com regras próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada. A lei do silêncio, no universo criminoso, ainda é mais forte, porque o Estado não cumpriu sua parte, consistente em diminuir a impunidade, atuando, ainda, para impedir que réus colaboradores pereçam em mãos dos delatados.

Ciente dessas premissas, o legislador tratou de normativamente listar os benefícios a que o colaborador pode fazer jus, a depender do acordo firmado, do cumprimento de suas estipulações e condições, e da efetivação da colaboração quanto aos resultados dela esperados.

Parte das vantagens legalmente conferíveis, se ajustadamente preenchidos os requisitos, encontram-se no caput do artigo 4º da Lei 12.850/2013: “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos”.

Sobre a concessão de tais benefícios, destaca LIMA JUNIOR (2014, p. 18.) que

essa decisão não produz efeito de coisa julgada, tampouco garante a concessão do benefício proposto, uma vez que, como não poderia ser diferente, o magistrado não está vinculado ao acordo firmado na fase de negociação, de forma que poderá formar seu juízo de valor sobre o auxílio do acusado durante a instrução processual e, ao final dela, tendo avaliado as circunstâncias previstas no § 1º do art. 4º, prolatará a sentença de mérito na qual fixará os eventuais benefícios ao colaborador

Outra seara de benefícios legais estendidos ao colaborador voluntário e efetivo encontra-se na norma do § 4º e seus incisos, do artigo 4º da Lei 12.850/2013, que dita: “Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo”.

Tal disposição normativa não se mostrou impassível de críticas. Bittar (2011, p.189) nos lembra que

Como somente há sanção administrativa para as hipóteses em que o promotor deixar de oferecer a denúncia contra um agente, em detrimento ou benefício de outro, na prática pode ocorrer a celebração de acordos extraprocessuais (e, portanto, “burla”) entre o Ministério Público e o criminoso, que poderá receber como “prêmio” não ser incluído no polo passivo da relação processual, tornando-se uma obscura testemunha, valendo aqui recordar a advertência de Calamandrei de que o processo pode ser transformado em um autêntico “jogo” entre as partes, neste caso completamente desequilibrado e, pior, sem a possibilidade de controle, por parte daquele que julga

As críticas, entretanto, não devem prosperar. As condições legalmente impostas estão sobre o crivo discricionário do órgão do Ministério Público, (trata-se de um poder, como enfatiza a norma da lei, como se depreende, por exemplo, do texto do artigo 4º, em seu parágrafo 4º: "Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador..") que como parte impessoal (artigo 37, caput, da Constituição Federal) na atuação do poder punitivo e repressivo estatal, e constitucionalmente eleito titular da ação penal, tem por dever o pautar-se com responsabilidade, ancorado pelo trinômio: necessidade, adequação e estrita proporcionalidade entre o efetivo resultado conquistado por intermédio da colaboração, nos moldes legais, e a recompensa a ser oferecida, também dentro dos limites da lei.

Ademais, quaisquer eventuais intenções escusas, ou atos à margem dos parâmetros

legais por parte do órgão do Ministério Público, ainda estarão sobre o crivo jurisdicional, como bem nos revela a norma do § 2º do artigo 4º em sua parte final: “aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”.

Para finalizar nossa argumentação em prol da maior e melhor aplicabilidade da norma ventilada por meio do texto utilizado na Lei 12.850/2013 quanto aos benefícios legais extensíveis à figura do colaborador, destacamos as palavras de Lima Júnior (2014, p. 19):

Não obstante o princípio da obrigatoriedade, observa-se que, mais uma vez, o sistema acusatório foi devidamente contemplado pela Lei 12.850/2013, uma vez que proporciona ao Ministério Público, titular da ação penal, a faculdade de não oferecer a denúncia em desfavor do colaborador, mesmo que estejam caracterizadas as condutas delituosas por ele praticadas, mitigando-se, assim, o referido princípio. Sendo assim, o Parquet possui uma margem de manobra para negociar com o acusado, visto que, antes mesmo da judicialização dos fatos apurados, poderá oferecer ao colaborador uma espécie de prêmio, no caso, o não oferecimento da denúncia em seu desfavor, o que certamente irá estimulá-lo a prestar mais informações úteis à investigação [...]. Contudo, vale lembrar que, tratando-se de arquivamento do inquérito policial, a punibilidade do investigado não é extinta, de modo que o procedimento poderá ser reaberto, mas só na hipótese de surgimento de novas provas.

Estas, enfim, são as conclusões, o apoio racional quanto às vantagens legalmente previstas para o colaborador voluntário e de ação efetiva, quais sejam: perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade, substituição da mesma por restritiva de direitos ou não oferecimento da denúncia, quaisquer uma delas concedíveis a partir de um criterioso exercício de ponderação por parte do órgão estatal quanto à necessidade de se oferecer acordos que prevejam tais benefícios, quanto à adequação dos termos benéficos do acordo à real cooperação apresentada no caso concreto de atuação da organização criminosa e quanto à estrita proporcionalidade entre a execução institucional de políticas de prevenção e combate das organizações criminosas e a devida utilização do recurso à colaboração, nas balizas legais.

A Conceituação de Colaboração Premiada a partir da Lei 12.850/2013 e a Atecnicidade da Expressão ‘DELAÇÃO Premiada

Diante do apresentado temos a colaboração premiada como especial meio de obtenção de prova criminal, no qual coautor e/ou partícipe de organização criminosa, visando obter benefícios de ordem penal, contribui efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Já a expressão ‘delação’, por seu lado, traz consigo uma negativa carga semântica, associada à perfídia e à traição, vinculada à sua estrita definição enciclopédica: “acusar de participação em crime ou delito; denunciar” (PRIBERAM).

Doutrinas e jurisprudências voltam suas razões para este elemento negativo de significância do vocábulo ‘delação’, mas não deixam de elaborar suas próprias conceituações, vocacionadas à abordagem técnica-jurídica das quais destacamos a proposta por Bittar (2011, p.4), ao indicar que a palavra delação

pode ter dois significados nas ciências penais: em um primeiro momento, a delação, na sua acepção de denunciar, deve ser entendida no sentido de *delatio criminis*, ou seja, seria o conhecimento provocado, por parte da autoridade policial, de um fato aparentemente criminoso; assim, o delator seria uma pessoa, via de regra, sem relação alguma com o fato criminoso. Já, em sua acepção de revelar, poder-se-ia entender a delação como sendo a conduta do participante que efetua a admissão da própria responsabilidade por um ou mais delitos, acompanhada da ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia.

Diversos estudiosos da área jurídica, escorados na perspectiva ética a que a acepção do termo ‘delação’ produz, em um discurso de aparente fundamento moral, tecem críticas ao instituto que a lei acertadamente denomina como ‘colaboração’, pugnando por uma quase indecência do instituto legal, diante do que é posto como incentivo estatal à traição.

Assim, nas palavras de Lima Júnior (2014, p. 25), careceria de lógica o instituto em questão:

A principal crítica era no sentido de que as informações prestadas por meio da traição e deslealdade carecem de verossimilhança e escancaram a ineficiência do Estado na sua função persecutiva penal, uma vez que se socorre de meios imorais e antiéticos em busca de condenações.

Seguindo ainda a exposição de pensadores da seara jurídica, que revelam algumas ligações com intrincadas questões éticas associadas ao instituto da colaboração, perspicaz o apontamento colocado por Luiz Flávio Gomes (GOMES, 1998, p. 347), quando escreve

Colocar em lei que o traidor merece prêmio é difundir uma cultura antivalorativa. É um equívoco pedagógico enorme. Ainda que o valor perseguido seja o de combater o crime, mesmo assim constitui um preço muito alto tentar alcançar esse fim com um meio tão questionado.

Respeitando-se os entendimentos acima demonstrados, faz-se necessário contra-argumentar, denotando a fragilidade dos pensamentos até então expostos, defendendo, por consequência, a prevalência do termo ‘colaboração’, por esta ser, de fato, a expressão utilizada em lei e por ser este o verbete que melhor condiz ou melhor se adéqua aos resultados práticos e à experiência concreta consequentes quanto ao ato do agente em relação ao polo

que representa a entidade estatal.

E a razão de ser desta fragilidade é simples: a aludida “delação” é somente uma das possíveis espécies de produto material resultante da colaboração, e justamente por se tratar de uma conduta voltada em prestar apoio à atividade persecutória estatal, promovendo reforço investigativo e direcionando o esforço investigativo, deve ser minimizada, pois o enfoque real, a referência ética, não deve ser a alegada traição e algum incentivo à mesma, mas a atitude colaborativa em si (ainda que a troca de certas vantagens, limitadas à própria efetividade da colaboração) demonstrada durante as fases pré-processuais, processuais e pós-processuais, sendo que o incentivo a tal postura cooperativa surge da necessidade do Estado preservar direitos e garantias fundamentais violadas pela atividade das organizações criminosas, e de tutelar, da melhor forma possível, com as ferramentas legais que se mostrarem necessárias, adequadas e proporcionais, o bem jurídico que é a paz pública.

Nota-se, em uma exegese que não precisa passar dos limites puramente literais ou gramaticais, que apenas o inciso I da Lei 12.850/2013, em seu parágrafo 4º indica uma identificação (erroneamente tratada como traição), embora o sujeito colaborador esteja se voltando para o lado em que prevalece a busca pela preservação do bem comum, e seja esta a atitude a ser devidamente valorizada. E mais: pelos riscos pessoais a que o próprio agente colaborador se submete ao tomar tal atitude, em consonância com os efeitos sensíveis que a lei determina que sejam atingidos, deve fazer jus a algum benefício penal. Os demais incisos elencam resultados que, nada tendo a ver com perfídia ou deslealdade, são frutos da colaboração, e serão devidamente premiados, conforme o acordo prévio avençado junto ao representante do Ministério Público.

Nesse sentido, Falcão Jr. (2011, p.7) anota que

Ao delator não pode ser impingida a violência para que fale, se autoincrimine ou vista outras afrontas ao núcleo garantista do processo, condutas que o transformariam em simples objeto, homo sacer submetido ao uso soberano da violência. Contudo, não se pode impedir que fale, que pondere como ser humano livre, e, independente do seus motivos pessoais (egoísticos ou não), decida se deve colaborar com a reconstrução dos fatos dentro do processo. O Direito, sendo natural técnica biopolítica de dominação, numa democracia, não pode tutelar a incapacidade do ser humano em decidir, mormente quando estão em jogo valores sociais caros à coletividade. Por último, é uma meia verdade dizer que, ao defender a delação, o Estado assume a sua incapacidade de investigar, pois a administração persecutória detém o monopólio da força.

As lições atestadas destacam a liberdade individual naturalmente concedida a qualquer pessoa humana e constitucionalmente protegida (art. 5º, caput, da Constituição Federal), no sentido de que o sujeito deve poder determinar sua conduta de acordo com sua

vontade; ou seja, se no caso concreto o agente colaborador vir a promover a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas em troca de benefícios de ordem penal, tal conduta nada mais será do que reflexo de sua liberdade individual em exercício de sua ampla defesa, direito e garantia igualmente tutelado pela Carta Maior (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

No caso do instituto da colaboração premiada, ainda, estamos lidando com um investigado (que não teria, em tese, razões para pleitear vantagens penais junto ao órgão investigativo ou acusador se vislumbrasse melhores saídas), um réu ou um condenado que, buscando privilégios pessoais, vem a prestar apoio à atividade estatal de prevenção e repressão de crimes praticados por via da organização criminosa, do qual o mesmo, quase invariavelmente, fez parte. Logo, há mesmo restrito espaço para a eticidade, por parte do colaborador. E o Estado, por sua vez, só fomenta tal proceder porque não se mostra dotado de outros meios capazes de dismantelar a organização criminosa, agindo em um verdadeiro estado de necessidade investigativo.

A favorecer o técnico emprego da expressão ‘colaboração’ em detrimento ao imperito e pouco especializado, e por isso dispensável, uso do termo ‘delação’, nos aponta Moro (2004, pp. 58-59):

Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de resistência francesa. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenado nesse caso o silêncio.

Tais assertivas, especialmente a norma constante dos incisos do artigo 4º da Lei 12.850/2013 que apontam quatro resultados possíveis a partir da colaboração, todos bastante diferentes de uma suposta traição evidenciam a exaustão a necessidade de tecnicamente se utilizar o vocábulo ‘colaboração’, deixando para os leigos em matéria jurídica o emprego da palavra ‘delação’, tanto por uma questão de ordem semântica, tratando, em si, do significado enciclopédico das expressões, mas ainda mais pelo imperativo a exigir que operadores do direito dêem a mais apurada e profissional conotação aos institutos com os quais trabalham e aos quais se referem: aquele que colabora com a Justiça e com a aplicação justa das leis não é traidor, nem delator, nem pode por isso ser desprezado (desprezível é, antes, o silêncio cúmplice).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluímos tal pesquisa registrando que a vigente definição típica de organização criminosa é a presente na norma da Lei 12.850/2013: a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Registramos, ainda, a definição de colaboração premiada como meio especial de obtenção de prova ligado intrinsecamente às noções de voluntariedade, e efetividade e que, uma vez válida e eficaz, conforme a regulação legal, garante a concessão de benefícios ao agente colaborador.

Por fim, demonstramos a impertinência da expressão “delação premiada” e as razões pelas quais tal expressão não deve ser utilizada pelo profissional da área jurídica: a própria Lei que regulamenta o instituto o nomeia como colaboração premiada; dos resultados práticos normatizados em lei como esperados a partir da colaboração apenas um pode ser vagamente apontado como uma suposta e hipotética traição restando quatro possíveis resultados que nada tem a ver com a perfídia; e, também, o próprio imperativo lógico no sentido de que aquele que colabora com a Justiça e com a aplicação justa das leis não é traidor, nem delator, e sim, como a própria norma legal almeja, um colaborador.

REFERENCIAS

BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 4 e 89..

BRASIL. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 18 de abril de 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Criminalidade organizada & globalização desorganizada– curso completo de acordo com a Lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, p. 182

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237-238..

FALCÃO JR., Alfredo. Delação Premiada: Constitucionalidade e Valor Probatório. 26/10/2011, p.7..

FERRO, Ana Luiza Almeida. O crime organizado e as organizações criminosas: uma proposta legislativa. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1805. Acesso em: 11 de abril de 2016.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. Revista Argumenta (Revista Argumenta Journal Law), do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, Jacarezinho/PR: UENP, v. 2, n. 1, p. 11-31, 2002. In: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86/86>. Acesso em: 14 out. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print. Acesso em: 11 de abril de 2016..

_____. Lei de Lavagem de Capitais. São Paulo: RT, 1998, p. 347.

JESUS, Damásio E. de; Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 513..

LIMA JÚNIOR, Rizonaldo Teixeira de. A Colaboração Premiada Após o Advento da Lei 12.850/2013 (Lei De Organizações Criminosas).UEPB, Campina Grande, 2014, p. 19 e 25..

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação ManiPulite. RevistaCEJ. Brasília, n. 26., jul./set. 2004, pp. 58-59

MENDONÇA, Ana Paula Gadelha. A Aplicabilidade da Delação Premiada na Nova Lei de Crime Organizado (Lei 12.850\13. Monografia apresentada no curso de pós-graduação na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. In: http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/AnaPaulaGadelhaMendonca.pdf. Acesso em: 29 jun. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.50.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2012, p. 416.

PRIBERAM, Dicionário. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/delatar>. Acesso em: 07 de junho de 2016.

SANTIN, Valter Foletto Santin. Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. Revista Argumenta (Revista Argumenta Journal Law),do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, Jacarezinho/PR: UENP, 2005, v. 5, p. 208-216.

LEI DA PALMADA: UMA ANÁLISE SOBRE AS PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES OCORRIDAS NOS DISPOSITIVOS LEGAIS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ana Paula MEDA¹
Thaís de Moraes GARROTE²

RESUMO

Este estudo tem por foco a descrição das principais alterações ocorridas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), oriundas da Lei nº. 13.010, de 26 de junho de 2014, conhecida como Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo. A problemática insere-se na percepção acerca de quais foram as mudanças, os acréscimos e as explicações que a Lei da palmada trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro. Objetiva-se, desse modo, a exposição das modificações essenciais relacionadas à lei em apreço para precedente observação das consequências, em termos estruturais e de consciência coletiva, que tal legislação propiciou. Percebe-se, com isso, que a Lei da Palmada viabiliza novas nuances de ordem prática e jurídica, a proporcionar uma gradual conscientização e uma mudança cultural na sociedade e, por conseguinte, nas famílias e responsáveis legais de infantes e juvenis sobre a necessidade do diálogo como forma de educação, de maneira que a agressão física figurada em autoridade como conduta educadora seja repensada para que não haja o emprego de castigos físicos com intuito disciplinar. Para realização do estudo proposto o trabalho está desenvolvido com base no método dedutivo com a utilização das técnicas de pesquisa indireta documental e de pesquisa indireta bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Infância e juventude. Lei da Palmada. Violência doméstica. Agressão física.

ABSTRACT

This study is focused on the description of the main changes in the Statute of Children and Adolescents (ECA), coming of Law. 13.010 of June 26, 2014, known as Law or Law Spanking Boy Bernardo. The issue is part of the perception of what were the changes, additions and explanations that spanking Law brought to the Brazilian legal system. The purpose is thus the exposure of the main changes related to the law in question to observe the consequences founded in structural terms and collective consciousness, that such legislation led. It can be seen, therefore, that the Law of spanking enables new nuances of practical and

- 1 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho. É mestranda em Ciência Jurídica pela mesma instituição. Atua como advogada no Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP. Integrante dos Grupos de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais; A Interferência do Estado na Vida da Pessoa Humana; e A Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil. Foi bolsista de Iniciação Científica (2013-2015) PIBIC/UENP - Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FAADCT/PR).
- 2 Bacharel em Direito pela Faculdade Sudoeste Paulista -FSP. Especialista em Direito Processual Penal pela UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP em parceria com a LFG. Atua como Advogada e como Conciliadora e Mediadora no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) no Município e Comarca de Piraju/SP. Integrante do Grupo de Pesquisa "A Interferência do Estado na Vida da Pessoa Humana pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Foi estagiária no escritório de advocacia dos Advogados Tiago Ramos Cury e Roque Walmir Leme no Município de Piraju, no qual o grande foco dos trabalhos eram cobranças judiciais e extrajudiciais de diversas empresas deste município, não deixando ainda de atuar em outras áreas do Direito.

legal, to provide a gradual awareness and cultural change in society and, therefore, the legal families and caregivers of infants and juveniles on the need for dialogue as a means of education, so that physical aggression figuratively in authority as an educator conduct be rethought so that there is the use of physical punishment to discipline order. For the study proposed work is developed based on the deductive method with the use of the techniques of documentary indirect research and bibliographic indirect research.

KEY-WORDS: Children and Youth. Law Smack. Domestic violence. Physical aggression.

INTRODUÇÃO

O trabalho em exposição tratou de adentrar a evolução legal e principiológica relacionadas ao direito infanto-juvenil, bem como a conceituação sobre violência doméstica e seus desdobramentos enquanto as espécies de mencionado tipo de violência. No terceiro capítulo observaram-se as mudanças que a Lei da Palmada, posteriormente conhecida como Menino Bernardo, trouxeram ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A justificativa e a relevância social de se abordar este objeto de estudo estão fundamentadas na necessidade de se conhecer e entender quais as alterações que a Lei da Palmada veiculou no ordenamento jurídico pátrio, tendo em conta que ainda hoje a quantidade de crianças e adolescentes vítimas de algum tipo de violência doméstica, principalmente a violência física, são notórias e repercutem constantemente nas mídias.

Assim, a problemática do presente estudo reside na seguinte indagação: diante do aparato legislativo que visa à proteção dos direitos infanto-juvenis, o que a Lei da Palmada acrescentou, modificou e especificou em torno disso, considerando as peculiaridades direcionadas para o castigo físico?

Nessa conjuntura, o objetivo posto em fosco foi justamente apresentar os principais pontos de alteração que ocorreram no parâmetro legal, especificadamente no Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, para que fosse possível responder à pergunta formulada e desenvolver o estudo com o fito de alcançar o objetivo proposto, indispensável se fez a delimitação do estudo.

Com isso, observaram-se no primeiro capítulo quais são as normas previstas em âmbito nacional e internacional, destinadas à proteção dos infantes e adolescentes. Em um segundo momento tratou-se de definir o que é violência doméstica e quais suas espécies para que, no terceiro capítulo fosse viável tecer considerações sobre a Lei da Palmada em correlação ao Caso do Menino Bernardo, bem como expor as modificações advindas com tal

lei.

Em seguimento, utilizou-se como marco teórico, essencialmente quanto ao tema da violência doméstica, as autoras Maria Amélia Azevedo e Viviane N. de Azevedo, a considerar que para o desenvolvimento da pesquisa também se fez necessário o apontamento de diversos documentos legais que corroboraram para o assunto.

Como método de abordagem foi empregado o método dedutivo, pois que se iniciou de uma premissa geral para que fosse cabível o desenvolvimento do estudo e seu afunilamento até se alcançar o ponto central do trabalho, qual seja, a Lei da Palmada e suas modificações no ordenamento jurídico brasileiro. Foram utilizadas, por fim, como técnicas de pesquisa, a pesquisa indireta documental e a pesquisa indireta bibliográfica.

NORMAS PROTETIVAS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E INTERNACIONAL

Inicialmente é importante explicar a definição de criança como também de adolescente. Um posicionamento sobre o assunto é de Barros (2013, p. 22), o qual afirma que o Estatuto da Criança e do adolescente, em seu artigo 2º, faz uma distinção importante do que vem a ser criança e adolescente:

(...) o Estatuto estabelece no art. 2º. uma importante divisão conceitual, com implicações práticas relevante. Considera-se criança a pessoa com 12 (doze) anos incompletos, ou seja, aquela que não completou seus doze anos. Por sua vez, adolescente é aquela que conta 12 (doze) anos completos e 18 anos incompletos. Ao completar 18 anos, a pessoa deixa de ser considerada adolescente e alcança a maioridade civil (art. 5º. do Código Civil). O critério adotado pelo legislador é puramente cronológico.

Assim, para reafirmar o que Barros mencionou anteriormente em sua posição sobre a definição de criança e adolescente, deve ser mencionado o que descreve o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente retirado do site do Planalto (2016): “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Esta distinção, segundo Fuller, Dezem e Nunes Júnior (2012, p. 25), é importante principalmente para distinguir a aplicação de medidas socioeducativas, bem como a colocação em família substituta, pois crianças infratora não podem ser punidas com medida socioeducativa, mas apenas com medidas de proteção (art. 101). Já os adolescentes infratores, se submetem as medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda menciona que na questão de adoção dessas pessoas, é fundamental que o

adolescente seja ouvido e se posicione em relação ao fato da adoção (art. 45, §2).

A divisão entre crianças e adolescentes não é aleatória, pois envolve a capacidade de discernimentos das atitudes e conhecimento de suas consequências perante toda a sociedade. Neste ponto, José Jacob Vicente (2002, p. 17) afirma que “a divisão feita pela lei, portanto não é aleatória, encontrando razões científicas para a distinção. Ao atingir a adolescência, o menor já tem discernimento a respeito da ilicitude e das consequências de sua conduta, podendo, assim, ser responsabilizado por ela”.

É importante notar um detalhe: é possível a aplicação do Estatuto para as pessoas entre 18 e 21 anos de idade, desde que concorram dois requisitos: a) medida excepcional; b) casos expressos em lei (FULLER, DEZEM e NUNES JÚNIOR, 2012, p. 25).

Ressalta-se que a Secretaria de Direitos Humanos (2010, p. 10), refere-se à alteração de paradigma que a criança e o adolescente foram conquistando perante a sociedade com o passar do tempo:

A criança e o adolescente, vistos na contemporaneidade como sujeitos de direitos, ocupam um lugar bem diferente daquele que lhes era designado e permitido anteriormente. Pode-se dizer que há uma importante mudança de paradigma, a partir da qual se refuta a ideia de infância associada à passividade ou imagem da criança como alguém que “um dia será” um sujeito.

Posteriormente inicia-se uma retrospectiva dos direitos da criança e do adolescente, sendo que a Secretaria de Direitos Humanos (2010, p. 16) afirma que no Brasil, as principais referências legais de proteção aos direitos previstos às crianças e aos adolescentes, que têm por objetivo assegurar a dignidade e o desenvolvimento destas pessoas, é possível a citação de três importantes direcionamentos: (1) A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989; (2) A Constituição Federal de 1988; e (3) O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

Segunda Kátia Maciel (2010, p. 11), o primeiro documento internacional que mencionou direitos da criança e do adolescente foi a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra (1924), a qual foi promovida pela Liga das Nações. Porém, o grande marco para o reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes foi em 1959, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Continua Katia (2010, p. 11):

O documento estabeleceu, dentre outros princípios: proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual; educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação.

Ademais, o grande reconhecimento dos direitos consagrados às crianças e adolescentes, voltados a cuidados e atenções especiais, podem ser confirmados com o item 2 do artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos ao Homem (2016): “Artigo 25º (...) 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma protecção social” (sic).

Portanto, Castilho (2011, p. 65) observa que a Declaração Universal dos Direitos ao Homem, referida anteriormente, tornou-se um dos mais importantes documentos que guiaram os direitos humanos até os dias atuais garantindo um avanço social e também direitos iguais para todos os cidadãos.

Conforme menciona Castilho (2011, p. 88), a Constituição Federal de 1988, está devidamente amparada pelos Direitos Humanos, até mesmo porque diversos tratados internacionais foram ratificados pelo Brasil, como por exemplo, em 24 de janeiro de 2004, foi ratificado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, o qual é voltado para o desenvolvimento da criança, mediante a presença de conflitos armados e a venda de crianças, juntamente com contextos de prostituição e de pornografias infantis.

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, aborda a questão da criança como prioridade absoluta, e a sua proteção é dever da família, da sociedade e do Estado (SARAIVA, 1999, p. 20).

Com isso, ao adotar a proteção integral para as crianças e para os adolescentes, reafirmam que todos eles são sujeitos com diversos direitos. Observe o que Cury, Garrido e Marçura (2002, p.21) afirmam que a proteção integral envolve a percepção de que a criança e o adolescente são pessoas que possuem direitos frente à família, à sociedade e ao Estado, acabando completamente com o pensamento de que são apenas objetos que interveem no mundo adulto. As crianças e adolescentes, hoje, são considerados titulares de direitos, como também de alguns direitos especiais, tendo em vista a condição peculiar que possuem dentro do processo de desenvolvimento.

É no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 que se asseguram diversos direitos estipulados à criança e ao adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes

preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

E mais:

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Continua:

“§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

Ainda prossegue:

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

Conclui:

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

O Estatuto da Criança e Adolescente por sua vez, garante a todos os menores de 18 (dezoito) anos os mesmos direitos pertencentes aos adultos. Isto pode ser percebido pelo ensinamento de Miguel Angel Asensio Sánchez, citado na obra de José Joaquim Gomes Canotilho (2003):

Os menores têm em regra os mesmos direitos dos adultos admitindo-se exceções (sobretudo quanto ao exercício) quando da natureza do direito em causa se possa extrair metódico-interpretativamente a legitimidade de restrições nos termos do regime específico dos direitos, liberdade e garantias.

É por isto que, em seu artigo 17, o Estatuto da Criança e do Adolescente, menciona que as crianças e os adolescentes possuem a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, o que abrange a imagem, identidade, autonomia, ideia, crenças, valores, enfim, uma infinidade de direitos.

Por fim, ressalta-se que nos artigos 3º e 5º do ECA (2016), estão presentes os principais princípios interpretados de acordo com os direitos fundamentais:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Veja observa o artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente ao dispor que “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

Vê-se, portanto, que as crianças e os adolescentes, diante de uma ascensão legal, deixaram de ser percebidas como objetos de direitos e passaram a ser vistas como sujeitos de direitos. Todavia, ainda que tenham sido reconhecidos e positivados direitos em prol do público infante-juvenil, agressões e omissões, tanto da família, como da sociedade e do Estado continuam a assolar a vida de crianças e adolescente, como é o caso, por exemplo, da violência doméstica que adiante será apresentada.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Antes de tudo, é indispensável definir no que consiste a violência doméstica contra a criança e o adolescente. Nas palavras de Maria Amélia Azevedo e de Viviane N. de Azevedo Guerra, ambas pertencentes ao LACRI/IPUSP (2001, p. 16), violência doméstica é um ato ou omissão que é praticado pelos próprios pais, parentes ou qualquer pessoa que seja responsável pelas crianças ou pelo adolescente, no qual se aproveita desta situação para causar à vítima um grande sofrimento ou qualquer dano, seja ela de natureza física, sexual e/ou psicológica. Na realidade existe uma transgressão do poder/dever pertencentes aos responsáveis por essas

crianças e adolescentes, como também uma coisificação da infância destas pessoas, fazendo com que haja uma negação de todos os direitos desta classe de pessoas, que devem ser tratados como pessoas em uma grande e importante fase, que é o seu desenvolvimento.

A violência, de acordo com Costa (2005, p. 68) está muito relacionada ao cotidiano da vida das pessoas, não somente em uma classe social, mas em diversas classes, envolvendo assim, diversas instituições como a familiar, ambiente de trabalho, escolas, igrejas, enfim, em qualquer lugar.

A Fundação ABRINQ, publicou no ano de 2002, uma cartilha conhecida como “O fim da Omissão: A implantação de pólos de prevenção à violência doméstica” que na página 14, menciona que qualquer tipo de violência afeta de forma nefasta o desenvolvimento da criança e do adolescente, mas alguns tipos de violência como a física e as psicológicas são utilizadas até os dias de hoje como métodos disciplinares, esquecendo-se os agressores que com isto só pioram a situação existente, como também contribuem para um futuro mais agressivo.

Neste ponto, é importante distinguir todos os tipos de violência que são possíveis contra as crianças e os adolescentes, iniciando com a Violência Física, que é o “uso da força ou atos praticados pelos pais ou responsáveis, com o objetivo claro de ferir ou não, deixando ou não marcas evidentes. São comuns murros, tapas, agressões com diversos objetos ou líquidos quentes” (RIBEIRO; MARTINS, 2011, p. 80).

Em relação à violência psicológica, o Ministério da Saúde, na cartilha “Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes” (2002, p. 35), afirma que este tipo de violência raramente aparece nas estatísticas, justamente por ser invisível. A violência psicológica configura-se com a diminuição da criança ou adolescente por seus responsáveis, através de humilhações, ameaças, impedimentos, fazendo com que essas crianças e adolescentes fiquem com sua autoestima completamente abalada, pois acreditam serem inferiores em relação às outras pessoas, ocasionando assim, um grande sofrimento mental e afetivo. Isto faz com que a criança e o adolescente desenvolvam sentimentos de culpa, mágoa e insegurança, que dependendo do caso, podem acompanhá-los por toda a vida. Ressalta-se ainda, que a simples atitude de rejeição ou de abandono afetivo, pode configurar a referida violência.

Já a negligência, é outra modalidade de violência contra as crianças e os adolescentes, que segundo a Fundação ABRINQ (2002, p. 15), é uma omissão em relação às necessidades físicas e emocionais, sendo que os responsáveis (na maioria das vezes os

genitores) deixam de prover de forma adequada as necessidades físicas de saúde, educação e higiene das crianças e os adolescentes ou até mesmo esquivando-se de supervisionar as atividades realizadas pelos filhos de modo a prevenir riscos.

Por fim, umas das violências mais cruéis contra qualquer pessoa, especialmente para as crianças e os adolescentes, que estão em fase de desenvolvimento tanto corporal como psicológico, é a violência sexual, tendo em conta que pode estimular práticas sexuais, mas também pode ocorrer sem nenhum tipo de contato. Muitas vezes o abuso acontece em âmbito familiar e é denominado de intrafamiliar e se ocorrer fora do vínculo familiar é conhecido como extrafamiliar (podendo ser com agressor conhecido ou desconhecido). Assim, segundo Guerra e Azevedo (2001), a violência sexual compreende:

(...) ato ou jogo sexual entre um ou mais adulto e uma criança ou adolescente, tendo por finalidade estimular sexualmente esta criança/adolescente, ou utilizá-lo para obter satisfação sexual. É importante considerar que no caso de violência, a criança, e adolescente são sempre vítimas e jamais culpados e que essa é uma das violências mais graves pela forma como afeta o físico e emocional da vítima.

Uma violência que não é muito lembrada, porém de grande importância, está relacionado ao trabalho infantil. Segundo as palavras de Silva (2002, p. 36), o trabalho infantil contra crianças e adolescentes têm grande relação com os níveis de pobreza existentes nas famílias das crianças e adolescentes vítimas de violência, as quais necessitam que essas vítimas complementem a renda familiar, o que resulta a denominada vitimação. O fato em questão está nitidamente ligado às formas de condição dos trabalhos infantis como também as formas pelos quais são realizadas.

A síndrome de Muchausen por transferência, também é uma violência contra a criança e adolescente. Segundo a Coordenação de Desenvolvimento de Programas e Políticas de Saúde (CODEPPS) (2007, p. 19), é uma forma de violência onde normalmente o responsável pela criança ou adolescente as leva até hospitais para passarem por alguns tratamentos, porém exigem que seja feito exames complementares desnecessários, causando um sofrimento físico maior para essa criança e adolescente, como também inúmeros danos psicológicos.

A Coordenação de Desenvolvimento de Programas e Políticas de Saúde (CODEPPS) (2007, p. 19), ainda relata sobre o bullying, que é uma violência que ocorre com grande intensidade entre os jovens, principalmente em escolas e em tecnologias digitais, como por meio de facebook, mensagens, em outros meios, ocorrendo em diversas ações (2007, p.20), dentre elas:

▪ Agredir	▪ Empurrar	▪ Intimidar
▪ Amedrontar	▪ Encarnar	▪ Isolar
▪ Assediar	▪ Excluir	▪ Ofender
▪ Aterrorizar	▪ Fazer sofrer	▪ Perseguir
▪ Bater	▪ Ferir	▪ Quebrar pertences
▪ Chutar	▪ Gozar	▪ Roubar
▪ Colocar apelidos	▪ Humilhar	▪ Tiranizar
▪ Discriminar	▪ Ignorar	▪ Zoar
▪ Dominar		

Outro fato que deve ser realçado diz respeito aos principais sinais que indicam a existência de violência doméstica contra crianças e adolescentes. Veja-se o que diz a Fundação ABRINQ (2002, p. 18):

(...) violência física são: contusão, fratura ou queimadura inexplicável, desconfiança contínua de qualquer contato e presença permanente de estado de alerta e defesa, comportamento agressivo ou excessivamente tímido, dificuldade no relacionamento e fuga de casa. (...) violência sexual os sinais são: mudança extrema, repentina e inexplicável do apetite, no humor e no desempenho escolar, regressão a comportamentos infantis como chorar excessivamente ou chupar o dedo, roupas rasgadas ou sujas de sangue, hemorragia vaginal ou retal, dor ao urinar, genitais inchadas ou com secreção, comportamento agressivo, pesadelo, grito ou agitação noturna, interesse súbito e não usual por questões sexuais ou brincadeiras sexualizadas persistentes, masturbação compulsiva e fuga de casa.

Muitas vezes, esses tipos de violências que muitas vezes ocorrem no âmbito familiar e, até mesmo fora dele, não são noticiados às Autoridades Policiais, justamente pelas vítimas desses delitos, ora, as crianças e os adolescentes, possuem uma relação importante com os “agressores”, vivendo assim, um grande medo. Isto faz com que ocorra a Cifra Negra, que é “o número de delito que por alguma razão não são levados ao conhecimento das autoridades policiais, contribuindo, portanto, para uma estatística divorciada da realidade fenomênica”. (FILHO, VASQUES e FRUGOLI, 2014, p. 38).

Não bastando a cifra negra, Filho, Vasques e Frugoli (2014, p. 49), mencionam ainda uma agravante ao caso, é a presença da vitimização terciária, onde as vítimas encontram-se desamparadas pelos órgãos públicos, como também a própria sociedade não acolhe essas vítimas.

Complementando o pensamento acima relatado, Ribeiro e Martins (2011, p.85), mostram que a sociedade não pode ser omissa em relação às agressões sofridas pelas vítimas, ou seja, as crianças e adolescentes, pois a partir do momento que a sociedade se omite em relação a este fato, se torna também agressora.

É fato que, conforme consta no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, tanto o Estado quanto à própria família possuem responsabilidade sobre criança e o adolescente.

Outro relato imprescindível que Herrera e Melani (2015, p. 12) citam na Cartilha sobre Violência Doméstica Contra Criança e Adolescente para o Cirurgião-Dentista, é em relação aos agressores, os quais, não possuem um perfil determinado, porém normalmente são as pessoas mais próximas às crianças e adolescentes. Também, apontam que algumas situações podem propiciar a violência contra as crianças e adolescentes, porém, é importante mencionar que não são todas as pessoas que se encaixam neste perfil.

Continuam os autores supracitados:

Alguns contextos favorecem a violência contra o menor em decorrência das dificuldades enfrentadas pela família, utilizadas como desculpa pelo agressor. São exemplos: gravidez indesejada, número elevado de filhos, baixa idade dos genitores (...), imaturidade dos genitores, falta de apoio familiar e de recursos, antecedentes de violência familiar (...), ruptura familiar, isolamento social, alcoolismo e abuso de outras drogas, desconhecimento sobre o desenvolvimento da criança (...), pais que apresentem problemas psicológicos. Ainda que não seja culpa da criança, algumas características do menor podem despertar a manifestação da ira ou do desdém do agressor. Exemplos: filhos não desejados e/ou não planejados, recém-nascidos prematuros, de baixo peso ou portadores de anomalias congênitas, crianças com menos de 1 ano de idade, crianças com algum tipo de deficiência física ou mental, choro, crianças expostas a problemas familiares como brigas entre os pais da criança, cuidadores com passagens pela polícia, cuidadores que cometam violência contra animais, comportamento agressivo entre as pessoas próximas à criança.

Por este motivo que Santo e Dell'Aglio (2010, p.334), afirmam que essas crianças e adolescentes que não têm o apoio da família ou atendimentos especializados tendem a não resistir às ameaças e pressões dos abusadores. Muitas vezes, as famílias voltam à condição anterior aos delitos no intuito de figurar uma tentativa para o convívio harmônico, fazendo com que retirem as denúncias, comprovando assim, uma grande vulnerabilidade. Ademais, a sociedade pretende combater a violência contra a criança e adolescente, porém, muitas vezes não possui condições de capacitação de profissionais e estrutura para isso.

A LEI DA PALMADA E AS PREVISÕES QUE ALTERARAM O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

De acordo com a notícia publicada no Jornal on-line do Senado Federal (2016), o Brasil aderiu à Convenção sobre os Direitos da Criança desde 24 de setembro de 1990, onde ao ser ratificado, o Brasil assumiu a obrigação de proteger os direitos relacionados à Criança e ao Adolescente. É verdade que, a Deputada Maria do Rosário foi a precursora do projeto de defesa das crianças e adolescentes no Estado Brasileiro:

Para efetivar o direito, em 2003 a então deputada Maria do Rosário encaminhou o Projeto de Lei 2.654, que também considerava necessária a efetiva implementação dos avanços introduzidos pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do

Adolescente (ECA). O projeto tramitou na Câmara dos Deputados, mas, em 2010, o Poder Executivo encaminhou outro projeto de lei, o PL 7.672, que substituiu o primeiro e deu origem à Lei Menino Bernardo.

O projeto de Lei nº. 7.672/10, o qual foi denominado pelo Poder Executivo por “Lei da Palmada”, sendo futuramente conhecido como “Lei Menino Bernardo”, aprovada pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 2011, tem por objetivo, segundo Lima (2013, p.95), a proibição dos castigos físicos para as crianças e adolescentes pelos pais ou também pelos responsáveis. A referida Lei apenas complementa o Estatuto da Criança e Adolescente, com ênfase na questão da violência física para com enfoque de natureza punitiva ou disciplinar, ou seja, como forma de “educação” para as crianças e os adolescentes.

É de extrema importância mencionar que, como relatado acima, a Lei nº. 13.010, de 26 de junho de 2014, batizada como “Lei Menino Bernardo”, foi uma forma de homenagear o menino Bernardo Uglione Boldrini. Segundo consta no site da Revista “Veja”, na reportagem de 17 de abril de 2014, o menino Bernardo foi encontrado morto na data de 14 de abril de 2014, por ter sido dopado com analgésico usado em exame de endoscopia antes de ser-lhe aplicada uma injeção fatal, preparada pela madrasta do garoto que, conseqüentemente, o matou.

Esta mesma revista ainda mencionou sobre a certidão de óbito de Bernardo: “A certidão de óbito do menino atesta que ele morreu de "forma violenta" dois dias antes de o pai relatar à polícia sobre o desaparecimento do filho. Segundo a certidão de óbito, o corpo estava em "adiantado estado de putrefação" quando foi encontrado”.

Assim, a Lei veio para realmente proteger as crianças e adolescentes quanto às barbaridades referentes às inúmeras notícias de agressão nesta classe de pessoas, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito destes de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

Nos termos da Lei nº 13.010/2014, houve modificação de diversos artigos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, sendo que no artigo 1º da referida lei, apresenta as modificações dos artigos 18-A, 18-B e 70-A:

"Art. 18-A.A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada

com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize.”

Continua as modificações:

"Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; V - advertência. Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.”

Apresenta ainda, a modificação do artigo 70-A, que visa coibir o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante na educação das crianças e adolescentes:

“Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações: I - a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos; II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;

Prossegue o artigo:

III - a formação continuada e a capacitação dos profissionais de saúde, educação e assistência social e dos demais agentes que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente para o desenvolvimento das competências necessárias à prevenção, à identificação de evidências, ao diagnóstico e ao enfrentamento de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente; IV - o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente; V - a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente, desde a atenção pré-natal, e de atividades junto aos pais e responsáveis com o objetivo de promover a informação, a reflexão, o debate e a orientação sobre alternativas ao uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo educativo;

Conclui o artigo:

VI - a promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente. Parágrafo único. As famílias com crianças e adolescentes com

deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção.”

Prevê no artigo 2º (segundo) da Lei nº. 13.010/2014, a modificação do artigo 13, no qual determina que em caso de configuração de castigos físicos cruéis ou desumanos contra as crianças e adolescentes a obrigatoriedade de comunicação ao Conselho Tutelar e exhibe também a revogação do artigo 245:

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.
“Art. 245. (VETADO)”.

Por fim, em seu artigo 3º, a lei mostra a modificação ocorrida em relação ao artigo 26 da Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), o qual foi acrescido o parágrafo 9º:

“Art. 26. §9º Conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente serão incluídos, como temas transversais, nos currículos escolares de que trata o caput deste artigo, tendo como diretriz a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado.”
(NR)

A Doutora Simone Algeri (2016), afirma que a Lei da Palmada já existe em 25 (vinte e cinco) países, sendo que a Suécia, em 1979, foi o primeiro país a aprovar esta lei. Ademais, mencionou que somente a lei não consegue transformar toda uma sociedade baseada em uma cultura adultocêntrica (as crianças são tidas como propriedade de seus pais), porém possui propósitos de como se esperar que, não só os responsáveis, mais todas as pessoas tratem as crianças e adolescentes.

Complementando a ideia mencionada acima, a Doutora Simone (2016) entende que para se educar uma criança deve haver imposição de limites, chamar atenção, corrigir atitudes, porém tudo isso deve ocorrer através do diálogo entre as partes envolvidas, e não através de violência física, pois assim, há o reconhecimento e a possibilidade de expressar todos os sentimentos vivenciados.

Assim, segundo Rosário (2010) em seu relatório no projeto de Lei nº. 7.672 (MSC nº. 409/2010), a legislação antes da modificação dos artigos supracitados, que se consolidou com a atual Lei nº. 13.010/14 era muito vaga na questão da violência física contra as crianças e adolescentes. É certo que, há a necessidade de lutar pelo cumprimento de todas as leis existentes, porém, também se deve lutar para que haja a complementação ou o preenchimento

de todas as lacunas existentes nas leis, para construir um início das garantia dos direitos das crianças e adolescentes. É com o tempo que as lacunas existentes legais serão preenchidas, fazendo com que haja uma efetivação na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

CONCLUSÃO

Considerando os argumentos apresentados é possível dizer que tanto no aspecto social quanto cultural houve uma mudança na forma de concepção acerca da infância e da juventude o que, por sua vez, ensejou a própria alteração das leis, com a preocupação e o surgimento de documentos internacionais, leis e diretrizes específicas voltadas para o público infante-juvenil.

Nesse sentido, pode-se perceber na esfera internacional a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente e, em âmbito nacional a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente como importantes marcos na construção de uma priorização em prol da proteção integral da infância e juventude.

O direito, nesta perspectiva, na tentativa de acompanhar as mudanças sociais consagrou legislações específicas, porém, a cada vez surgem novas leis com o espoco de tutelar mais severamente bem jurídico que já encontra guarida, como é o caso, por exemplo, da Lei da Palmada.

Referida lei, no intuito de melhor proteger os direitos dos infantes e juvenis, alterou vários dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente com vistas a salvaguardar as crianças e adolescentes de agressões físicas por parte de seus representantes legais, considerando a possibilidade da perda do poder familiar e da guarda. A Lei da Palmada ainda prevê medidas para os agressores com a finalidade de tratá-los, de modo que a violência doméstica não seja um ciclo vicioso que circunde em ascensão.

Pode-se dizer, então, que as modificações dos dispositivos legais do Estatuto da Criança e do Adolescente originárias da Lei da Palmada tendem a promover, além das mudanças em caráter estrutural e concreto, uma conscientização com relação à família e aos responsáveis legais de crianças e adolescentes para que haja a utilização do diálogo ao invés da disciplina pela força, pois que bater não é sinônimo de educar, mas sim de controlar pelo medo.

REFERÊNCIAS

ALEGRI, Simone. A Lei da Não Palmada. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_09/lei_ao_palmada.pdf>. Acesso em: 19 de junho de 2016.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane N. de Azevedo. Um cenário em (des)construção. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_01.pdf>. Acesso em: 08 de junho de 2016.

_____, Maria Amélia; _____, Viviane N. de Azevedo. Mania de bater: a punição corporal doméstica de crianças e adolescentes no Brasil. São Paulo: Editora Iglu, 2001.

BARROS, Guilherme Freire de Melo Barros. Estatuto da Criança e do Adolescente. 7ª ed. Bahia: Juspodivm, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Educação e Cultura: Projeto de Lei no 7.672, de 2010 (MSC Nº 409/2010). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=827357&filename>. Acesso em: 19 de junho de 2016.

_____. Palácio do Planalto. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 07 de junho de 2016.

_____. Palácio do Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 de junho de 2016.

_____. Senado Federal. Lei Menino Bernardo amplia rede de proteção a crianças e adolescentes. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2014/11/11/lei-menino-bernardo-amplia-rede-de-protecao-a-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

_____. Senado Federal. Senado aprova Lei Menino Bernardo. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/06/04/senado-aprova-lei-menino-bernardo>>. Acesso em: 09 de junho de 2016.

CATILHO, Ricardo. Sinopse Jurídica: Direitos Humanos. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7 ed. Coimbra: Almeida, 2003.

COSTA, Ana Paula Motta. Adolescência, violência e sociedade punitiva. Revista Serviço Social e Sociedade, n. 83, São Paulo: Editora Cortez, 2005.

CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Noberto. Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 238.

HERRERA, Lara Maria; MELANI, Rodolfo Francisco Haltenhoff. Cartilha sobre Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes para o Cirurgião-Dentista. 1ª ed. São Paulo: Edição dos Autores. 2015.

LIMA, Raymundo de. Lei da Palmada: algumas considerações. Revista Espaço Acadêmico. N. 14, Fevereiro de 2013. Mensal. ano XII. ISSN. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/16245>>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. VASQUES, Paulo Argarate. FRUGOLI, Ugo Osvaldo. Delegado de Polícia: Criminologia e Medicina Legal. São Paulo: Saraiva, 2014.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. Difusos e Coletivos Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FUNDAÇÃO ABRINQ. O fim da Omissão: A implantação de pólos de prevenção à violência doméstica. São Paulo: Prêmio Criança, 2002.

MACIEL, Kátia. Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIBEIRO, Marisa Marques; MARTINS, Rosilda Baron. Violência doméstica contra a criança e o adolescente. 1ª ed. Curitiba. Juruá, 2011.

REVISTA VEJA. Caso Bernardo: menino teria sido morto com dose letal de analgésico. São Paulo: Abril S.A. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/caso-bernardo-menino-teria-sido-morto-com-dose-letal-de-analgésico>>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

SANTOS, Samara Silva dos. DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Quando o silêncio é rompido: o processo de revelação e notificação do abuso sexual infantil. Psicologia & Sociedade, 2010.

SARAIVA, João Batista da Costa. Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Sócio-Educativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE – SÃO PAULO. Caderno de Violência Doméstica e Sexual Contra Crianças e Adolescentes. São Paulo: Coordenação de Desenvolvimento de Programas e Políticas de Saúde - CODEPPS, 2007.

SILVA, De Plácido e. Vocabulo Jurídico. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

UNIVERSIDADE DE PERNAMBUCO. Violência Doméstica Contra Crianças e Adolescente. Pernambuco: Associação Brasileira das Editoras Universitárias, 2002.

UNITER NATIONS HUMAN RIGHTS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2016.

VICENTE, José Jacob. Estatuto da Criança e do Adolescente: apuração do ato infracional á luz da jurisprudência: Lei Federal nº. 8.069. São Paulo: Atlas, 2002.

O DIREITO PENAL NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO MARGINALIZADA

Levi Mendes de SOUSA¹

Mayara TELES²

RESUMO

Este trabalho é resultado de uma pesquisa realizada a partir do estudo das legislações e doutrinas penais para fins de ensino universitário. Na análise do funcionamento das normas penais, surgiu a necessidade de investigar como estas poderiam ser mais justas e igualitárias, promovendo os Direitos Humanos, que são inerentes a todos, sem distinção de qualquer espécie. O Direito Penal brasileiro tem diferenciação de tratamento da resposta estatal conforme a classe social, sendo branda com as classes sociais mais abastadas e mais severas com aquelas com poder aquisitivo menor. A diferenciados, ambiguidades, impunidade e legitimação de abusos são inerentes à instituição de ordem e manifestação de uma prática desvirtuada. Algumas práticas naturalizadas na sociedade ajudam a reforçar esta diferenciação no tratamento de classes, reforçando o estigma e a exclusão social da população marginalizada e violação dos direitos humanos deste público. É necessário repensar este modelo diferenciado de tratamento para garantir igualdade na distribuição de penas independente da situação financeira do infrator, pois o crime não o deixa de ser apenas por meio do poder.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal, Diferenciação de Classes, Violação de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This work is the result of a survey from the study of laws and criminal doctrines for university purposes. In the analysis of the functioning of criminal provisions, the need has arisen to investigate how these could be more just and egalitarian, promoting Human Rights, which are inherent to all, without distinction of any kind. The Brazilian Penal Law has differentiation of treatment of state response as social class, being lenient with social classes more affluent and more severe with those with lower purchasing power. The differentiated, ambiguities, impunity and legitimation of abuses are inherent to the institution of order and manifestation of a practice disparaged. Some practices naturalised in society help strengthen this differentiation in the treatment of classes, reinforcing the stigma and social exclusion of people marginalised and violation of the rights of this public. It is necessary to rethink this model differentiated treatment to ensure equality in the distribution of feathers independent of the financial situation of the offender, because the crime does not cease to only by means of power.

KEY-WORDS: Criminal Law, Differentiation of Classes, Violation of Human Rights.

1 Possui graduação em DIREITO pela UNIVERSIDADE SALGADO DE OLIVEIRA. Atualmente é professor horista auxiliar 1 da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processo Penal.

2 Possui graduação em Musicoterapia pela Universidade Federal de Goiás Servidora Pública da Secretaria de Cidadania e Trabalho - SECT-GO. Musicoterapeuta Voluntária do Programa de Atendimento Humanizado a Pessoas com Necessidades Especiais- Odontopediatria -UFG. Atua principalmente nas seguintes áreas: inclusão social e direitos humanos.

INTRODUÇÃO

Este trabalho é resultado de uma pesquisa realizada a partir do estudo das legislações e doutrinas penais para fins de ensino universitário. Na análise do funcionamento das normas penais, surgiu a necessidade de investigar como estas poderiam ser mais justas e igualitárias, promovendo os Direitos Humanos, que são inerentes a todos, sem distinção de qualquer espécie.

A partir da análise realizada, com base nas teorias do direito penal brasileiro, nota-se que este direito tem diferenciação de tratamento da resposta estatal conforme a classe social, sendo branda com as classes sociais mais abastadas e mais severas com aquelas com poder aquisitivo menor. Para Zaffaroni e Pierangeli (2006) a lei penal “estabelece tratamento diferenciado, dependendo do papel ocupado na estrutura social, notadamente, em virtude do poder de consumo”. O mesmo autor afirma ainda, que esta situação é uma clara violação do princípio da igualdade, que não é tratar a todos com igualdade e sim com isonomia, que é tratar os iguais em igualdade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 421).

Com isto, pode-se concluir que a isonomia, presente no direito penal, que classifica os crimes de colarinho branco com penas mais brandas, e impõe penas mais severas para a população marginalizada, fere o princípio da igualdade por não tratar a todos da mesma forma no que concerne às normas penais.

As normas penais no Brasil acabam por serem utilizadas para concretização das desigualdades de classes menos favorecidas. Isto fica claro nas palavras de Caldeira (2000, p. 142) que ressalta que tratamento diferenciados, ambiguidades, impunidade e legitimação de abusos são inerentes às instituições de ordem e manifestação de uma prática desvirtuada.

Portanto, isto é um problema que merece atenção na temática de direitos humanos, pois a diferenciação resulta na violação de direitos e na manutenção da diferença no tratamento de classes marginalizadas.

DISCUSSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Percebe-se que desde a promulgação das primeiras declarações de direito o sujeito preconizado nas mesmas apresentam características semelhantes. Os direitos presentes nestas declarações tem a pretensão de serem universais e voltados para a dignidade, igualdade,

liberdade e justiça. No entanto, são muitos os entraves para efetivação dos mesmos, e muitas são as discussões realizadas em torno do assunto.

Existe um processo de mundialização/globalização econômica que fragiliza as estruturas estatais e faz com que o poder soberano do Estado seja minimizado, o que se faz repensar as Constituições, posto que a mesma sempre foram o reflexo da ocorrência do Poder soberano (MORAIS, 2002.). Para José Eduardo Faria a “globalização esta substituindo a política pelo mercado, como instância privilegiada de regulação social” (FARIA, 1997, p. 301).

Sabe-se que a globalização é dominada pelas ações do capitalismo financeiro, e isto atinge todos os setores que podem ser fontes de movimento de capital. Um deles é o contexto musical, dominado pela Indústria Cultural³, que assim como a globalização – que “aparece como uma perversa farsa que impõe um padrão único e totalizante” – para que nos tornarmos eufemísticos de condutas (MORAIS, 2002, p. 540), faz aparecer um processo de massificação, que segundo Schurmann (1989) “é um poderoso instrumento de dominação cultural, transformando os indivíduos que formam o corpo social, em uma massa humana amorfa, sujeita a manipulações” (apud, MILLECCO, 1996, p.7).

Guattari, (1986) diz que à ordem capitalística é projetada na realidade do mundo e na realidade psíquica, incidindo em esquemas de “conduta, e ação, de gestos, de pensamento, de sentido, de sentimento e de afeto” (ibid., p. 7). Esta ordem capitalística afeta as montagens de percepção, memorização e modelização das instâncias intra-subjetivas (ibid., p. 7). Para Adorno (1963), a música de entretenimento contribui para o “emudecimento dos homens” (apud MILLECCO 1996 p. 8). Para Santos (2002) a ideologia da Indústria Cultural promove o “conformismo que substitui a consciência, criando dependência e servidão, manipulando gosto e produzindo ao mesmo tempo uma aparência de liberdade” (p. 57).

As consequências surgidas a partir da lógica mercadológica globalizada, da indústria cultura e da sociedade de consumo para os adolescentes, foram o surgimento de desvios de comportamento e o individualismo, gangues, infratores e a violência (BASMAGE, 2010, p. 26). Para Abramo (1997, p. 28) a sociedade tem imensa dificuldade em considerar os jovens como sujeitos, e de ir além de sua consideração como “problema social” e de incorporá-los como capazes de formular questões significativas (apud, BASMAGE, 2010, p. 27). Abramo

3 Indústria Cultural: “conjunção do trabalho e do capital para transformar a matéria prima em bens de produção e consumo. Complexo de produções e bens culturais, disseminados através dos meios de comunicação de massa, que impõe formas universalizantes de comportamento e de consumo”(Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa).

(1997, p. 29) ainda ressalta que: a juventude só desperta atenção quando representa uma ameaça de ruptura com a continuidade social. Ameaça para si própria ou para a sociedade. (ibid., p. 27).

Os estudos e pesquisas realizadas com a população carcerária mostra que há um índice muito grande jovens em cumprimento de penas privativas de liberdade, e isto é resultado também da rotulação, discriminação e exclusão que não permite a reintegração destes sujeitos na sociedade, deixando para eles a opção de continuar no mundo do crime.

Para Sales (2004) esta visão que a sociedade remete à estes sujeitos surgiu a partir do “culto-circuito” da informação, cujo sensacionalismo percorre do rádio, da TV e do jornal, fazendo com que os mitos, valores, preconceitos e estereótipos sejam industrializados e recolados na comunidade. Principalmente no caso da TV destacada com a mais espetacular tradução da Indústria Cultural.

No entanto, o surgimento da diferenciação de classes não é uma característica apenas da atualidade. Ela existe e são muitas formas de discriminações sociais relacionadas a este debate. Desde a compreensão do homem enquanto pessoa é possível nota-las.

O homem como pessoa começou a ter destaque desde a antiguidade grega, onde pessoa eram as máscaras utilizadas nos palcos dos teatros durante as apresentações na Grécia antiga. Mais tarde, o termo pessoa foi dando lugar ao homem real.

Na idade média, a pessoa não era pensada de forma singular e sua existência e condição humana fazia sentido apenas na convivência em comunidade. A compreensão do homem estava ligada à figura do divino e sua excelência, e foi a partir daí que o conceito de dignidade humana ligado à imagem e semelhança de Deus. No entanto, desde a idade média a dignidade não era universal, havia uma hierarquização, e a diferenciação estava ligada aos pecados do homem. As pessoas que fossem consideradas “diferentes” da perfeição divina, por sofrerem de alguma deficiência ou algo não considerado “normal” dentro dos padrões estabelecidos naquela época, não eram consideradas dignas.

Mas a frente, na modernidade, a figura do homem deixou de ser pensada a partir da coletividade, sendo agora visto de forma singular e individual. A noção de sujeito surge através surgiu através da filosofia moderna que se trata de uma das noções responsável pela fundação do humanismo e de alguns dos principais valores do ocidente (PEQUENO, 2003). O homem agora é voltado para o eu, e os direitos humanos entram em cena como direitos do sujeito, identificados como direitos do eu, tornando o homem o centro da verdade moderna.

Outra forma de pensamento foi o jusnaturalismo cujas relações se estabelecem a partir do interesse individual, onde a norma é levar vantagem e fazer com que o interesse próprio prevaleça sobre o do outro. Esta condição origina o estado de guerra todos-contra-todos.

Na modernidade, a antropologia filosófica ajudou a construir a ideia de um fundamento natural de sociedade. A igualdade era pensada como parte da natureza, mas esta concepção estava contaminada pelo individualismo cujo elemento regulador do estado de natureza é o interesse próprio de cada indivíduo.

A partir da constituição do sujeito na modernidade a sua existência começou a ser entendida como um sujeito, que além de pensar, também está acometido por sentimento e emoções (PEQUENO, 2003). Para o mesmo autor, esta concepção faz com que

Cada um de nós seja então definido pelo modo como sente, pensa, decide, escolhe, imagina e percebe as coisas e situações que fazem parte da sua vida. Mas esta consciência não se define apenas a partir de sua relação com o mundo. Ela também está situada em um espaço onde existem outras consciências (p. 2).

Neste sentido, a convivência do sujeito esta relacionada ao outro e esta relação define parte do que o ser humano é, pois valores, regras e respeito são o que definem a convivência de forma justa, livre e solidária em sociedade.

A convivência social esta delimitada por obrigações que regulam a existência de outros indivíduos dividindo o mesmo espaço, e isto se trata da capacidade de conviver com os demais a partir de regras e valores estabelecidos para regular ao próprio sujeito e a comunidade à qual pertence (PEQUENO, 2003).

Apesar do reconhecimento do sujeito enquanto pessoa e portador de direitos, e de leis que regulam a convivência social, a defesa dos direitos inerentes a todos ainda apresenta estratégias desafiadoras na atualidade. A diferença, a exclusão social e o estigma ainda estão presentes de maneira marcante na nossa sociedade.

No Brasil, de acordo com Dalmo de Abreu Dallari (2007), desde o início da colonização a sociedade foi estabelecida com uma profunda marca da diferenciação entre os novos senhores da terra e os outros. Para Dallari (2007), as primeiras vítimas dessa sociedade foram os índios, primitivos habitantes da terra brasileira. Os índios foram escravizados, tiveram suas terras roubadas e estão morrendo de fome porque o branco está destruindo as florestas e envenenando os rios, além de morrerem por doenças levadas pelo branco. Isto se configura em um genocídio disfarçado, e leva a seguinte afirmação “Os civilizados estão assassinando os selvagens”.

O negro também sofreu com a escravidão. A escravidão negra foi uma tragédia humana que vitimava o negro nascido na África, no Brasil e em várias partes do mundo, e durou no Brasil até o ano de 1988, quando foi legalmente abolida.

Os negros libertados, sem dinheiro e sem preparação profissional, foram abandonados à sua própria sorte e passaram a constituir um segmento marginal de sociedade. Vivendo na miséria, e, além disso, vítimas de um tratamento preconceituoso, passaram a trabalhar nas atividades mais rudimentares e com menor remuneração, o que arrastou muitos deles para a criminalidade, agravando ainda mais os preconceitos, embora estes sejam sempre negados.

Desde que surgiu a necessidade do ser humano em separar o homem primitivo da civilização, nota-se que esta construção foi edificada em torno da diferença, separando o homem civilizado do bárbaro. Bignoto (2004), no texto *Tolerância e Diferença* afirma que o caminho seguido aqui, foi o de indicar a civilização e suas conquistas ao lado de seu avesso: a barbárie.

Para Bignoto (2004), a referência à ideia de civilização forneceu a ferramenta para a construção de identidades. O civilizado recriou a figura do bárbaro, o diferente, e reprimi-lo passou a ser uma operação justificada em nome de uma verdade fornecida pela razão, e nomear este outro e prosseguir-lo corresponde a criar a identidade do corpo político pela sua negatividade.

Nesta operação de construção de identidade o diferente não entra senão para indicar o negativo, a alteridade a ser evitada. Sem os civilizados não haveriam os bárbaros, pois é esta operação de exclusão absoluta da diferença que triunfou como um método de afirmação de identidade.

Neste sentido, para explicar este assunto, Bignoto (2004), se remete ao acontecido

nos EUAS em 2001, no atentado contra as torres gêmeas. Para ele, classificar os terroristas como bárbaros corresponde a colocá-los fora das fronteiras da convivência civilizada, e portanto, excluí-los do limite do tolerável. Para Bignoto (2004), é preciso analisar o ocorrido como um todo, pois atos isolados não podem servir de explicação para o ocorrido, e isto acaba motivando a reconstrução da identidade dos envolvidos. Se limitarmos a indicar a distância entre os que matam civis, nossa sociedade, o que é civilizado e o que não pode ser tolerado, permanecemos no campo de tolerância que foi construído por muitas sociedades ocidentais ao longo do último século.

Jaime Ginzburg (2008) apresenta no texto *Leitura e Direitos Humanos* dois opostos; de um lado está o sujeito “letrado”, e de outro àquele que não teve acesso ao mundo do conhecimento. Para Ginzburg (2008) estar excluído do mundo letrado pode constituir dificuldades de exercitar direitos sociais, isso não exclui o fato de que participantes do universo das letras podem eventualmente defender preconceitos e princípios excludentes. Ainda para o autor, capacidade intelectual e disposição ética não são características que andem sempre juntas.

Neste sentido, George Stein citado por Ginzburg (2008) afirma que nas universidades pode se conviver lado a lado com campos de concentração, pois campos de extermínio são construídos como reflexões racionais que amparam a solidez tecnológica do desenvolvimento bélico. Instrumentos de tortura são criados a partir da dedicação do intelecto à ciência, à mecânica e a química.

Encontra-se aqui, um verdadeiro paradoxo, pois no campo intelectual além de se encontrar vozes solidárias aos direitos humanos, pode se encontrar também vozes apáticas, indiferentes. Para Ginzburg (2008) não existe nenhuma garantia de que alguém por ser culto, seja moralmente responsável ou eticamente dedicado ao outro, pelo contrário, “basta dizer que algumas das maiores violações aos direitos humanos na história moderna foram perpetradas por sociedades com alto grau de instrução”. Para Ruiz (2010) vivemos em um atual estado natural de competição, no qual o direito é criado para defesa de interesses do eu. Existe aí uma cumplicidade do direito com a violência.

Todos estes discursos envolvendo o percurso e desafios dos direitos humanos leva a reflexão do que a sociedade rotula como civilizado/letrado, colonizador/civilizado, bárbaro/colonizado, escravo/não letrado, e dos parâmetros sociais utilizados para classificar o que pode ser ou não ético. No entanto, o discurso de Ginzburg (2008) leva a compreensão de

que a ética e defesa dos direitos humanos não está ligada a questão do conhecimento/letramento, pois muitos dos responsáveis pela exclusão e violação de direitos são homens cultos, dotados de sólida formação escolar e amplo domínio da linguagem.

Segundo as Diretrizes de Riad (1988, art 1º, inciso, 4, alínea f) a classificação de um jovem de "extraviado", "delinqüente" ou "pré-delinqüente" , é um fator que favorecer o desenvolvimento permanente do comportamento indesejado, e que:

o reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade.

Estas classificações socialmente criadas é que fazem surgir discriminações que mantêm a ordem social conforme Mary Douglas:

Separar, purificar, demarcar e punir transgressões têm como sua principal função impor algum tipo de sistema a uma experiência inerentemente desordenada. É apenas exagerando a diferença entre o que está dentro e o que está fora, acima e abaixo, homem e mulher, a favor e contra, que se cria a aparência de alguma ordem (DOUGLAS, 1966, apud WOODWARD, 2012, p. 46).

Os argumentos de Woodward (2012) abordam a questão da identidade, pois ela é fabricada através da marcação da diferença. No entanto, ela não é o oposto da diferença uma vez que ela depende da mesma. A identidade é estabelecida por meio da diferença, e não fora dela. Nesta relação entre identidade e diferença relações de poder são estabelecidas, poder este no qual é exercido através de um jogo de forças que determina quem é incluído e quem é excluído. A identidade é construída através da relação com o outro, ou seja, é aquilo que lhe falta, mesmo que esse outro seja um outro silenciado e inarticulado (HALL, 2012).

Na convivência em sociedade as diferenças – simbólica e social – se estabelecem por meio de sistemas classificatórios. São estes sistemas que deixam claro como são organizadas e divididas as relações sociais, através do princípio de diferença, que tem, pelo menos, dois grupos em oposição – “nós/eles”, “eu/outro” (WOODWARD, 2012, p.14, 40).

Quando esta exclusão é tomada como absoluta, partindo de um padrão imposto socialmente, temos como resultado a diferenciação, hierarquização das identidades e das diferenças positivas, fazendo com que as desvantagens individuais sejam avaliadas de forma negativa (SILVA, 2000 apud PACHECO, 2010, p. 3).

Compreender os diversos fatores envolvidos nas circunstâncias que os jovens vivenciam no cumprimento de penas privativas de liberdade nos leva a perceber que elas têm o caráter punitivo e não reeducativo, pois a tomada de consciência dos próprios atos, que é o

que propõe a lei, é algo que vem do externo, na convivência social, e não de dentro do indivíduo por si só.

Para Kirst (2008) apenas o encarceramento não apresenta condições para a harmônica integração social do condenado. É preciso que se forneçam condições necessárias para a reintegração moral, mental e social.

O tratamento diferenciado de classes serve apenas para reforçar atos de exclusão e favorecimento das classes abastadas, além de reforçar o ideário de não punição para aqueles que detêm o poder. É necessário o tratamento igualitário no tocante à definição das penas, além do oferecimento de locais adequados para cumprimento das mesmas, para que venha realmente reinserir o sujeito à sociedade.

DIFERENÇA NO TRATAMENTO DE CLASSES

Apesar de os direitos humanos garantirem estes direitos, sabe-se que a história social da humanidade é marcada pelas desigualdades sociais desde os primórdios da civilização, e nesta diferenciação de classes, os “pobres” sempre foram os menos favorecidos. Para Benevides (2004) esta classe é ameaçadora e marcada pela “feiúra da miséria” e que esta constitui a maior parte, e com isto parece necessário:

as classes dominantes criminalizar as classes populares associando-as ao banditismo, à violência e à criminalidade; porque esta é uma maneira de circunscrever a violência, que existe em toda a sociedade, apenas aos ‘desclassificados’, que, portanto, mereceriam todo o rigor da polícia, da suspeita permanente, da indiferença diante de seus legítimos anseios. (BENEVIDES, 2004, p. 3-4).

No sistema Penal brasileiro, esta diferenciação de classes não é diferente, pois classifica os crimes de acordo com a vontade do legislador e não conforme os princípios e garantias dos Direitos Humanos como reconhecimento da dignidade humana. Para Zaffaroni (2009), o sistema penal brasileiro vai à contra mão destes direitos e acaba rotulando os grupos menos favorecidos.

Segundo Da Matta (1979) a história do Brasil é marcada pelo alto grau de desigualdade e pobreza, e que é igualitário apenas na teoria, mas na teoria é hierarquizado e autoritário. Monteiro (2011) afirma ainda que os responsáveis pelo sistema de justiça cedem ao poder econômico e criam leis desiguais com tratamento diferenciada conforme a classe social pertencente.

Chauí (2006) ressalta que na sociedade brasileira as leis sempre preservaram privilégios. Ainda para o autor, “a transgressão popular é violentamente reprimida e punida,

enquanto a violação pelos grandes e poderosos sempre permanece impune.” (CHAUI, 2006, p. 105). Isto demonstra o nível de desigualdades existentes no sistema penal brasileiro.

Para Monteiro (2011) esta realidade vai mais além, uma vez que a classe mais abastada economicamente não é tratada como delinquente e as penas a esta aplicada, não são altas e ainda admitem mecanismos substitutivos da pena privativa de liberdade e outros privilégios. Para Wacquant (1999, apud Monteiro 2011) “é mais fácil fazer a assepsia dos crimes cometidos pelos pobres do que punir os crimes praticados pelos poderosos”.

Uma das classificações de crimes que não envolve esta classe dos poderosos são os crimes hediondos⁴ que segundo o artigo quinto da Constituição Federal de 1988, inciso XLIII estes crimes são inafiançáveis e insuscetível de anistia e graça. Isto confirma o que foi supracitado sobre as penas severas para crimes praticados pela classe baixa e o favorecimento implícito de benefícios para os crimes de colarinho branco. SILVA FRANCO (1994, p. 45, apud CAPEZ, 2004, p. 90), diz que:

não é hediondo o delito que se mostra repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjecto, horroroso, horrível, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminoso, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador.

A maioria das pessoas que cometem estes tipos de crimes é de classes menos abastadas, e segundo Zaffaroni e Pierangeli (1996, p. 26, apud MONTEIRO, 2011) isto não acontece apenas porque estes tem maior tendência a delinquir, mas porque tem mais chances de serem criminalizados e etiquetados. Por este motivo, Baratta (1999, apud MONTEIRO, 2011, p.121), diz que “o princípio da igualdade no direito penal é um mito, pois a lei penal não é igual para todos; o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos”.

O Código Penal Brasileiro de 1940, em seu art. 2º diz que “ninguém pode ser punido por fato que lei anterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. O legislador opta por estabelecer o Direito Penal do

4 Crime Hediondo: critério utilizado pelo legislador para definir os crimes que não comportam favorecimento como fiança, graça e anistia. Segundo a lei 8.072 de 1990 estes crimes são classificados em: - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, e genocídio. O art 2º da mesma lei ressalta que os crimes de prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são equiparados a crime hediondos e também insuscetíveis de anistia, graça e indulto.

Fato. Isto significa que o nosso sistema incrimina e puni condutas que a sociedade julga intolerável, afastando o Direito Penal do Autor. Já o Direito Penal do Autor incrimina e puni alguém pelo simples fato de ter uma qualidade negativa marginalizada pela sociedade. Não se puni por aquilo que ele é, mas por aquilo que ele fez. Assim, expressamente adotamos o Direito Penal do Fato, repelimos o Direito Penal do Autor, mas nas entrelinhas legislativas aceitamos o Direito Penal das Classes, onde uma tem tratamento diferenciado em detrimento da outra.

O direito penal reflete em nossas vidas e assim como a vida não é totalmente compreendida, não se tem a pretensão de revelar a totalidade dessa ciência. A proposta não é desvendar todo sistema criminal, mas revelar partes fragmentárias de um todo, a fim de iniciar um processo de aprendizagem fundamentado na ciência e na ética legislativa, para conseqüente construção de uma sociedade mais justa e igualitária. O domínio do conhecimento, ainda que parcial, e a honestidade da proposta são metas que ilumina o pensamento e provoca o desejo pelo saber.

Criar o Direito Penal de “Classe Social” proporciona um sentimento ilusório de segurança social e jurídica. Reprimir uma classe em detrimento de outra provoca indignações que reflete no sentimento de injustiça. Esta linha de conhecimento buscará demonstrar que a nossa realidade nacional é bem distinta dos resultados esperados pelo legislador ordinário. O crime é latente e este trabalho não visa torná-lo inexistente, mas provocar os pensamentos para se chegar a possíveis soluções.

A partir desta reflexão, é possível perceber que isto se configura como atos de violações de direitos do preso. Tais violações existem, existiram e algumas de suas formas sutis ou naturalizadas persistem, e esta realidade não é diferente no campo da saúde mental (ANDRADE, 2010). De acordo com Norberto Bobbio:

Os direitos nascem quando o aumento de poder do homem sobre o homem – que acompanha, inevitavelmente, o processo tecnológico (a capacidade de dominar a natureza e os outros homens)- ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências”, afirmando em seu Era dos Direitos a necessidade atual de proteção dos Direitos Humanos, muito mais do que sua mera legislação (apud ANDRADE, 2010, p. 1)

Neste sentido, é preciso que possibilite a garantia dos direitos humanos em igualdade, refletindo sobre como as normas penais podem oferecer tratamento igualitário na aplicação e execução das penas, de forma que todos cumpram democraticamente a punição estatal, sem privilégios econômicos e de status sociais.

CONSIDERAÇÕES

Todo este panorama de violações de direitos contra a população carcerária marginalizada leva a reflexão sobre formas de superação deste cenário atual de tratamento diferenciado e exclusão social.

Para que isto deixe de existir, talvez um caminho a ser discutido, é o de deixar a ideologia da rotulação e partir para o reconhecimento total e absoluto da singularidade do outro e de sua identidade particular, que ao mesmo tempo que o diferencia culturalmente, nos iguala como seres humanos. É importante partir para prática do reconhecimento de que somos iguais, cada um com sua identidade individual de múltiplos sujeitos.

Percebe-se, no entanto, que não efetivação dos direitos se dá por fatores históricos, envolvendo discriminação dos mais fracos, e principalmente do “diferente”. São os ranços de discriminação e preconceito que a sociedade carrega desde os primórdios da humanidade. Portanto, para que os direitos humanos garantam a dignidade, liberdade, igualdade justa a todos, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente, e apenas pelo status como seres humanos, sem qualquer nível de discriminação.

É preciso repensar os direitos humanos e a ideia de liberdade, igualdade e justiça, universalidade e dignidade. É importante repensar os direitos humanos a partir da alteridade, pois ela marca a identidade absoluta do sujeito, sua singularidade e individualidade de múltiplos sujeitos. E mais do que isso, é reconhecer a diferença constituinte de uma subjetividade inalienável dos sujeitos. É preservar a identidade particular de um povo sem que isto implique em legitimação de desigualdade social, é reconhecer a diferença cultural.

A alteridade permite isto, pois a compreensão do outro não apenas leva ao reconhecimento de que somos uma cultura possível entre tantas outras, mas evita a arrogância racial, cultural, econômica, política e religiosa.

É preciso reconhecer também que a prática do crime não deixa que gerar dor, perda, violência pela classe de quem o pratica. O crime o é em qualquer circunstância e assim como tal deve ser punido. Isto também pode ser um caminho a ser considerado para a decadência da

ideologia de impunidade de quem detém o poder. É a igualdade na distribuição das penas sem distinção de classe social.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. Direitos Humanos, Diferença e Tolerância. In: FERREIRA, Lucia de Fátima Guerra; ZENEIDE, Maria de Nazaré Tavares; PEQUENO, Marconi (Orgs). Direitos Humanos na Educação Superior: Subsídios para a Educação em Direitos Humanos na Filosofia. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2010.

BASMAGE, D.F.A.T. A constituição do sujeito adolescente e as apropriações da internet : uma análise histórico-cultural. Campo Grande, 2010. 151 f. 30 cm Orientadora: Sônia da Cunha Urt. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Centro de Ciências Humanas e Sociais.

BIGNOTTO, Newton. Tolerância e Diferença. In: NOVAES, Adauto (org). Civilização e Barbárie. São Paulo: Cia das Letras, 2004- páginas 61-79.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei 2.840, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, 1990. In: Vade Mecum Saraiva. 11ª. Ed. São Paulo, 2011.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, 1990. In: Vade Mecum Saraiva. 11ª. Ed. São Paulo, 2011.

CAPEZ, Fernando. Legislação penal especial: Lei de imprensa, crimes hediondos, abuso de autoridade, sonegação fiscal, tortura, terrorismo: volume 1 / 3º Ed. – São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

CHAUÍ, Marilena de Souza. Simulacro e poder: uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Brasil rumo à sociedade justa. In: ROSA, M.G.S, et al (org). Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2007. Páginas 29-50.

DAMATTA, Roberto. Carnavais, malandros e heróis. São Paulo: Rocco, 1979.

FARIA, J.E. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. Estud. av. vol.11 no.30 São Paulo, 1997Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200004 >. Acesso em 27/06/2016.

GINZBURG, Jaime. Literatura e direitos humanos: notas sobre um campo de debates. In: BITTAR, Eduardo (org). Educação e metodologia para os direitos humanos. São Paulo: Quartir Latin do Brasil, 2008. Páginas 339-360.

MONTEIRO, Valdênia Brito. Sistema Penal, contenção da pobreza e direitos humanos. In;

MONTEIRO, Valdênia Brito. Democracia, direitos humanos e mediação de conflitos. do local ao internacional/Organização Valdênia Brito Monteiro.– Recife: Gajop, 2011.

MILLECCO, R. P. (1996). Ruídos da massificação na construção da identidade sonora cultural. Monografia Não-Publicada, Curso de Especialização em Musicoterapia, Conservatório Brasileiro de Música, Rio de Janeiro.

MORAIS, J. L. B. Direitos Humanos “Globais (Universais)” de todos, em todos os lugares! In: PIOVESAN, F. (Coord). Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional. São Paulo: Mas Limonod, 2002, p. 519-542.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. Tratado de Metodologia Científica: projetos de pesquisas, TGI, TCC, monografia dissertações e teses- São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

PEQUENO, M. O Sujeito dos Direitos Humanos. In: Rede de Direitos Humanos, Educação em Direitos Humanos DHnet Fundamentos históricos e ético-filosóficos da Educação em Direitos Humanos. Disponível em< http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/03_marconi_pequeno_sujeito_dos_dh.pdf>. Acesso em 21/01/2016.

RUIZ, Castor Bartolomé. Os direitos humanos como direitos do outro. In: FERREIRA, L.G.; ZENAIDE, M.N.T.; PEQUENO, M. (Orgs.). Direitos Humanos na Educação Superior. Subsídios para a educação em direitos humanos na filosofia. João Pessoa: UFPB, 2010. p. 189-227.

SALES, M.A., (In) Visibilidade Perversa: Adolescente Infrator como Metáfora de Violência. São Paulo, 2004. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-graduação em sociologia.

SANTOS, Marco Antonio. Sobre Sentidos e Significados da Música e da Musicoterapia.In: Revista Brasileira de Musicoterapia n. 6, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública. Revista Brasileira de Segurança Pública, São Paulo, ano 1, edição 1, p. 130-139, 2007.

_____. Função do direito penal é limitar o poder punitivo. Conjur, 25 jul. 2009. Entrevista. Disponível em: <http://www.carceraria.org.br/default2.asp?pg=sys/layouts/content&ct_cod=4173>. Acesso em: 22 set. 2010.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tadeu da; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. Identidade e Diferença: A perspectiva dos Estudos Culturais. 11ª. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. P. 7-73.

O TRATAMENTO DISPENSADO AOS PRESOS NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS SOB O ENFOQUE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Thais Rodrigues de LIMA¹
Oswaldo SOARES NETO²

RESUMO

O objetivo do presente artigo é explanar sobre o “direito penal do inimigo”, que foi desenvolvido pelo professor alemão Gunther Jakobs, descrevendo seus fundamentos e características e elencando os principais pontos que demonstram a incompatibilidade entre o “direito penal do inimigo” e o ordenamento jurídico brasileiro. Este artigo busca, ainda, demonstrar que embora a legislação brasileira rechace o “direito penal do inimigo”, o mesmo se mostra presente de forma expressiva nos presídios brasileiros, que concede aos presos um tratamento que desconsidera sua condição de pessoa e trata-o como um verdadeiro inimigo. Por fim, este trabalho demonstrará que aceitar como correta tal conduta Estatal, é aceitar um verdadeiro retrocesso, pois é admitir um Estado Absoluto, que está acima da lei e, portanto, pode punir de forma arbitrária e rotular indivíduos como “pessoas ou não-pessoas” ao tratar os criminoso encarcerados como inimigos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo; Estado Democrático de Direito; Dignidade da Pessoa Humana; Lei de Execução Penal; Presídios Brasileiros.

ABSTRACT

The aim of this study is to explain about “enemy criminal law”, which was developed by teacher german Gunther Jakobs, describing the rationale and characteristics and listing the main points demonstrating the incompatibility between the “enemy criminal law” and the Brazilian legal system. This article also explains that although the legislation does not admit the “enemy criminal law”, it is present in Brazilian prisons, that ignores the person's condition of the prisoner and treats it as an enemy. Finally, this study will demonstrate that accept as correct the conduct of the State, it is to accept a real setback, because it is to admit an absolute state, that is above the law, and therefore can arbitrarily punishing, and classify individuals as "people and non- people" when dealing with the prisoners as enemies.

KEY-WORDS: enemy criminal law; rule democratic of law; dignity of human person; Law of Penal Execution; Brazilian prisons

INTRODUÇÃO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida pelo professor alemão Gunther Jakobs. Segundo tal professor, o Direito Penal a ser aplicado ao cidadão, deve ser diferente do

-
- 1 Possui graduação em Direito pela Faculdade do Norte Novo do Paraná. Atualmente é Assessora de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal.
 - 2 Possui graduação em Direito pela Universidade de Taubaté. Atualmente é Professor da CESA - CENTRO DE ESTUDO SUPERIOR DE APUCARANA. Tem experiência na área de Direito.

Direito Penal a ser aplicado ao inimigo, ao passo que enquanto o primeiro apenas cometeu um erro que merece punição na esfera penal, o segundo é dotado de periculosidade e oferece um efetivo e constante risco ao Estado.

Assim, o Direito Penal do Cidadão seria aquele que garante ao indivíduo mercedor de pena a observância de todos seus direitos e garantias fundamentais. Por outro lado, o Direito Penal do Inimigo seria aquele que retira do inimigo sua condição de cidadão, afirmando que esse inimigo não merece ser tratado sequer como pessoa, autorizando que o Estado tolha o seus direitos e garantias fundamentais, prive ou relativize seus direitos processuais e aplique penas desproporcionalmente altas. Assim, este Direito Penal não impõe qualquer limitação aos excessos do poder estatal.

A base do Direito Penal do Inimigo, para seu criador, residiria no fato de o inimigo, por seu comportamento antissocial revelado na prática de atos que gravemente afrontam o direito, perder os benefícios daquele que é considerado cidadão. Melhor explicando, se o indivíduo não se comporta como cidadão, perde inclusive o próprio status de pessoa, não havendo porquê de ter as benesses que a legislação garante às mesmas. Portanto, comportando-se como inimigo, é como inimigo que deve o indivíduo ser tratado.

A República Federativa do Brasil é constitucionalmente entendida como um Estado Democrático de Direito. Portanto, deve primar, especialmente, pela concretização dos direitos fundamentais. Neste fato, então, reside a impossibilidade do Direito Penal do Inimigo ser compatível com o referido tipo de estado, eis que enquanto este deve buscar a concretização dos direitos fundamentais, aquele defende que parte da sociedade, ou seja, os delinquentes inimigos devem ter tais direitos reduzidos ou tolhidos, já que considerados não-pessoas.

Assim, a aplicação do Direito Penal do Inimigo no Estado Brasileiro, vai contra o Estado Democrático de Direito previsto na Constituição Federal de 1988, devendo portanto, ser considerado inconstitucional qualquer ato que demonstre sua aplicação neste país, não obstante seja possível encontrar traços do mesmo na legislação brasileira.

Entretanto, o enfoque do presente artigo não é o de analisar a presença do Direito Penal do Inimigo no direito pátrio, e sim o de analisa-lo com o enfoque de sua desmedida incidência no âmbito das penitenciárias brasileiras, que privam o preso não apenas de sua liberdade, mas também de seus direitos e garantias fundamentais, tolhendo-o de seu direito à saúde, trabalho, educação e à dignidade física psíquica e moral, ao expor o detento à condições degradáveis, insalubres e desumanas.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Para o professor alemão Gunther Jakobs o Estado deve tomar duas providências diferentes àquele que comete um delito, de modo que poderá trata-lo como pessoa ou poderá trata-lo como inimigo.

Neste sentido, o referido professor, em sua obra intitulada *Direito Penal do Inimigo* sustenta que: “[...] o Estado deve proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico mediante coação[...]” (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2012, p. 40)

Diante disto, o referido autor ensina que os delinquentes pertencentes ao primeiro grupo descrito no parágrafo anterior devem ser tratados como pessoas, pois ainda que tenham cometido um erro “oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal” (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2012, p. 43). Nesta hipótese, defende a aplicação do Direito Penal do Cidadão, no qual a pena é aplicada obedecendo as garantias e direitos fundamentais inerentes à pessoa.

Por sua vez, quanto aos delinquentes pertencentes ao segundo grupo, conforme Gunther Jakobs, o Estado deve trata-lo como inimigo, o qual é conceituado pelo autor mencionado como “Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal” (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2012, p. 47). Nesta segunda hipótese, o autor propõe a aplicação do Direito Penal do Inimigo, no qual é permitido que, para a aplicação da reprimenda estatal, tenha o indivíduo/inimigo restringido ou tolhido seus direitos fundamentais.

Explanando a marcante diferença ensinada pelo autor Gunther Jakobs entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, o autor Rogério Grecco, em sua obra intitulada *Direito Penal do Equilíbrio*, leciona que:

“Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre o *Direito Penal do Cidadão* e o *Direito Penal do Inimigo*. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado *Direito Penal do Inimigo*, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.” (2014, p. 23)

Neste sentido, o autor Luiz Flavio Gomes, destacou as 10 (dez) características mais marcantes que diferem o Direito Penal do Inimigo do Direito Penal do Cidadão:

“(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.” (2010)

Deste modo, verifica-se que o Direito Penal do Inimigo, seria o instituto que concederia ao Estado a possibilidade legítima de deixar de conceder à um indivíduo o tratamento de pessoa, para trata-lo como inimigo.

A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Direito Penal do Inimigo X Estado Democrático de Direito

O Brasil, conforme art. 1º, caput, da Constituição Federal, trata-se de um Estado Democrático de Direito, sendo que para entender o significado de tal conceito, é preciso entender o que é a democracia e o que quer dizer estado de direito (BRASIL, 1988).

A doutrina ensina que o regime político de um Estado é definido conforme o complexo estrutural de princípios e forças políticas que inspiram seu ordenamento jurídico, de modo que a contraposição das estruturas autocráticas e democráticas é o que divide, essencialmente, os tipos de regimes políticos (CHIMENTI, 2002, p. 51).

Neste sentido, o autor Ricardo Cunha Chimenti ensina que “Enquanto na estrutura autocrática vigora a soberania do governante (princípio do chefe), na democracia verifica-se o governo do povo (regra da maioria)” (2002, p. 51).

O regime político democrático é subdividido em três modalidades, sendo estas: a democracia direta, a democracia indireta ou representativa e a democracia semidireta.

O doutrinador Pedro Lenza estabelece as diferenças entre tais modalidades de democracia ensinando:

“a) democracia direta, em que o povo exerce por si o poder, sem intermediários, sem representantes; b) democracia representativa, na qual o povo, soberano, elege representantes outorgando-lhes poderes, para que, em nome deles e para o povo, governem o país; e c) democracia semidireta ou participativa, um “sistema híbrido”, uma democracia representativa, com peculiaridades e atributos da democracia direta[...]”(2012, p. 1121)

O art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Portanto, verifica-se que o modelo de democracia utilizado pelo Estado Brasileiro é o da democracia semidireta ou participativa, pois a carta magna brasileira determina que “[...] além da eleição de representantes por meio do voto (democracia representativa), são também adotados, nesta modalidade, mecanismos de participação popular direta, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular [...]” (DANTAS, 2009, p. 20).

Por sua vez, o Estado de Direito trata-se de uma contraposição ao absolutismo, pois trata-se daquele “em que todos são igualmente submetidos à força da lei” (CHIMENTI, 2002, p. 51). Portanto, verifica-se que o Estado de Direito restringe e limita o poder estatal, pois até mesmo o próprio Estado é submetido à força da lei.

Sintetizando, a Constituição Federal, ao estabelecer que trata-se o Brasil de um Estado Democrático de Direito fez do mesmo um estado que “[...] permite a efetiva participação do povo na administração da coisa pública, visando sobretudo alcançar uma sociedade livre, justa e solidária em que todos (inclusive os governantes) estão igualmente submetidos à força da lei” (CHIMENTI, 2002, p. 53).

O autor Francisco Muñoz Conde, em sua obra *Direito Penal do Inimigo*, defende que “[...] o Direito penal do inimigo representa ou pode representar uma ameaça para os princípios e garantias do Estado de Direito e, com isso, desvalorizar a segurança normativa, acentuando apenas a segurança puramente cognitiva” (2012, p.73).

Por sua vez, o autor Eugênio Raul Zaffaroni, também ensina ser incompatível o Estado e Direito com o Direito Penal do Inimigo, descrevendo em sua obra *O Inimigo no Direito Penal* que: “[...] no Estado constitucional de direito não é possível admitir que um ser humano seja tratado como não-pessoa, fora das hipóteses de coerção direta administrativa, inevitável e transitória” (2012, p. 19-20).

Ainda neste diapasão, os autores Lucas Soares e Silva e Luiz Fernando Kazmierczak, concluíram o artigo científico intitulado *Condição Jurídica e Paradigma Punitivo: um diálogo*

com o Direito Penal do Inimigo, sustentando que “[...] no Estado Democrático de Direito não é possível admitir que um ser humano seja tratado como ‘não pessoa’, diante da justificativa de potencial perigo para a sociedade baseado na ideologia da prevenção para a eliminação de um perigo” (2012).

Neste ponto, assim, é possível verificar a impossibilidade de se reconhecer a compatibilidade entre o Direito Penal do Inimigo e a legislação brasileira, ao passo que enquanto aquele estabelece tratamento diferenciado ao “inimigo”, a Constituição Federal, em seu art. 1º, caput, dispõe que o Estado Brasileiro trata-se de um estado de direito, ou seja, todos estão submetidos à força lei de forma igualitária. Neste sentido, o art. 5º da Constituição Federal deixa ainda mais claro tal impossibilidade, pois reza que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza[...]” (BRASIL, 1988).

Direito Penal do Inimigo X Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, trata-se de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme previsto no art. 1º da Constituição Federal (Ibidem).

O autor Alexandre de Moraes, assim conceitua o referido fundamento:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”(MORAES, 2001, p. 48)

Verifica-se, portanto, que como fundamento da República Federativa do Brasil, tem-se a necessidade do respeito aos direitos fundamentais de cada pessoa, os quais podem ser restringidos apenas de forma excepcional. Saliente-se que, conforme ensina tal autor, ainda que seja caso de restrição, não pode-se “menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos” (MORAES, 2001, p. 48).

Neste diapasão, sem aprofundar na temática “Dignidade da Pessoa Humana” em razão de não ser o principal foco deste artigo, é flagrante a incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com tal fundamento da República. Enquanto o Princípio da dignidade da pessoa humana defende que, ainda que excepcionalmente possa ser restringido algum de seus

direitos, deve ser-lhe concedido o tratamento que toda pessoa merece como ser humano, o Direito Penal do Inimigo sustenta que não há necessidade de que o Estado respeite os direitos fundamentais do “inimigo”, já que ao investi-lo nesta qualidade, passa a considera-lo como “não pessoa”.

Neste passo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, no julgamento do Recurso Especial nº 580/252 MS, ao proferir seu voto consignou que “os crimes cometidos pelos presos não conferem ao Estado a prerrogativa de trata-los como menos que gente. A pena admitida pela lei e pela Constituição é a de privação da liberdade, e não a de perda da dignidade” (BRASIL, 2015, p. 44).

Direito Penal do Inimigo X A Aplicação da Medida de Segurança no Ordenamento Jurídico

Preliminarmente à análise da medida de segurança no ordenamento brasileiro, fazem-se necessárias algumas considerações sobre a culpabilidade.

A culpabilidade pode ser conceituada como “um juízo de reprovação pessoal, feito ao autor de um fato típico e antijurídico, porque podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por ser comportar contrário ao direito” (CUNHA, 2015, p. 272).

Em que pese exista uma divergência doutrinária acerca da posição da culpabilidade na estrutura do crime – enquanto parte da doutrina entende que a mesma trata-se de um dos elementos do crime (teoria tripartite), outra parte entende que a culpabilidade trata-se de pressuposto para a aplicação de pena (teoria bipartite) – é incontroverso que um indivíduo apenas terá uma pena imposta contra si se houver a demonstração da mesma.

Conforme ensina o doutrinador Fernando Capez, segundo a teoria do Código Penal, são três os elementos da culpabilidade: “a) imputabilidade; b) potencial consciência de ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa” (2012, p. 332).

Assim, restando demonstrada a ausência de um destes três elementos, não se configurará a culpabilidade, o que resultará na impossibilidade de aplicação da pena ao indivíduo que praticou uma conduta típica e antijurídica.

O doutrinador Fernando Capez, ensina que a imputabilidade apresenta-se em “um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade” (Idem, p. 333). Em seguida, o autor

esclarece que “Faltando um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos” (Ibidem).

O Autor Damásio de Jesus estabelece 4 (quatro) causas de exclusão da imputabilidade, sendo estas: “a) doença mental; b) desenvolvimento mental incompleto; c) desenvolvimento mental retardado; d) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior” (2013, p. 515).

Deste modo, o conceito de inimputabilidade na atual legislação brasileira, em nada refere-se à periculosidade do indivíduo, mas exclusivamente à sua sanidade mental e capacidade de autodeterminação.

As três primeiras causas de exclusão da imputabilidade estão previstas no art. 26, caput, do Código Penal o qual estabelece que “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL. 1940).

A quarta causa de extinção da imputabilidade está prevista no art. 28, §1º, do Código Penal, o qual dispõe que: “É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (Ibidem).

Quando demonstrada a presença desta quarta excludente da culpabilidade, o agente será isento de pena e nenhuma outra medida lhe será imposta.

Por sua vez, quando presentes a primeira, segunda ou terceira excludente de culpabilidade, o art. 97 do Código Penal impõe a aplicação de medida de segurança ao mesmo (Ibidem).

Existe ainda, a hipótese de aplicação de medida de segurança ao semi-imputável, a qual está disposta no art. 98, também do Código Penal, que estabelece que a pena privativa de liberdade a ser imposta ao semi-imputável pode ser substituída pela medida de segurança quando o condenado precisar de tratamento curativo (Ibidem).

Neste sentido, o item 87 da Exposição de Motivos do Código Penal, estabelece que o então projeto de lei extinguiu a medida de segurança aos imputáveis e instituiu o sistema vicariante aos semi-imputáveis, justificando que: “Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança” (Ibidem).

Portanto, a aplicação de medida de segurança é possível apenas em caso de inimputabilidade em razão de doença mental, desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado.

Diante desta restrição que a lei impõe, para a aplicação da medida de segurança apenas aos inimputáveis ou semi-imputáveis em razão de doença mental, desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado, é possível verificar que, por mais este ponto, é impossível admitir-se a compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com a legislação brasileira.

Conforme explanado no segundo capítulo do presente artigo, segundo Direito Penal do Inimigo, o indivíduo que considerado inimigo o fosse, não deve ser punido com pena, mas sim, com medida de segurança.

O autor Gunther Jakobs defende sua teoria em razão de uma pena ser uma medida ideal para se sancionar a uma pessoa, em razão da prática de um fato anterior. Já, ao inimigo, segundo o referido autor, não se busca apenas a punir pelo ato passado, mas também a prevenir uma tendência, qual seja, a de cometer novos fatos criminosos graves. Neste sentido, tal autor fundamenta:

“[...]Portanto, no lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena de modo fisicamente efetivo, luta contra um perigo em lugar de comunicação [...]” (2012, p. 23).

O referido autor, deixa claro, ainda, que a medida de segurança ao inimigo teria o condão de expeli-lo da sociedade para deixar de receber um tratamento de pessoa. Neste sentido, o mesmo sustenta que:

“[...] quem não participa na vida em um estado comunitário legal deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo o caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado, como anota expressamente Kant, como inimigo” (2012, p. 27).

Vislumbra-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo, traz uma proposta que contraria a legislação brasileira, ao passo que enquanto aquela propõe a aplicação de uma

medida de segurança ao “inimigo”, com a nítida finalidade de aumentar o poder punitivo contra este e expulsá-lo da sociedade, o Direito Penal pátrio repele a aplicação de medida de segurança ao culpável – ainda que perigoso – permitindo a aplicação de medida de segurança exclusivamente aos inimputáveis e aos imputável, com o fito de serem realizados tratamentos curativos.

Direito Penal do Inimigo X Limites da Execução da Pena na Legislação Brasileira

Preliminarmente à explanação da forma com que a legislação estabelece que deve ser executada a pena, fazem-se necessárias algumas considerações acerca da finalidade pena no ordenamento jurídico brasileiro.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito e dever de punir são atribuídos exclusivamente ao Estado, sendo que tal direito e dever nasce a partir do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Conforme dispõe o art. 43, caput, do Código Penal, existem três modalidades de pena, quais sejam: privativas de liberdade; restritivas de direitos; e, multa (BRASIL, 1940).

Suscintamente explicando, a pena privativa de liberdade consiste na privação do condenado de seu direito de ir e vir, recolhendo-o em um estabelecimento prisional. Tal privação deve obedecer a um sistema trifásico, partindo-se de um regime mais rigoroso (regime fechado), passando em seguida à um regime intermediário (regime semiaberto) e, após, para um regime mais brando (regime aberto).

Por sua vez, a pena restritiva de direito consiste na imposição de uma prestação pecuniária; perda de bens e valores; limitação de fim de semana; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos. Quanto à interdição temporária de direitos, insta salientar que os direitos que podem ser interditados encontram-se em um rol taxativo previsto no art. 47, sendo estes:

“I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. IV – proibição de freqüentar determinados lugares. V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.” (Ibidem)

Por fim, quanto à pena de multa, o art. 49 do Código Penal dispõe que “consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa” (Ibidem).

No momento da prolação da sentença penal condenatória, o magistrado, obedecendo

aos parâmetros estabelecidos pela legislação, impõe a pena que deverá ser cumprida pelo condenado. Tal imposição possui um caráter limitativo, ao passo que os únicos direitos do condenado que poderão ser atingidos serão aqueles previstos na sentença penal condenatória. Neste diapasão o art. 3º da Lei de Execuções Penais estabelece que: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL, 1984).

Observe-se, da breve explanação sobre as modalidades de pena, que o ordenamento jurídico em momento algum assegurou ao Estado a possibilidade de privar o indivíduo de seu direito à saúde física e psíquica, educação, trabalho, dignidade, entre outros. Mas, ao contrário, a Lei de Execução Penal impõe, rigorosamente, ao Estado o dever de garantir que a execução penal assegure ao condenado todos os seus direitos que não foram atingidos pela sentença que o condenou ou pela legislação.

Para tanto, o artigo 88, parágrafo único, alínea “b”, da referida lei dispõe requisitos básicos para as celas, garantindo, no regime fechado, celas individuais, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório e, ainda, um ambiente salubre e com área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados). A Lei de Execuções Penais, em seu art. 11, também assegura aos condenados diversas modalidades de assistências que devem ser prestadas pelo Estado, sendo elas: assistência material, a assistência à saúde, a assistência jurídica, a assistência educacional, a assistência social, a assistência religiosa e a assistência ao egresso (Ibidem).

Observe-se que, dentre as penas que podem ser fixadas a um condenado, independentemente do grau de periculosidade de sua conduta, o ordenamento jurídico brasileiro não permite que seja retirado do mesmo sua condição de pessoa, garantindo rigorosamente que a execução de sua pena não lhe tolha que qualquer direito que não aqueles previstos na sentença ou na lei. Em sentido contrário, todavia, situa-se o Direito Penal do Inimigo, pois propõe uma “flexibilização dos princípios políticos-criminais e as regras de imputação”. (JAKOBS, 2012, p. 92).

Neste sentido o autor Eugênio Raul Zaffaroni descreve: “A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa.” (2012, p. 18). Em seguida, o doutrinador ensina que: “[...]na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa [...]” (ibidem).

Destarte, diante das garantias concedidas aos condenados, consagradas pela Lei de

Execução Penal, observa-se facilmente que o ordenamento jurídico não dá guarida ao Direito Penal do Inimigo, ao passo que enquanto aquele garante ao condenado – leia-se: todos os condenados, sejam eles “inimigos” ou não – que este não tenha tolhido seus direitos, que não apenas aqueles que a lei assim permite, este propõe ao inimigo um tratamento de “não-pessoa”, ao relativizar, para este, os princípios políticos criminais.

Direito Penal do Inimigo X Finalidades da Pena na Legislação Brasileira

O art. 1º da Lei de Execução Penal, estabelece a dupla finalidade que a legislação busca com a execução de uma pena, sendo estas: “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

Observa-se, portanto, que conforme tal dispositivo legal, além de punir o condenado, a pena possui a finalidade de ressocializá-lo, ou seja, de prepará-lo para reintegrar à sociedade.

A doutrina estabelece, ainda, uma terceira finalidade da pena, que trata-se da finalidade de intimidar a sociedade a práticas delitivas, prevenindo novos crimes.

Assim, pode-se dizer que a sanção penal, no Brasil, busca alcançar uma tríplice finalidade: “aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade” (CAPEZ, 2012, p. 386).

Observa-se, portanto, que a pena no ordenamento jurídico brasileiro, possui um caráter de inclusão, já que direciona-se a recuperar o indivíduo criminoso e devolve-lo à sociedade.

Noutro diapasão, vislumbra-se que o direito penal do inimigo possui um caráter de exclusão, já que busca eliminar da sociedade o indivíduo considerado “inimigo”.

Diante desta discrepância entre a finalidade da pena para a legislação brasileira e para a o Direito Penal do Inimigo também é possível verificar mais um fundamento para a impossibilidade da aplicação do direito penal do inimigo no direito pátrio.

O TRATAMENTO DE INIMIGO DISPENSADO AO PRESO NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Conforme explanado nos capítulos anteriores, verifica-se que o Estado Democrático

de Direito, que constitui-se a República Federativa do Brasil, não comporta a incidência do Direito Penal do Inimigo. Seja em razão de tratar-se de um Estado de Direito; seja em razão de a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos do Estado; seja em razão de medidas de segurança serem possíveis apenas à inimputáveis e semi-imputáveis; seja em razão dos rigores estabelecidos pela Lei de Execuções Penais para o cumprimento da pena pelo condenado; ou, seja, ainda, em razão da finalidade ressocializadora da aplicação da pena.

Ocorre que, em que pese tal incompatibilidade, ao estudar a atual realidade do sistema penitenciário brasileiro, o que observa-se é que o Direito Penal do Inimigo encontra-se presente, de forma expressiva na maioria dos presídios, ao passo que o tratamento dispensado aos detentos tem sido cada vez mais de “não-pessoas”, ou seja, de inimigos.

Não é preciso adentrar a todos os estabelecimentos prisionais brasileiros para tomar conhecimento do quão precárias encontram-se suas estruturas. Salvo raras exceções, o atual cenário penitenciário nacional, tem se demonstrado incapaz de executar a pena do indivíduo, sem restringir do mesmo direitos que não foram atingidos pela sentença penal condenatória.

O Conselho Nacional de Justiça, com base em relatórios de inspeção que devem ser encaminhados mensalmente pelos Juízes de Execução Criminal do país, divulga em seu site oficial dados sobre a população carcerária brasileira, sendo que na pesquisa realizada pelos autores do presente artigo em 28 de junho de 2016, vislumbrou-se que atualmente o Brasil conta com 647.061 presos, sendo que existem vagas para apenas 391.723, implicando em um déficit de vagas para 255.338. Ou seja, faltam vagas para aproximadamente 40% (quarenta por cento) dos presos (BRASIL, 2016). Tal déficit de vagas implica na superlotação dos presídios, ao passo que cada estabelecimento prisional acaba recolhendo aproximadamente o dobro de indivíduos que sua capacidade permite.

O Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados do ano de 2008, demonstra a realidade do sistema penitenciário brasileiro, sendo que além de superlotados, vislumbra-se que as instalações dos estabelecimentos prisionais brasileiros são extremamente precárias. Cubículos minúsculos, necessidade de se fazer revezamentos para dormir, canos estourados, ambiente sem alcance de luz solar e, portanto, úmido e propício à insetos e roedores, vasos sanitários substituídos por buracos no chão e banhos gelados, são alguns dos fatores que revelam o caos das penitenciárias brasileiras. (BRASIL, 2016)

Não bastasse, ainda, direitos à educação e ao trabalho, dificilmente são concedidos

aos presos, que passam diuturnamente recolhidos no interior de celas superlotadas, degradáveis e desumanas.

O direito à saúde, na maioria das vezes, é prestada de forma deficitária ao detento, que fica à mercê da precariedade das salas de atendimento médico dos presídios (quando existentes) ou à escolta para os centros de atendimentos médicos.

A assistência material, normalmente, também é prestada de forma deficitária, sendo que os presos dependem de familiares e amigos para que sejam lhes fornecidas vestimentas, produtos de higiene e alimentação para as refeições intermediárias, ao passo que o Estado, via de regra, fornece apenas duas refeições diárias (almoço e jantar), cumprindo consignar que segundo o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, muitas vezes a alimentação fornecida pelo Estado é servida sem condições de consumo.

Neste sentido, tal relatório dispõe que “Em quase todas as unidades prisionais, os presos reclamaram da qualidade da comida. Denúncias de cabelos, baratas e objetos estranhos misturados na comida foram constantes. Comida azeda, estragada ou podre também foi denunciada” (2008, p. 200).

Diante dessa realidade, observa-se que os presídios brasileiros tornaram-se verdadeiros depósitos de criminosos, os quais tem privada não apenas sua liberdade, mas sua essência de pessoa, ao receber um tratamento degradante e desumano, que afronta gravemente a dignidade da pessoa humana que, como já explanado, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

No Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados do ano de 2008, os membros da comissão descreveram, ainda, que “Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano.” (2008, p. 191).

Esta verdadeira incongruência entre a legislação e a forma com que ocorre a execução da pena acabou por deixar de lado o caráter ressocializador da pena (dotado de uma ideia de inclusão) para se aplicar apenas uma punição (dotada de uma ideia de exclusão) que, aliás, vai muito além das penalidades previstas pela legislação, implicando em um verdadeiro tratamento do preso como inimigo.

Em que pese tal realidade, observa-se que a maior parte da sociedade posiciona-se de forma favorável às condições desumanas e degradantes às quais são expostas os presos,

sustentando uma ideia egoísta que encaixa-se exatamente na ideia do Direito Penal do Inimigo: não comportou-se como cidadão, portanto, não merece o tratamento de cidadão.

Ocorre, todavia, que aceitar tal ponto de vista, é aceitar um verdadeiro retrocesso na evolução da sociedade, pois é conceber a ideia de um Estado que pode executar a pena de um condenado, sem seguir qualquer limite legislativo, apenas com o intuito de livrar a sociedade deste inimigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o professor alemão Gunther Jakobs, o Direito Penal a ser aplicado ao cidadão não pode ser o mesmo Direito Penal a ser aplicado ao inimigo. Assim, propõe-se a coexistência de dois direitos penais em um mesmo ordenamento jurídico, sendo o Direito Penal do Cidadão, que seria aquele que garante ao “criminoso cidadão” a obediência de todos os direitos e garantias fundamentais, penais e processuais penais, e o Direito Penal do Inimigo no qual o Estado está autorizado a aplicar ao “criminoso inimigo” a medida necessária para livrar a sociedade do perigo do mesmo, sendo permitida a privação e relativização de direitos e garantias fundamentais, penais e processuais penais.

Estudando o ordenamento brasileiro em alguns aspectos, observou-se a impossibilidade da aplicação de um Direito Penal do Inimigo no Brasil, inicialmente porque trata-se de um Estado Democrático de Direito, ou seja, que busca um tratamento igualitário a todos os indivíduos, o que incompatibiliza a divisão da sociedade em “cidadãos e inimigos”.

Outro ponto em que o ordenamento jurídico deixa claro ser impossível a aplicação de um direito penal do inimigo no Brasil, trata-se do fato de a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao passo que tal fundamento garante que toda pessoa deve ter respeitada sua qualidade de ser humano, de modo que até mesmo uma pena, que pode privar ou restringir direitos, não está autorizada a atentar contra sua dignidade, que lhe é um atributo inerente à sua própria qualidade de pessoa.

Ainda, outra incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o ordenamento jurídico brasileiro, reside no fato de a legislação brasileira admitir medida de segurança apenas ao imputável e ao semi-imputável, pouco importando o grau de periculosidade do indivíduo, enquanto que o Direito Penal do Inimigo propõe que aos inimigos, ao invés de pena, deve-se aplicar medida de segurança, permitindo ao Estado a aplicação de qualquer medida de que entender necessária para livrar a sociedade do perigo por ele oferecido.

Noutro diapasão, os limites que a lei impõe para a execução de uma pena a um indivíduo também revela a impossibilidade de se admitir o Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira, ao passo que nunca uma punição estatal pode tolhir o condenado de seu direito à saúde física e psíquica, à educação, ao trabalho, à dignidade, entre outros, sendo que a Lei de Execução Penal impõe, rigorosamente, ao Estado o dever de garantir que a execução penal assegure ao condenado todos os seus direitos que não podem ser atingidos pela condenação.

Finalmente, o último ponto da legislação que demonstrou a impossibilidade de se admitir a aplicação do direito penal do inimigo no Brasil, revela-se na finalidade da aplicação da pena. Ao passo que, enquanto a legislação impõe, entre outras finalidades, a busca pela reinserção do condenado à sociedade, trazendo uma ideia de inclusão, o Direito Penal do Inimigo traz um contraponto à tal ideia, pois propõe a exclusão/eliminação da sociedade do criminoso considerado inimigo.

Ocorre, porém, que mesmo tendo-se verificado a impossibilidade de no Brasil incidir-se um direito penal do inimigo, verificou-se, que a realidade penitenciária brasileira dispensa ao preso um tratamento de verdadeiro inimigo, retirando da mesmo sua condição de pessoa, ao depositá-lo em um ambiente insalubre, degradante e desumano.

A Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Penitenciário da Câmara dos Deputados do ano de 2008 trata-se de um dos mais relevantes trabalhos, se não o mais relevante, elaborado por órgão estatal que se apurou a real condição dos estabelecimentos penais nacionais, tendo os membros da comissão visitado penitenciárias por todo o Brasil.

No Relatório da referida Comissão Parlamentar de Inquérito descreveu-se o quão distante da legislação o atual cenário penitenciário brasileiro se encontra, demonstrando falhas na prestação de todos os tipos de assistências que a Lei de Execução Penal, implicando que o preso seja tolhido não apenas de sua liberdade, mas também de seu direito à saúde física e psíquica, à educação, ao trabalho, à alimentação adequada, entre outros.

Diante desta realidade, o que se pode verificar é que ao ser inserido no sistema penitenciário, passa a ser menosprezada a condição de ser humano do preso, e o mesmo passa a ser tratado apenas como inimigo, sendo que a única finalidade que a pena alcança, é de excluir o criminoso do convívio social, deixando-se de lado a proposta de reinserção estabelecida na legislação, o que encaixa-se perfeitamente à proposta do Direito Penal do Inimigo.

Embora exista uma aceitação da sociedade de tal realidade, encarar como “justo” o tratamento de inimigo que os presos recebem nos presídios brasileiros é conceber um verdadeiro retrocesso, deixando de lado o Estado de Direito, no qual todas as pessoas humanas merecem tratamento igualitário, para aceitar um Estado Absoluto, no qual não Estado não sofre qualquer limitação legal para suas ações, inclusive para a imposição de punição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI do Sistema Carcerário. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em 28 jun. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 841.526. Se o Estado tem o dever de custódia, tem também o dever de zelar pela integridade física do preso. Tanto no homicídio quanto no suicídio há responsabilidade civil do Estado. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Simone Jardim. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4645403>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cinha. Apontamentos de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Paloma, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. Direito Penal do Inimigo. Tradução: Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

CUNHA, Rogério Shances. Manual de Direito Penal. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo: noções e críticas. org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JESUS, Damásio de. Direito penal: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SANTOS, Admaldo Cesário dos. Direito penal do inimigo e culpa jurídico-penal: o problema da responsabilidade pelo livre arbítrio. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

SILVA, L. S.; KAZMIERCZAK, L. F. Condição jurídica e paradigma punitivo: um diálogo com o direito penal do inimigo. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6c29793a140a811d>> Acesso em: 28 jun. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 3 ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

REFLEXÕES SOBRE A PENA EM HEGEL

Décio Franco DAVID¹
Antonio SALOMÃO NETO²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma reflexão sobre a finalidade da pena para o filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Para tanto, apresenta, inicialmente a estrutura do Direito para o filósofo e como ele compreende o Estado a partir de uma concepção racional pautada em liberdades. Posteriormente, parte para a definição de crime para Hegel, valendo-se da compreensão do conceito de Unrecht por ele utilizado. Em seguida, é apresentada a proposta hegeliana de pena (conhecida atualmente como teoria retributivista) e sua finalidade. Ao final do trabalho é feita uma reflexão sobre a possibilidade de aplicação da teoria de Hegel nos dias atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Pena – Hegel – Teoria Retributivista

ABSTRACT

This study aims to carry out a reflection about the purpose of punishment for the German philosopher Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Therefore, it presents, initially, the structure of the Law to the philosopher and how he understands the State from a rational form guided on freedoms. Later, parts of the definition of crime to Hegel, using the understanding of the concept of Unrecht used by him. Then, shows the Hegelian proposal penalty (currently known as retributive theory) and its purpose. At the end of the work, is made a reflection about the possibility of application Hegel's theory today.

KEY-WORDS: Criminal Sanction – Hegel – Retributivism Theory.

INTRODUÇÃO

Certamente um dos temas mais debatidos dentro da seara da Ciência Penal diz respeito à finalidade da aplicação de penas. Ao longo da evolução da dogmática penal muitas teorias foram apresentadas tentando justificar as razões pelas quais se punem os autores de

1 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - Linha de Pesquisa: Função Política do Direito. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - Linha de Pesquisa: Função Política do Direito. Pós-graduado em Gestão de Direito Empresarial pela FAE Centro Universitário. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professor Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP) (em licença sem vencimentos). Professor de diversos cursos de Pós-graduação (lato sensu) em Direito Penal e Processual Penal. Membro do conselho editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM). Membro do Conselho Editorial da Revista Liberdades do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro do Conselho Editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Diretor Executivo Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Advogado.

2 Acadêmico de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

delitos³.

No entanto, a praxe forense e a realidade do sistema carcerário nacional demonstram que propostas doutrinárias inovadoras como, por exemplo, a teoria da Prevenção Geral Positiva do Funcionalismo Teleológico de Claus Roxin, não têm alcançado sua finalidade material diante do discurso apresentado⁴. Em outras palavras há uma incompletude estrutural entre o que se espera da pena e o que realmente se alcança com ela. Alguns autores indicam que uma das razões dessa incoerência estrutural parte da tradicional atividade de se atribuir uma finalidade ao Direito Penal e outra à pena⁵.

Por tal motivo, parece haver acerto indiscutível na proposta de que a finalidade do Direito Penal é exercer o controle social do intolerável, de modo que qualquer outra finalidade atribuída a pena acabe por estar contida nessa finalidade maior atribuída a este ramo científico⁶. Principalmente, pelo fato de que em respeito ao princípio da intervenção mínima, primeiramente há que se respeitarem as esferas extrajurídicas e, dentro das jurídicas, as esferas extrapenais de exercício do controle social⁷.

De qualquer modo, embora o discurso crítico jurídico permita tais derivações, é certo que o caráter punitivo da pena possui em si um aspecto de retribuição pelo delito praticado. Conforme preleciona Winfried Hassemer, uma compreensão da pena nos dias atuais reforça a ideia de que ela se constitui enquanto a negação da negação do direito, não apenas no papel

3 Acerca da evolução das teorias da pena: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da Pena: Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 196-270; BOZZA, Fábio da Silva. Teorias da Pena: Do discurso jurídico à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 07-121.

4 Para Roxin, a pena deve proporcionar um efeito de prevenção geral no momento da cominação da pena, da aplicação da pena e na própria execução da pena, congregando em si aspectos distintos do efeito preventivo. A tese do mestre de Munique possui três pontos principais: a) a finalidade exclusivamente preventiva da pena; b) a renúncia a qualquer critério retributivo na aplicação da pena, e; c) a limitação do Estado pelo princípio da culpabilidade, adotando-se, portanto, critérios de proporcionalidade à ofensa praticada. Sobre o assunto: ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoria del Delito. Madrid: Civitas, 2007, p. 95 e ss; ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal. 3. ed. Lisboa: Editora Veja, 1998, p. 15 e ss.

5 Nesse sentido: BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523. Em posição próxima, analisando a diferença entre função e finalidade: DAVID, Décio Franco. O princípio da ofensividade nos julgados do Supremo Tribunal Federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio formador do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 23, n. 115. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago. 2015, p. 19-25.

6 Conforme afirma BUSATO, Paulo César Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 477.

7 Sobre as diversas formas de controle social: SABADELL, Ana Lúcia. Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154 e ss. REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 13 e ss; MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Jerez de La Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 31 e ss.

ou na academia, mas, essencialmente, no discurso público sobre as normas que são indeclináveis à sociedade⁸. Assim, a proposta dialética de finalidade da pena proposta por Georg Wilhelm Friedrich Hegel recebe a atenção dos holofotes atuais da dogmática penal.

QUAL É A FUNÇÃO DA PENA EM HEGEL?

Georg Wilhelm Friedrich Hegel é um dos mais importantes filósofos da história. Seu pensamento percorre desde epistemologia, gnoseologia, ciência da natureza, política. Porém, de forma ímpar, Hegel organiza todo seu estudo de forma sistêmica. Esse sistema tem como núcleo o Espírito (Geist)⁹. O Espírito é, enquanto exteriorização e retorno, a consciência que busca a verdade sobre si. Nesse ponto, a introdução ao sistema hegeliano é desempenhada pela Fenomenologia do Espírito, lançada em 1807.

Dono de uma escrita complexa, Hegel faz questão de abordar alguns temas mais de uma vez, em diversos livros e com abordagens diferentes. É o caso do crime e da punição. Hegel se debruçou várias vezes sobre esse assunto, preocupando-se com as características da punição; com a arbitrariedade como evento concreto ou com a relação entre punição e destino. O fez na Ciência da Lógica, Primeiros Escritos Teleológicos, O Espírito do Cristianismo e seu Destino e nos Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito¹⁰. Contudo, nesse último livro que a abordagem se deu de forma mais curiosa (e também interessante para realizar este trabalho)¹¹.

Foi através da análise da vontade e da liberdade – e de suas correlações e desdobramentos – que Hegel desenvolveu o tema ‘direito’ e a filosofia do mesmo. Vale lembrar que para o velho filósofo¹² a filosofia é uma ciência, tendo por objeto o conceito. Logo, uma filosofia do Direito não se preocupa com sua forma contingente ou empírica -

8 HASSEMER, Winfried. Punir no estado de direito. In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 344.

9 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Fenomenologia do Espírito; tradução, Paulo Meneses; com colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. -9ª ed. – Rio de Janeiro: Vozes, 2014. [Optou-se aqui por usar a mesma terminologia usada na Fenomenologia. Hegel ainda desenvolve uma filosofia do Espírito, na qual o direito, moralidade e eticidade representam a exteriorização, caracterizando-se como Espírito objetivo.].

10 INWOOD, Michael. Dicionário Hegel/Michael Inwood; tradução, Álvaro Cabral – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 264.

11 INWOOD, Michael. Op. cit., p.265. [Foi no estudo feito no livro Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito que Hegel se preocupou com correlacionar crime e pena, seus caracteres estruturais e suas relações com o Sistema de Direito.].

12 MARX, Karl. Crítica da filosofia do direito de Hegel; tradução, Rubens Enderle e Leandro de Deus -3ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2013. [Neste livro, Marx se refere a Hegel como o velho filósofo.].

sequer com a exaustiva análise histórica das instituições, que por chegar ao ponto de explicar como era uma instituição qualquer no momento de seu surgimento, acredita conhecer sua essência, mas, em verdade, não se aproxima de fazê-lo.¹³

Então, para demonstrar qual é a função ou finalidade da pena em Hegel, se faz necessária uma demonstração sobre como o filósofo estrutura o direito. Para tanto, optou-se pelo uso do livro *Filosofia do Direito* para realizar tal demonstração. O estudo será realizado na primeira seção intitulada *Direito Abstrato*, na qual se encontram a explicação hegeliana sobre crime e punição.

DIREITO E SUA ESTRUTURA EM HEGEL

Para melhor explicar o que Hegel entende por Direito, optou-se por oferecer pontos gerais da estrutura deste e suas relações com moral. Aludir essas relações é demonstrar o lugar em que o peculiar pensamento do professor de Jena se encontra na História.

Sabe-se que na tradição alemã, *Recht* era usado para “designar regras e instituições legais, em contraste com moralidade e vida ética.”¹⁴ Faz parte do desenvolvimento da Ciência do Direito contrastar estes três campos, para no final admitir pontos tangíveis entre eles. O curioso é que a época de Hegel, os juristas expoentes admitiam (Fries, por exemplo)¹⁵ que a ideia de *Recht* só se referisse a condutas externas, enquanto moralidade era algo estritamente subjetivo.¹⁶

Porém, o filósofo não se apegou à posição dos juristas e preferiu estratificar estes três conceitos (direito, moralidade e vida ética) sob a mesma denominação: Direito. Então, no livro base para esse trabalho, Hegel usou *Recht* em um sentido mais amplo¹⁷. Não que isso signifique uma imprecisão terminológica; representa o modo que Hegel encontrou para ser compreendido. Como explica Michael Inwood, o fato de se cogitar um possível conflito entre direito e moral se deve ao fato de que, o que é legalmente exigido pode ser imoral. Contudo, para Hegel, não pode haver esse momento, pois o Direito, além de ser moral (como já explicado), não representa a consciência subjetiva de seus cidadãos. O direito¹⁸ que aparece

13 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito*; tradução, Orlando Vitorino – São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.6.

14 INWOOD, Michael. *Op. cit.*, p.104.

15 INWOOD, Michael. *Loc. cit.*

16 INWOOD, Michael. *Loc. cit.*

17 INWOOD, Michael. *Op. cit.*, p.105.

18 Explica-se que o termo nessa passagem se refere ao direito contingente e não ao ramo científico, por isso a primeira letra está minúscula.

pode ter defeitos. Entretanto, “esses defeitos são percebidos, não pela consciência moral individual, mas por um exame da racionalidade inerente no próprio direito”.¹⁹

Sendo Direito um conceito, que engloba moralidade e vida ética, pergunta-se: qual é a definição de Direito? Em específico o que Hegel quer dizer com direito abstrato? De acordo com Hegel, Direito é o campo onde se realiza a liberdade na história; de modo mais simples, o direito para o filósofo reflete como a liberdade é representada na história²⁰. É importante saber que a liberdade começa com o pensamento livre e que para Hegel não representa um livre-arbítrio de fazer o que o Eu quer, mas sim exige uma correlação de reconhecimento entre sujeitos que se tornam pessoas²¹. Logo, direito não é uma restrição, mas sim a mais alta, racional e sistêmica realização da liberdade.

Como afirma Joaquim Carlos Salgado, a ideia do direito é “vontade (razão prática que age) existente (no indivíduo – pessoa que age) livre (que tem como conteúdo a liberdade) e consciente de si.”²². Então, cada tempo tem seu direito e é, precisamente, esse direito que será analisado pela filosofia do Direito.

E o direito abstrato é, longe de ser algo relacionado ao direito natural ou ao jusnaturalismo (Hegel tece duras críticas a ambos²³), a forma imediata como a vontade se realiza. Diz Hegel:

33 – Segundo as fases do desenvolvimento da ideia da vontade livre em si e para si, a vontade é:

a) Imediata. O seu conceito é portanto abstrato: a personalidade; e a sua existência empírica é uma coisa exterior e imediata, é o domínio do direito abstrato ou formal.²⁴

É neste aparecer e exteriorizar da vontade que o sujeito se torna pessoa – talvez seja aqui, em uma leitura jurídica de Hegel, que o sujeito adquire personalidade jurídica. Vale

19 Idem, grifos nossos.

20 “o direito é, ao mesmo tempo, o veículo de construção social – a estruturação da solução de conflitos – e o artefato por meio do qual a humanidade da racionalidade moderna se expressa. (...) A história é o progresso da consciência humana à medida que esta trava as lutas dialéticas de seu tempo” (MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: Dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 211).

21 Acompanhando essa linha de raciocínio Vladimir Safatle afirma que para Hegel “a vontade livre que delibera não delibera sob a forma do arbítrio. Pois quem diz arbítrio diz escolha tendo em vista o conteúdo mais adequado para a forma da vontade. Eu escolho entre possíveis que aparecem para mim como realizações possíveis da minha vontade. No entanto, isso pressupõe que a autodeterminação da forma da minha vontade livre não porta, em si, o conteúdo no qual ela se realiza, o modo de sua efetivação. Por isso Hegel deve dizer visto que somente o elemento formal da autodeterminação livre é imanente ao arbítrio, e o outro elemento, em contrapartida, lhe é algo dado, o arbítrio, se é que ele de ser a liberdade, pode com certeza ser chamado uma ilusão” (SAFATLE, Vladimir. *Grande Hotel Abismo: Por uma reconstrução da teoria do reconhecimento*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 71).

22 SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p.329.

23 Hegel constrói sua ideia de direito demonstrando, inclusive por citações, o motivo pelo qual discorda de algumas correntes da Ciência do Direito. Recomenda-se ler a análise de Joaquim Carlos Salgado, no livro *A Ideia de Justiça em Hegel*.

24 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Op. cit.*, p.35. [Aforisma 33].

lembrar que a personalidade só tem início com o sujeito que é consciente de si²⁵ e é nessa cadeia que há o reconhecimento entre sujeitos (agora pessoas) como seres iguais e livres, ou seja, “liberdade e igualdade são, pois, o resultado da realização do direito nos seus titulares”²⁶.

Em uma análise resumida, “o direito filosófico de Hegel pretende ser uma justificação ideal do direito positivo, isto é, uma expressão racional do direito que é a forma objetiva histórica do aparecer da liberdade”²⁷.

CONCEITO DE CRIME EM HEGEL

Compreendendo, a partir do pensamento hegeliano, que o direito se baseia na vontade livre, todo ato realizado neste sistema tem de ser relacionado com a vontade. Hegel assim acredita, pois reconhece o criminoso como racional, ou seja, o agente do crime hegeliano não está à margem da sociedade. Ao contrário, é consciente de si e realizou o processo de reconhecimento com outras pessoas. Talvez, o que leva ao cometimento do crime seja a manifestação da vontade particular²⁸ em frente à vontade livre em si e para si.

No entanto, qual é o significado de crime para Hegel? É uma manifestação por meio da vontade de um ser racional e livre que lesa a liberdade de outro ser livre. Importante lembrar que quem realiza esta liberdade é o Direito e ela assume várias formas (propriedade, contrato, etc.). Nas palavras de Hegel:

95- A primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime. Nele são negados não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertence [grifo nosso] – a capacidade jurídica-, e isso sem que haja a mediação da minha opinião. É o domínio do direito penal²⁹.

Esse é o conceito de crime. Mas, como a vontade livre exteriorizada (direito) toma

25 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p.40. [O próprio Hegel ao realizar essa afirmação na página 40 dos Princípios remete o leitor à Fenomenologia do Espírito. O faz com o intuito de relembrar o leitor de que ser consciente de si é ter-se como objeto e saber disso, ou seja, na guinada da consciência de si, Hegel supera o paradigma sujeito-objeto, constatando que as contradições do objeto são similares as do ser (sujeito) e que, portanto, refletir sobre o sujeito é refletir sobre o objeto.].

26 SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit., p.336.

27 SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit., p.348. “O direito representa nada mais nada menos que uma manifestação do Espírito objetivo, uma manifestação que consiste na liberdade em grau máximo da capacidade volitiva humana. E se se identifica na noção de direito à ideia de liberdade” (BITTAR, Eduardo. C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 244).

28 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 13-43. [Hegel não esclarece se essa vontade particular que se manifesta tão desproporcionalmente seja condicionada por determinações sociais ou algo do gênero; reconhece apenas que uma vontade particular em frente à vontade livre em si e para si – algo que lembra a contradição própria da lógica aristotélica, por ele mesmo mencionada].

29 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p.85. [Aforisma 95].

várias formas, assim o faz também a coação que busca ofendê-la (crime). É por isso que Hegel alude sobre crimes que violam a propriedade, a vontade (pessoa), o contrato, etc. Neste ponto, o filósofo demonstra o que o crime é (no sentido da forma em que aparece, não da vontade particular que é seu conteúdo) em face da vontade exteriorizada da vítima. Em uma leitura jurídica atual, aqui se encontram os descumprimentos dos preceitos normativos direcionados à proteção dos bens jurídicos reconhecidos como merecedores de tutela penal.

CONCEITO DE PUNIÇÃO/PENA EM HEGEL

Diferente do que possa ser esperado, Hegel aqui não escreve especificamente o que é o conceito de pena (como fez, por exemplo, com o crime). Antes, ele condiciona a existência desta àquele. Como o crime é para Hegel uma manifestação contrária ao Direito (vontade livre), tem de existir uma resposta sistêmica para isso, ou seja, a pena não é exterior ao sistema da realização da liberdade. É, ao contrário, algo intrínseco.

Portanto, eis aí o problema que faz surgir a pena: “o crime considerado não como produção de um mal, mas como violação de um direito tem de suprimir-se, e, então, qual é a existência que contém o crime e tem de suprimir-se?”³⁰. Dessa pergunta resultam duas observações: 1- Hegel rompe com a tradição inaugurada por Kant, que via o crime como um mal. O professor de Jena prefere dizer que o crime é um Unrecht, um não-direito,³¹ que em última análise resulta em uma não liberdade³²; 2- sendo o crime uma vontade que se realiza por sua negatividade (de ser uma não-liberdade) contém em si e é contido pela pena. É como se houvesse uma transubstanciação constante entre o conceito de crime e pena. Ora, Hegel assim o faz para evitar uma tautologia (o conceito de tautologia é usado como aquele que decorre de uma aporia. Em Fenomenologia do Espírito, em específico no primeiro capítulo, denominado Certeza Sensível, Hegel explica que a verdade não pode esbarrar na linguagem/ter ela como obstáculo³³, pois “Toda verdade pode e deve ser expressa por palavras”³⁴). Resta assim estruturada a formulação dialética de Hegel de que a “pena é a

30 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit. p.89, sem grifos no original.

31 INWOOD, Michael. Op. cit. p. 264-265. Destaca-se que o termo Unrecht nos dias atuais é utilizado no sentido de injusto, isto é, uma conduta típica eantijurídica. Daí a compreensão adequada da proposta hegeliana de definir o delito como um não-direito (injusto) e, portanto, merecedor de resposta sancionatória penal (Strafe)

32 Hegel alude, na nota que faz ao parágrafo 99, que “na moderna ciência positiva do direito, a teoria da pena é uma das matérias que mais infeliz sorte tiveram[...]”, pois ao tratarem de penas, as teorias buscaram respaldo na análise psicológica e empírica, recorrendo inclusive a análise historicista.

33 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Fenomenologia do Espírito; tradução, Paulo Meneses; com colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. -9ª ed. – Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 83-92.

34 KOJÈVE, Alexandre. Introdução à leitura de Hegel; tradução, Estela dos Santos Abreu. - Rio de Janeiro:

negação da negação do direito. É, pois, a alternativa a cumprir um papel restaurador da ordem atingida”³⁵. Em outras palavras, ocorrendo a negação do direito, este deve responder na mesma intensidade.

Nesse ponto do pensamento de Hegel é que se torna bastante visível a sua concepção de Estado e da finalidade a ele atribuída. Para ele, o Estado é um “estágio evolutivo das corporações humanas que oferece aos cidadãos a ordem e o império da razão. O Estado é o racional em si e para si, e agrupa sob seu manto toda a pujança de ser o guardião da liberdade, como valor supremo de toda constituição”³⁶ ao mesmo tempo em que deve ser o “guardião das liberdades individuais, que se encontram fragilizadas frente à pulverização caótica do poder”³⁷. Evidentemente, em decorrência da definição de Espírito traçada por Hegel, para que esse Estado se estruture enquanto instituição, ele deve compactuar em si as demais instituições normativas, tais como a família e a sociedade civil. Consequentemente, além dessa perspectiva comprovar que a relação entre indivíduo e Estado se constitui como uma “relação da individualidade para consigo mesmo, uma relação interna que ganha exterioridade”³⁸, há um reforço de que a sanção penal deve ser aplicada como última opção.

Em outras palavras, por deterem o “momento da substancialidade em seu interior, os indivíduos realizam algo fundamental de sua vontade através da produção de instituições e leis”³⁹, as quais decorrem naturalmente das relações históricas construídas pelas demais instituições normativas extrajurídico-estatais, como a família, a religião, etc. A

Assim, o Estado acaba assumindo uma “dupla função aparentemente contraditória. “Ele deve acolher a experiência de indeterminação que habita as individualidades e deve fornecer as determinações necessárias para a efetivação da autonomia através da constituição de um conjunto de leis positivas universalizáveis”⁴⁰. Com isso, Hegel defende que o Estado deve realizar o que a sociedade civil não é capaz ao mesmo tempo que retire os cidadãos individualizados de suas imersões em sistemas particulares de interesses⁴¹. Somente assim a liberdade (Direito) será alcançado.

Aceitando tamanha função ao Estado, fica fácil compreender que somente ele deverá

Contraponto, 2014, p.43.

35 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Prestação de serviços à comunidade: Alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 20.

36 BITTAR, Eduardo. C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 353.

37 BITTAR, Eduardo. C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Loc. cit.

38 SAFATLE, Vladimir. Op. cit., p. 88.

39 SAFATLE, Vladimir. Loc. cit

40 SAFATLE, Vladimir. Op. cit., p. 86.

41 SAFATLE, Vladimir. Op. cit., p. 87.

deter o poderio de aplicação da norma sancionatória penal, pois se o Estado nasce, para Hegel, com a tentativa de “criação de um modo de instrumentalização de conflitos sobre valores”⁴², e, não há melhor exemplo de tais conflitos do que a prática de um delito. Daí, então, decorre a necessidade de se compreender a pena e o sistema do Direito para tal filósofo.

PENA E SISTEMA DO DIREITO EM HEGEL

Como já visto, a pena é sistêmica. Então é no próprio sistema que a pena desempenha/trabalha seu conceito. Realizar tal afirmação é admitir algumas consequências, as quais Hegel coadunou. A começar que frente a um crime, a inteligência faz um juízo qualitativo e quantitativo para sopesar a gravidade do crime com a da pena. Neste sentido, Hegel afirma: “a diferença entre banditismo e o roubo reside numa diferença qualitativa.”⁴³.

Se essa afirmativa é levada às últimas consequências, chega-se a outra - o crime é algo que pode ser valorado: quanto maior o desvalor, pior é o crime. A medida é a capacidade do ato criminoso de ofender a vontade livre em si (aqui, a pessoa). Portanto, para Hegel, a ofensa a propriedade, por mais que essa represente uma exteriorização da vontade, não justifica a morte do criminoso⁴⁴, sendo suficiente a restituição da posse. Há, portanto, uma noção de proporcionalidade. Com relação à medida, Hegel afirma:

Aliás, o crime que mais perigoso se apresentar nas suas características imediatas, esse é o que constitui a violação mais grave do ponto de vista da quantidade e da qualidade.⁴⁵

E, seguindo essa ótica sistêmica, reconhecendo o criminoso como racional e livre, Hegel tende a discordar, também, da teoria da dissuasão apresentada por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, na qual a pena representa uma coerção psicológica por meio de uma ameaça.⁴⁶ Hegel argumenta que considerar a pena uma ameaça tendo como fim uma coerção é

42 SAFATLE, Vladimir. Op. cit., p. 89.

43 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito; tradução, Orlando Vitorino – São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 86. Destaca-se que é nesse nível qualitativo que se apresentam os nivelamentos de injusto, tornando uma conduta merecedora, ou não, de resposta sancionatória penal. Sobre esse escalonamento de injustos: DAVID, Décio Franco. Tutela penal ambiental e delitos de acumulação. 2016. 246f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 170 e ss.

44 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 89-90. Hegel tende a discordar de Locke. O inglês acreditava ser a propriedade uma extensão do corpo da pessoa, portanto, uma extensão da vontade livre em si. Discorda também de Beccaria [nota ao parágrafo 100 nos Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito], pois esse contestou a pena de morte afirmando que não podia se admitir que o contrato social, que é aceito por todos os indivíduos, tenha como cláusula essa pena. Porém, para Hegel a essência do Estado não é contratual.

45 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p.86.

46 INWOOD, Michael. Op. cit., p.265. Sobre o tema Inwood afirma que ameaçar o criminoso para Hegel é

reconhecer o criminoso como um animal, em sentido irracional. Sendo assim, o velho filósofo alude:

100-A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito.⁴⁷

Por conseguinte, o criminoso quer a pena e sabe ser ela justa, pois, intimamente, sabe que o crime é sua vontade particular que, em verdade, nada representa perante a vontade livre em si e para si. Ora, o criminoso é ser racional e o crime não o preenche. Tendo sua punição há uma espécie de ‘reenquadramento’ da sua vontade no Direito.

A pena em Hegel não desempenha caráter de coerção (ameaça); mas, ao contrário, é meio pelo qual o criminoso se reconhece como um ser racional e deseja sua liberdade. Isto é, como a pena está dentro do sistema do Direito (e, sendo esse responsável pela realização da liberdade na história), ser punido é se reconhecer e ser reconhecido como livre: “O princípio da realização da liberdade e racionalidade do direito faz com que Hegel dê à pena um caráter eminentemente ético”⁴⁸

Todavia, o caráter da pena não é o mesmo que sua finalidade. A pena tem caráter de coerção e sua função pode ser de ressocialização do criminoso. Conquanto, dizer que a pena tem caráter ético não reflete na ideia de tornar o criminoso ético. Logo, caráter e finalidade não se confundem em Hegel.

A FUNÇÃO DA PENA EM HEGEL

Como já foi explicado, Hegel trabalha crime e punição em uma ordem sistêmica. Explica, de forma dialética, como um está contido em outro⁴⁹. O crime visa, em sua última

esquecer que ele é livre e capaz de agir a despeito de uma ameaça. Especificamente quanto à teoria da pena de Feuerbach, este entende que “pelo efeito de intimidação que a ameaça de sua imposição ou a sua aplicação ou a execução concretas possam produzir no seio da comunidade” (DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 434). Em outras palavras, a forma tradicional de intimidação penal implica na conclusão de que o Estado, por meio da coação psicológica exercida pela pena, espera que as pessoas não cometam atividades delituosas. Ainda sobre a teoria de Feuerbach, são válidas as considerações aprofundadas de Bernardo Feijóo Sanchez (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribuición y Prevención General – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F Ltda, 2007, p. 127 e ss).

47 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p.89. [Aforisma 100]

48 SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit. p.356.

49 É importante conhecer o método hegeliano. A dialética, chamada por Hegel de motor da história, não é a famosa tríade tese-antítese-síntese. Esse método é próprio de Fichte. A dialética hegeliana é intrínseca, ou seja, nada exterior ao objeto de análise condiciona seu vir-a-ser. Portanto, a contradição não se dá entre dois

finalidade, ofender a própria liberdade, que, para Hegel, tem uma das formas de sua realização no direito. Neste sentido, o direito é o desempenhar do conceito no contingente.

A pena por sua vez nega o crime. Como afirma Hegel:

A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito.⁵⁰

A finalidade da pena não é, em última análise, retribuir um mal, pois o crime para Hegel não é um mal ‘kantiano’, como já foi explicado. A pena funciona como um método próprio do direito de se reafirmar enquanto estrutura e sistema frente ao não-direito (crime). Somente assim que se justifica a justiça da pena em Hegel. É assim que o criminoso quer a pena. É assim que “A pena é, a um só tempo, um direito da sociedade e um direito do indivíduo.”⁵¹

Igualmente, Hegel está preocupado como isso se dá no caso concreto, por ele chamado de domínio do direito imediato. Porém, ele nega que a pena tenha como conteúdo aquilo que aparece como vingança, como justiça contingente; apesar de admitir que seja assim que a pena aparece no campo do imediato. Diz o professor de Jena: “Neste domínio do direito imediato, a abolição do crime começa por ser a vingança que será justa no seu conteúdo se constituir uma compensação.”⁵².

A tradição jurídica acabou lendo a pena em Hegel como retribuição, pois não compreendeu o todo do sistema. Hegel admite que no caso concreto a pena seja só compensação e faça justiça, pois aparece como vingança proporcional. Porém, a função última da pena é afirmar e reafirmar a estrutura do ordenamento do direito como um sistema. E é, portanto, afirmar a realização da liberdade. Apesar de ser vingança, a pena é diferente da vingança privada, pois “O exercício da vingança pelos heróis e pelos cavaleiros andantes é diferente [...], pois faz parte da formação dos Estados.”⁵³.

Embora a teoria hegeliana seja muito bem estruturada ela não é isenta de críticas. Shecaira, por exemplo, afirma que “se o objetivo da pena é o restabelecimento da ordem jurídica atingida, a pena não pode deixar de ter um sentido construtivo, o que obviamente não

objetos, mas apenas em um. Hegel explica seu método, de forma bem detalhada, na Fenomenologia do Espírito.

50 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit. p.87-88, aforisma 99, sem grifos no original.

51 SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit. p. 356. A mesma interpretação é apresentada por BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral, vol. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 139.

52 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit. p. 92, sem destaques no original.

53 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. OP. cit. p.93, grifos nossos.

se busca com a teoria absoluta da retribuição”⁵⁴. Essa crítica, parece-nos não corresponder a proposta de Hegel, pois ele não a resume em uma reestruturação argumentativa, mas essencialmente sistêmica pela forma como ele entende ser o Estado e o Direito construídos.

Além disso, poder-se-ia afirmar que a teoria de Hegel sobre a punição se baseia, estruturalmente em aspectos formais (descumprimento normativos). Contudo, tal argumentação não respeitaria a finalidade estrutural da proposta do autor. Vejamos, se para ele a construção do Estado e do Direito correspondem às expressões de liberdade com determinado recorte evolutivo histórico, há um conteúdo material de pano de fundo à delimitação das instituições normativas. O preceito avaliativo do conteúdo material do injusto por intermédio da ofensa a bens jurídicos também depende, na interpretação atual do

Direito Penal, de uma vinculação das instituições normativas à definição da ofensa. Isso se expressa não apenas pela impossibilidade do legislador “criar” ou “inventar” bens jurídicos⁵⁵, mas, principalmente, pela unificação dos aspectos material e formal da antijuridicidade. Logo, a própria definição do Unrecht hegeliano que exige conteúdos valorativo e qualitativo para definição da ocorrência do não-direito, se aproxima conceito de injusto penal da adotado na atualidade.

Com isso é verificável que muitas são as críticas que a filosofia hegeliana sofre, mas com relação à finalidade da pena, tais críticas são, muitas das vezes, incompletas. Deve-se atentar que, ao menos, Hegel foi sincero. A punição no caso concreto representa uma vingança que pode acontecer por ser institucionalizada e tarefa do Estado (em Hegel, a punição também é um dever/direito). Sua finalidade última é meramente sistêmica, porém respeita a limitação do indivíduo pela sua humanidade, racionalidade e, sob o auspício da atribuição do Direito e do Estado, a proporcionalidade da ofensa praticada⁵⁶. É difícil tentar compreender isto com uma lógica formal. Hegel é um filósofo do fluir, tudo representa um mero momento do devir.

HEGEL HOJE?

Longe de ser uma leitura desnecessária, Hegel continua sendo atual e importante. O

54 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 21.

55 Conforme D'ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 17, n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2009, p. 21.

56 Como bem anota Busato: “Hegel dizia que as penas não deviam ter nenhuma finalidade porque se degrada a personalidade de quem a recebe. (...) Hegel outorga à pena um limite como expressão d justiça. Daí que a pena não pode desvincular-se quanto ao seu conteúdo nem acima nem abaixo da magnitude da culpabilidade que lhe corresponde” (BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 752).

seu projeto de Estado ainda ocupa muitas páginas de livros e reflete sobre a empreitada de vários filósofos. A iniciativa do professor de Jena é diferenciada. Ao invés de tentar justificar o Direito através de uma boa vontade que se aferiu da lei universal, tentou justificá-lo como sistema racional e representação da liberdade na história.

Utilizar Hegel para fazer uma leitura do Estado hoje é possível. Porém, os resultados dessa análise seriam negativos, para não se dizer pessimistas. Longe de ser o auge da racionalidade e da liberdade, o Estado é antes uma demonstração do fracasso das suas instituições⁵⁷. O absurdo sistema penitenciário instituído no Brasil é a comprovação material dessa constatação. Afinal, o sistema carcerário brasileiro é o retrato do suplício humano e do total abandono estatal aos seus cidadãos. Principalmente, diante da tradicional “clientela” carcerária. Logo, as demais atribuições apresentadas a pena como ressocialização ou prevenção especial, não conseguem ser efetivadas nesse modelo falido⁵⁸.

Além disso, a confusão doutrinária da proposta hegeliana poderia, aos olhos da atual falência estatal, resultar em uma punição por si só, desvencilhando a proposta teórica da aplicabilidade prática e banalizando o pensamento de Hegel. Atualmente, o sistema do direito não assume verdadeiramente a forma da liberdade racional e sucumbe dentro das suas próprias contradições.

A soma desses fatores resulta em uma estrutura esquizofrênica, ou, como Décio Franco David sugere: uma escolha por falsetes desafinados ao invés de uma música bem harmonizada⁵⁹. Na realidade, a sistemática não é tão realizável. Hegel diria que há uma estrutura sem sistema ou, ainda, um sistema que não é respeitado.

Seguindo esse raciocínio, o sistema do Direito está prejudicado na sua essência. As

57 Aqui vale a observação nietzscheniana de que o “novo ídolo” (Estado) é o mais frio de todos os monstros frios (Cf. NIETZSCHE, Friedrich. Assim falou Zaratrusta. São Paulo: MARTIN Claret, 2014, p. 68).

58 “Todas estas tentativas de perspectivar a prisão como um meio de reeducação para proporcionar a reinserção social do condenado constituem a busca de conciliação entre o dever de tutelar e resguardar o respeito à dignidade da pessoa humana e a imposição de medida draconiana de privação da liberdade. Força é reconhecer, contudo, que essas tentativas são em larga medida frustrantes, pois a prisão revelou-se, com todos os esforços e toda a boa vontade dos penitenciaristas e penalistas, absolutamente imprópria para preparar o apenado para o mundo livre. É que o cárcere não reproduz em tamanha pequena a vida em sociedade, mas configura um mundo próprio, levando, inexoravelmente, ao esgarçamento da personalidade. Ao ser submetido o encarcerado ao processo de prisionização, a um código de conduta ditado não pela Administração Penitenciária e sim pelo poder real da cadeia, exercido pelos líderes deste universo isolado, composto por pessoas estigmatizadas em face dos “homens bons” que vivem em liberdade, dificilmente sua personalidade se manterá íntegra, dificilmente sua individualidade, condição de saúde mental, será resguardada. O mundo real da cadeia deixará, inevitavelmente, suas danosas marcas” (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 330-331).

59 DAVID, Décio Franco. O respeito à pessoa humana depende da integração das agências do sistema punitivo. Justificando. 2016. Disponível em: www.justificando.com/2016/03/28/o-respeito-a-pessoa-humana-depende-da-integracao-das-agencias-do-sistema-punitivo/. Acesso: 15/06/2016.

instituições não estão refletindo a liberdade racional, mas sim realizando um processo de seleção da vontade de certos setores da sociedade e os universalizando. Curioso é que Hegel já tinha receio que instituições do Estado poderiam se tornar propriedade de alguns indivíduos, inclusive aludindo a hipótese dos epígonos (burocratas, funcionários do poder do Estado) aparecerem como uma classe dentro do mesmo. A solução para isso, em teoria, seria o poder que as corporações e as funções do próprio Estado exerceriam na formação de sua estrutura.

O grande problema é que há um momento em que as próprias funções do Estado ficam comprometidas pela influência e pressão que esses setores exercem. Chegando-se a um ponto, inclusive não previsto por Hegel, em que Estado como um todo – suas funções, sua estrutura, suas instituições – torna-se propriedade, ou seja, não reflete a vontade universal e racional, e sim parcial e contingente de certos setores da sociedade⁶⁰.

Porém, nem tudo são lágrimas. Notadamente ao se verificar que a proposta hegeliana encontra pontos de proximidade com respeitados autores contemporâneos. Winfried Hassemer, ao traçar críticas ao discurso preventivo, reconhece que a pena é um mal em si e uma resposta ao delito praticado. Ao ver do eterno mestre de Frankfurt, a pena não deve ser

uma ideia do sentido da pena que compreende e trata o homem não como fonte de conflitos, não como objeto de uma condicionante violenta, não como criminoso potencial, mas sim como cidadão: como alguém, que tenha afinal participado do processo democrático de elaboração das leis penais e que, por isso, deve ser responsabilizado; essas são <<suas>> leis. De acordo com esse enfoque, permanece a pena naturalmente o mal que ela é; ela não passa a ser uma forma de cura ou mesmo um presente. Ela se faz mais compreensível e também justificável como a mensagem de que nós todos não aceitamos a ruptura de uma norma pelo delito, que nós reafirmamos a norma violada, na medida em que respondemos à violação do direito de forma pública – e negativa. Visto dessa forma, a pena estatal poderia hoje recuperar um antigo sentido: ser a negação da negação do direito, mas não apenas no papel ou no âmbito acadêmico, mas sim no discurso público sobre as normas, que nos são indeclináveis, e sobre as reais possibilidades de que elas sejam mantidas⁶¹.

A observação de Hassemer é demasiadamente pontual. Uma visão realista do discurso punitivo compreende que a própria preservação do sistema jurídico exige, em si, um aspecto retributivo e que projeções argumentativas retóricas não são suficientes para afastar tal característica.

Em solo nacional, Dotti afirma que a pena “deve retribuir juridicamente a

60 MARX, Karl. Op. cit., p.66-78. [Recomenda-se a leitura dessas páginas da Crítica da filosofia do direito de Hegel. Marx analisa, detalhadamente, o modo de operação do Estado desenvolvido por Hegel. A grande preocupação é o caráter pessoal que as atividades e funções do Estado podem adquirir ao serem executadas.]

61 HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 344.

culpabilidade do agente”⁶², pois “em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar a relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal devido ao infrator”⁶³. Não obstante a previsão expressa do artigo 59 do Código Penal pátrio, a “retribuição, de imemoriais fontes, é uma exigência jurídica que para cumprir os objetivos propostos pelo Direito Penal deve tender a compensar adequadamente a ofensa. Se assim não fosse, haveria injustiça para mais ou para menos da medida da culpa e do crime”⁶⁴. Eis, aqui, o acerto da teoria hegeliana, estruturar a pena sob o alicerce da proporcionalidade. É a proporcionalidade o elemento que tornará um equilíbrio possível.

Pela proporcionalidade é que a retribuição encontra o fundamento adequado e que, pelo exposto, se pauta na proposta de Hegel. Evidentemente, afirmar que uma punição deve ser proporcional, não implica em anuir com uma ampliação do sistema punitivo ou com o gravame de seus métodos. Pelo contrário, é a partir da proporcionalidade que se busca uma justacompreensão do sistema e das regras a ele inerentes, dentre as quais, o preceito secundário dos tipos penais é elemento incito.

CONCLUSÕES

Conforme apresentado no presente trabalho, há que se reconhecer que a pena possui em si uma característica ínsita à própria ideia de punir correspondente à retribuição. Reconhecer tal aspecto não é tarefa fácil a um modelo democrático de Direito Penal, havendo várias correntes doutrinárias contrárias, porém, como bem ressalva Hassemer, o “sentido da pena estatal jamais será <<esclarecido>> de forma simplista e, como problema, jamais será <<resolvido>>”⁶⁵. Não se trata de uma discussão fadada ao fracasso, mas de realmente buscar fundamentos que justifiquem e tornam, além de mais humana, mais compreensível o fenômeno de punir e sua própria existência. Por isso, esse assunto “ocupará a ciência do direito penal e também a reflexão dos práticos sobre o sentido e a correção de sua atuação à medida que a pena estatal exista”⁶⁶.

As conhecidas críticas doutrinárias à teoria retributivista de Hegel possuem méritos, entretanto não nos parece que a recusa da proposta hegeliana possa ser dada de forma simplista. Principalmente, pelo fato de que o espetáculo da punição está imbricado no senso

62 DOTTI, René Ariel. Bases alternativas para um sistema de penas. Curitiba: Edição Saraiva, 1980, p. 155.

63 DOTTI, René Ariel. Bases alternativas para um sistema de penas. Loc. cit.

64 DOTTI, René Ariel. Bases alternativas para um sistema de penas. Op. cit., p. 157.

65 HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 336.

66 HASSEMER, Winfried.. Loc. cit.

comum dos clamores sociais (os quais têm recebido uma enorme atenção do Poder Judiciário nos últimos anos). Por outro lado, há que destacar que o presente estudo não busca justificar a tese hegeliana, mas apenas explicitar que o modo de pensar do velho filósofo talvez não esteja tão distante da realidade jurídica cotidiana. Igualmente, verifica-se que agregado ao fator retributivo, coexiste a proporcionalidade da resposta estatal, a qual se converte no verdadeiro filtro de limites da atividade punitiva, projetando um novo espaço para debate sobre a finalidade da pena.

Por isso, longe de se fechar o debate, é preciso relembrar uma advertência de outro grande filósofo: o pensamento (e, no caso do objeto de estudo do presente artigo, a aplicabilidade diária do Direito Penal por meio das penas) exige que “os construtores devem, às vezes, voltar para os trechos já edificados ou até mesmo para antes deles”⁶⁷. Somente assim será possível uma compreensão adequada do fenômeno sancionatório penal e, ao mesmo tempo, uma melhor compreensão da proposta hegeliana.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo. C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral, vol. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOZZA, Fábio da Silva. Teorias da Pena: Do discurso jurídico à crítica criminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523.

_____. Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 17, n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2009, p. 7-34.

DAVID, Décio Franco. O princípio da ofensividade nos julgados do Supremo Tribunal Federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio

67 HEIDEGGER, Martin. A caminho da linguagem. 5. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011, p. 89.

formador do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 23, n. 115. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago. 2015, p.17-57.

_____. O respeito à pessoa humana depende da integração das agências do sistema punitivo. *Justificando*. 2016. Disponível em: www.justificando.com/2016/03/28/o-respeito-a-pessoa-humana-depender-da-integracao-das-agencias-do-sistema-punitivo/. Acesso: 15/06/2016.

_____. Tutela penal ambiental e delitos de acumulação. 2016. 246f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para um sistema de penas*. Curitiba: Edição Saraiva, 1980.

_____. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General – Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F Ltda, 2007.

HASSEMER, Winfried. Punir no estado de direito. In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 335-344.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*; tradução, Paulo Meneses; com colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. -9ª ed. – Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

_____. *Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito*; tradução, Orlando Vitorino – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 5. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel/Michael Inwood*; tradução, Álvaro Cabral – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*; tradução, Estela dos Santos Abreu. - Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*; tradução, Rubens Enderle e Leandro de Deus -3ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2013.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: Dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez de La Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratrusta*. São Paulo: MARTIN Claret, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 2007.

_____. Problemas fundamentais de Direito Penal. 3. ed. Lisboa: Editora Veja, 1998.

SABADELL, Ana Lúcia. Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SAFATLE, Vladimir. Grande Hotel Abismo: Por uma reconstrução da teoria do reconhecimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da Pena: Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Prestação de serviços à comunidade: Alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993.

TRANSTORNO DE PERSONALIDADE E SUA PREDISPOSIÇÃO PARA O COMETIMENTO DE DELITO: ASPECTOS GERAIS ACERCA DO PSICOPATA E SEU TRATAMENTO PENAL

Luiz Fernando KAZMIERCZAK¹
Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO²

RESUMO

O presente trabalho foi realizado com vista a analisar aspectos acerca do transtorno de personalidade encontrado em psicopatas. Procura-se demonstrar inicialmente quais os fatores levam um determinado indivíduo a cometer um delito, observando-se que fatores endógenos, como a personalidade, bem como exógenos, causam influência. Ressaltou-se definições acerca da personalidade, tendo em vista ser a mesma determinante para ações que os seres humanos tomam. Outrossim, o psicopata, por possuir transtornos em relação à sua personalidade, acaba, dessa forma, agindo de maneira diferente em relação aos indivíduos considerados normais. Ademais, analisou-se acerca dos Serial Killers, matadores em série, por meio de casos reais e características relatados por autores da área. Por último, buscou-se entender qual a punição correta para os psicopatas, tendo em vista que, dependendo do grau de transtorno, podem cometer crimes. Para atingir o objetivo do estudo, foi utilizado o método dialético e hipotético – dedutivo, além de meios de pesquisa documental, eletrônico e bibliográficos.

PALAVRAS-CHAVE: Psicopata. Serial Killer. Direito Penal. Delito. Transtorno de Personalidade.

ABSTRACT

This study was conducted to analyze aspects about personality disorder found in psychopaths. Seek to demonstrate first what factors lead an individual to commit a crime, noting that endogenous factors such as personality, as well as exogenous cause influence. He stressed the definitions about the personality in order to be the same determinant for actions that humans take. Again, the psychopath, by having disorders in relation to his personality, has thus acting differently for individuals considered normal. Moreover, it was analyzed about the serial killers, serial killers through characteristics of cases and reported by the authors area. Finally, we sought to understand what the correct punishment for psychopaths, given that, depending on the degree of disorder, can commit crimes. To achieve the objective of the study, we used the dialectical method and hypothetical - deductive, and documentary research means, electronic and bibliographic.

1 Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Atualmente é professor nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO), onde exerce a função de Coordenador Adjunto do Curso de Direito. Também é Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), onde exerce o cargo de Diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho.

2 Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), encontrando-se atualmente no terceiro ano. É participante do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), sendo bolsista pela Fundação Araucária, bem como faz estágio no Ministério Público do Estado do Paraná.

KEY-WORDS: Psycho. Serial killer. Criminal Law. Offense. Personality Disorder.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista as barbáries outrora realizadas pela humanidade, pergunta-se como é possível que determinados criminosos possam ter tamanha frieza a ponto de torturarem e cometerem diversos crimes sádicos.

O estudo ora exposto tem como enfoque a análise da personalidade psicopática, observando-se, dessa forma, as características e demais informações relacionadas aos indivíduos assim considerados.

Primeiramente, é necessário explicitar que há fatores exógenos e endógenos que influenciam no cometimento do delito, tais como fatores do ambiente e a personalidade, respectivamente. Ressalta-se que diversos aspectos das características do ser humano se em sua personalidade, sendo esta determinante para realizar ações.

Outrossim, quando se verifica que na personalidade há um transtorno, o que não significa uma doença mental, observa-se determinadas características peculiares, como frieza, falta de empatia, ausência de culpa, dentre outros, situações estas vislumbradas no psicopata.

Dessa forma, tendo em vista os psicopatas serem portadores desse transtorno de personalidade, explica-se o porquê alguns crimes são cometidos com tamanha crueldade por esses indivíduos. Ressalte-se, todavia, que nem todo indivíduo portador da psicopatia irá, necessariamente, cometer algum tipo de delito. Foi explanado também como identificar e se proteger de indivíduos com essas características.

Importante também ressaltar a existência dos matadores em série, chamados Serial Killers, os quais cometem crimes com certo espaço temporal entre um e outro. Apesar de não serem, necessariamente, psicopatas, somente os que o são receberam atenção no presente trabalho. Suas características e ações foram descritas, em sua maioria, observando-se as obras de Ilana Casoy, tendo em vista o exímio conteúdo das mesmas.

Por último, defendeu-se no presente trabalho qual o tratamento do Direito Penal mais adequado para ser aplicado nos referidos indivíduos, sendo que a posição adotada foi pela aplicação de pena, tendo em vista não possuírem os psicopatas qualquer doença mental que os tornem inimputáveis, bem como não se justificaria a aplicação de medida de segurança.

O referencial teórico é embasado nas doutrinas de Ilana Casoy, Zaffaroni e Newton Fernandes, em grande maioria. Além disso, o método utilizado foi o hipotético-dedutivo e

dialético, buscando-se, dessa forma, analisar os psicopatas, bem como chegar à conclusão de qual medida penal é a mais adequada para ser aplicada nos referidos indivíduos.

ASPECTOS GERAIS CRIMINOLOGIA E DA PERSONALIDADE DO AGENTE CRIMINOSO

As consequências de um fato delituoso, tais como o sofrimento trazido à vítima, a tristeza advinda à família e à sociedade, a persecução penal sofrida pelo autor, suas penalidades, além dos demais transtornos causados, levam aos indivíduos a indagarem o porquê o crime acontece. A esse respeito, Savaglia afirma:

"Quando nos deparamos com mortes aparentemente sem sentido, que de alguma maneira escancaram nossa vulnerabilidade no mundo, é natural que busquemos explicações científicas, filosóficas ou psíquicas, na ânsia de, ao menos, ordenar e padronizar os motivos de tais atos" (2010, p. 22)

Quando nos deparamos com mortes aparentemente sem sentido, que de alguma maneira escancaram nossa vulnerabilidade no mundo, é natural que busquemos explicações científicas, filosóficas ou psíquicas, na ânsia de, ao menos, ordenar e padronizar os motivos de tais atos (2010, p. 22)

Existem diversas teorias que procuram responder a esta pergunta, nas quais se verifica o estudo dos fatores que influenciam para o cometimento de um crime.

O filósofo Aristóteles apresenta a expressão “tábula rasa”, a qual tem o sentido de folha de papel em branco. Isso significa que o ser humano quando nasce não trás em sua consciência qualquer conhecimento inato. Tal teoria se opõe ao pensamento de Lombroso, o qual dispõe que o maior motivo para a prática de crime tem origem nos genes, sendo uma tendência inata ao indivíduo.

É importante ressaltar a evolução do Direito Penal por meio de suas Escolas Clássica e Positiva.

Quando a primeira, Nucci explica que a responsabilidade penal

Fundava-se na responsabilidade moral, justamente porque deu-se ênfase ao livre-arbítrio. O crime passou a ser tratado como ente jurídico e não como simples fato do homem. O escopo da pena era retribuir o mal do crime com o mal da sanção, embora pudesse haver – e até fosse desejável que ocorresse – a emenda do infrator." (2009, p. 73)

Por outro lado, quando Lombroso publica o livro “O homem delinquente”, em 1876, apresenta-se nesse momento a Escola Positiva, de acordo com o que aduz Nucci:

“Lombroso sustentou que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma,

o homem nasceria delinquente, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social, trazendo como consequência o crime, algo naturalmente esperado. Não haveria livre-arbítrio, mas simples atavismo. A escola positiva deslocou o estudo do Direito Penal para o campo da investigação científica, proporcionando o surgimento da antropologia criminal, da psicologia criminal e da sociologia criminal. Ferri e Garofalo foram discípulos de Lombroso e grandes expoentes da escola positiva, sobretudo o primeiro." (2009, p. 74)

Lombroso, Ferri, Garófalo, dentre outros teóricos analisam a conduta delituosa como sendo um produto de um biologismo criminal. Como membros da Escola Positiva, se baseavam no método científico, experimental. Estudavam o delinquente, analisando sua realidade social, bem como as causas que o levam a praticar um crime, pois dessa forma é possível combatê-lo em sua origem, além de traçar maneiras de prevenir que o delito ocorra. (VELLASQUES, 2008, p. 23)

Desta feita, é em decorrência da evolução das ciências, em especial, da Criminologia e da Psicologia Jurídica, que se chegou à forma na qual o tema é tratado atualmente.

Ademais, observa-se que há diversos fatores que influenciam na maneira que a população enxerga o criminoso. A mídia, além dos filmes hollywoodianos, fantasiam a esse respeito, por meio de notícias e obras cinematográficas.

Dentre as hipóteses e explicações dos teóricos e estudiosos do tema, a concepção de Savaglia a respeito do que leva determinado indivíduo a ser um criminoso é a mais aceita. O mesmo afirma que tal situação se dá em decorrência da influência de diversos fatores, que atuam simultaneamente. (2010, p. 29)

Não há, até o presente momento, qualquer comprovação de que um criminoso tenha uma característica física ou inata que o leve a cometer determinado delito. Há, todavia, situações como traumas, transtornos de personalidade e doenças mentais que podem influenciar.

Diante das indagações a respeito da possibilidade de uma herança genética que possa levar ao crime, tem-se admitido que se possa transmitir

“a herança de uma predisposição, de uma inclinação que em condições ou circunstâncias favoráveis poderão levar ou não ao crime, pois a tendência à prática de crime não se transmite como se fosse determinada enfermidade, mas sim como um conjunto de características, mais ou menos revestidas de alguma morbidez, das quais o crime poderá ser a expressão social da conduta, quando para isso concorrerem circunstâncias favoráveis a que ele ocorresse." (FERNANDES, 2010, p. 172)

Todavia, como foi explicitado, ainda não há comprovação a esse respeito. Por outro lado, há circunstâncias que de fato podem influenciar para o cometimento do delito.

Dentre elas, FERNANDES (2002, p. 336) cita como exemplo alguns fatores exógenos, como as condições econômicas, incluindo-se nesse rol o desemprego e o subemprego, com seu baixo salário; a densidade demográfica; a fome; a desnutrição e a guerra.

Existem outros fatores internos, endógenos, que influenciam na criminalidade, sendo que a personalidade assume grande importância nesse aspecto.

A personalidade é o fato gerador que determinará a forma pela qual o indivíduo agirá em certas ocasiões. Possui, dessa forma, a habilidade de determinar qual a tendência de um indivíduo. Além disso, o ambiente a influencia grandemente.

Trata-se então de “uma organização constituída por todos os caracteres cognitivos, afetivos, volitivos e físicos da pessoa” (FERNANDES, 2010, p. 288). De maneira geral, é o jeito de ser de determinado indivíduo, e trata-se de algo que se adquire com o desenvolvimento do mesmo. É possível afirmar que a personalidade contém traços característicos, tais como a unidade e identidade, pois é um todo coeso e organizado; a vitalidade, que significa se tratar de um conjunto animado, além de consciência e as relações com o meio ambiente (FILHO, 2010, p. 122).

No tocante à relação entre a personalidade e a ação criminosa, Fernandes, explicando sobre o iter crimes, ou seja, o caminho que o crime percorre, propõe que há fases intrapsíquicas do delito, quais sejam: a intenção (ou intelecção, “gnosia”); vontade (que é o próprio desejo); tendência (que é a inclinação ou propensão); deliberação ou dúvida (nessa fase pode surgir o “mecanismo de resistência”, momento em que resistências mentais e emocionais podem impedir a realização do crime); decisão; execução ou realização. (2010, p. 296)

Assim sendo, entendemos o crime só acontece se a personalidade consentir, uma vez que há fases no iter crimes em que há a predominância de fatores endógenos, relacionados à personalidade. Prova disso é que “na ocorrência do crime, seja qual for a sua natureza, sempre e invariavelmente haverá um fator endógeno ou interno, representado pela personalidade, que tem como seu núcleo central o temperamento” (FERNANDES, 2010 p. 296).

Portanto, ao avaliar o porquê de um delito, é necessário analisar dos fatores exógenos, ou seja, as circunstâncias do meio que influenciaram o autor, analisando também os fatos que antecederam o ato.

A ação delituosa, para Filho,

“é resultante da interação entre determinados contextos e situações do meio, juntamente com um conjunto de processos cognitivos pessoais, afetivos e vivenciais, os quais acabariam por levar a pessoa a interpretar a situação de forma particular e agir (criminosamente) de acordo com o sentido que lhe atribui.” (p. 125, 2010).

Ademais, a definição acerca da personalidade foi necessária tendo em vista que o presente trabalho tratará dos transtornos de personalidade, em especial, o transtorno de personalidade antissocial (TPAS), dentro do qual se encontra a figura do psicopata.

A Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamentos, da CID-10 (Código Internacional de Doenças), classifica os transtornos de personalidade em oito categorias específicas, denominando o grupo como “Transtornos Específicos de Personalidade”.

Pode-se afirmar quanto a definição de transtorno de personalidade que

Trata-se de distúrbios graves da constituição caracterológica e das tendências comportamentais do indivíduo, não diretamente imputáveis a uma doença, lesão ou outra afecção cerebral ou a um outro transtorno psiquiátrico. Estes distúrbios compreendem habitualmente vários elementos da personalidade, acompanham-se em geral de angústia pessoal e desorganização social; aparecem habitualmente durante a infância ou a adolescência e persistem de modo duradouro na idade adulta." (online)

Nota-se que, em indivíduos considerados normais, a “personalidade não é algo estático, encontrando-se em constante mutação. Estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela” (NUCCI, 2005, p. 125). De acordo com FILHO, “os transtornos de personalidade não são tecnicamente doenças, mas anomalias do desenvolvimento psíquico, sendo consideradas, em psiquiatria criminal, perturbações de saúde mental.” (2010, 145) Assim, pode-se afirmar que o indivíduo que porta essa característica está deslocado daquilo que se chama de normalidade emocional, pois tais transtornos são perturbações da saúde mental.

Todavia, para aqueles que têm o transtorno, há determinado aspecto ou característica da personalidade do portador que tem relevo em relação às demais, o que acarreta no fato do indivíduo não sofrer qualquer influência das situações que ocorrem no dia a dia. Assim, o indivíduo portador do transtorno é estático, não apresentando diferentes respostas em face de uma mesma circunstância.

PSICOPATAS

No presente trabalho teremos como enfoque os transtornos que geram um comportamento egoísta, pautado no imediatismo de satisfação, tendo como característica requintes de crueldade. Pessoas com esse tipo de comportamento normalmente não se sensibilizam aos sentimentos alheios. Os indivíduos portadores dessas características devem

ser analisados uma vez que, quando essa insensibilidade alcança um nível extremado, com ausência total de remorso, ficam propensos a cometerem um delito sem, ao menos, sentirem-se culpados.

O indivíduo assim caracterizado é diagnosticado como psicopata, tendo, dessa forma, um transtorno de personalidade antissocial, sociopatia, transtorno de caráter, transtorno sociopático ou transtorno dissocial.

É possível extrair dos estudos de Ballone a seguinte definição:

"Psicopatas são pessoas cujo tipo de conduta chama fortemente a atenção e que não se podem qualificar de loucos nem de débeis; elas estão num campo intermediário. São indivíduos que se separam do grosso da população em termos de comportamento, conduta moral e ética." (BALLONE, G.J., 2008)

Ainda, Casoy afirma que para os psicopatas,

"As regras sociais não são uma força limitante, e a ideia de um bem comum é meramente uma abstração confusa e inconveniente. São considerados 'predadores intra-espécies' utilizando-se do charme, manipulação, intimidação e violência para controlar os outros e para satisfazer suas próprias necessidades. (CASOY, p. 28, 2004)."

Grande dúvida paira ao redor da correta denominação do psicopata. Existem os termos sociopatas, anti-social, dissocial, dentre outros. Todavia, o DSM (Manual de Diagnósticos e Estatísticas de Perturbações Mentais), em sua 4^o edição, ou seja, no que se chama DSM-IV, coloca todas essas expressões como sinônimas, resolvendo a questão.

Já o CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças) enquadra a sociopatia dentro dos transtornos de personalidade dissocial, cujo conceito é "transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros, há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas." (online)

Uma pessoa sem nenhum tipo de transtorno, cercada de bons princípios e equilíbrio mental e social pode cometer um crime, mas tal situação se dá normalmente por reação a alguma situação, caracterizando-se um crime eventual. Já os psicopatas cometem crimes por uma tendência do seu caráter e sua personalidade. Sua motivação é o prazer.

Pode-se afirmar que há um grande número de psicopatas no mundo: cerca de 69 milhões de pessoas, o que significa 1% da população mundial. Além disso, correspondem a 20% da população carcerária e 86,5% dos Serial Killers. (Maurício Horta, 2011, online)

"The Mask of Sanity" (A Máscara da Sanidade), de acordo com Silva, é o primeiro estudo sobre psicopatas a ser publicado, cujo ano foi 1941. Seu autor é o psiquiatra americano

Hervey Cleckley. (SILVA, 2008, p. 32)

Com base nos estudos de Cleckley, o estudioso e psiquiatra canadense Robert Hare reuniu diversas características que qualificam os psicopatas, dando origem à chamada Escala Hare. Trata-se de um questionário, servindo para identificar pessoas que possuem o transtorno.

A referida escala também é chamada de Psychopathy Checklist, ou PCL, sendo que “examina de forma detalhada diversos aspectos da personalidade psicopática, desde os ligados aos sentimentos e relacionamentos interpessoais até o estilo de vida dos psicopatas e seus comportamentos evidentemente anti-sociais” (SILVA, 2008, p. 33)

Para identificar quem pode ser considerado um psicopata, é necessária a análise de suas características. Há algumas específicas, possibilitando a diferenciação dos que sofrem os transtorno dos indivíduos considerados normais.

FILHO ressalta algumas dessas particularidades, quais sejam, loquacidade, ou seja, um charme superficial; superestima; vida parasitária, tendendo ao tédio; mentira contumaz, sendo tais indivíduos manipuladores; ausência de culpa ou remorso; insensibilidade afetiva, não possuindo empatia pelas pessoas; impulsividade, descontrole comportamental; ausência de objetivos reais a longo prazo; irresponsabilidade e incapacidade de aceitar seus próprios erros; promiscuidade sexual; transtorno de condutas na infância, dentre outras. (2010, p. 146)

Silva ainda acrescenta novas características, dignas de nota, pois aponta que são seres superficiais, os quais buscam demonstrar que tem conhecimento nos mais diversos assuntos, todavia, não sabem profundamente sobre nenhum tema ou conteúdo. (2008, p. 33)

Além disso, Silva explana serem indivíduos egocêntricos (2008, p. 34), pobre de emoções (2008, p. 39), irresponsáveis (2008, p. 43).

Ballone, referindo-se às características dos psicopatas, explicita que

"Atualmente o estudo da **Personalidade Psicopática** permite fazer a distinção entre duas estruturas. A primeira delas (Fator 1), agrupa os sintomas de eloquência, falta de sentimentos de arrependimento ou culpa, afetos superficiais, falta de empatia, e extrema dificuldade em aceitar responsabilidades. Esta variante não caracteriza necessariamente a pessoa anti-social, antes disso, parece caracterizar uma grande puerilidade ou defeito na maturidade plena da personalidade. A segunda estrutura (Fator 2) consiste nos verdadeiros traços anti-sociais, ou seja, na agressividade e na falta de controle dos impulsos. O Fator 1 não está necessariamente associado ao Fator 2, mas este sim, para que seja dado diagnóstico de Psicopatia, deve obrigatoriamente ter como pré-requisito o Fator 1." (BALLONE, 2008)

Além disso, em decorrência dos estudos acerca do tema, é importante demonstrar a classificação dos psicopatas realizada por Schneider. Ballone, explicitando tais ensinamentos,

aponta que o referido psiquiatra alemão

"englobou no conceito de *Personalidade Psicopática* todos os desvios da normalidade não suficientes para serem considerados doenças mentais francas, incluindo nesses tipos, também aquele que hoje entendemos como sociopata. Dizia que a *Personalidade Psicopática* (que não tinha o mesmo conceito do sociopata de hoje) como aquelas personalidades anormais que sofrem por sua anormalidade e/ou fazem sofrer a sociedade. Ele distinguia os seguintes tipos de Personalidade Psicopática:

- 1) Hipertímicos,
- 2) Depressivos,
- 3) Inseguros,
- 4) Fanáticos,
- 5) Carentes de Atenção,
- 6) Emocionalmente Lábeis,
- 7) Explosivos,
- 8) Desalmados,
- 9) Abúlicos, e
- 10) Astênicos.

(BALLONE, 2008)

Como foi mencionado, os psicopatas são seres frios, manipuladores, incapazes de sentir empatia e consideração pelas demais pessoas. Resta, pois, que a ausência de sentimentos e frieza permite que se faça a coisificação da vítima por parte desses indivíduos.

Imagine-se então, como seria um indivíduo com tais características no ambiente de trabalho. Trata-se de uma situação que vulnera as pessoas normais, pois ficam sujeitas às trapagens que podem ocorrer.

Silva, citando Robert Hare, aponta que “o número de psicopatas burocratas ou de ‘colarinho branco’ é significativo em cargos de lideranças e chefias”. (2008, p. 48)

Outrossim, a autora delinea o caminho a ser percorrido por aquele psicopata que é contratado em uma empresa. Aponta que, primeiramente, na entrevista, o indivíduo sempre busca impressionar o seu contratante, utilizando-se inclusive de dados falsos em seu currículo. Posteriormente, quando contratado, faz um estudo acerca do território, analisando os indivíduos que trabalham na empresa. Busca, nesse momento, criar laços com aqueles que são influentes.

Espalha boatos e falsas informações, semeia desconfiança, bem ocasiona desentendimentos entre funcionários. Depois de tais atos, normalmente consegue ser promovido e evoluir de cargo, gerando até mesmo na demissão de seu superior, apossando-se de seu lugar. (2008, p. 48-49)

Porém, tendo em vista tamanha periculosidade que envolve os psicopatas, questiona-se: existe algum meio de se proteger de um indivíduo assim caracterizado? A resposta é

afirmativa. Um estudo na Universidade de Colúmbia Britânica, localizada no Canadá, notou que o poder de manipulação encontra limitação na internet.

No mencionado estudo, 200 estudantes foram chamados para medir a “tríade sombria”, composta pela psicopatia em si, caracterizada pela ausência de amor, culpa, empatia e demais sentimentos; pelo narcisismo e também pelo maquiavelismo. Isto porque normalmente essas características vêm sempre juntas em um psicopata bem sucedido.

Foi pedido aos estudantes que realizassem negócios entre si, comprando e vendendo. Dessa forma, os que se saíram melhor nas negociações foram aqueles que exerciam forte manipulação em relação aos demais. Todavia, comprovou-se que tais indivíduos só se saíram bem em transações feitas pessoalmente. Pela internet, em que as negociações são realizadas por meio de texto, os indivíduos psicopatas se saíram piores vendedores que as pessoas comuns.

Tal situação é decorrente do fato de que, pela internet não é possível analisar a postura corporal e tom de voz do comprador, o que acarreta no não reconhecimento das fraquezas. Além disso, não há como demonstrar o carisma e exercer a manipulação, situações essas características dos psicopatas. Outra questão prejudicial é que os textos, com conteúdo claramente manipulador, foram visto de maneira hostil pelas pessoas, o que as afastou. (online – Cavalcante, 2002)

É comum que se indague acerca da diferença entre o psicopata e o psicótico. No entanto, é importante ressaltar que são patologias diferentes. De acordo com JANIRO (online), “a psicose é um estado mental patológico (ou seja, está presente em algumas das psicopatologias) e pode levar o indivíduo a ter comportamentos agressivos e antissociais.”

Há, dessa forma, uma distorção realidade do indivíduo, podendo ocasionar inclusive alucinações e delírios. Já o psicopata é aquele indivíduo aparentemente inofensivo, porém manipulador, frio diante das emoções e que, em decorrência dessa insensibilidade, pode cometer delitos.

Além disso, os psicopatas não portam qualquer doença mental, e sim um transtorno de personalidade. Já os psicóticos são considerados doentes mentais.

Observou-se então que os psicopatas existem em grande número, espalhados pela população mundial, com características próprias, decorrente de seu transtorno de personalidade, tais como frieza, falta de empatia, dificuldade em seguir regras, dentre outras.

Ademais, tem-se que, devido à frieza, tais indivíduos são considerados perigosos.

Como foi visto, nem todos chegam a cometer algum delito, todavia, são seres que podem causar estragos por meio de manipulação e falcaturas, devendo-se tomar o devido cuidado.

SERIAL KILLER

Crimes contra a vida, em especial o homicídio, são um dos delitos que mais despertam a indignação da população, a qual se questiona o motivo desses atos. Todavia, quando se verifica que determinado crime ocorreu de maneira bárbara, mediante tortura, estupro e outras práticas sádicas, tal questionamento se torna ainda maior.

Os estudos acerca do tema serão baseados, em sua maioria, na autora Ilana Casoy, tendo em vista a grande quantidade de conteúdo que a estudiosa trás em suas obras.

O termo Serial Killer foi utilizado pela primeira vez na década de 70 por Robert Ressler, ex diretor do programa de prisão de criminosos violentos do FBI. Diversos estudiosos acerca do tema reconhecem na figura de Jack, o Estripador, o primeiro Serial Killer da história. Todavia, o primeiro caso documentado foi em Roma, no primeiro século D.C., consistente na figura de Lacusta, a Envenenadora. (VELLASQUES, 2008, p. 15)

Ilana Casoy apresenta uma definição do que consiste um Serial Killer, responsável por crimes que levam a indignação da família da vítima e da sociedade em geral. “Serial Killer são assassinos que cometem uma série de homicídios com algum intervalo de tempo entre eles. Suas vítimas têm o mesmo perfil, a mesma faixa etária, são escolhidas ao acaso e mortas sem razão aparente.” (Casoy, 2004, p. 21)

A mesma autora relata que esses indivíduos têm idade de 20 a 30 anos quando começam suas ações assassinas, bem como tem a necessidade de controle e dominação. Dessa forma, as vítimas são objetos de sua fantasia, que fazem parte de algum estereótipo já delineado em sua mente. (2004, p. 21) Normalmente, as vítimas são frágeis, cujo desaparecimento não causará demasiada excitação.

Outrossim, Filho apresenta, em outras palavras, uma definição de Serial Killer: “Do ponto de vista criminológico, quando um assassino reincide em seus crimes no mínimo em três ocasiões e com certo intervalo de tempo entre cada um, é conhecido como assassino em série”. (2010, p. 148)

É possível dividir os Serial Killers em 4 tipos diferentes: o primeiro é o visionário, indivíduo insano, que ouve vozes em sua cabeça e as obedece. Há também os missionários, os quais sentem que têm a missão de livrar o mundo daquilo que juntam imoral ou errado. O

terceiro tipo são os emotivos, que matam pelo mero prazer, utilizando-se de técnicas sádicas e cruéis. Por último há os libertinos, que são os assassinos sexuais. (2004, Casoy, p. 15)

Já Nestor Filho os divide de maneira diferente, afirmando que:

“Entre os assassinos em série se distinguem dois tipos: os paranoicos e os psicopatas. O primeiro atua em consequência de seus delírios paranoides, quer dizer, ouve vozes ou tem alucinações que o induzem ao assassinato. Esse tipo não costuma ter juízo crítico dos seus atos. Já o tipo psicopata é muito mais perigoso. Devido à capacidade de fingir emoções (dissimulação) e de se apresentar extremamente sedutor, consegue sempre enganar suas vítimas.” (2010, p. 148)

Ainda, é possível classificar os Serial Killers em criminosos organizados e desorganizados. A primeira categoria apresenta certas peculiaridades, como um bom emprego, são normalmente casados, possuem capacidade de gerar confiança aos outros indivíduos mediante seu charme e carisma, bem como pensam no crime como um jogo. (2004, CASOY, p. 21)

Planejam o crime com seus mínimos detalhes, de maneira calculista, a fim de não deixar rastros ou vestígios. Além disso, já preparam com antecedência as armas e demais aparelhos necessários para a execução do delito.

Dessa maneira, muitas vezes retornam ao local do crime, de forma a acompanhar os trabalhos dos peritos e policiais, bem como o planeja com o cuidado necessário para não serem descobertos, deixando poucas evidências no local. (CASOY, 2004, p. 21)

Por outro lado, a segunda categoria, qual seria, os Serial Killers desorganizados, apresentam características diversas, tendo em vista que sua desorganização é geral: envolve sua casa, seu emprego, o carro, sua aparência, e etc. Dessa forma, não têm a capacidade de organizar um crime de maneira eficiente, agindo muitas vezes por impulso, deixando evidências no local, como armas e outros objetos que foram utilizados para a execução. (CASOY, p. 21, 2004)

Todavia, ambos tem características em comum. É marcante o fato de sempre assassinar suas vítimas. (CASOY, 2004, p. 23) Além disso, são seres solitários, pois, no caso dos organizados, sentem-se superiores ao restante das pessoas, de forma que ninguém se encontra ao seu nível, sua altura. Já no caso dos desorganizados, são insociáveis pelo fato de serem considerados estranhos pela sociedade, que se distancia dos mesmos.

Filho afirma que “alguns têm histórico de infância traumática, devida a maus-tratos físicos ou psíquicos, motivo pelo qual têm tendência a isolar-se da sociedade e/ou vingar-se dela”. (2010, p. 148)

Diferentemente dos psicopatas, os Serial Killers sentem empatia pelas pessoas. Tal situação se dá em decorrência de entenderem o que é uma humilhação, bem como o que causa dor. Se colocam, dessa forma, no lugar da vítima a fim de entender o que é necessário para satisfazer seus desejos internos. Todavia, não são capazes de sentir compaixão em relação aos demais indivíduos. (CASOY, 2004, p. 24)

Para a caracterização do crime em série, é possível observar 3 situações constantes, de acordo com o que relata Ilana Casoy: sempre há o modus operandi, o ritual e a assinatura.

O modus operandi se trata do modo de agir do criminoso. É algo dinâmico, modificando-se com o ganho de experiência e aprendizado dos assassinos. “É estabelecido observando-se que arma foi utilizada no crime, o tipo de vítima selecionada e o local escolhido” (CASOY, 2004, p. 60)

O ritual pode ser compreendido como aquilo que excede o necessário para a execução normal do crime. Dessa forma, é decorrente da necessidade de satisfação pessoal do criminoso, como os atos sexuais, cativo, escravidão, dentre outras ações provenientes da fantasia do assassino.

Por último, a assinatura é a combinação dos comportamentos, ou seja, pela somatória do modus operandi e do ritual. A assinatura, diferente do modus operandi e do ritual que podem se modificar dependendo do caso concreto, é única. (p. CASOY, 2004, p. 22) Dessa forma, é a expressão pessoal deixada no crime.

É possível haver o seguinte questionamento: o Serial Killer é, necessariamente, um psicopata?

Tem-se que tal situação não é uma regra. Como visto no presente trabalho, há vários níveis de psicopatia, sendo que indivíduos com esse transtorno de personalidade podem ou não cometer crimes, bem como, se cometerem, não será necessariamente um assassinato. Dessa forma, não é possível generalizar que todo psicopata é um Serial Killer, todavia, somente os que podem ser assim considerados é que recebem enfoque no presente trabalho.

Também é importante diferenciar os Serial Killers dos assassinos em massa. Estes são os indivíduos que matam de quatro ou mais vítimas em um mesmo local, agindo em público e buscando o maior número de vítimas possíveis. Normalmente cometem suicídio no local do crime. Cometem tais atos em decorrência do desejo de se vingar de determinadas pessoas, podendo executar membros do seu antigo emprego ou até mesmo de sua família.

"A diferença entre o assassino em massa, que mata várias pessoas de uma só vez e sem se preocupar com a identidade destas, e o assassino em série é que este elege

cuidadosamente suas vítimas, selecionando na maioria das vezes pessoas do mesmo tipo e características." (FILHO, p. 148, 2010)

No Brasil houve o relato em 1999 do estudante de medicina Mateus da Costa Moreira, que aos 24 anos invadiu um cinema no shopping Morumbi, em São Paulo, metralhando pessoas inocentes, o que levou à morte de cinco indivíduos, além de deixar três pessoas feridas.

Já o Serial Killer, de maneira sucinta, é aquele indivíduo que comete mais de um assassinato com certo espaço de tempo entre um crime e outro.

Ainda, é válido constar os locais onde há o maior número de Serial Killers já registrados, quais sejam, Estados Unidos, Grã-Bretanha, Alemanha e França (CASOY, 2004, p. 37)

Serial Killer No Brasil

É fato que no Brasil são poucos os casos registrados de atuação de um Serial Killer.

Acredita-se que nos Estados Unidos o número desses indivíduos atuante seja maior, o que leva a polícia do referido país a se equipar de maneira mais eficiente. Possuem um programa de computador, chamado VICAP, o qual cria um banco de dados registrando todos os assassinatos, o que permite relacioná-los com novos fatos. Dessa forma, quando um novo crime ocorre, o computador central do VICAP produz uma lista de mais de 100 assassinatos em que o criminoso se utilizou do mesmo modus operandi.

Outra polícia bem equipada é a do Canadá, local em que a polícia possui o software chamado "powercase", constatado como um mecanismo ainda mais eficaz que o VICAP. (CASOY, 2004, p. 41)

No Brasil não é possível encontrar a mesma estrutura dos demais países em relação a apuração de crimes seriados. Dessa forma, alguns crimes foram apurados sem que as autoridades policiais sequer desconfiassem que o delinquente, na realidade, tratava-se de Serial Killer, bem como ainda há casos que estão sem solução pela polícia.

Tendo em vista a necessidade de maior aprofundamento no assunto, em 2007 foi ministrado um curso pelo FBI no estado do Paraná a fim de ensinar como traçar o perfil de criminosos em série, bem como demonstrar a maneira de solucionar os crimes por eles cometidos, com mais técnicas e organização.

Dessa forma, nove policiais norte americanos ensinaram as técnicas para que se

possa investigar os Serial Killers. Vinte e dois delegados e onze investigadores da Polícia Civil do Paraná, bem como delegados de 21 estados e cinco policiais federais participaram do curso Internacional de Técnica de Investigação Policial. (online)

Há relatos da atuação desses assassinos no Brasil. Ilana Casoy relata em sua obra “Serial Killers: made in Brasil” diversos casos de assassinatos em série cometidos no referido país, dentre eles, há o criminoso José Augusto do Amaral, o qual será analisado adiante.

O criminoso nasceu em 1871, proveniente de Minas Gerais. Era analfabeto, inteligente, pois tocava instrumentos musicais de ouvido, além de ter boa memória.

Foi voluntário na Força Pública do Estado de São Paulo, bem como em corpos militares, como a Brigada Policial do Rio Grande do Sul, Grupo de Artilharia Pesada em Bagé, Regimento de Infantaria de Porto Alegre, 13º Regimento de Cavalaria do Rio de Janeiro, bem como se alistou na Marinha. Todavia, em todos esses locais foi desertado.

Já foi preso por vadiagem, condenado por furto, além de ser preso por diversos assassinatos de crianças. Normalmente as ludibriava, propondo que fossem até determinado local para apanhar algum objeto em troca de dinheiro. Chegando à região mencionada, as matava e posteriormente, praticava atos sexuais.

Foi preso pelo assassinato de Antônio Lemes, e depois confessou os demais crimes. Suas declarações foram feitas sem a menor demonstração de culpa ou arrependimento, e guiou os investigadores policiais até os locais dos crimes, onde foi possível encontrar os corpos e ossadas provenientes dos assassinatos.

TRATAMENTO DO PSICOPATA NO DIREITO PENAL

No presente capítulo serão analisados os conceitos de Direito Penal e o significado do crime, a fim de possibilitar o entendimento acerca da imputabilidade ou não do criminoso conhecido como psicopata. Posteriormente, analisar-se-á qual o tratamento penal adequado para os referidos indivíduos, tendo em vista suas peculiaridades.

O Direito Penal pode ser definido como “o conjunto de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”. (NUCCI, 2009, p. 65)

Dessa forma, tem-se que o Direito Penal, por meio de sua sanção, busca reprimir comportamentos considerados nocivos à sociedade.

Ademais, observa-se que, tendo em vista as finalidades do Direito Penal, sua

existência é de sua importância. Portanto, deve agir de maneira eficaz. Tendo em vista os custos que a aplicação de uma pena, bem como a manutenção de um indivíduo preso, tem-se que o Direito Penal deveria agir de maneira preventiva, buscando, além de punir indivíduos infratores, evitar que tais delitos ocorram, a fim de possibilitar o bem comum.

Beccaria aduz que

"É melhor prevenir o crime do que puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é se não a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida." (1997, p. 98)

Para Sánchez, o delito é algo ineficiente, quer dizer, um ato indesejável para a sociedade. O autor faz uma análise econômica do Direito Penal, afirmando que o indivíduo que comete o delito é um ser racional, o qual analisa seus atos sob a perspectiva da eficiência, ou seja, calculam os custos e benefícios de suas ações.

Dessa forma, aponta-se uma possível forma de prevenção, qual seja, "tratar-se-á de incidir sobre todos os cidadãos – sobretudo os delinquentes potenciais – para introduzir, com as normas, custos adicionais para as eventuais decisões de se cometer um delito, a fim de dissuadi-los desse comportamento". (2004, p. 26)

Todavia, como aplicar ao psicopata a teoria que preceitua de que havendo mais desvantagens no cometimento do delito, o indivíduo não irá cometê-lo, tendo em vista que o possuidor de transtorno antissocial é desprovido de medo, culpa e arrependimento?

Questiona-se, dessa forma, qual o tratamento ideal para os referidos indivíduos, tendo em vista as características embutidas em sua personalidade. Silva afirma que os psicopatas nascem assim e permanecem assim durante toda a sua existência. (2008, p. 45) Observa-se, então, que não se verifica cura ou tratamento de seu transtorno de personalidade, sendo incorrigíveis.

Uma análise mais detalhada acerca do correto tratamento será realizada abaixo, mediante a explanação dos componentes do crime e suas sanções.

O conceito de crime pode ser analisado sob seu aspecto material e formal. O primeiro diz respeito a todo fato humano que "lesa ou expõe a perigo bem jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social" (CAPEZ, 2015, p. 130)

Por outro lado, sob o aspecto formal, entende-se que crime é "mera subsunção da conduta ao tipo legal, e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando seu conteúdo". (CAPEZ, 2015 p. 130)

Ainda, é necessário observar que o crime deve ser focado sob o aspecto analítico, ou seja, analisa-se a estrutura do crime. Dessa forma, sob o referido aspecto, pode-se defini-lo como uma conduta típica, ilícita e culpável.

Conclui-se que crime é a somatória dos referidos fatores, se for considerada a concepção tripartite, a qual embute a culpabilidade do autor como elemento do crime.

Além disso, a consequência do crime é a pena. De acordo com Zaffaroni, “a pena não pode perseguir outro objetivo que não seja o que persegue a lei penal e o direito penal em geral: a segurança jurídica”. (2004, p. 102)

Beccaria, analisando acerca da origem das penas, menciona que

"só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada indivíduo só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir." (1997, p. 17)

Dessa forma, os indivíduos acabaram sacrificando parte de sua liberdade a fim de obterem maior segurança. Colocaram-na, então, nas mãos do responsável pela criação das leis e das suas respectivas penas, as quais são elaboradas visando à proteção do bem comum. Restringe-se então a liberdade tendo em vista o interesse coletivo.

Primeiramente, então, para que se possa analisar se o psicopata é um indivíduo imputável, ou seja, culpável e passível de receber punição, é importante ressaltar alguns aspectos acerca do conceito de culpabilidade.

Quanto a sua definição, Nucci esclarece que “trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e exigibilidade de atuar de outro modo”. (2009, p. 289)

Ainda, Capez a define como “a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal” (2015, p. 317)

Dessa forma, a potencial consciência da ilicitude é a possibilidade do indivíduo ter conhecimento da antijuridicidade do fato por ele praticado. Deve, portanto, conhecer a ilicitude ou ter condições para tanto.

O segundo elemento que compõe a culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, consistente em não ser possível que a sociedade exija do autor do delito que o mesmo tivesse comportamento distinto do que foi praticado.

Por último, a imputabilidade

"é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade." (CAPEZ, 2015, p. 326)

Dessa forma, "o binômio necessário para a formação das condições pessoais do inimputável consiste em sanidade mental e maturidade" (NUCCI, 2009, p. 295, grifo nosso). A maturidade é adquirida aos 18 anos, em razão de política criminal. Por outro lado, a fim de caracterizar a possibilidade de aplicação de pena no tocante a hígidez mental, observa-se três sistemas: o biológico, psicológico e biopsicológico.

O sistema biopsicológico é o adotado como regra pelo nosso Código Penal em seu artigo 26. Neste, há uma combinação dos dois outros sistemas. Dessa forma,

"Será inimputável aquele que, em razão de uma causa prevista em lei (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), atue no momento da prática da infração penal sem a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento." (Capez, 2015, p. 330, grifo nosso)

Portanto, a imputabilidade se relaciona com dois elementos: um de caráter volitivo, observando-se a possibilidade do indivíduo possa controlar sua conduta. Outro elemento é de caráter intelectual, de maneira que se possa compreender o caráter ilícito do fato. Para Zaffaroni, "o efeito psicológico que produz incapacidade psíquica de culpabilidade é a perturbação da consciência, e a causa da perturbação pode ser a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado" (2004, p. 597-598)

Dessa forma, quando da ocorrência de doenças mentais, as atitudes de um indivíduo que as tem não serão punidas, se no momento da ação não tinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato, bem como não podia se determinar de acordo com esse entendimento.

Adentrando na análise do psicopata, Zaffaroni, esclarecendo acerca da imputabilidade dos mesmos, afirmando que

"A psiquiatria não define claramente o que é um psicopata, pois há grandes dúvidas a seu respeito. Dada esta falha proveniente do campo psiquiátrico, não podemos dizer como trataremos o psicopata no direito penal. Se por psicopata considerarmos a pessoa que tem uma atrofia absoluta e irreversível de seu sentido ético, isto é, um sujeito incapaz de internalizar ou introjetar regras ou normas de conduta, então ele não terá capacidade para compreender a antijuridicidade de sua conduta, e, portanto, será um inimputável." (2004, p. 600)

Todavia, como foi ressaltado no presente trabalho, o indivíduo considerado psicopata tem plena consciência de seus atos. Apesar de sua característica de impulsividade e de alta tendência de não respeitar ou seguir regras, não há qualquer estudo que demonstre ser o

indivíduo portador de uma doença que de fato afete seu sistema cognitivo, bem como sua capacidade de autodeterminação.

Tal indivíduo tem, somente, um transtorno de personalidade, o que pode influenciar para o cometimento do crime, todavia, não retira por completo ou mesmo parcialmente sua possibilidade de se controlar. Depreende-se, portanto, que o transtorno em sua personalidade é apenas uma propensão ao crime, e não um fator determinante. Prova disso é há diversos psicopatas que sequer chegam a cometer pequenos delitos.

Observa-se, mediante suas características, que os psicopatas conhecem que determinada atitude é proibida. Todavia, embora tenham consciência da ilicitude, não têm qualquer sentimento de empatia pela vítima ou sentem culpa em suas ações.

É necessário esclarecer também quanto ao tratamento penal atribuído aos mencionados Serial Killers. Observou-se que não é uma regra que todo Serial Killer seja um psicopata, sendo que tais situações devem ser analisadas caso a caso.

Terá enfoque aqui os Serial Killers que são, também, psicopatas, recebendo, portanto, o mesmo tratamento. Salienta-se também que os psicopatas que possuírem, além da psicopatia, alguma enfermidade mental, receberão tratamento diverso, não recebendo atenção no presente trabalho.

De acordo com Nucci, as personalidades psicopáticas “não são consideradas doenças mentais, razão pela qual não excluem a culpabilidade, por não afetar a inteligência e a vontade.” (2009, p. 298, grifo nosso).

Para o mesmo autor, tal situação não é considerada uma normalidade, todavia, não chegam a constituir a anormalidade de que trata o artigo 26 do Código Penal. (2009, p. 229)

Prova disso, por exemplo, é a atuação do citado José Augusto do Amaral com o menino Rocco. O assassino ludibriou a criança para que o acompanhasse a um local ermo. O infante foi atacado, vindo a desmaiar. Em seguida, o serial killer, pensando que a criança havia falecido, o levou para debaixo da ponte, rasgando suas roupas a fim de estupra-lo. Todavia, um carro aproximou-se do local, e José do Amaral, temendo ser pego em flagrante, fugiu.

Dessa forma, observa-se a frieza e o autocontrole do indivíduo, o que demonstra a sua plena capacidade em entender o caráter ilícito do seu ato, bem como de se determinar de acordo com esse entendimento.

Portanto, a posição defendida no presente estudo é que tais indivíduos são imputáveis

pelo Sistema Penal. Além disso, serão considerados culpáveis se preenchidos os demais requisitos da culpabilidade.

Sabe-se que a medida de segurança é solução aplicada à pessoa considerada inimputável ou, então, que tenha sua culpabilidade diminuída. Tal sanção se fundamenta no perigo que o indivíduo trás a sociedade, bem como objetiva seu retorno à sociedade.

Todavia, observou-se que o indivíduo considerado psicopata não é inimputável, tendo em vista que o transtorno de personalidade não retira sua capacidade de entendimento e autodeterminação. Sabem diferenciar, dessa forma, o certo do errado, bem como são capazes de se controlar.

Conclui-se, então, que a sanção penal a ser aplicada em crimes cometidos por esses indivíduos é a sanção comum aos indivíduos considerados normais, qual seja, a pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos apresentados, percebeu-se que os psicopatas são indivíduos capazes de gerar grande transtorno à população em geral, tendo em vista suas características que fogem à normalidade do ser humano, possuindo requinte de maldade em suas ações.

Além disso, os Serial Killers, seres cruéis que matam por prazer, trazem, juntamente com os psicopatas, indagações aos cidadãos comuns, os quais se questionam o porquê de tamanha barbárie.

Observou-se que a personalidade, portanto, é determinante para o cometimento de um delito, e que o transtorno nela verificado pode influenciar o indivíduo, de forma que fique propenso ao crime.

Os psicopatas e Serial Killers não são considerados doentes mentais ou loucos. Possuem somente transtorno de personalidade (TPAS), o que permite, dessa forma, a existência de plena consciência durante a ação do crime. Entendem seu caráter ilícito, bem possuem a capacidade de se determinarem diante de suas ações, havendo, dessa forma, autocontrole.

Restou defendido pelo presente trabalho pela punibilidade dos referidos indivíduos, perfazendo-se uma análise quanto ao crime e suas especificações, especialmente quanto à culpabilidade, buscando-se demonstrar a justificativa de tal conclusão.

Dessa forma, tendo em vista o aspecto analítico do crime, consistente em ato ilícito, típico e culpável, observou-se que os psicopatas, em suas ações, preenchem todos os

requisitos. Para tanto, foi realizado um desdobramento do conceito.

Além disso, para demonstrar que o psicopata é um indivíduo culpável, fez-se uma análise acerca da culpabilidade. Restou demonstrado ser necessário a potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e se tratar de indivíduo imputável.

Neste último quesito é necessário ser o agente maior de 18 anos, bem como ter a possibilidade de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento. No que tange ao psicopata, não se verifica qualquer doença mental ou outra característica que lhe retire a imputabilidade, tendo em vista possuir somente um transtorno de personalidade, fator este que gera apenas influência nas ações. Portanto, quando do cometimento do delito, não é cabível outra punição senão a pena, sanção esta comum aos indivíduos considerados normais.

REFERÊNCIAS

BALLONE, GJ. Personalidade Psicopática. Disponível em:

<<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=72>>. Acesso em 01 jun. 2016.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. Dos delitos e das penas. Tradução: Flório de Angelis. Bauru, SP: Edipro, 1997.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASOY, Ilana. Serial Killers: made in Brasil. São Paulo: Arx, 2004.

_____. Serial Killer: Louco ou Cruel? 6. ed. – São Paulo: Madra, 2004.

CAVALCANTE, Rodrigo. Descura o jeito mais eficiente de vencer um psicopata. 2002.

Disponível em: <<http://super.abril.com.br/comportamento/descubra-o-jeito-mais-eficiente-de-vencer-um-psicopata>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

FERNANDES, Newton. Criminologia Integrada. 3. ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HORTA, Maurício. Psicopatas S.A. 2011 Disponível em:

<<http://super.abril.com.br/comportamento/psicopatas-sa>>. Acesso em 09 jun. 2016.

JANIRO, Ane Caroline. Psicopatia, Psicopatologia, Psicose.

<<http://psicologiaacessivel.net/2014/09/15/psicopatia-psicopatologia-psicose/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE GENEVRA. Classificação de transtornos mentais

e de comportamentos da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas. Porto Alegre: Artmet, 1993.

JANIRO, Ane Caroline. Psicopatia, Psicopatologia, Psicose. <<http://psicologiaacessivel.net/2014/09/15/psicopatia-psicopatologia-psicose/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. A análise da personalidade do réu na aplicação da pena. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 13, n. 153, p. 2-3. 2005.

_____, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PENTEANO, Filho. Manual esquemático de criminologia. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVAGLIA, Fernando. Anatomia do terror. Revista Psiquê, São Paulo: Escala, ano V, n. 49, p. 20-31, 2010.

VELLASQUES, Camila Tersariol. O perfil criminal dos serial killers. Presidente Prudente – SP, 2008. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentis Perigosas – O psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: FONTANAR, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiência e Direito Penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes – Barueri, SP: Manole, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

<<http://www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/271170/?noticia=AGENTES+DO+FBI+TREINAM+GRUPO+DE+POLICIAIS+PARANAENSES>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

<<http://www.psiqweb.med.br/site/DefaultLimp.aspx?area=ES/VerClassificacoes&idZClassificacoes=337>> Acesso em 01 jun. 2016.

<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm> Acesso em 01 jun. 2016.

UMA ANÁLISE DA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA SOB O ENFOQUE DA TEORIA TRIDIMENCIONAL DO DIREITO

Laysa Maria de LIMA¹

Luisa Kiiller NUNES²

RESUMO

Neste artigo se propôs expor a lei de organização criminosa à luz da Teoria Tridimensional do Direito. Relativamente nova, a lei 12.850/2013 ocasionou grandes alterações acerca do tema no ordenamento jurídico, principalmente no que tange a transformação da organização criminosa em um delito autônomo. Percebe-se uma evolução legislativa gradativa, culminando em um tratamento mais abrangente e punitivo à organização criminosa, sobretudo ao considerar a possibilidade de meios de produção de provas mais contundentes. Desta forma, busca-se analisar o novo tipo penal sob a ótica dos princípios constitucionais do Direito. Por meio do método dedutivo busca-se enfrentar os motivos pelos quais a lei foi criada, baseando-se em uma cultura de riscos e posteriormente, fazem-se críticas acerca do crime organizado como produto de um Estado ausente.

PALAVRAS-CHAVE: organização criminosa; Teoria Tridimensional do Direito; fato; valor; norma.

ABSTRACT

This article proposed expound the criminal organization law under the Tridimensional Theory of Law. Relatively new, the law 12.850/2013 caused major changes on the subject in the legal system, especially regarding the transformation of the criminal organization in an autonomous crime. It is noticed a gradual legislative developments, culminating in a more comprehensive treatment and punishing the criminal organization, especially when considering the possibility of more conclusive evidence means of production. In this way, we seek to analyze the new criminal offense from the viewpoint of constitutional principles of law. Through deductive method seeks to address the reasons why the law was created, based on a risk culture and subsequently make up criticism about organized crime as a product of an absent State.

KEY-WORDS: criminal organization; Tridimensional Theory; fact; value; rule.

INTRODUÇÃO

A teoria tridimensional do direito foi estudada por Miguel Reale que, através de uma profunda análise acerca da definição da palavra Direito, concepção três aspectos básicos do

1 Graduanda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná; Bolsista PIBIC Institucional.

2 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Grupo de Pesquisa "Ideologias do Estado e Estratégias Repressivas", liderado pelo professor Pós-doutor Gilberto Giacoia, que ocorre quinzenalmente na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Tem interesse na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal. Pesquisa principalmente os seguintes temas: direitos humanos, justiça, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, direito penal constitucional.

vocábulo: normativo, fático e axiológico.³ Ao relacionar a teoria à lei em debate, busca-se fazer uma análise de cada aspecto supramencionado.

O aspecto normativo corresponde ao Direito enquanto ordenamento jurídico, tal qual se verifica com as leis 12.694/2012 e 12.850/2013. O aspecto fático se dá através de uma análise do Direito no que tange à sua efetivação histórica e cultural. Por fim, o aspecto axiológico pode ser resumido na concretização da ideia de justiça.⁴

Ademais, “o que entrelaça todas as formas de tridimensionalismo jurídico (...) é o propósito comum de alcançar uma visão integral do Direito, superando as explicações unilaterais ou setorizadas”.⁵ Tal integração será demonstrada no decorrer deste trabalho, uma vez que a conexão entre os aspectos (fático, valorativo e normativo) é tamanha, que muitas vezes acabam se misturando, sendo que os argumentos utilizados para justificar uma das categorias da teoria tridimensional podem ser utilizados para fundamentar as outras.

Inicialmente o leitor é convidado a acompanhar a evolução legislativa no combate à organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange às três principais leis sobre tema, quais sejam: a lei 9.034/1995, a lei 12.694/2012 e a lei 12.850/2013. Ademais, menciona-se à influência das comunidades internacionais para a definição de organização criminosa, principalmente quanto à adoção do conceito de organização criminosa originário da Convenção de Palermo e sua inconstitucionalidade.

Adiante, comenta-se acerca da autonomia do delito de organização criminosa conferida pela lei 12.850/2013 e de como tal mudança será aplicada na prática através do concurso material de crimes.

Ante de um aparente conflito de normas faz-se um panorama acerca dos delitos de organização criminosa, associação criminosa e milícia privada, de modo que as diferenças entre os tipos penais fiquem evidentes e extirpados os aparentes conflitos.

Posteriormente é feita uma análise propriamente dita da lei conforme a teoria tridimensional do direito. Examinam-se os fatos que propulsionam a norma, considerando a sociedade em que ela está contida, as influências internacionais e o caráter transnacional do delito em meio à globalização. Nesse ponto se encontra a primeira e talvez a mais contundente crítica deste trabalho: o crime organizado é fruto de um Estado ausente, o que já está enraizado na sociedade e tem como cúmplice órgãos de cúpula do próprio Estado.

3 REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64-65.

4 *Ibid.*, p. 67

5 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 147.

Em seguida, são estabelecidos os valores aos quais a aplicação da norma deve obediência, como forma de garantia do Estado Democrático de Direito. São tecidas críticas à abrangência da norma, permitindo a instauração de investigações e processos que violam direitos e garantias constitucionais, sob o argumento de tutela da segurança pública.

Ao final o leitor se depara com uma análise acerca da aplicação da norma, intimamente relacionada à questão valorativa, uma vez que a aplicação da norma deve pautar-se na dignidade da pessoa humana, sob pena de adentrar ao campo do direito penal do autor.

A EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO QUE TANGE AO COMBATE A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A organização criminosa já foi enfrentada de vários modos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Diante da evolução histórica, a primeira lei a tutelá-la foi a 9.034/1995, posteriormente, a lei 12.694/2012 e, por fim, a lei 12.850/2013. Dessas três leis mencionadas, apenas as duas últimas permanecem em vigor, considerando que a primeira foi expressamente revogada pela lei 12.850/13.

Durante os dezessete anos de vigência da lei 9.034/95 percebeu-se um fenômeno digno de enfoque. A lei penal especial se apresentava como um tipo penal em branco, ou seja, em que pese apresentasse disposições acerca da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, ela não definia o que seria uma organização criminosa.

Considerando que os operadores do direito necessitavam de tal conceito, a solução que perdurou ao longo desses anos foi utilizar no direito interno brasileiro a definição de organização criminosa conferida pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Convenção de Palermo, internalizada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.⁶

No entanto, é certo que o conceito internalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro criou um tipo penal incriminador, o que deu causa a diversas críticas, afinal, apenas o legislativo brasileiro tem competência para editar leis que criam delitos e cominam penas. A definição dada pela Convenção de Palermo deveria vigor somente no âmbito do direito

6 A Convenção, em seu artigo 2, prescreve que “Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) ‘Grupo criminoso organizado’ - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.”

internacional, não surtindo efeitos no âmbito interno brasileiro. Em que pese para a doutrina moderna os tratados e convenções internacionais serem considerados fontes formais imediatas, dentre todas as fontes formais imediatas, a única capaz de criar tipos penais é a lei. Além disso, a definição dada pela Convenção é muito ampla, o que fere a taxatividade (subprincípio do princípio da legalidade).

O Supremo Tribunal Federal consolidou a posição mencionada no HC 96.007 - SP⁷. Baseado no fato de que a existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material, mencionou que o crime de organização criminosa permanecia sem definição na legislação pátria e não deveria ser definida por Convenção Internacional. Nesse sentido, explica o professor Renato Brasileiro que ao:

“Admitir-se, então, que um tratado internacional pudesse definir o conceito de ‘organização criminosa’ importaria, ao nosso ver, em evidente violação ao princípio da legalidade, notadamente em sua garantia da *lex pouli*. Com efeito, admitir que tratados internacionais possam definir crimes ou penas significa tolerar que o Presidente da República possa, mesmo que de forma indireta, desempenhar o papel de regulador do direito penal incriminador. Fosse isso possível, esvaziar-se-ia o princípio da reserva legal, que, em sua garantia da *lex pouli*, exige obrigatoriamente a participação dos representantes do povo na elaboração e aprovação do texto que cria ou amplia do *ius puniendi* do Estado brasileiro.”⁸

Com o advento da lei 12.694/12 tal lacuna foi suprida. Em seu art. 2º dispôs que a organização criminosa seria toda a associação de 3 (três) ou mais pessoas com estrutura ordenada e divisão de tarefas, ainda que de maneira informal, que tenha por objetivo obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, através da prática de crimes com pena máxima igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Além disso, a grande inovação da lei supramencionada foi a criação do julgamento por órgãos colegiados. No entanto, deixou a desejar no que tange aos mecanismos de investigação dos delitos, por isso, no ano seguinte foi sancionada a lei 12.850/13, a qual revogou em parte a lei 12.694/12 e a íntegra da lei 9.034/95. A nova legislação alterou questões pontuais acerca do conceito de organização criminosa. Atualmente, ela não mais se consolida com três ou mais pessoas, mas com pelo menos quatro integrantes, além do mais, alterou-se a palavra ‘crime’ por ‘infração penal’, englobando além do crime a contravenção penal. Outra mudança em relação ao conceito de organização criminosa refere-se a pena

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 96.007/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 jun. 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807847/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf/inteiro-teor-112281150>>. Acesso em: 6 jun. 2016. Com entendimento semelhante: STF, Pleno, ADI 4.414/AL, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012; STF, 1ª Turma, HC 180.715/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24 set. 2013.

8 LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 486.

máxima do crime que ela objetiva, enquanto na lei anterior a pena deveria ser quatro anos ou mais, a nova legislação definiu que deve ser superior a quatro anos.

Por fim, vale mencionar que as leis 12.694/2012 e 12.850/2013 coexistem, tendo sido revogada a primeira somente no que se refere ao conceito de organização criminosa. Durante algum tempo discutiu-se doutrinariamente acerca da existência de dois tipos de organização criminosa. Alguns doutrinadores entendiam que a lei 12.694/2012 deveria vigorar em sua totalidade, menciona Cézaro Roberto Bitencourt que:

“[...] admitir-se a existência de “dois tipos de organização criminosa” constituiria grave ameaça à segurança jurídica, além de uma discriminação injustificada, propiciando tratamento diferenciado incompatível com um Estado Democrático de Direito, na persecução dos casos que envolvam organizações criminosas. Levando em consideração, por outro lado, o disposto no §1º do art. 2º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Nesses termos, pode-se afirmar, com absoluta segurança, que o § 1º do art. 1º da Lei 12.850/2013 revogou, a partir de sua vigência, o art. 2º da Lei 12.694/2012, na medida em que regula inteiramente, e sem ressalvas, o conceito de organização criminosa, ao passo que a lei anterior, o definia tão somente para os seus efeitos, ou seja, “para os efeitos desta lei”. Ademais, a lei posterior disciplina o instituto organização criminosa, de forma mais abrangente, completa e para todos os efeitos.”⁹

Atualmente, a grande maioria da doutrina segue o mesmo entendimento que Cézaro Roberto Bitencourt, ou seja, defendem que o conceito de organização criminosa postulado pela lei 12.694/2012 foi inteiramente revogado pela lei posterior, tendo em vista, principalmente, que as leis, nesse ponto, tratam da mesma matéria, tornando-se incompatíveis.

DA NOVATIO LEGIS INCRIMINADORA

Merece atenção especial o fato de que, a partir da vigência da lei 12.850/13 o legislador cominou pena em razão da prática de organização criminosa, isso quer dizer que, o que anteriormente era tratado como uma forma de cometimento do delito, hoje se trata de um delito autônomo.

De forma a ilustrar a irrupção do novo delito, verifica-se que para a lei 12.694/12 um roubo praticado por cinco indivíduos seria tipificado como roubo “praticado na forma de organização criminosa” mais quadrilha ou bando – artigo 288 do Código Penal, desde que presentes os requisitos do artigo 2º da mencionada lei. Percebe-se que a organização

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Primeiras reflexões sobre organização criminosa*. Disponível em: <<http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936003/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

criminosa aqui é só uma forma de praticar o delito, gerando consequências penais e processuais, por exemplo, o autor poderia ser incluído no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Posteriormente a entrada em vigor da lei 12.850/13, tal delito será punido através do concurso material de crimes, cominando-se pena tanto pela organização criminosa quanto pelo roubo.

Cumpra ainda mencionar que, em decorrência da *novatio legis* se tratar de norma incriminadora, conseqüentemente, é também mais grave e será regida pelo princípio da irretroatividade penal da lei mais gravosa. Ou seja, a lei só valerá para os delitos praticados a partir da *vacatio legis* (dezenove de setembro de dois mil e treze). O mesmo preceito normativo se aplica aos crimes novos tipificados na Lei 12.850/2013, que são aqueles dispostos nos artigos 18 a 21 da mencionada lei.

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO AOS DELITOS COMETIDOS EM GRUPOS

Com a incursão de um novo crime no ordenamento jurídico, faz-se necessária uma reanálise do ordenamento jurídico-penal pátrio, com a finalidade de situar os limites de aplicação da *novatio legis* incriminadora, tendo como orientação os outros delitos que vigoram no país, elucidando os aparentes conflitos de normas.

Com a nova definição de organização criminosa e de associação criminosa (antiga quadrilha ou bando) dada pela lei 12.850/2013, a polêmica que pairou em face da semelhança ou identificação entre organização criminosa e quadrilha ou bando foi sepultada de uma vez por todas. Basicamente, os tipos se diferem em quatro pontos. Para constituir uma associação criminosa basta a reunião de três ou mais pessoas, por outro lado, como já mencionado neste trabalho, a organização criminosa se perfaz com pelo menos quatro integrantes. A pena cominada aos delitos também é destoante, o primeiro é punido com pena de um a três anos, enquanto o último, de três a oito anos. Enquanto a estrutura ordenada e a divisão de tarefas são elementares do tipo de organização criminosa, para se ter uma associação criminosa tais requisitos são dispensados. Por fim, a quarta diferença é a finalidade específica de cada tipo, a associação pressupõe fim específico de cometimento de crimes dolosos, independente da pena cominada a eles, enquanto a organização criminosa é constituída mediante a intenção de prática de infrações penais (abrangendo contravenções penais) cujas penas máximas sejam

superiores a quatro anos ou que possuam caráter transnacional.¹⁰

Também cumpre esclarecer o fato de que a organização criminosa não se confunde com o delito de constituição de milícia privada, positivado no art. 288-A do Código Penal, tal qual explica o professor Adel el Tasse ao lecionar que a tipificação de organização criminosa jamais será constituída quando o grupo for de estrutura semelhante à militar, com utilização de técnicas e táticas policiais oficiais ou exercer controle de território ou da população que nele habita, pela força de armas e utilização de métodos coativos, com a participação de agentes do Estado, pois, nesses casos a figura típica é a do artigo 288-A, do Código Penal.¹¹

A título de complementação, há ainda outros delitos praticados por grupos que não se confundem com a organização criminosa, como é o caso da associação para o tráfico (art. 35, Lei 11.343/06) e associação para o genocídio (art. 2º, Lei 2.882/56).

Feitas as devidas considerações acerca da estrutura da norma e sua diferenciação com os demais delitos, passa-se agora a uma análise concreta dos fundamentos que originaram a lei, bem como da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando como parâmetro a teoria tridimensional do direito, criada por Miguel Reale.

O PROBLEMA FÁTICO DA LEI

O crime é um produto da sociedade. Suas formas de manifestação e sua dimensão são fruto do contexto histórico e social em que ele se protraí. Nesse diapasão, é cediço que o crime está incutido em todas as sociedades atuais e cumpre uma função “integradora e inovadora”, devendo ser contemplado como produto do normal “funcionamento” de toda sociedade.¹² Desta forma, é possível sustentar que, na medida em que a sociedade evolui, também evolui o crime.¹³ A complexidade da sociedade é, portanto, diretamente proporcional à complexidade dos delitos nela perpetrados.

O crime organizado nada mais é que um produto desse desenvolvimento apresentado

10 LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 488.

11 TASSE, Adel El. *Nova lei de Crime Organizado*. Disponível em: <<http://adeleltasse.jusbrasil.com.br/artigos/121933118/nova-lei-de-crime-organizado>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

12 DURKHEIM apud MEANOVICH, Tairone Guimarães. *O ordenamento jurídico, a criminologia, delimitando o controle social e a ressocialização do criminoso*. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/12200181-Faculdade-interamericana-de-porto-velho-ro-tairone-guimaraes-meanovich.html>>. Acesso em: 26. jun. 2016.

13 WERNER, Guilherme Cunha. Teoria interpretativa das organizações criminosas: conceito e tipologia em Organizações Criminosas. *Teoria e Hermenêutica da Lei nº 12.850/2013*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015, p. 83.

pelas sociedades. Trata-se de uma forma estruturada de praticar crimes conhecidos, tal qual o tráfico de drogas. Diante da evolução da sociedade e dos meios de comunicação, evoluiu também a maneira como se pratica delitos e a criminalidade organizada é um fenômeno do qual são vítimas todas as nações.

Na década de sessenta já dizia o filósofo Marshall McLuhan que vivemos em uma aldeia global¹⁴. Nesse sentido, percebe-se que as fronteiras entre os Estados nacionais, de certa forma, diluíram-se, tanto que uma das maneiras de formar uma organização criminosa é visar a prática de delitos com caráter transnacional (art. 1º, § 1º da lei 12.850/13). “Quanto mais estudamos os principais problemas de nossa época, mais somos levados a perceber que eles não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são independentes”¹⁵.

Em que pese se tratar de uma crise global, verifica-se que o Brasil, sendo constituído por um regime democrático e estando em situação de emergência, ou seja, ainda considerado como país de terceiro mundo, está ainda mais vulnerável a ser palco de tais delitos, pois suas instituições (políticas, econômicas, jurídicas e sociais) não possuem uma organização independente, forte e que controle as organizações criminosas.

Neste contexto é possível analisar a questão fática. De acordo com Miguel Reale, os fatos não existem em sua bruteza, pois sempre dependem do sentido que o sujeito lhes atribui, “desse modo, o fato, e notadamente o fato de que cuida o jurista, é algo que somente o é enquanto se situa no envolver da história, recebendo o significado no contexto ou na estrutura em que ele ocorrer”¹⁶.

A lei de organização criminosa se originou a fim de combater o ‘crime organizado’, no entanto, não há na legislação brasileira uma definição do que seria, de maneira específica, essa criminalidade organizada. Contenta-se com o conceito e a punição da organização criminosa. Precisamos saber: a quem devemos combater? Menciona Luiz Flávio Gomes que as organizações criminosas são as ‘longa manus’ dos verdadeiros crimes organizados, cujos integrantes raramente aparecem. Continua, dizendo que tais ações devem ser investigadas e punidas, no entanto, sem perder de vista que são apenas a linha de frente, a ponta do iceberg,

14 ENTREVISTA com Marshall McLuhan. [s.i.]: Abc, 1997. (43 min.), son., color. Legendado. Exibido pelo programa Monday Conference. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fvRMpS-aGLE>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

15 FRITJOF, Capra. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Disponível em: <http://www.fdvdigital.org/rede/?task=callelement&format=raw&item_id=7&element=f8cc2b8a-3065-4028-9a9b-fb49b5cfffbe&method=download>. Acesso em: 19 jun. 2016.

16 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 95.

que a cabeça de tudo está por trás dessa fachada e que o colarinho branco não frequenta as favelas.¹⁷

O conceito de crime organizado aceito hoje pela criminologia foi cunhado nos anos 20 pelos Estados Unidos e tomou por base elementos sociológicos da Máfia Italiana.¹⁸ A crítica que se faz é que se construiu uma teoria geral da criminologia, internalizada pelo Brasil, através de um contexto histórico de que não foi palco. Segundo Anabela Miranda Rodrigues um dos problemas do conceito de criminalidade organizada paira na necessidade de uma grande abstração teórica para referir-se a fatos muito diversos.¹⁹ É difícil, como já mencionado, realizar a abstração teórica para referir-se a fatos diversos, no entanto, a tarefa se torna ainda mais árdua quando se necessita “postular um conceito que se possa aplicar desde uma perspectiva internacional, sem levar em conta as particularidades da criminalidade organizada local”.²⁰

Neste cenário, cabe ao operador do direito se indagar se essas realidades criminológicas internacionais correspondem à realidade fática do Brasil ou se “representa uma indevida globalização de fenômenos que atendem apenas a centros muito distantes de um poder que se pretende global”²¹

Afinal, a dimensão da organização criminosa brasileira que é realmente preocupante vai muito além das mazelas sociais. Pode-se dizer que o crime organizado é transversal, não paralelo, ou seja, ele atravessa os poderes constituídos por meio da corrupção, tendo poder econômico para comprar políticos, policiais, juízes, fiscais, ministros etc.²² Enquanto se ataca somente o grupo ostensivo, o crime organizado nunca acaba.

A criminalidade organizada é produto de um Estado ausente, a desorganização do próprio Estado acaba possibilitando a constituição de uma organização criminosa. Merece

17 GOMES, Luiz Flávio. *A diferença entre o crime organizado e a organização criminosa*. Disponível em: <<http://legislativonesp.blogspot.com.br/2012/12/a-diferenca-entre-crime-organizado-e.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

18 PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito Penal das organizações criminosas: introdução aos problemas fundamentais em Organizações Criminosas. *Teoria e Hermenêutica da Lei nº 12.850/2013*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015, p. 27.

19 RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada: que política criminal? *O Direito Europeu emergente*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 39.

20 PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito Penal das organizações criminosas: introdução aos problemas fundamentais em Organizações Criminosas. *Teoria e Hermenêutica da Lei nº 12.850/2013*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015, p. 28.

21 Ibid., p. 29.

22 GOMES, Luiz Flávio. *A diferença entre o crime organizado e a organização criminosa*. Disponível em: <<http://legislativonesp.blogspot.com.br/2012/12/a-diferenca-entre-crime-organizado-e.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

destaque a crítica de Hassemer:

“A criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção do legislativo, da magistratura, do MP, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate a criminalidade. Nós conseguimos vencer a máfia russa, a máfia italiana, chinesa, mas não conseguimos vencer uma justiça que esteja paralisada pela criminalidade organizada, pela corrupção.”²³

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos menciona que a resposta para o crime organizado é a mesma em toda a parte, utiliza-se das prisões cautelares, prêmio ao colaborador, repressão mais rigorosa, no entanto, conforme sua experiência, tais respostas se situam no campo simbólico, afinal, satisfaz-se a vontade pública através da condenação oficial da organização criminosa, cumprindo seu papel de evitar discussões acerca do que seria, em seu ponto de vista, o cerne da questão: o modelo político neoliberal dominante nas sociedades contemporâneas, de maneira que se ocultam as responsabilidades do capital financeiro internacional, aliado "às elites conservadoras dos países do Terceiro Mundo como o Brasil, os quais acabam criando condições adequadas à expansão da criminalidade em geral e, eventualmente, de grupos que o façam de forma organizada, como as organizações locais de tipo mafioso."²⁴

Consequência dessa problemática respalda na dimensão valorativa da norma, quando indaga-se: é possível que a ausência de delimitação dos delitos que podem ser perpetrados através da organização criminosa dê margem para uma aplicação da lei mais abrangente do que o Estado Democrático de Direito permite? Deve-se aplicar a norma jurídica, na intenção de proteger o bem por ela tutelado, mas sem perder de vista os valores que constroem a sociedade.

DIMENSÃO AXIOLÓGICA DA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Vivemos em uma sociedade permeada pelo medo. Até pequenas cidades que anos atrás eram consideradas pacatas e tranquilas, hoje apresentam índices de criminalidade elevados. Quando a referência é alguma capital de Estado, percebe-se que o medo é ainda maior. Os investimentos em segurança são crescentes e em alguns lugares já não se pode transitar tranquilamente, inclusive à luz do dia, sem o receio de ser vítima de um crime.

23 HASSEMER, 1994 apud GREGHI, Fabiana. *A delação premiada no combate ao crime organizado*. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1512243/a-delacao-premiada-no-combate-ao-crime-organizado-fabiana-gregghi>>. Acesso em: 26. jun. 2016.

24 SANTOS, Juarez Cirino. *Crime Organizado. Direito Penal e Direito Processual Penal: Uma Visão Garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 148.

Um dos reflexos disso é o incremento na produção legislativa de tipos penais que se perfectibilizam com a mera exposição do bem jurídico ao perigo, sem dar atenção ao âmago do problema. Nesses casos, verifica-se a possibilidade do Estado impor uma pena ao cidadão sem que tenha existido uma conduta efetivamente lesiva ao ser humano e isso é fruto da sociedade que vivemos: sociedade do risco. Ulrich Beck define os riscos como “o enfoque moderno da precisão e controle das consequências futuras da ação humana, as diversas consequências não desejadas da modernização radicalizada”.²⁵ Segundo ele, vivem-se hoje cinco processos inter-relacionados: a globalização, a individualização, a revolução dos gêneros, o subemprego e os riscos globais.

Interligado ao conceito de aldeia global, mencionado no tópico anterior, verifica-se que os riscos fazem parte e permeiam essa aldeia de maneira ilimitada, sem fronteiras.

Nesse sentido, o risco é o grande impulsionador da norma jurídica objeto deste trabalho. Comenta Pereira que a “globalização do risco, depois do ‘Onze de Setembro’, faz-nos crer que qualquer outro país pode de repente sofrer um ataque terrorista, como se a posição de proeminência dos Estados Unidos da América pudesse ser compartilhada por todos os países ocidentais.”²⁶ Nesse sentido menciona que vivemos em questões de criminalidade organizada, vive-se mais em uma sociedade do medo (do risco) do que do risco propriamente dito.

Ao criticar o modelo de Estado esquerdista, Maria Lucia Karan considera que o crime organizado acabou se tornando uma justificativa para uma aplicação mais rígida do direito penal, o que, na sua opinião, está longe de solucionar o problema. Menciona ainda que

“Envernizando suas inquietações com a criminalidade convencional de massas (decerto ameaçadora para quem quer usufruir dos privilégios de uma estabilização material, sem ser incomodado com roubos e furtos) e preocupados em melhor justificar sua ideologia repressora, amplos setores da esquerda aderem ao apelo de maior intervenção do sistema penal e preocupados em melhor justificar sua ideologia repressora, amplos setores da esquerda aderem ao apelo de maior intervenção do sistema penal, trabalhando – à semelhança da ideologia dominante – não com aquelas mais verdadeiras inquietações com a criminalidade convencional, mas com poderosos fantasmas de uma suposta criminalidade organizada (aqui também reproduzindo discurso importado dos países centrais), fantasmas que, ecoando nos sentimentos de insegurança e no medo coletivo difuso, característicos das sociedades contemporâneas, favorecem os crescentes anseios de segurança, de intensificação da repressão, de maior rigor penal fortemente presentes no momento histórico em que vivemos.”²⁷

25 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2009, p. 3-5.

26 PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito Penal das organizações criminosas: introdução aos problemas fundamentais em Organizações Criminosas. *Teoria e Hermenêutica da Lei nº 12.850/2013*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015, p. 33.

27 KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitivista*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-esquerda>>

Apesar da grande influência por parte dos EUA, verifica-se a criminalidade organizada está enraizada na sociedade brasileira, no entanto, não da mesma maneira que se faz na sociedade norte-americana. Os crimes não são os mesmos em todo lugar. O valor e consequentemente a noção de justiça que detém os brasileiros não são os mesmos dos norte-americanos. A norma brasileira deve ser específica, a fim de chegar ao bem jurídico que pretendemos tutelar. Um tipo aberto, claramente influenciado pela comunidade internacional e pela mídia, dá margens a investigações que não tem como fundamento os valores de nossa sociedade e, consequentemente, muitas vezes não soluciona o problema. Em relação à construção midiática da insegurança comenta Juan Pablo Mollo que ela “oculta objetivos e interesses políticos, assom como um constante etnocentrismo do poder. A insegurança é (também) uma construção midiática da tele-tecnologia criminológica, a partir de fatos delitivos reais”.²⁸

Ocorre que “a alternativa em relação ao risco não é a segurança, e sim outro risco”²⁹. Nesse sentido, valores coletivos de segurança pública e paz sobrepõem-se aos individuais de liberdade. Dizer que a organização criminosa se perfaz com a intenção de praticar infrações penais não resolve o problema, porque diversas condutas podem se encaixar no tipo penal, desde um pequeno grupo ‘de ladrões de galinha’ até uma facção, como o Primeiro Comando da Capital (PCC).

Ao discorrer sobre os bens jurídicos tutelados pelos delitos de associação e organização criminosa, Eduardo Luiz Santos Cabette menciona que pelo fato de abarcarem todos os tipos penais protegidos pela Parte Especial do Código Penal e pela integralidade das legislações penais esparsas, tais delitos possuem bens jurídicos indefinidos, por isso afirma com convicção que constituem crimes de perigo abstrato e com bem jurídico variado.³⁰

Dessa forma, é necessário manter certo cuidado no momento de denunciar crimes perpetrados através da organização criminosa, menciona César Roberto Bittencourt, em sua palestra na UERJ, que antes da lei 12.850/13, ou seja, quando a organização criminosa não era um delito autônomo, denunciava-se abusivamente, a fim de investigar com outros meios de

punitiva-por-maria-lucia-karam> Acesso em: 25. jun. 2016.

28 MOLLO, Juan Pablo. *O delinquente que não existe*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 22.

29 GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 14.

30 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Bem jurídico tutelado nos crimes de organização ou associação criminosa*. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/136115450/bem-juridico-tutelados-crimes-de-organizacao-ou-associacao-criminosa>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

obtenção de prova.³¹ Tal conduta se torna possível ante a amplitude da lei, tendo em vista que se pode iniciar uma investigação antes mesmo de qualquer ação concreta ser realizada, afinal, “o crime organizado não depende da realização dos planos elaborados, ou seja, não requer o cometimento dos crimes planejados. A periculosidade real da conduta associativa permanente já é o quantum satis para a incidência da norma punitiva”.³² Esta é a resposta para a questão mencionada anteriormente, o tipo penal demasiadamente aberto dá margens a aplicações da norma que superam o permitido pelos valores básicos constitucionais. No entanto, deve-se ter em mente que “O direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize; não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais.”³³

Portanto, a diretriz dos operadores do direito deve ser sempre a dignidade da pessoa humana, sob pena de adentrar no campo do totalitarismo e intolerância, abandonando-se o Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana é, para Miguel Reale, valor-fonte das conhecidas invariantes axiológicas.³⁴ Portanto, o segundo ‘pilar’ de uma aplicação justa da lei é o respeito à dignidade da pessoa humana.

NORMA PENAL E VIOLAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Segundo Miguel Reale é da integração do fato em valor que surge a norma. Aqui já foram mencionadas as questões (problemas) fáticas e valorativas (axiológicas) da lei de organização criminosa.³⁵

Parte-se do pressuposto que a norma foi criada em meio ao clamor público, muito influenciado por potências globais e pela mídia e está disposta de tal maneira que o aplicador do direito deve ter muito cuidado ao aplicá-la, sob pena de ferir os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

A lei penal cumpre seu papel de tranquilizar o medo da sociedade, que se sente mais segura com uma punição mais contundente, mas definitivamente não resolve o problema. Já dizia Damásio de Jesus, “o Direito Penal desemboca na cadeia. Se ela não é segura, não

31 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Palestra: Uma análise sobre a nova lei de organização criminosa*. I Congresso de Estudos Constitucionais Penais – UERJ. Rio de Janeiro: 10 out. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4-a9W7eBpI8>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

32 GOMES, Luiz Flávio. *Comentários aos artigos 1º e 2º da lei 12.850/2013 – criminalidade organizada e crime organizado*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada>>. Acesso em: 25. jun. 2016.

33 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro:Revan, 2007. p. 20.

34 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80.

35 *Ibid.*, p. 59.

adianta alterar um milhão de vezes a legislação penal. Nem agravar as penas. Nem instituir a prisão perpétua”.³⁶ O primeiro comando da capital(PCC) é prova disso, trata-se de uma das organizações criminosas mais temidas no Brasil, e que se formou justamente dentro dos presídios.

A fim de diminuir a sensação de insegurança presente na sociedade e impulsionada pela mídia³⁷ legitima-se a utilização do Direito Penal, no entanto, tal aplicação pode se dar apenas simbolicamente³⁸ e não de maneira efetiva a combater o crime organizado. Nesse sentido a crítica de Luiz Flavio Gomes:

“O crime organizado é camuflado, clandestino, pouco ou nada visível; as organizações criminosas são ostensivas, servis, fragmentos operativos dos interesses daquele. As organizações criminosas são poderosas e normalmente violentas, ou seja, precisam ser combatidas (não há dúvida sobre isso), mas é necessário ter consciência que esse combate está sendo feito ao varejo, não ao atacado (não à inteligência do grupo). Enquanto se ataca somente o grupo ostensivo, o crime organizado nunca termina. Atacar os criminosos do Paraisópolis (SP) não significa atingir o crime organizado, que não reside aí.”³⁹

Ademais, impende mencionar que se adentra em um contexto de relativização de garantias a ponto do delito de organização criminosa se tornar meio para a investigação de suspeitos, fundada em riscos presumíveis, os quais buscam justificar a atuação estatal na proteção de valores cada vez mais coletivistas, em detrimento dos individuais.

Partindo dessa premissa, devem-se considerar os riscos em razão da supressão de liberdades do homem, e o risco é sempre o de levar o Direito Penal ao campo do direito penal do autor, ou do inimigo. Afinal, sendo o fato abrangente – como já mencionado - também o é a norma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi fazer uma análise abrangente da lei 12.850/2013, utilizando-se para tanto da teoria tridimensional do direito. Ademais, em razão das alterações que a lei provocou no direito de punir do Estado, buscou-se realizar uma comparação do novo

36 JESUS, Damásio de. *Aumento da Violência e Impunidade*. Disponível em:

<<http://www.sedep.com.br/artigos/aumento-da-violencia-e-impunidade>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

37 NAVARRO, Suzana Soto. *La influencia de los medios en la percepción social de la*

delincuencia. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

38 BERTONI, Felipe Faoro. A expansão do direito penal e a cultura punitiva. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2016.

39 GOMES, Luiz Flávio. *Quem combate lambaris não pega tubarão*. Disponível em: <

<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930639/quem-combate-lambaris-nao-pegatubarao>>. Acesso em 15. jun. 2016.

delito com as outras figuras anteriormente tipificadas na lei penal.

Apresenta-se a questão da globalização e sua influência nesse tipo delituoso, o fato de que a criminalidade organizada não conhece fronteiras e se alastra em todo o mundo.

Com esse trabalho foi possível concluir que a organização criminosa é um problema inerente às sociedades atuais e que o risco, ou o medo do risco que essas organizações geram faz com que a população clame por um direito penal mais rígido, de forma a combater tais facções. Por outro lado, percebe-se que mesmo com a criminalização da organização criminosa trazida pela lei 12.850/2013 e a possibilidade de utilizar meios de investigação mais contundentes, esse tipo de criminalidade continua incontrolável.

Por fim, pondera-se que o combate a tal tipo de criminalidade deve ser feito de maneira inteligente, buscando abarcar não só a linha de frente, mas também os mandantes. A organização criminosa se tornou um delito extremamente rentável, cabe ao Estado organizar-se de maneira a apresentar um combate efetivo a essa criminalidade.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ai direito penal brasileiro. 11.ed. Rio de Janeiro:Revan, 2007.

BECK, Ulrich. La sociedade del riesgo global. Madrid: Siglo XXI, 2009.

BERTONI, Felipe Faoro. A expansão do direito penal e a cultura punitiva. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Primeiras reflexões sobre organização criminosa. Disponível em: <<http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936003/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. Palestra: Uma análise sobre a nova lei de organização criminosa. I Congresso de Estudos Constitucionais Penais – UERJ. Rio de Janeiro: 10 out. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4-a9W7eBpI8>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC 96.007/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 jun. 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807847/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf/inteiro-teor-112281150>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Bem jurídico tutelado nos crimes de organização ou associação criminosa. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/136115450/bem-juridico-tutelado-nos-crimes-de-organizacao-ou-associacao-criminosa>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. Palestra: Lei de organização criminosa. Lei: 12.850/2013. Escola Superior de Advocacia de Goiás – ESA. Goiânia: 15 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HvYE4osMZUg>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

ENTREVISTA com Marshall McLuhan. [s.i.]: Abc, 1997. (43 min.), son., color. Legendado. Exibido pelo programa Monday Conference. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fvRMpS-aGLE>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

FRITJOF, Capra. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Disponível em: <http://www.fdvdigital.org/rede/?task=callelement&format=raw&item_id=7&element=f8cc2b8a-3065-4028-9a9b-fb49b5cfffbe&method=download>. Acesso em: 19 jun. 2016.

GIORGI, Raffaele de. Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. Criminologia. Coleção Ciências Criminais. vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. A diferença entre o crime organizado e a organização criminosa. Disponível em: <<http://legislativonesp.blogspot.com.br/2012/12/a-diferenca-entre-crime-organizado-e.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. Comentários aos artigos 1º e 2º da lei 12.850/2013 – criminalidade organizada e crime organizado. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932382/comentarios-aos-artigos-1-e-2-da-lei-12850-13-criminalidade-organizada>>. Acesso em: 25. jun. 2016.

_____. Quem combate lambaris não pega tubarão. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930639/quem-combate-lambaris-nao-pegatubarao>>. Acesso em 15. jun. 2016.

GREGHI, Fabiana. A delação premiada no combate ao crime organizado. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1512243/a-delacao-premiada-no-combate-ao-crime-organizado-fabiana-gregghi>>. Acesso em: 26. jun. 2016.

JESUS, Damásio de. Aumento da Violência e Impunidade. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/aumento-da-violencia-e-impunidade>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitivista. Disponível em: Acesso em: 25. jun. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MEANOVICH, Tairone Guimarães. O ordenamento jurídico, a criminologia, delimitando o controle social e a ressocialização do criminoso. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/12200181-Faculdade-interamericana-de-porto-velho-ro-tairone-guimaraes-meanovich.html>>. Acesso em: 26. jun. 2016.

MOLLO, Juan Pablo. O delinquente que não existe. Salvador: Juspodivm, 2016. Tradução de: Débora de Souza de Almeida.

NAVARRO, Suzana Soto. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito Penal das organizações criminosas: introdução aos problemas fundamentais em Organizações Criminosas. Teoria e Hermenêutica da Lei nº 12.850/2013. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

_____. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada: que política criminal? O Direito Europeu emergente. Coimbra: Coimbra, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino. Crime Organizado, in Direito Penal e Direito Processual Penal: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TASSE, Adel El. Nova lei de Crime Organizado. Disponível em: <<http://adeeltasse.jusbrasil.com.br/artigos/121933118/nova-lei-de-crime-organizado>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

WERNER, Guilherme Cunha. Teoria interpretativa das organizações criminosas: conceito e tipologia em Organizações Criminosas. Teoria e Hermenêutica da Lei nº 12.850/2013. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; BARBOSA, Emerson Silva. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.