

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA



VII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

ADRIANO ARANÃO

DÉCIO FRANCO DAVID

ROBERTO DA FREIRIA ESTEVÃO

©2017 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Adriano Aranão, Décio Franco David & Roberto da Freiria Estevão
(Orgs.)

Luiz Fernando Kazmierczak
(Editor)

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

Comissão Científica do VII SIACRID

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

Prof. Dr. Flavio Luiz de Oliveira (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 Crimonologia / Adriano Aranão, Décio Franco David & Roberto da Freiria Estevão, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2017. (Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-53-1

1. Violência e Crimonologia / Adriano Aranão, Décio Franco David & Roberto da Freiria Estevão.

CDU-344

Índice para catálogo sistemático

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

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

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A CRIMINOLOGIA CULTURAL E O ROCK N' ROLL: O ALCANCE DO ESPECTRO DE AÇÃO DA CRIMINOLOGIA PARA ALÉM DOS MODELOS TRADICIONAIS	5
Diogo Ramos CERBELERA NETO Florestan Rodrigo do PRADO	
A ESCALA EVOLUTIVA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL E SUA (in) EFICÁCIA LIMITADORA NO DIREITO PENAL ATUAL	21
Gustavo Henrique Barbosa SANTOS	
A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA CRIMINOLOGIA CULTURAL	41
Mariana da Silva PEREIRA Fernanda de M. L. MADRID	
AS INTERPRETAÇÕES ACERCA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL E SEU PARALELO COM O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	52
Guilherme Martins Barbatto PIVA João Pedro Gindro BRAZ	
A SOCIOLOGIA DE O AUTO DA COMPADECIDA – UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIOLOGICA SOBRE A ADAPTAÇÃO PARA OS CINEMAS DA OBRA DE ARIANO SUASSUNA	70
João Victor Nardo ANDREASSA	
COLABORAÇÃO PREMIADA E TEORIA DOS JOGOS: CONTRIBUIÇÕES DA ECONOMIA PARA O ESTUDO DO PROCESSO PENAL	84
Carla Roberta Ferreira DESTRO Guilherme Gonçalves ALCANTARA	
DIREITOS HUMANOS PENAIIS: ANÁLISE CRÍTICA NO TRATAMENTO DOS DETENTOS	105
Matheus Arcangelo FEDATO Valter Foleto SANTIN	
DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL: O PARADOXO ENTRE A CONSTITUIÇÃO IGUALITÁRIA E O SISTEMA PENAL SELETIVO	126
Walter de Oliveira CAMPOS	
FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO: A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO ÓBICE DA RESSOLIAZAÇÃO DO CIDADÃO	146
Igor Gustavo Bezerra de ARAÚJO	

JUSTIÇA RESTAURATIVA E CRIMINALIDADE JUVENIL: ALTERNATIVA À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL?	165
Matheus Gomes CAMACHO Bárbara Tani de LIMA	
MEDO, VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE URBANA: LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO DIREITO À CIDADE	189
Thaís de Moraes GARROTE Ana Paula MEDA	
O ACESSO AO TRABALHO COMO PRINCIPAL FATOR DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL	211
José Antonio da SILVA Fabiani Daniel BERTIN	
JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA NO BRASIL: UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL	233
Renan Cauê Miranda PUGLIESI	
O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DE EXCEÇÃO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM	254
Danielle Augusto GOVERNO	
O INFORMANTE CONFIDENCIAL COMO DESAFIO DA PERSECUÇÃO PENAL E A TRANSFORMAÇÃO CULTURAL	272
Gustavo Carvalho KICHILESKI	
OS DIFERENTES MODELOS IDEOLÓGICOS E SUA INFLUÊNCIA NO SISTEMA PENAL: DO ABOLICIONISMO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO	292
Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO Luiz Fernando KAZMIERCZAK	
OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DO PROJETO DE LEI Nº 4471/2012 COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À LETALIDADE DA AÇÃO POLICIAL NO BRASIL	312
Mariana Vargas FOGAÇA Gisele Augusta ANDRÉ	
PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: UMA ANÁLISE SOBRE CRIMES DE GÊNERO E ALTERNATIVAS DE RESSOCIALIZAÇÃO	328
Vanessa Lima ALVES João Augusto Arfeli PANUCCI	
SUICÍDIO: A INCORPORAÇÃO DA PROBLEMÁTICA NO AMBIENTE CARCERÁRIO	349
Ana Clara de Oliveira ANTUNES	

A CRIMINOLOGIA CULTURAL E O ROCK N' ROLL: O ALCANCE DO ESPECTRO DE AÇÃO DA CRIMINOLOGIA PARA ALÉM DOS MODELOS TRADICIONAIS

Diogo Ramos CERBELERA NETO¹
Florestan Rodrigo do PRADO²

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo apresentar breves explicações sobre uma nova corrente criminológica intitulada de Criminologia Cultural e demonstrar a compatibilidade do *Rock*, compreendido pelas inúmeras vertentes e gêneros que surgiram no decorrer de sua evolução histórica, como objeto de estudo desta nova área criminológica. O artigo, além de esclarecer o significado da Criminologia Cultural, também discorre sobre a evolução do *Rock* e suas principais características no transcorrer da história demonstrando os temas que importam para a Criminologia e Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVES: Criminologia Cultural; Rock'n'Roll; Subistemas Sociais.

ABSTRACT

The present work aims to present brief explanations about a new criminological current called Cultural Criminology and to demonstrate the compatibility of Rock, understood by the innumerable aspects and genres that emerged in the course of its historical evolution, as object of study of this new criminological area. The article, in addition to clarifying the meaning of Cultural Criminology, also discusses the evolution of Rock and its main characteristics in the course of history, demonstrating the issues that matter to Criminology and Criminal Law.

KEY-WORDS: *Cultural Criminology; Rock'n'Roll; Social Subsystems.*

INTRODUÇÃO

A criminologia, sob o enfoque epistemológico, sempre cingiu seus conhecimentos em face daquilo que é visível no mundo real e concreto. Daí sua gênese empírica, voltando seus olhos para o estudo, dentre outros temas, da personalidade do delinquente, da postura vítima no momento do crime, dos órgãos formais e informais de controle social e, sobretudo, da dinâmica e do desenvolvimento do fenômeno criminal.

No entanto, interessa-nos ampliar o espectro de ação da criminologia, visando alcançar outras instâncias e aumentar a cercania de seu objeto de investigação. A música é um fenômeno cultural e comunitário. A inclusão do rock no plano da criminologia cultural é o que

-
- 1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.
 - 2 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP/SP. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente – ITE/SP. Professor do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. Advogado público da Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel - FUNAP

vamos analisar, sob o cuidadoso olhar causal explicativo, partindo-se da premissa de que a criminologia está jungida à cultura humana, sendo um conjunto de conhecimentos em mutação constante, que se molda e que transcende seu próprio empirismo.

Sabemos que a música está presente em nossas vidas quase que a todo o momento, seja para relaxar, para se alegrar, consolar a tristeza, viajar, ou simplesmente sem motivo algum. Mas quais, de fato, são os efeitos que a música pode produzir em nossas vidas? O que ela causa em nossas almas e entranhas, em nosso ser, nos nossos pensamentos e até mesmo em nossa sociedade, como um todo?

Não é difícil perceber que a arte se comunica conosco, de alguma maneira ela se infiltra em nossa essência e nos trazem diversas sensações. A arte esta intimamente ligada ao que fomos, somos e seremos.

Partindo desse pressuposto, exsurge a ideia para o presente trabalho, ora, se a arte é tão incisiva assim, parece evidente que, por influência daquilo que se ouve ou que se admire, até mesmo do que se lê ou se toque, os homens tendem a refletir estas sensações em suas ações e até mesmo nas suas reações, pois como já dito, a arte se comunica conosco.

Desse modo, seria possível a música - mais especificamente o rock – ter carga de influência para o comportamento delitivo? Será que este gênero musical, que é conhecido pela não adesão aos comportamentos padrões da sociedade, sempre mantendo uma postura subversiva e contestadora, agravada pelo famoso axioma *Sexo, Drogas e Rock'n'Roll*, teria relevância para o estudo das ciências criminais envolvendo a Criminologia?

É neste viés que o presente artigo trilhará, buscando entender as principais características do Rock durante seu processo histórico-social e enfatizando os pontos que possam demonstrar sua compatibilidade como objeto de estudo de uma nova corrente criminológica denominada Criminologia Cultural, que será também trabalhada em seus aspectos mais importantes, quais sejam, sua conceituação e sua metodologia de estudo.

De antemão, vale sublinhar que o foco não será o estudo da música, e sim, sua relevância no que concerne ao aspecto jurídico-criminológico a fim de demonstrar a existência de um campo de pesquisa enriquecido de oportunidades de estudos acadêmicos e científicos.

Os métodos de pesquisa empregados neste trabalho foram o dedutivo, comparativo e histórico, haja vista o trabalho ter sido produzido em bases históricas do Rock ligando-as aos *status quo* de suas respectivas épocas e evidenciando sua compatibilidade como objeto de estudo da Criminologia Cultural.

1. O PODER DA MÚSICA

A música é tão velha como a humanidade. Nos primórdios, o homem utilizou o som como instrumento de linguagem. A música era uma espécie de código de comunicação com tribos vizinhas. Não é errado mencionar que ainda hoje, a música tem semelhança evidente com a linguagem falada. Da mesma maneira que a linguagem falada é construída com fonemas, sílabas e palavras, a música é estruturada por meio de notas, acordes, períodos e seções (GONÇALVES, 2008, p. 19).

Os filósofos gregos davam a música um papel muito importante no que concerne a educação e formação dos jovens de tal modo que, segundo aponta Matt, vários deles, a exemplo de Aristóteles já advertiam que “pelo ritmo e pela melodia nasce uma grande variedade de sentimentos [...]” e “se pode distinguir os gêneros musicais por sua repercussão sobre o caráter.” (1981, p. 06.)

Segundo se verifica, é possível que grandes epopeias escritas no passado, a exemplo da lendária Odisseia de Homero, tenham sido realizadas sob forma musical, da mesma forma como os trovadores na idade média faziam (PAHLEN, 1963, p. 26-27).

Assim, podemos afirmar que a música repercute nos costumes em geral, moldando a mentalidade do homem e trazendo, como consequência a mudança das leis e até mesmo das instituições. A música está cercada de efetividade, pois permite penetrar na alma do homem desde a tenra idade, agindo sem ser percebida.

A música é tratada desta forma por Platão em seu Livro III da República (1999, p. 75):

a princípio (a música), causa dano algum, mas esse espírito de licença depois de encontrar um abrigo, vai-se introduzindo imperceptivelmente nos usos e costumes; e daí passa, já fortalecido, para os contratos entre os cidadãos, e após os contratos, invade as leis e constituições, com maior impudência, até que, ó Sócrates, transforma toda, a vida privada e pública.

Na história bíblica de Saul e Davi, a música surge como forma de acalmar os espíritos. Nesse sentido é o texto previsto no primeiro livro de Samuel, capítulo 16, versículo 23: “[...] e sempre que o espírito mau de Deus acometia o rei, Davi tomava a harpa e tocava. Saul acalmava-se, sentia-se aliviado e o espírito mau o deixava”. (1969, p. 308).

Pode-se afirmar, ainda, que a música é uma experiência pessoal, que pode ser diferente para cada pessoa. Também é uma linguagem que segue suas próprias regras, um exercício intelectual produzindo prazer estético.

Nesse sentido, expõe Newton de Salles Gonçalves:

Para alguns a impressão que a música causa limita-se ao sensorial, afetando unicamente o corpo como prazer auditivo ou convite a dança. Nesse caso encontra-

se a maioria das pessoas que vê na música um passa tempo, uma distração. Outras pessoas sentem que a música afeta o espírito, expressando sentimentos. Para um terceiro grupo, a música é acima de tudo um exercício intelectual em que a análise técnico-musical produz o prazer estético. (2008, p. 19)

O gênero musical, como espécie da arte, transmite ideias por meio de símbolos sonoros, que compõem, por exemplo, suas melodias, de caráter meramente subjetivo quanto a sua interpretação; as letras colocadas nas canções também tem papel fundamental na transmissão dessas ideias, pois tenta de uma maneira mais objetiva exprimir o que significam os símbolos sonoros, só que mesmo com elas ainda há margem para um tanto de subjetividade, já que a literatura mesmo tentando ser objetiva ainda abre espaço para diversas interpretações textuais, tornando a música no todo uma das artes mais subjetivas que existe.

A comunicação está presente na música de forma evidente, superando-se o sistema aristotélico do fim-meio da comunicação. Neste ponto, a música é um nexos comunicativo assemelhando-se ao pensamento de Habermas (BRUNKHOST, 2006, p. 269).

Diante disso, é clara a inserção da música na essência do homem e no âmago da sociedade em que este vive. Entendemos, ainda, que a música é um instrumento de potencial relevância sob o ponto de vista criminológico, no entanto, para chegarmos a uma conclusão científica razoável, é necessário traçarmos considerações básicas de como a música - mais especificamente o *rock n' roll* - funciona e se desenvolve e como ela se conecta com o homem. Sobretudo, como ela se insere no âmbito da Criminologia.

2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ROCK

É impossível falarmos do *rock* sem antes passarmos por ritmos que o antecederam e não apenas isso, o influenciaram como, por exemplo, o *Blues*, resultado da junção de música negra e a europeia.

O cenário da década de quarenta, nos Estados Unidos, representava o conservadorismo, de modo que enaltecia o *status quo* da época e fortalecia o famoso *american way of life*, glorificando a vitória na segunda grande guerra. É claro que a música, naquele tempo, não fugia disso, a *pop music* era predominantemente branca e reproduzia os padrões adultos conservadores.

O *Rhythm and Blues* (uma das vertentes do *Blues*) começava a ganhar mais força no final da década de quarenta, tratando-se de um ritmo com essência da música negra, com influência de ritmos afro-americanos. As guitarras elétricas foram essenciais para caracterização deste estilo musical. Suas letras falavam sobre os conflitos, as adversidade, a difícil vida no campo e, eventualmente, sobre celebração da vida.

Assim, consoante descreve Paulo Chacon “reprimidos pela sociedade *wasp* (*white,anglo-saxon and protestant*), a mão-de-obra negra, desde os tempos da escravidão, se refugiava na música (*blues*) e na dança, para dar vazão, pelo corpo, ao protesto que as vias convencionais não permitiam.” (1985, p. 24).

Após a segunda guerra mundial e seus milhões de mortos, muitos começaram a questionar o modelo de comportamento que levava multidões à morte, identificaram no *blues* um comportamento que sempre foi contrário a isso, mas, foi após a guerra da Coréia que o gênero ganhou maior repercussão:

Chacon ainda assevera que:

A incerteza parece ter aumentado e a vibração negra, sua voz grave e rouca, sua sexualidade transparente e seu som pesado agora alimentado pela guitarra elétrica, tudo isso parecia bem mais atrativo a milhões de jovens, inicialmente americanos mas logo por todo o mundo, que pareciam procurar seu próprio estilo de vida.(1985, p. 25)

O *Rock’n’Roll* teve como sua maior fonte o *Rhythm and Blues*. Nesse sentido, podemos destacar o papel desempenhado pelos escravos negros na sociedade norte-americana por meio de sua musicalidade e de sua cultura. Os escravos negros foram extremamente importantes para a construção da plataforma inicial da história do rock.

O primeiro grito negro cortou os céus americanos como uma espécie de sonar, talvez a única maneira de fazer o reconhecimento do ambiente novo e hostil que o cercava. À medida que o escravo afundava na cultura local - representada, no plano musical, pela tradição europeia - o grito ia se alterando, assumia novas formas. (MUGGIATI, 1973, p. 8)

O *Country and Western*, comparado ao *Blues*, também representava o sofrimento e o lamento dos pequenos camponeses brancos, o que também foi muito importante neste processo.

Foi nos anos cinquenta que o *Rock* começou a ter mais transparência, pois foi nesse período onde o *Rockabilly* surge se desvinculando do *R&B* e *Country and Western*. Os valores de rebeldia e juventude começam ser transmitidos por meio das canções de *Elvis Presley*, *Jerry Lee Lewis*, *Bill Haley and his Comets*, *Jackie Breston*, por exemplo.

Havia um ditado, atribuído a *Sam Philips* (produtor musical, compositor que descobriu *Elvis Presley* e *Jerry Lee Lewis*) que se assemelhava aos seguintes termos “Se eu encontrasse um branco com o som de um negro e o sentimento de um negro eu faria um milhão de dólares” (SCHWARTZ, 2014, p. 33). Acontece que nos anos cinquenta, os salões de *blues* eram conhecidos pela sensualidade e chamavam muita atenção dos jovens após a segunda guerra mundial.

É relevante ressaltar que há uma separação entre os roqueiros clássicos que, em sua

primeira geração, se encontram os negros – *Fats Domino, Chuck Berry, Little Richards*, etc – dos que ficaram populares antes de 1956 com raízes no *Rythm and Blues*, chamados de segunda geração, com raízes no *country* liderados por *Elvis Presley*.

Foi em 1952 que a música “*Rock the Joint*”, de *Bill Haley and the Saddlemen*, foi gravada, considerada por muitos como a primeira gravação de *Rock* feita por um branco. Em seguida, esse conjunto passou a ser chamado *Bill Haley and His Comets*, considerado como o primeiro grupo de *Rock’n’Roll* da história.

No entanto, *Bill Haley* não atendeu as novas exigências do mercado que estava nascendo, pois era insuficiente para transformar um simples modismo em algo maior. Foi assim que apareceu *Elvis Presley*, ou *The Pelvis* como era também chamado. *Elvis* foi um símbolo sexual, tendo como marca o rebolado que foi considerado obsceno para a época, conforme salienta Muggiati (1985, p.32):

Quando surgiu, sua influência foi considerada desagregadora para a mocidade americana. A partir do seu terceiro show na televisão americana, em janeiro de 1957, a imagem de *The Pelvis* só podia ser mostrada da cintura para cima, pois sua gíngua era considerada obscena.

O *Rock* nesse momento estava recheado de agressividade, sensualidade e seu estilo dominava toda uma juventude que estava a caminho de alcançar um *status* no meio social em que estavam inseridos. Os jovens dos anos cinquenta viam no *Rock* “uma expressão de rebeldia e de uma inquietude crescente contra a perceptível rigidez e banalidade de uma época dominada por políticos republicanos conservadores” (FRIEDLANDER, 2010, p.46).

A música *Rock Around the Clock* de *Bill Halley* integrou a trilha sonora do filme *Sementes da Violência* de 1955. Ela era o tema de abertura e bastava ser tocada no início da sessão para que os jovens ficassem influenciados e agitados pelo ritmo, passando a produzir grandes confusões e brigas dentro dos cinemas. Tal fenômeno ocorreu no mundo todo, inclusive no Brasil.

Isto assustou a sociedade como um todo, pois os pais viam seus filhos agindo em desconformidade aos padrões estabelecidos pelo conservadorismo social, viam sua prole reagindo de maneira não autorizada, desobedecendo, por influência dessa música espontânea e social, os tabus rigidamente sedimentados pela classe conservadora.

Na verdade, os pais daquela época foram, a maioria, educados no exército ou influenciados pela estrutura hierárquica do ambiente laboral ou familiar, além de terem uma visão, via de regra, preconceituosa sobre o *Rock*, pois sabiam que este gênero tinha origem na cultura negra, por essa razão a maioria dos pais brancos julgavam o *Rock* como um subproduto da irracionalidade humana.

A vida dos jovens, nos anos cinquenta, começava a perder sua previsibilidade, gerando uma suposta insegurança na visão dos adultos. Diante disso, o Estado, a Igreja e a família se colocavam contrários aos filhos roqueiros, enquanto estes estavam cheios de criatividade e paixão pela música.

Os anos sessenta são estrelados com o surgimento dos *Beatles*, talvez a banda de maior sucesso no mundo até hoje, esse período é marcado pela rebeldia e manifestações pacifistas contra a guerra do Vietnã. O movimento *Hippie* aparece aqui, tem como lema marcante desse tempo o famoso *Paz e amor* trazido pelo festival de *Woodstock*, em 1969. Outro artista marcante da época foi *Bob Dylan*, caracterizado pelas canções de protesto.

Ocorreu, nesta época, um fenômeno contracultural, diferente da década anterior onde o enfoque estava ligado mais a um romantismo, o *Rock* aqui passou a ser um catalisador da contestação política. É nesse período que surgem os *hippies*, cujo movimento defendia, entre outros, alguns valores como “a paz, a ecologia, as liberdades civis, as novidades espirituais, o feminismo e a liberação sexual” (HEIN apud SCHWARTZ, 2014, p.41).

Conforme expõe Muggiati:

Movidos pelo slogan “paz e amor”, esses jovens que se entregaram à ideologia do pacifismo, do amor livre e das “viagens” de LSD representaram um movimento importante para a contracultura: “o movimento hippie vai construir suas comunidades em meio a um clima astrológico que previa (...) o advento de um novo mundo” (CHACON, 1985. p. 63). Eles esperavam pela “Era de Aquário” em meio à busca pelo prazer: “... não havia lugar para a injustiça social, a degradação da natureza e a opressão humana.”(1985, p. 41).

O consumo de drogas foi muito intenso no final dos anos sessenta, com destaque ao marcante festival *Woodstock* em 1969 que chocou a sociedade conservadora da época e se tornou uma espécie de símbolo desta geração.

Em seguida, na década de setenta, emerge o *Punk*, movimento que não veio apenas como uma espécie de protesto político, mas, detinha uma face musical também. Traduzindo-se como uma espécie de movimento anarquista da música, como um subproduto de uma sociedade violenta, o *Punk* representava um espelho perverso desse cenário. No Brasil, o tema emergiria em capítulo posterior, com o surgimento de bandas que possuíam a necessidade de criticar a realidade da época, tais como *Restos de Nada*, *AI-5*, *Cólera*, *Condutores de Cadáver*, dentre outras, que representavam, de forma legítima, o início do *movimento punk* no Brasil.

Conforme sublinhado, o *Rock sempre* significou uma ruptura de barreiras, mas parecia, ainda, não ser ainda suficiente. O chamado *movimento punk* surgiu para reforçar o caráter subversivo do *Rock*, representando o subproduto de uma sociedade violenta e injusta.

Com o visual extravagante, os *punks* causaram grande choque na sociedade setentista com seus cabelos moicanos, correntes e *piercings*.

Suas ideias principais eram absolutamente subversivas, não somente do ponto de vista político, mas musical também, para eles, os músicos não precisavam possuir técnica musical para se expressarem. Na verdade, era difícil encontrar quem realmente sabia tocar um instrumento musical no universo *punk*. Uma guitarra vagabunda, um amplificador podre e uma bateria de lata eram os instrumentos ideais para qualquer garoto tocar a música *punk*. A fórmula era simplicidade, energia e rebeldia. (ESSINGER, 1999, p.15).

No Brasil, os *punks* sempre foram associados a malfeitores e integrantes de gangues. Isso talvez pelo sucesso do filme “*The Warriors – Os selvagens da noite*” de 1979. Na verdade, inúmeros fatores fizeram com que, realmente, surgissem diversas gangues, compostas por adolescentes, no início dos anos oitenta. Nesta época havia muita violência nos grandes centros urbanos. Socos-ingleses, facas e correntes eram acessórios comuns para os *punks*. Ocorre que, muitas músicas *punk* instigavam as brigas, tal como ocorria especialmente entre os *punks* de São Paulo e os da região do ABC (composta por Santo André, São Bernardo e São Caetano).

Nos anos oitenta, o *Rock* começou a ter múltiplas faces, isto é, ganhou várias ramificações, dentre elas, a mais importante, o denominado *Heavy Metal*, que por si só, possuiu dezenas de subgêneros, as vezes, contraditórios entre si, como por exemplo, o *Black Metal* que supostamente cultua o diabo e o ocultismo enquanto o *White Metal* é voltado a louvar a Deus. No mesmo sentido, o *Thrash Metal*, que surgiu com uma postura de protesto, incrementada por críticas sociais e, muitas vezes, religiosas, a exemplo da banda americana *Slayer*, como um dos maiores representantes deste gênero. Como se observa, este gênero musical está sempre em mutação. Na verdade, tudo poderia ser alvo das letras, das roupas e do modo de se manifestar.

Conforme ensina Paul Friedlander (2010, p.383):

Com as instituições sociais e econômicas da sociedade, incluindo os relacionamentos familiares e o sistema educacional, decaindo e as oportunidades de empregos, dos que sustentavam as famílias, desaparecendo, era natural que um estilo de música popular refletisse a desilusão, medo e impotência que acompanhavam esta situação. Os rapazes buscavam por uma identidade de força, e no início o heavy metal era masculino e poderoso.

Então, conforme verificamos, o espectro do *Rock n’ Roll*, ao longo das décadas, passou a ser mais amplo, haja vista que passou a ter inúmeras vertentes, múltiplas ramificações, às vezes, até mesmo antagônicas entre si. Vários assuntos são explorados pelo gênero *Rock*, desde o misticismo até os conflitos sociais, psicológicos e espirituais.

Uma verdade salta aos olhos, ao longo dos tempos, o *Rock* nunca perdeu a sua característica mais importante, qual seja, a de ser um gênero da cultura musical com uma essência extremamente subversiva e transgressora. Trata-se de um modelo ilimitado, buscando sua liberdade de manifestação artística intensamente.

Sob este prisma, podemos asseverar que, enquanto não houver restrição ao direito de manifestação artística, o *Rock* não deixará de expor sua verve contestadora. O gênero *Rock*, sem dúvida alguma, foi fundamental para a aquisição de direitos fundamentais. No momento em que influenciou comportamentos humanos, o *Rock* foi, sem sombra de dúvidas, um dos motivos que mais influenciaram o amadurecimento dos direitos de manifestação do pensamento artístico, no sentido de que impulsionou as expectativas normativas.

Partindo-se do pressuposto de que o *Rock* foi, e é, intimamente ligado a alteração dos costumes e dos valores em sociedade e, conseqüentemente, ao próprio Estado por meio de alterações legislativas, tal como os filósofos gregos já afirmavam, pode-se dizer que o gênero musical *Rock* figura como uma espécie de *subsistema da arte*, agindo, também, como um fértil ambiente para o subsistema do Direito e da Criminologia.

3. CRIMINOLOGIA CULTURAL. O QUE É?

A denominada *Criminologia Cultural* nasceu nos Estados Unidos, no final dos anos noventa, pelas mãos de Jeff Ferrell e foi, posteriormente, implementada na Inglaterra, pelo departamento de criminologia da Universidade de Kent. Sua finalidade é descobrir o encanto do público em geral pela violência e pelo crime. Sob o prisma desta corrente criminológica, a cultura é a base de todo crime. (MASI; MOREIRA, 2014, p. 451).

Sob outro plano, a Criminologia Cultural consiste em uma abordagem teórica, metodológica e intervencionista do estudo do crime, onde a criminalidade e o seu controle são erigidos em um contexto cultural.

Deste modo, o crime, as agências e as instituições de controle são tratadas como *produtos culturais*. Analisar o contexto de onde o crime e o controle da criminalidade estão inseridos é fundamental para entendermos suas reais conseqüências.

Diferente da *Criminologia Ortodoxa* (criminologia positivista e seu paradigma etiológico), a *Criminologia Cultural* aponta a necessidade de estudar o apogeu e a queda dos elementos culturais sob o ponto de vista eminentemente interdisciplinar. Para ela, há uma constante inovação moral e transgressão. (ROCHA, 2012, p. 272). Sendo assim, os conceitos de crime, de desvio e de controle de criminalidade, são criados tanto pelos sujeitos envolvidos, a exemplo dos infratores, das vítimas e dos atores do sistema penal, quanto pelos

elementos de intermediação e desenvolvimento e de cultura, envolvendo os meios de comunicação e outras intervenções culturais, como é o caso do marketing e da mídia.

Esta vertente criminológica não deseja analisar os motivos fáticos da criminalidade, mas sim, analisar o seu controle sob o ponto de vista cultural, preocupando-se com o consumismo da sociedade e o papel da mídia nesse contexto. (SOUZA; SOTO, 2012, p. 14).

A expressão *Criminologia Cultural* é uma espécie de designação para uma quantidade de interesses criminológicos, estabelecendo um liame entre o crime e a cultura. Em outras palavras, nas sociedades contemporâneas, a ligação entre a prática de atos criminosos e o fenômeno da cultura está presente na vida diária de todas as pessoas, onde, muitos crimes nascem de experiências coletivas e emoções que estabelecem formas de comportamento, contribuindo para a marginalização de grupos sociais, através de empreendimentos de natureza cultural como a música, filmes, programas de televisão e a mídia em geral (ROCHA, 2011, p. 14).

No entanto, essa nova teoria da Criminologia não deve ser vista como uma forma de oposição às teorias criminológicas modernas. Pelo contrário, deve ser visualizada como um meio de renovar o estudo do crime, expandindo-o.

A experiência do crime, em primeiro plano, raramente é vista nos estudos tradicionais criminológicos do desvio, por isso podemos dizer que a *Criminologia Cultural* traz metodologias que se diferenciam das demais, por ter um viés mais humanista de pesquisa, inadmitindo a possibilidade de uma criminologia estritamente objetiva, impulsionando seu pesquisador a ter um maior envolvimento nos ambientes onde os delitos acontecem.

Neste passo, Rocha e Silva afirmam:

criminologia cultural pretende ir ainda mais além, convidando o pesquisador a participar de experiências limítrofes e a conhecer ambientes considerados criminógenos ou criminosos. Em face do desejo de estudo do primeiro plano do crime, mostra-se importante, ao investigador, conhecer as sensações de humilhação, arrogância, desejo de vingança e indignação, a assunção de riscos, e toda a dinâmica emocional vivida no fenômeno criminoso (2015, s.p.)

Os efeitos culturais ganham dimensões extremamente relevantes para a criminologia, segundo explica Carlos Alberto Elbert:

ignorar a realidade ontológica dos comportamentos danosos e seus efeitos culturais resultou, em consequência, uma omissão grave, que distanciou a criminologia crítica dos sucessos cotidianos e de sua percepção social, conformada culturalmente, em boa medida, pelos meios de comunicação (2012, p. 143.)

Sendo assim, a Criminologia Cultural expande os horizontes metodológicos, emitindo a mensagem de que é preciso transcender o estudo do *objeto clássico* do crime e ir para além dos aspectos psicossomáticos e das desigualdades econômico-sociais como fatores

da criminogênese.

Pontuam, ainda, Rocha e Silva:

as falhas na estrutura social são causas do crime, mas não as únicas; e, no ato delituoso, tal qual em outros fenômenos humanos, a estrutura social de classe ou a etnia relacionam-se com decisões situacionais, estilo pessoal e referências simbólicas – interações culturais com seu autor (2015, s.p.)

Para este movimento intelectual, o ato de transgressão possui uma carga atrativa para o transgressor, diferente do positivismo que defende a tese de que o indivíduo está mecanicamente impulsionado para transgredir. Na teoria da escolha racional, o autor busca falhas nos sistemas de controle social para atravessa-los.

O *Rock* consiste em uma subcultura da arte, que gera um ambiente para os demais sistemas sociais, tais como o Direito e a Criminologia. A conexão entre eles será feita através da *Criminologia Cultural*, que possui características extremamente compatíveis com este meio de comunicação que será traçado com a música que também é um gênero cultural.

Como dito, a arte está intimamente ligada às questões políticas e sociais. O *Rock* reflete bem esta característica, principalmente por ser um gênero artístico-musical rebelde e contestador das instituições que compreendem o sistema estatal. A maior prova disso são as intervenções da censura oriunda do Estado repressor ao longo dos anos da ditadura militar no Brasil. A música, não só no Brasil, mas no mundo todo, ao longo da sua história, sempre foi objeto de censura.

Antes, porém, do nível político, precisamos definir melhor o nível de ação da música. Seu papel galvanizador é indiscutível, e a maior prova disso é a necessidade que o sistema tem de censurá-la quando se vê duramente atingido. Proibida na África do Sul, *Brick in the Wall* do Pink Floyd serviu de música-tema para os manifestantes negros perseguidos pelo racismo. Da mesma forma (embora não seja rock), *Caminhando* de Geraldo Vandré simbolizou toda a resistência estudantil à repressão da ditadura militar brasileira no período pós-AI-5. (CHACON, 1985, p. 50).

Nesse sentido, o papel político e social do *Rock* é expor os problemas que a sociedade vivencia, no sentido de que não há longas explanações teóricas a serem desenvolvidas, por óbvio. A música sofre de uma espécie de limitação cronológica temporal, que não permite longas argumentações. No entanto, ela carrega muita efetividade na propagação de ideias, pois se trata de um veículo de massa para se alcançar um comportamento de massas.

4 FORMAS DE TRABALHO DA CRIMINOLOGIA CULTURAL: O ROCK COMO OBJETO DE ESTUDO

A proposta aqui ventilada envolve dois prismas extremamente relevantes. De um

lado a arte, manifestada pelo *Rock n' Roll* e, de outro, a ciência, representada pela Criminologia.

A Criminologia Cultural tem uma peculiaridade singular, qual seja, a de ultrapassar os limites dos estudos da Criminologia Ortodoxa, avançando nas teorias da Criminologia Marxista e Crítica, sem pretensão de substituir nenhuma corrente criminológica anterior, muito pelo contrário, sua ideia é aprimorar os estudos de natureza criminológica de forma a completar o que as demais correntes já estabelecem.

Neste passo, a Criminologia Cultural quer evidenciar o sentido da atividade delitiva no momento que a transgressão ocorre, com maior interesse no primeiro plano do crime, esclarecendo os símbolos de percepção e realização do delito, por meio da apreensão visual e sensorial deste. Isto quer dizer que tem escopo de estar mais perto da realidade, o que não ocorre quando vestimos a ótica da Criminologia Ortodoxa.

Para os criminologistas culturais, os significados simbólicos e os estilos de comunicação dão a dinâmica da vida humana, fazem parte da vida também dos que estudam o crime e seu controle, portanto devem ser parte intrínseca ao estudo do crime. A escrita em terceira pessoa, o cálculo em percentuais estatísticos, as grandes tabelas e fluxogramas separam a imagem, a emoção e a subjetividade destas relações, só perpetuam este distanciamento calculado (STREHLAU, s.a., p. 20).

A Criminologia Cultural estuda não somente o crime, mas a transgressão, que deve ser entendida como a conduta de ir contra as regras pré-estabelecidas pela sociedade, com uma análise dos valores éticos e morais estabelecidos pela mesma sociedade no âmbito da cultura.

A cultura é entendida como uma condição de existência dos homens, produto de um processo contínuo que dá sentido as ações, onde o homem acumula suas experiências, uma espécie de autoliberação progressiva. (ARANHA; MARTINS, 1989, p. 05-06).

Assim, a Criminologia Cultural avança na visão do indivíduo como um ser envolvido nos fatores intrínsecos da dinâmica social na hora da experimentação do crime, isto é, busca entender o significado simbólico do crime com relação às subculturas e as formas de controle criminal. Ela parte do pressuposto de que o ato de transgredir possui um atrativo e quando miramos a relação entre as subculturas, surge a ideia da contracultura criminosa, onde seu estilo de vida choca com os conceitos convencionais de legalidade e moralidade (ROCHA, 2012, p.24).

Vale acentuar que este estilo de vida pertence a identidade subcultural do grupo, que se diferencia da cultura predominante por meio de símbolos, como o modo de se vestir, o modo de se comportar, etc. Neste prisma, podemos encaixar o *Rock*, pois durante todo o seu processo histórico, o mesmo tinha como principal característica a transgressão.

Quanto a este atrativo, é importante lembrar umas principais obras da Criminologia Cultural, *Crimes of Style* de Jeff Ferrel de 1996, onde é relatada a experiência do autor convivendo com os grafiteiros em Denver no Colorado, EUA, onde estes tinham como a razão de transgredir a pura adrenalina de criar e se colocar contra a lei através da necessidade de se expressar. (CARVALHO, 2009, p. 323).

Assim como na subcultura dos grafiteiros, na subcultura do *Rock* também temos um campo de investigação dos estudos culturais, pois há todo um conjunto de características sociais ligadas à pós-modernidade, envolvendo posturas e comportamentos subversivos. (CARVALHO, 2011, p. 176). O comportamento desviante e os símbolos de cultura consistem em preocupações metodológicas da Criminologia Cultural, segundo expõe Oxley da Rocha (2012, p.13):

Estabelecer em que medida o comportamento desviante ou criminoso desafia, subverte ou resiste aos valores, símbolos e códigos da cultura dominante. A preocupação em investigar as subculturas desviantes, nos termos precisos de desafios e resistências que elas oferecem, é a principal linha divisória entre a Criminologia Cultural e aquelas criminologias que levam a cultura a sério, mas não representam o desvio como desafio e resistência. É preciso ter presente a ideia segundo a qual subculturas desviantes desafiam a cultura dominante não implica que elas o façam de maneira consciente ou direta.

Sob o ponto de vista de Jeff Ferrel, muitas vezes estas subculturas minoritárias acabam sendo rotuladas pela *mass media* como autoras de produtos criminosos, justamente porque aqueles que ocupam posição na mídia pertencem à cultura Majoritária e estas se sentem numa posição superior e adequada para afirmar o que é ou não criminoso (1999, p.405).

Diante disso, podemos afirmar que o gênero *Rock* se amolda perfeitamente no estudo da Criminologia Cultural, pois verificamos que se trata, claramente, de um estilo artístico-musical desafiador do *status quo*, sendo uma expressão da cultura contrária àquilo que se entende por correta, não se enquadrando no padrão dominante, podendo sofrer as consequências sancionatórias das autoridades.

CONCLUSÃO

Ficou devidamente constatado, neste rápido estudo, que a música, especialmente o *Rock*, pode influenciar o comportamento humano, o que é extremamente relevante para a Criminologia. Demonstrou-se que o *Rock*, por ser um produto da subcultura pode ser explorado pela Criminologia Cultural, figurando como um objeto de estudo mais aprofundado, haja vista que existe plena compatibilidade deste gênero musical com os comportamentos desviantes.

Verificamos que existem diversos temas que interessam a Criminologia Cultural, considerando o ambiente cultural em que eles se desenvolvem. O gênero *Rock* é palco cultural para vários tipos de delitos.

Percebemos uma nítida relação da Criminologia Cultural com os mecanismos de controle social, desenvolvendo sua ação na tentativa de entender o crime e buscar novos meios que possam auxiliar na diminuição de comportamentos delitivos. No entanto, também ficou sedimentado, na abordagem aqui realizada, que a Criminologia Cultural traz consigo uma nova abordagem: a lente do criminologista cultural não estuda a cultura do *Rock* por meio tão somente de estatísticas, pautando-se no tradicional empirismo. Ela expande seu espectro e lança seu campo de visão para além destas estacas.

Vale dizer que a Criminologia Cultural propõe um novo método, o de ingressar no mundo cultural e *underground* do *Rock*, e fazer parte dele, buscando entender o caráter subversivo e transgressor deste gênero. O *Rock* desperta emoções e sentimentos nas pessoas, incitando comportamentos desviantes. Entender sua subcultura como um todo, no aspecto social e seus reflexos é finalidade da Criminologia Cultural, por isso ela busca encontrar, com mais eficiência, métodos que possam realmente cooperar com as instituições de controle social, sem que haja discriminação no tratamento entre eles. Restou evidente que o *Rock* integra a sociedade e seus grupos constituídos por subculturas, mostrando-se relevante objeto da Criminologia Cultural.

Deste modo, ficou devidamente constatado que a Criminologia Cultural pretende ampliar e expandir os estudos traçados pela Criminologia Ortodoxa, almejando, de forma cada vez melhor, conhecer o fenômeno do crime na sociedade pós-moderna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando, introdução à filosofia**. São Paulo: Editora Moderna, 1989.

BAQUARÁ, Blogzine. **A História do Movimento Punk no Mundo e no Brasil**. Disponível em <<https://agenciabaquara.wordpress.com/a-historia-do-movimento-punk-no-mundo-e-no-brasil/>>. Visitado em: 23 de Abril de 2017.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada: antigo e novo testamento**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BRUNKHORST, Hauke [et al]. **Jürgen Habermas: O poder vingativo da razão comunicativa**. Coleção História da Filosofia. Tradução de Ilson Kayser. In: Hennigfeld, Jochem; Jansohn, Heinz (org.) São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

CARVALHO, Salo de [et al]. **Criminologia Cultural e Rock**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CHACON, Paulo. **O que é ROCK**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

CHAVES STREHLAU, Juliana. **Criminologia Cultural**. Artigo sinótico de Monografia homônima. 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/juliana_strehlau.pdf>. Visitado em: 01 de maio de 2017.

_____. **Crime e Cultura: novas perspectivas e abordagens em criminologia e controle da criminalidade**. In: GAUER, Ruth Maria Chitó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. 2. Ed. rev. E ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

_____. **Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 81. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

_____. **Criminologia cultural: uma introdução**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 19. N. 224. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

ESSINGER, Silvio. **PUNK: Anarquia Planetária e a Cena Brasileira**. Editora 34. São Paulo, 1999.

FERREL, Jeff; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. **Cultural Criminology: an invitation**. London: SAGE, 2008. 240p.

FRIEDLANDER, Paul. **ROCK and Roll: Uma História Social**. 6 ed. Rio de Janeiro, 2010.

GONÇALVES, Newton de Salles [et al]. **Enciclopédia do Estudante: música. Compositores. Gênero e instrumentos, do erudito ao popular**. Tradução de Oscar Pilagallo Filho. In: GONÇALVES, Newton de Salles (org.) São Paulo: Moderna, 2008.

HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock. Cultural criminology: some note on the script. **Journal Theoretical Criminology**, v. 8, n. 3, p. 259-285. Disponível em: <<http://blogs.kent.ac.uk/culturalcriminology/>> Acesso em: 01 de maio de 2017.

MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. **Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 108. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

PAHLEN, Kurt. **A história universal da música**. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1963.

PLATÃO. **Os pensadores: A República de Platão**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da; **Crime , violência e segurança pública como produtos culturais: inovando o debate**. Revista dos Tribunais. Vol. 101. N. 917, São Paulo: Editora RT, 2012.

_____; SILVA, Simone Shuck da. **A Dinâmica Emocional do Desvio: uma análise em**

criminologia cultura. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/a-dinamica-emocional-do-desvio-uma-analise-em-criminologia-cultura-por-alvaro-filipe-oxley-da-rocha-e-simone-schuck-da-silv/>>. Acesso em: 8 de março de 2017.

SCHWARTZ, Germano. **Direito & Rock: O BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do Junho de 2013.** Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2014.

SOUZA, Bernardo de Azevedo; SOTO, Rafael Eduardo de. **Criminologia cultural, Marketing e Mídia.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20. N. 234. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

W. Matt – **Le Rock'n Roll, instrument de Revolution et de subversion culturelle** – Ed St. Raphael Sherbrooke, Quebec, 1981.

A ESCALA EVOLUTIVA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL E SUA (in) EFICÁCIA LIMITADORA NO DIREITO PENAL ATUAL

Gustavo Henrique Barbosa SANTOS¹

RESUMO

O objetivo da empreitada acadêmica será tratar da questão histórica que permeia a teoria do bem jurídico, ressaltando as diversas contribuições dos estudiosos da ciência penal ao decorrer dos tempos, os quais trouxeram estudos que contribuíram exacerbadamente para a formação do conceito de bem jurídico contemporaneamente admitido, para, ao final, tecer relevante análise acerca da efetividade da finalidade precípua da teoria do bem jurídico, assim entendida a que se refere à limitação da intervenção do Direito Penal. Finalidade outra da pesquisa será buscar por alternativas de resolução da problemática instalada acerca da admissibilidade de um conceito de bem jurídico inadequado na formação do ilícito penal. O método hipotético-dedutivo e dialético serão de fundamental importância na diagramação dos conceitos fundamentais que serão trazidos, para que em momento crucial da pesquisa possamos embasar o fato de que no momento atual do Direito Penal, o descompasso metodológico que sofre o legislador coloca em risco a aplicação de um Direito Penal equilibrado.

PALAVRA-CHAVE: Bens Jurídicos; Atividade legislativa; limitação do Direito de Punir; Teoria Constitucional.

ABSTRACT

The objective of the academic endeavor will be to deal with the historical question that permeates the theory of juridical good, emphasizing the diverse contributions of scholars of criminal science to the times, which brought studies that contributed exacerbated to the formation of the concept of juridical good admitted contemporaneously, in the end, to make a relevant analysis about the effectiveness of the primary purpose of the theory of legal good, understood as referring to the limitation of the intervention of Criminal Law. Another purpose of the research will be to search for alternatives to solve the established problem about the admissibility of an inadequate legal concept in the formation of criminal offense. The hypothetical-deductive and dialectical method will be of fundamental importance in the diagram of the fundamental concepts that will be brought, so that at a crucial moment of research we can base the fact that in the current moment of Criminal Law, the methodological mismatch suffered by the legislator puts at risk the application of a balanced Criminal Law.

KEY-WORD: Legal goods; Legislative activity; Limitation of the Right to Punish; Constitutional Theory.

1. INTRODUÇÃO

O fato social é sempre o ponto de partida na formação da noção do Direito. O Direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele

1 Discente do 8º Termo do Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: Gustavo_barbosa.adv@outlook.com. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, na modalidade Iniciação Científica (Vigência 2017-18).

como condição essencial à sua própria sobrevivência.

O fato social que se mostra contrário à norma de direito forja o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal, que atenta contra os bens mais importantes da vida social.

Contra a prática desses fatos, que atentam contra os “bens mais importantes da vida social”, o Estado estabelece sanções, tornando invioláveis os bens que estão sendo protegidos. Diante das afirmações supramencionadas, nos surgem algumas indagações muito relevantes para compreender essa proteção aferida pelo Estado. O que é bem? Qual sua importância? Como são eleitos? Todos os “bens” são dignos de proteção? Nesse diapasão, ao responder os questionamentos listados, fica mais fácil de compreender como é exercida essa proteção positiva por parte do Estado.

Não há dúvidas que a função específica do Direito Penal é a tutela jurídica, de modo que visa o direito proteger os bens jurídicos relevantes. A noção de bem, em sua concepção morfológica, do latim *bonum*, é múltipla, apresenta-se como um problema vocabular e filosófico, onde pode ser estudada como um termo, um conceito ou uma entidade.

Em sentido amplo, falamos em bem, já em sentido estrito, podemos falar na existência dos bens jurídicos, o qual a discussão acerca de sua definição é ainda mais intrincada. Os bens jurídicos são objeto de proteção por parte do direito, e como subespécie do bem jurídico temos o bem jurídico penal, que por sua vez é objeto de proteção para o Direito Penal, e será objeto de estudo da presente pesquisa, debruçando-nos para tanto em seu esboço histórico e evolução conceitual, a fim de constatar suas influências no que tange a questão da formação do ilícito.

A partir da definição de bem jurídico que sofreu constantes contribuições dos estudiosos do Direito no decorrer dos tempos, surgiu a teoria do bem jurídico, que viria a ser objeto de várias vertentes, teoria afirmada ao longo do tempo como um critério de delimitação não só da matéria incriminadora, mas também dos próprios contornos da tutela penal.

Ciente de referida constatação histórica quanto à função de delimitação da noção de bem jurídico, são conhecidos os impactos trazidos pela complexidade da sociedade atual no âmbito jurídico-penal, em especial, a desenfreada criação de tipos penais de tutela supra-individual, baseados em bens jurídicos de importância duvidosa e dotados de interesses não coletivos.

Nos dias atuais, cada vez mais o legislador pátrio vem adotando técnicas legislativas tendentes a considerar o direito penal como instrumento de controle social, distanciando-se dos requisitos clássicos da generalidade e da abstração.

Num Estado de prevenção dos riscos sociais, que conflita diretamente com o direito

penal do fato, a discricionariedade das decisões judiciais assume caráter programático e político semelhante às leis (BARATTA, 1994, pg. 12). Da mesma forma, ganha corpo o questionamento sobre a configuração do bem jurídico, que inevitavelmente perde sua densidade. Chega-se a discutir, na atualidade, a própria importância do conceito de bem jurídico na configuração do injusto e, assim, na delimitação da função do direito penal.

Diante das constatações supramencionadas, indaga-se se cumpriria, ainda, ao bem jurídico a função crítica de delimitação da intervenção penal. Salutar, portanto, voltar à discussão da teoria do bem jurídico, a fim de estabelecer parâmetros que possibilitem a discussão de sua eficácia na aplicação e na atividade legislativo-Penal.

2. O CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Como mencionado, em sentido amplo, bem vem a ser tudo aquilo que tem valor para o ser humano. A saber, tudo aquilo que possui valor sob qualquer aspecto, o que é objeto de satisfação ou de aprovação em qualquer ordem de finalidade. A idéia de bem se relaciona com a de utilidade, como condição para satisfazer uma necessidade do homem.

Na história da filosofia, aparecem duas correntes fundamentais:

- a) A metafísica, cujo modelo principal é o platônico, e segundo a qual bem “é a realidade perfeita ou suprema e é desejado como tal” e;
- b) A subjetiva, de base aristotélica, que conceitua bem como o inverso simétrico da primeira, isto é, “o bem não é desejado porque é perfeição e realidade, mas é perfeição e realidade porque desejado.” (ABBAGNANO, pg. 102; FABRO, pg. 1215 *apud* PRADO, 2009, pg. 18).

Devemos salientar que a noção de bem lato senso, não se confunde com a noção de bem jurídico, que por sua vez é objeto de tutela no Direito. A noção de bem pura e simples se aplica a todo e qualquer item material ou imaterial que desperta o interesse humano e o é satisfatório, ao passo que o bem jurídico, em que pese às diversas tentativas de definição, em essência é aquilo valorado pela sociedade em geral, sob ótica difusa, que, mormente recebe tutela da ciência jurídica.

Se por um lado é relativamente fácil estabelecer o que se entende por bem, de outro, intrincado é o debate acerca de uma definição fechada de bem jurídico, vertente que é tutelada pelo Direito. Há certa controvérsia em torno do núcleo central do conceito do bem jurídico que permite defini-lo como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (DIAS, 1999, pg. 93).

Bem jurídico, para JESCHECK (1993, pg. 6), são bens vitais e indispensáveis para a convivência humana em comunidade que devem ser protegidos pelo poder coercitivo do Estado mediante a pena criminal.

HANS WELZEL (1997, p. 5), por sua vez, entende que “bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente, é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”.

Para RÉGIS PRADO (1996, p. 56) “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”.

Assim, RÉGIS PRADO (1996, p. 73) afirma que:

O conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre o qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e um dado momento histórico-cultural.

Por sua vez, CUNHA LUNA (1985, p. 134) conceitua bem jurídico como bem fundamental que mais se aproxima dos “direitos naturais” do indivíduo e da sociedade, considerando, pois, como direitos naturais aqueles profundamente sentidos e vividos, cuja postergação impede ou dificulta gravemente a manutenção e o desenvolvimento do homem e da coletividade considerados como um todo.

ALICE BIANCHINI (2002, p. 35), por seu turno, entende que:

Bem jurídico é um produto da sociedade, o que limita a intervenção do direito penal à necessária prevenção de danos sociais, não lhe permitindo salvaguardar concepções de índole ideológica ou moral, ou mesmo para realizar finalidades transcendentais. Ademais, concebe o direito penal a função de realizar prestações públicas necessárias à proteção desses bens.

Em que pese todas as tentativas de conceituar bem jurídico, devemos ter em mente que tal conceito não é estanque. Ainda que em *animus* interpretativo diverso, os legisladores definem de forma uníssona a essência de bem jurídico como aqueles elementos que possuem relevância para o meio social, assim, é possível visualizar que com a mudança da sociedade, aquilo que se englobaria na noção de bem jurídico também sofre alterações. Ao passo que a sociedade evolui, os valores cultuados pela mesma se alteram, passando alguns “bens” a possuir menor valor, e outros adquirirem valor que antes não possuíam.

JORGE FIGUEIREDO DIAS (1999, pg. 62) percebe que a noção de bem jurídico, embora fulcral do Direito Penal, não pôde até hoje ser determinada com segurança capaz de convertê-la em conceito fechado.

Nesse sentido, é oportuno o ensinamento de ALICE BIANCHINI (2002, p. 39): “o bem

jurídico não pertence à sociedade em abstrato, senão que surge de um sistema concreto de relações sociais em determinado período”. O ensinamento de Bianchini externa a dinamicidade do conceito de bem jurídico, seguindo a dinamicidade que acompanha a sociedade, nos mais diversos períodos de sua história.

As tentativas de conceituação do bem jurídico são de enorme relevância para que possamos adentrar a discussão acerca das concepções do conceito de bem jurídico penal, bem como, em momento diverso, estabelecer as premissas e relevância da teoria do bem jurídico.

Toda a discussão acerca de conceituar o bem jurídico seria inócua se o seu conceito não tivesse uma finalidade principal, o que será abordado e questionado na presente pesquisa.

3. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL

A idéia de objeto jurídico do delito nasce com o movimento da ilustração e com o surgimento do Direito Penal Moderno. Em eras passadas, o ilícito penal aparecia contemplado em uma ideia eminentemente teológica ou privado. Sendo assim, segundo os ensinamentos de Franz Von Listz (LISTZ, 2003 pg. 19):

Na união social pré-histórica, que se funda na comunidade de sangue e ainda distingue o mandamento de Deus no estatuto dos homens, o *crimen* é um atentado contra a divindade e a pena a eliminação ou expulsão dos agressores à associação cultural, se bem que como sacrifício á divindade, num primeiro momento.

Sob esse prisma, o delito é acima de tudo uma espécie de pecado, uma desobediência a vontade divina. A confusão delito/pecado é a característica mais significativa da época.

Posteriormente, o movimento iluminista determinou uma visão radicalmente diferente da sociedade e conseqüentemente da problemática penal. Houve uma grande difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em sociedade, em todos os sentidos. É, por assim dizer, produto de duas linhas distintas mais tênues, o racionalismo e o empirismo.

O Iluminismo se tratava de uma postura e uma mentalidade em comum que envolvia filósofos, matemáticos, físicos, de intelectuais (inclusive pensadores do direito) de uma determinada época que procuravam, acima de tudo, se deixar guiar pelas luzes da razão para dar sua contribuição ao progresso intelectual, social e moral. Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava totalmente desvinculado das preocupações ética e religiosas, o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado. A partir daí, o delito inicia uma vida plena de idas e vindas na procura de um sentido material, ou seja, do embasamento para sua funcionalidade e formação.

O primeiro conteúdo conferido ao ilícito penal foi o de violação de um direito subjetivo, deste modo, o delito seria sempre a violação de um direito subjetivo, de acordo com

a alteração da espécie delitiva e pertencente á uma pessoa ou ao Estado.

O Direito Penal deste período se expressou na doutrina jurídica privatista de FEUERBACH, que falava em lesão de um direito subjetivo. O objeto de proteção, o núcleo essencial do fato punível, era o direito subjetivo do particular, ente de uma sociedade, sobre o qual se deveria configurar o conceito de objeto jurídico de delito.

Deve-se a FEUERBACH a primeira teoria que esboça um conceito material de delito, porquanto entendido enquanto lesão advinda de uma conduta e não, meramente, como descumprimento de um comando normativo, previsto em uma hipótese de incidência que tem como elemento deôntico uma pena, que se aproxima da noção de bem jurídico penal. O delito é, assim, entendido como a conduta que transgride um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado.

Em momento posterior, BIRNBAUM, idealizador do conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo, observa ser fundamental para a tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo ou da realidade, o denominado objeto material, importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser vilipendiado pela prática delitiva (OTTO, 1971 *apud* PRADO, 2009, pg. 27).

Com o positivismo, surgem posicionamentos doutrinários diversos acerca da noção de bem jurídico na órbita criminal.

Em primeiro lugar, com BINDING, surge uma dimensão formal, e depois, com ROCCO, ocorre uma subjetivação da norma penal em favor do Estado, sendo a noção do bem jurídico fundada no direito positivo vigente: objeto jurídico substancial específico, ou seja, bem ou interesse protegido pela norma penal (PRADO, 2009, pg. 27).

Segundo BINDING, o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado, ou seja, a ofensa a soberania estatal. Mas estabelece uma correlação entre as normas e os bens jurídicos “toda agressão aos direitos subjetivos se produz mediante uma agressão aos bens jurídicos e é inconcebível sem estes” (KAUFMANN, pg. 14 *apud* PRADO, 2009, pg. 28).

Para ele, bem jurídico é tudo que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica, sendo, portanto, sua presença indispensável à configuração do delito. A partir dessa definição, o bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo uma vinculação obrigatória para a norma. Verifica-se que é latente o caráter positivista das idéias trazidas por KARL BINDING.

Como visto os doutrinadores desde tempos outrora, tentam definir um conceito para bem jurídico na órbita penal. Após as concepções e estudos exarados pelos doutrinadores, é de enorme importância notar que de nada serve conceituar o bem jurídico penal se não

observarmos a sua finalidade precípua em relação à formação do ilícito. É a partir daí que surge a teoria do bem jurídico-penal, que tem o escopo de revelar que a ciência penal não pode prescindir de uma base empírica, nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia. A teoria do bem jurídico penal vem aferir uma função político criminal a idéia de bem jurídico penal, colocando-o como o conteúdo material e fundamental do ilícito, no qual a inexistência de lesão a esse bem enseja na inexistência de ilícito penal.

Com a teoria do bem jurídico, derivada da tentativa incessante dos doutrinadores nacionais e internacionais em definir bem jurídico, em especial, procura-se encontrar a razão de existência do chamado bem jurídico penal e estabelecer sua relação de finalidade com o Direito Penal.

Na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma, manifesto no “Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos”. A doutrina do bem jurídico foi erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com o nítido objetivo de limitar o legislador penal, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. O seu surgimento ocorre por razões de natureza político-criminal e dogmática.

Além das teorias precursoras que surgiram em meados do século XIX, vieram várias outras tentativas de definição por parte dos doutrinadores contemporâneos, sempre buscando delimitar um conceito de bem jurídico, como componente do ilícito. Veja-se:

Para ARTURO ROCCO (2001, pg. 462) *apud* LUIS RÉGIS PRADO (2009, pg. 28) o direito penal tem por finalidade “assegurar as condições de existência da sociedade, em garantir as condições fundamentais e indispensáveis da sociedade, em comum”. Há um direito subjetivo público, como pretensão jurídica do Estado em relação ao indivíduo, sendo que lhe resta o dever jurídico de acatar ou não as imposições penais.

Por fim, define o referido autor o bem jurídico penal como:

Todo bem, em sentido sociológico (individual ou coletivo, material ou moral, patrimonial ou não patrimonial), que, enquanto objeto de um interesse penalmente tutelado, recebe também proteção jurídica por parte do direito penal. Assim como todo interesse tem por objeto um bem e todo bem é objeto de um interesse, todo interesse jurídico tem por objeto um bem jurídico e todo bem jurídico é objeto de um interesse jurídico. (ROCCO, 2001, pg. 462 *apud* PRADO, 2009, pg. 28).

Zaffaroni (1982, pg. 238) considera que bem jurídico penalmente tutelado “é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam aquelas que são expressas como a tipificação dessas condutas”.

O bem jurídico Penal, segundo preceituado por Polaino Navarrete (1974, pg. 34):

É o bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do Direito Penal. Bens e valores mais consistentes da ordem de convivência humana em condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade.

Por seu prisma, BETTIOL (pg. 229-231) *apud* PRADO (2009, pg. 39) enfatiza que bem jurídico “é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que jamais pode ser considerado como algo material, embora encontrando na matéria o seu ponto de referência”.

O renomado autor adota, assim, uma concepção ético-valorativa, afirmando que “é precisamente por esta razão que falamos, a propósito do bem jurídico, de valores e não de interesses, visto que valor é o termo mais apropriado para exprimir a natureza ética do conteúdo das normas penais, ao passo que interesse é o termo que remete a uma relação” (BETTIOL, pg. 229-231 *apud* PRADO, 2009, pg. 39).

Entende CLAUS ROXIN (pg. 27-28) que bens jurídicos são:

Pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, em sua opinião, o Estado Social deve também proteger penalmente.

O bem jurídico vem a ser um valor material ou imaterial, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico penalmente protegido. A idéia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.

A partir do começo do século XX, aparecem as orientações espiritualistas que, sob influência da filosofia neokantiana, desenvolvem na área penal a concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico.

Conforme a diretriz do Neokantismo é o bem jurídico entendido como um valor cultural, sendo que “sua característica básica é, pois, a referência do delito no mundo ao ‘valorativo’, em vez de situá-lo diretamente no terreno do ‘social’” (GOMEZ BENITEZ, pg. 86 *apud* PRADO, 2009, pg. 31).

Em síntese, para tal concepção, bem jurídico vem a ser um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal: “valor ideal da ordem social juridicamente protegida” (JESCHECK, pg. 17 *apud* PRADO, 2009, pg. 32).

O caminhar evolutivo da noção de bem jurídico continuou com grande número de contribuições das mais variadas facetas, algumas de caráter negativo, tendentes a renegar teorias preteritamente concebidas, até o aparecimento das concepções mais modernas,

principalmente as sociológicas e as constitucionais.²

Em que pese às várias teorias de caráter negativo que buscam desconstruir teorias relativamente sedimentadas acerca do bem jurídico, teorias essas de nível didático exorbitante, a presente pesquisa se restringirá a evidenciar a existência das teorias sociológicas e constitucionais, além daquelas já explicitadas.

3.1 Teorias Sociológicas e Funcionalistas do Bem Jurídico Penal

Dentre as primeiras teorias sociológicas criadas acerca do bem jurídico, podem ser mencionadas as de K. AMELUNG, GUNTHER JAKOBS, H. OTTO, JÜRGEN HABERMAS, W. HASSEMER, GOMEZ BENITEZ, entre outros, onde de forma linear, porém vislumbrando a influência dos estudos sociais de forma diversa, procuraram estabelecer um liame entre o bem jurídico e a ciência penal, com as demais ciências sociais, tudo, com a finalidade de defender uma congruência do ideal de bem jurídico com os valores sociais pré e historicamente concebidos.

AMELUNG entende ser a noção de bem jurídico válida como teoria sistêmica e critério de nocividade social. A legitimação substancial da referida noção encontra-se para JAKOBS na vigência da norma enquanto objeto de tutela. O último, seguindo as ideias de LUHMANN, afirma que a missão do direito penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas. O escopo principal da missão asseverada por JAKOBS seria estabilizar a ordem social através da punição de condutas socialmente rechaçadas. Há desse modo, uma erosão do conteúdo liberal do bem jurídico, o que pode dificultar a limitação do *jus puniendi* estatal, função atribuída àquele.

Já OTTO considera o bem jurídico como a relação real ou fática de um sujeito com um objeto. Entende-se por bem jurídico uma determinada relação concreta de um indivíduo com algo que sirva para o desenvolvimento de sua personalidade (OTTO, 1971 *apud* PRADO, 2009, pg.34).

Para HASSEMER, o que importa não é a posição objetiva do bem e da conduta lesiva, mas a valoração subjetiva, com as variantes dos contextos social e cultural de determinada sociedade, assim, entende-se, em cada uma das sociedades, determinada conduta vai ser valorada de modo distinto, de forma a ser mais ou menos lesiva a determinado bem (HASSEMER, 1984, pg. 36 *apud* PRADO, 2009, pg. 34).

Por seu turno, GOMES BENITEZ reputa útil o conceito social de bem jurídico, desde que submetido a certas correções, tais como o conteúdo social do conceito e o dano social

2 As teorias sociológicas e constitucionais serão abordadas nas seções secundárias que seguem.

identificado com a necessidade de prevenção geral de penar (GOMES BENITEZ, pg. 111 *apud* PRADO, 2009, pg. 35).

Acerca da teoria sociológica, PRADO (2009, pg. 36) assevera que:

Em verdade, nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, por que certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros. Então, percebe-se que o legislador ordinário não fica jungido a nenhuma espécie de vínculo por ocasião da escolha dos tipos incriminadores e de suas respectivas sanções, e também não se vislumbra nenhuma possibilidade de impedir ou, ao menos, dificultar o arbítrio do intérprete na busca dos específicos objetos de tutela.

Verifica-se, pois, que por essa teoria, o direito aparece como um subsistema do sistema social, aonde o delito vem a ser um comportamento disfuncional, ou seja, um obstáculo ao funcionamento de todo o sistema.

De acordo com COSTA ANDRADE (1991, pg. 39):

Considerações análogas se poderiam fazer a propósito das tentativas mais recentes de substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social nos termos do funcionalismo sistémico-social. Uma substituição que valeria quer como fundamento material (e limite) da criminalização, quer para efeitos de definição do objecto da infracção. Também elas acabam – à revelia dos pressupostos metodológicos e dos princípios doutrinários que começam por invocar – por apelar para a referenciação sistémico-social do objecto da infracção, mediatizada pela subjectivização dos pertinentes juízos de valor pelo legislador.

Conceituamos, então, o bem jurídico como objeto da realidade, que constitui um interesse da sociedade para a manutenção do seu sistema social, protegido pelo Direito, que estabelece uma relação de disponibilidade, por meio da tipificação das condutas.

Ocorre que exarando avaliação ao menos superficial da referida teoria, não vemos o direito, principalmente o penal, como instrumento de controle social. Não se pode conceber o direito penal como um instrumento de fazer funcionar o sistema, assim como concebe algumas das teorias sociológicas, de forma uníssona.

Por outro lado, há de se conceber a imposição da necessidade de se evitar tanto o exagero de uma postura totalmente positivista, despida de qualquer cunho social. O que deve ocorrer, em verdade, é uma valoração daquilo que realmente interessa ao meio social, sem que o Direito Penal seja utilizado como instrumento de controle de toda e qualquer situação que infrinja a sociedade em geral.

As teorias sociológicas predominaram principalmente na Alemanha, que situaram o bem jurídico, como visto, diretamente na realidade social, ressaltando a necessidade de maior vinculação do Direito Penal com as demais ciências sociais.

Após a concepção das teorias sociológicas, surgiram as modernas teorias constitucionais do bem jurídico, que procuraram formular critérios capazes de impor de modo

eficaz e necessário o legislador ordinário aos freios salutares no momento de criação do ilícito penal.

3.2 Teorias Constitucionais do Bem Jurídico Penal

A referida teoria surge como um marco no que tange a interpretação das normas penais com viés constitucional, mas aqui não falamos em constitucionalidade no sentido da norma penal estar em consonância com o texto do Magma Lex, mas sim, que os delitos previstos na parte especial do Código Penal, tutelar bens jurídicos que encontram correlação ou similaridade com os bens protegidos pela carta cidadã, que se apresenta como verdadeira cartilha legitimadora da eleição de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Segundo assevera PRADO (2009, pg. 52), “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais”.

Segundo o doutrinador Pátrio supracitado, podem ser agrupadas em teorias de caráter geral e de fundamento constitucional estrito, sendo que a divergência entre elas é tão-somente quanto à maneira de vinculação à norma constitucional. LUÍS REGIS PRADO (*ibidem*) explica que nas primeiras, costuma-se fazer referência ao texto maior de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecido, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo.

CLAUS ROXIN (1986, pg. 27-28), trazendo resquícios da teoria funcionalista, parte da idéia de Estado Democrático e Social do Direito, aduzindo que no campo Penal, o objetivo só poderia ser garantir ao indivíduo uma vida de paz em sociedade.

ROXIN (1986, pg. 27-28) assevera que:

[...] em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece, numa palavra os chamados bens jurídicos; e o Direito Penal tem que assegurar esses bens, punindo a sua violação em determinadas condições.

O renomado autor continua aduzindo que:

No estado moderno, junto a essa proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através de meios de Direito Penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com essa dupla função, o Direito Penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna.

De modo parecido, RUDOLPHI (1991, pg. 162 *apud* Prado, 2009, pg. 53) entende que “os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores”.

Nesse contexto, o bem jurídico é concebido como uma valiosa unidade de função social, indispensável para a sobrevivência em sociedade e que possui a norma constitucional como pilar fundamental. Vale ressaltar que segundo as concepções do Professor LUIS REGIS PRADO, as concepções exaradas por ROXIN e RUDOLPHI atinem a ideia de teoria constitucional do bem jurídico em caráter geral.

Noutra senda, as teorias constitucionais de caráter estrito possuem como expoentes doutrinadores como F. BRICOLA, E. MUSCO, F. ANGIONI, J.J GONZALES RUS E E. GREGORI, os quais se orientam firmemente e fundamentalmente no texto constitucional, em nível de prescrição específica, explícitas ou implícitas, donde se encontra os objetos de tutela e a forma pela qual se deve revestir o legislador infraconstitucional, em específico, o legislador penal.

De modo geral, e sinteticamente falando, para essa teoria, o legislador deve encontrar respaldo na constituição federal para efetivar a criação de normas penais, estabelecendo como bem jurídico aquilo que aos olhos do constituinte originário foi elencado como valor primordial a preservação do estado democrático de direito e estado social, bem como valor apto a assegurar a dignidade da pessoa humana, verdadeiro postulado normativo trazido pela Magna Lex.

No que tange aos bens jurídicos penalmente tutelados, nos ensina LUÍS REGIS PRADO que “esses bens são indicados especificamente pela própria Constituição e aqueles que se encontra em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático” (1996, p. 69).

Por outro lado, temos posicionamentos diversos ao trazido pela teoria constitucional acerca do bem jurídico penal. Nesse sentido, defende GIANPAOLO POGGIO SMANIO que:

Em face da rigidez das disposições constitucionais, necessária para assegurar a tranqüilidade jurídica e social do Estado Democrático de Direito, o legislador penal não pode estar limitado ao conteúdo axiológico-constitucional para o reconhecimento de bens jurídicos penais. A rapidez com que ocorrem as mudanças sociais e os valores e necessidades da sociedade de massa contemporânea fazem com que seja recomendável que o próprio legislador penal possa ter espaço próprio para a escolha dos bens jurídicos penais reconhecidos. (Smanio, 2004, pg. 3).

Fazendo um juízo sumário dos ensinamentos de Smanio, clarividente que não merece guarita a explanação do nobre jurista, pois se concebermos as ideias exaradas por ele em seus ensinamentos, estaríamos em latente retroação na linha do tempo evolutiva que se deu com os

estudos acerca da teoria do bem jurídico.

Verifica-se que as ideias de SMANIO são muito semelhantes às de BINDING, que asseverava que bem jurídico “bem jurídico é tudo que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica”, ao passo que SMANIO defende que deve haver liberdade para que o próprio legislador ordinário escolha os bens jurídicos.

Em que pese o fato da medida ser vista com bons olhos no que tange a dinamicidade da sociedade, que ao passo que vai evoluindo, estabelece valores diferentes como importantes, levando em conta àqueles preteritamente concebidos, também é de conhecimento notório de que deixar de estabelecer parâmetros para o legislador ordinário seria deveras prejudicial para a segurança jurídica, sobretudo, ao direito de liberdade do indivíduo em sociedade, que ficaria a mercê do bel prazer do legislador, que, diga-se de passagem, possuem competência duvidosa, em estabelecer bens jurídicos e criar tipos penais incriminadores levando em conta estes bens.

E por essas e outras que nos parece que, dentre todas as teorias apresentadas nessa escala evolutiva que sofreu a teoria do bem jurídico, a teoria constitucional é a vista com melhores olhos, uma vez que a constituição federal, como Lex Max, exige observância vertical de todas as outras normas do ordenamento jurídico, sendo assim, não seria diferente com o Direito Penal, seja no momento de criação, aplicação ou alteração da norma penal.

4. AS FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO PENAL

O Estado é titular exclusivo do direito de punir, deste modo, somente ele pode aplicar a pena ou medida de segurança. O referido direito de punir tem natureza abstrata, ou seja, paira sobre todos os indivíduos que compõem a sociedade. Nesse ínterim, considerando a superioridade do Estado em relação ao particular, sendo o Estado o verdadeiro Leviatã, o legislador cria diversos mecanismos aptos a limitar o “*jus puniendi*” estatal, assim como a exigência de requisitos de procedibilidade, limitações temporais (prescrição), e, por fim, a exigibilidade de respeito a um bem jurídico previamente estabelecido na criação e aplicação de uma norma penal.

Não é a toa que esmagadora maioria dos doutrinadores pátrios, bem como os estrangeiros, estabelece como forma didática em suas obras, esmiuçar cada um dos ilícitos penais por seus elementos (bem jurídico, sujeito ativo, sujeito passivo, elemento subjetivo, elemento objetivo, consumação), de forma que quase sempre se iniciam voltado para o objeto jurídico ou objeto material do delito, sem o qual o ilícito inexistente.

Todo o entrave acerca de um conceito para o bem jurídico penal, entrave este que se

protraiu no tempo, durante anos, de forma a receber contribuições de doutrinadores clássicos e também contemporâneos, por óbvio não é inócuo. O referido debate tem relação direta com as funções e finalidades do bem jurídico na órbita penal.

O ideal de bem jurídico penal não se presta apenas a fins didáticos, importante ressaltar que existem diversas funções do bem jurídico, dentre elas nos cumprirá ressaltar apenas quatro, bem como efetivar a análise mais aprofundada de uma dessas finalidades, análise que compõe o núcleo e a finalidade da presente pesquisa.

Em consonância com o salientado mais acima, uma das primordiais funções do bem jurídico é a de garantia, ou seja, de limitar o direito de punir do Estado. Por essa função, o bem jurídico é erigido como conceito limite da dimensão material da norma penal. Essa função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade, no momento de produzir normas penais.

Para a intervenção penal, a ideia de bem jurídico coloca-se em primeiro plano de relevância e configura-se como uma condição legitimadora da tutela penal, já que o Direito Penal somente está autorizado e legitimado a intervir quando orientado exclusivamente a proteção de um bem jurídico-penal (BIANCHINI, 2002, p. 50).

Sobre o tema, ANÍBAL BRUNO (2003, p. 6) salienta que “O bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito”.

A segunda função atribuída ao bem jurídico penal é a teleológica ou interpretativa. Por essa função, o bem jurídico atua como um critério de interpretação dos tipos penais, que condicionam seu sentido e alcance à finalidade de proteção a certo bem jurídico.

Segundo JESCHECK (*op. Cit.* Pg. 256) o bem jurídico “é o conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos e, portanto um importante instrumento de interpretação”. Em suma, de acordo com essa função inquinada ao bem jurídico, não é possível interpretar, nem conhecer a lei penal, sem lançar mão da ideia de bem jurídico.

A terceira função fundamental do bem jurídico atine a individualização da pena, ou seja, também atua como critério de medição da pena. É de acordo com a gravidade da lesão ao bem jurídico que a pena tornar-se-á ou não razoável a um caso em concreto. Sendo assim, por óbvio, imprescindível ter a noção de bem jurídico, para, após, aplicar a reprimenda segregatória.

A quarta função do bem jurídico é de caráter sistemático, ou seja, o bem jurídico atua como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do

Código Penal. Na medida em que um bem jurídico se posiciona no núcleo central de determinado delito, melhor dizendo, na medida em que determinado delito tutela um bem jurídico, por *vis atractiva*, todos aqueles que tutelam o referido bem deverão ser alocados no mesmo capítulo do Código Penal. Isso fica clarividente quando observado a divisão da parte especial, onde nos trás “Dos crimes contra a dignidade sexual”, “Dos crimes contra o patrimônio”, “Dos crimes contra a Vida”, dentre muitos outros, onde “dignidade sexual”, “patrimônio” e “vida”, são bem juridicamente tutelados.

Deste modo, inúmeras são as funções do bem jurídico, embora apenas ressaltados os mais relevantes. Nesse diapasão, passaremos a tecer uma análise acerca da principal das funções do bem jurídico penal, qual seja, sua função limitadora do *jus puniendi* estatal, estabelecendo algumas problemáticas que se instalam acerca de sua eficácia limitadora, levando em conta as diversas concepções de bem jurídico.

5. A (in) EFICÁCIA LIMITADORA DAS TEORIAS DO BEM JURÍDICO

Muito se fala na função restritiva da noção de bem jurídico penal, onde o bem jurídico atua como verdadeiro freio a atividade legislativa, devendo o legislador ordinário criar as normas penais com o único e exclusivo escopo de proteger esses bens jurídicos previamente estabelecidos.

Ocorre que conforme amplamente debatido, muitas são as concepções acerca do que é o bem jurídico, melhor, como o bem jurídico é estabelecido. É nessa inconsistência conceitual que paira a grande problemática que vêm assolando a famigerada eficácia limitadora do bem jurídico penal.

A finalidade precípua das diversas teorias do bem jurídico é estabelecer quais critérios devem ser utilizados para saber quais bens são dignos de proteção pelo direito penal, e *contrariu sensu*, quais não são.

Repassando brevemente pelas teorias trazidas pelos doutrinadores nessa escala evolutiva que ocorreu em relação à teoria do bem jurídico, verificamos que algumas delas se fazem extremamente perigosas no que tange as questões de política criminal.

Exemplificando, como conceber que bem jurídico é o rompimento de todo e qualquer direito subjetivo, assim como pressupunha FEUERBACH? Como aceitar que bem jurídico é tudo àquilo que o legislador estabelece como tal, assim como asseverado por BINDING? Clarividente que não há como adotar as referidas teorias como elemento legitimador da criação de ilícitos, uma vez que ao contemplá-las, se abriria um leque muito grande de situações que, em tese, configurariam vilipêndio a direitos subjetivos, ou até mesmo ao que o

legislador, ao seu bel prazer, estabeleceu como bem jurídico.

Até mesmo as teorias sociológicas, que analisadas isoladamente, pressupõe a proteção estatal a tudo àquilo que tem valor social, que ameaça o funcionalismo social, não nos parece razoável para ser utilizado como parâmetro para a criação de bens jurídicos e consequentemente de ilícitos penais.

A grande problemática é que cada vez mais fica difícil saber qual o critério vem sendo adotado pelo legislador pátrio, uma vez que em simples abertura do Código Penal é possível observar tipos penais alegóricos dentro do ordenamento supracitado.

Não nos cabe discorrer de modo específico sobre cada um, porém, apenas por gosto à argumentação, e como modo de embasar a afirmação exarada, um grande exemplo disso são os delitos previstos no capítulo do lenocínio, que trazem diversos tipos penais que tutelam eminentemente a Moral. Ora, levando em conta qual das teorias acerca do bem jurídico que foi estabelecida como relevante a Moral? Não se sabe.

Desse modo, pergunta-se: quando se deve reputar necessária a intervenção penal? É de se notar que nem todo bem jurídico, conceito já examinado, há de ser convertido em bem jurídico-penal. A doutrina e os legisladores tem se limitado ao primeiro conceito para limitar o direito de punir do Estado, o que *prima facie* é insuficiente. O direito penal não contempla bens jurídicos penais *sui generis*.

Segundo leciona LUIS REGIS PRADO (2009, pg. 93):

A partir da noção de Estado de Direito democrático, é imperiosa a distinção entre valores jurídicos e metajurídicos e a localização dos bens dignos de tutela penal no terreno social, mas com vista ao indivíduo. Tudo isso serve para determinar a matéria do juridicamente tutelável, e o direito penal deve oferecer tutela a substância básica do que for por ele protegível.

Sendo assim, o melhor critério de aferição valorativa desses bens é o fornecido pela doutrina constitucional, por assim dizer, eclética, já analisada na presente pesquisa. Não obstante, deve ele ser acompanhado de outras orientações especificamente dirigidas a uma finalidade político-criminal.

Para que um bem jurídico possa ser considerado, em sentido político-criminal, como bem jurídico-penal, insta acrescentar ainda o juízo de suficiente importância social. Pensamos que o melhor critério a ser adotado seria uma aglutinação da teoria sociológica com a constitucional, uma vez que como já defendido, a teoria sociológica, por si só, nos parece um tanto ineficaz.

Assim, a aplicação da lei penal, por ser restritiva de direitos e liberdades, somente se justifica quando se destinam a tutelar os valores albergados na Constituição (BIANCHINI,

2002, p. 47), bem como estar dotada de suficiente importância social.

Sob esse prisma constitucionalmente restrito, os bens jurídicos suscetíveis de tutela penal devem inafastavelmente, refletir os valores constitucionais. Por consequência, apenas no Texto Magno podem ser encontrados os bens jurídicos penais, que também devem representar os bens socialmente relevantes (BIANCHINI, 2002, p. 47-48).

Insta salientar que não basta que estejam conexos os requisitos de necessidade de proteção criminal do bem, mormente porque é um bem relevante constitucionalmente, bem como o bem seja eivado de hiperbólico relevo social, mas também, é preciso que não sejam suficientes para sua adequada tutela, outros meios de defesa menos lesivos, senão o penal.

Tal determinação está em consonância com o princípio da fragmentariedade, sendo que além dele devem ser observados todos os outros princípios minimalistas do Direito Penal, assim como intervenção mínima, lesividade, adequação social, e todos àqueles que estão ligados ao movimento ideológico contemporâneo denominado de Direito Penal Mínimo.

A finalidade do Direito Penal Mínimo é evitar a aplicação desnecessária e cruel do mais forte de todos os ramos do ordenamento jurídico, com todas as suas sequelas, que por todos são conhecidas, a exemplo da estigmatização do egresso, dificuldade da reinserção ao convívio em sociedade, de sua marginalização, entre outros, daí se extrai a importância político criminal da aplicação do Direito Penal Mínimo, galgado na adoção de critérios legítimos de escolha dos bens jurídicos penalmente tutelados, bem como se utilizando dos princípios penais constitucionais como elementos de efetivação, no momento de criação, interpretação ou revogação das normas penais.

CONCLUSÃO

Não há como olvidar que o Direito Penal Contemporâneo, galgado nas máximas garantias, exige que seja feita uma seleção de bens em sede político-criminal, sob o prisma de que essa função político-criminal deve ser explicada em três direções diversas, sendo elas a exigência de eficiência do sistema penal, adequação à constituição da parte especial e seriedade do sistema.

De igual modo, devem-se analisar os critérios que podem servir de base à criminalização de condutas, sendo eles o caráter personalíssimo do interesse como corolário da natureza da sanção criminal, a dimensão e relevância social da tutela e da ofensa, e a necessária concretização do viés garantista trazido pela noção de bem jurídico.

Não é de bom grado que o legislador se valha de critérios de eficácia duvidosa para estabelecer os bens jurídicos que devem ser penalmente tutelados. Estabelecer critérios que

não respeitam as funções político-criminais e os critérios de criminalização a condutas mencionadas acima estão eivados de latente ilegalidade.

Por outro lado, nos parece bem eficaz e importante a congruência entre o bem penalmente tutelado e os valores fundamentais. O campo do ilícito penal deve ficar reduzido às margens da estrita necessidade, de forma que só o vilipêndio a um bem constitucionalmente previsto como relevante e dotado de hiperbólico valor social faça jus à proteção penal, instrumentalizado pelo Direito Penal, com todas as suas consequências.

É relevante levar em conta, além dos ditamos do texto maior, o viés social da norma, uma vez que é da sociedade que vem a dinamicidade que altera os valores assegurados pela Constituição Federal, ainda que este processo seja demorado.

A constituição federal é cidadã, tem finalidade precípua de assegurar direitos, sendo assim, ao passo que dada sociedade passa por metamorfoses sociais, há necessidade da constituição em elevar direitos que foram colocados como importantes em determinado contexto histórico. Com isso, o Direito Penal deve seguir o passo da Constituição e também aferir a competente proteção a esses bens.

É a própria dinamicidade do conceito de bem jurídico que viabiliza o movimento de descriminalização e criminalização de condutas, bem como a fixação de penas mais brandas ou mais rigorosas. É impossível aprisionar o bem jurídico num conceito hermético, que esgote qualquer dúvida em relação ao seu conteúdo, por isso são tantas as contribuições no sentido de buscar quais os critérios legítimos para a escolha dos bens dignos de proteção.

A grande problemática é que nos tempos atuais, não há um critério definido pelo legislador em aferir proteção a determinados bens jurídicos, de forma que comumente é possível observar a criação de tipos penais descabidos, bem como a manutenção no ordenamento jurídico de tipos penais que tutelam valores de relevância enormemente duvidosa. Grande exemplo disso é o paternalismo do Estado ao proteger valores meramente morais em muitos dos crimes previstos no capítulo do Código Penal que trata dos crimes de lenocínio e do tráfico de pessoas para fins de prostituição ou outras formas de exploração sexual, onde a doutrina tece severas críticas a esse comportamento estatal.

A sociedade brasileira a ser construída há de ser fundamentalmente livre. Assim, há de se revelar uma tendência ao estabelecimento de políticas criminais atenuadoras do cárcere através do incremento de instrumentos e movimentos que ofereçam ao Direito Penal o caráter de *ultima ratio* que há tempos se pretende efetivar. Já temos problemas o suficiente com a inflação legislativa que assola nosso Código Penal, é preciso cautela na criação de novos tipos penais, bem como a descriminalização daquelas condutas que não mais retratam a realidade

da sociedade, motivo pelo qual, não mais se justificam.

A teoria do bem jurídico encontra-se em latente decadência, de modo que somente a conscientização do legislador que deveria exercer seus misteres de acordo com os ditames da Constituição Federal, entenda-se, estabelecendo como bem jurídico àquilo que a constituição federal traz como relevante para o exercício da vida plena e saudável em sociedade, bem como observando àquilo que tem valor aos olhos da sociedade em geral, de forma transindividual, o bem jurídico estaria cumprindo sua funcionalidade, em consonância com o Estado Democrático e Social de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

BIBLIOGRÁFIAS

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 – jan.1994.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral. 5. ed. rev. atual.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. 1.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general. 4. ed.** Granada: Comares, 1993.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Bem jurídico-penal e constituição.** In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito Penal e Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2000.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão.** Campinas: Russell, 2003. v. 1. LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal: parte geral: com observações a nova parte geral do Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 1985.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Trad. Ana Paula dos Santos Luis

Natscheradets. Lisboa: Vega, 1986.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O bem jurídico e a Constituição Federal**. 2004. Disponível em: <amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/gianpaolo2.pdf>. acesso em: 16 de abril de 2017.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte geral**. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, E. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 1982, v.1 e 3.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA CRIMINOLOGIA CULTURAL

Mariana da Silva PEREIRA¹
Fernanda de M. L. MADRID²

RESUMO

Este artigo tem por objetivo mostrar a influência da mídia na forma como o crime é visto culturalmente, bem como o poder de persuasão que ela tem com seus espectadores. Considerando que este tem demonstrado o aumento entre os cidadãos de ter os crimes pela mídia apresentado brevemente solucionados, bem como a fomentação pela justiça com as próprias mãos por estarmos em um país inerte com relação a essa questão. A mídia tem criado estereótipos para todos os criminosos, prejulgando inocentes e criando, a partir de informações condensadas, um sensacionalismo preconceituoso.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia. Cultura. Mídia. Sensacionalismo. Sociedade.

ABSTRACT

This article aims to show the media's influence on how crime is viewed culturally, as well as the power of persuasion it has with its viewers. Where as this has shown the increase among citizens to have the crimes reported by the media briefly solved as well as fostering justice with our own hands because we are in a country inert in relation to this issue. The media have created stereotypes for all criminals, preening innocent ones and creating, from condensed information, a sensationalism prejudiced.

KEY-WORDS: Criminology. Culture. Media. Sensationalism. Society.

1. INTRODUÇÃO

À medida que se transmite acontecimentos e opiniões por meio da escrita, sons e imagens, os meios de comunicação tendem a funcionar como instrumentos de influência na construção e compreensão da realidade.

Atualmente a mídia tem exercido uma espécie de controle social de forma indireta ao passo em que dita alguns comportamentos, modas, costumes e dissemina inúmeras ideologias. A opinião pública acaba por ser construída sob uma forte influência midiática.

Assim, este artigo visa de uma forma sucinta, explicar as relações existentes entre a mídia e a criminologia cultural, de modo que possamos compreender a influência que a imprensa e seus veículos de massa, exercem sobre toda a sociedade no que diz respeito ao

1 Graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP de Presidente Prudente, Discente do 4º ano do curso de Direito do **CENTRO UNIVERSITÁRIO "ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO" DE PRESIDENTE PRUDENTE - TOLEDO PRUDENTE**, de Presidente Prudente. e-mail mary_pte@yahoo.com.br

2 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal “Centro Universitário Toledo” de Presidente Prudente. Advogada Criminalista.

crime.

Isto porque, verifica-se que as pessoas estão ficando alienadas e com grande dificuldade de tornar-se crítico-reflexivas, tendo em vista que na atualidade, muitas das informações trazidas pela mídia, são condensadas, ou até mesmo manipuladas, de forma a levar toda uma sociedade a pensar de forma errada e construir estereótipos sobre determinados assuntos de grande importância.

Por se tratar de um estudo que envolverá o conhecimento histórico do Direito Penal, bem como o surgimento e a evolução da criminologia o método utilizado será o dedutivo para que se parta de premissas, teorias e leis para ocorrências de fenômenos particulares, através de bibliografias e pesquisas relacionadas ao tema. Como métodos auxiliares, utilizaremos o método histórico, bem como o comparativo, pesquisando as raízes para compreender a natureza e a função social do tema escolhido e comparativo para investigar coisas ou fatos e explica-los.

Assim para entendermos a forma como a mídia de fato influi na forma como a criminologia é vista, temos por objetivo pesquisar a criminologia e suas ramificações, até que se chegue na Criminologia Cultural, estudar alguns meios de comunicação e sua influencia na sociedade, bem como a forma como o crime pode ser apresentada por estas.

2. MÍDIA

A mídia pode ser compreendida como uma ferramenta utilizada desde meados do séc VI a.C. com a criação do papel na China³, mas foi no século passado que, com a revolução tecnológica, esta toma sua posição como um dos meios mais fortes e importantes de formadora de opiniões.

Nesta toada, o dicionário Michaelis traz em sua versão online o significado da palavra mídia:

Toda estrutura de difusão de informações, notícias, mensagens e entretenimento que estabelece um canal intermediário de comunicação não pessoal, de comunicação de massa, utilizando-se de vários meios, entre jornais, revistas, rádio, televisão, cinema, mala direta, outdoors, informativos, telefone, internet etc.

Perlustrando sobre o assunto pode-se explicar diante a sua origem: a palavra mídia vem do latim⁴ e também do inglês⁵ *media*, trazendo por significado “meio” e “forma”, entendendo-se, portanto, que mídia é a forma em que uma terceira pessoa faz com que sua mensagem chegue à outra.

3 <https://mimimidiando.wordpress.com/2014/10/01/midia-imprensa-conceito-historia-e-evolucao/>

4 <http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/midia/>

5 <http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/midia/>

Há todo um processo de comunicação que se apresenta em três etapas: *emissor*, que é aquele que tem a intenção de repassar alguma mensagem, se comunicar de forma direta, o *processo de comunicação*, que é a utilização de um dos veículos de massa existente, e o *receptor*, que é a pessoa que recebe a mensagem produzida pelo emissor.

Em síntese, torna-se delicado falar sobre alguns meios de comunicação muito comuns entre toda a população brasileira, com o avanço da tecnologia e dos meios que os envolve, o acesso à notícias e ao entretenimento é cada vez mais rápido e intenso. Por isso, por conseguinte, se faz necessário explicitar os três maiores meios de comunicação utilizados pelos brasileiros no século XXI, para que deste modo possamos avaliar a inclusão de um estudo sobre a criminologia na forma cultural do país, o alcance da mídia e a sua influencia.

2.1 A televisão

Devemos precisar que, atualmente, cerca de 95% da população brasileira, segundo o site do governo brasileiro, possui aparelho televisor em sua residência com acesso no mínimo para os canais da chamada “rede aberta”, onde não é cobrado para que se assistam aos programas por aqueles canais desenvolvidos, tendo acesso a notícias, informações, cultura e lazer.

Por estes canais, o telespectador recebe enxurradas de informações prontas para serem “deglutidas”, sem muita necessidade de ter que, imaginar, refletir ou até mesmo criticar o que se está sendo produzido.

Isto faz com que se acentuem cada vez mais as produções de conteúdos violentos, sensacionalistas, sexuais, entre outros, que por muitas vezes ao invés de auxiliar na construção de um cidadão, o aliena e retira deste seu poder de criatividade.

Souza e Soto (2012, p.) afirmam em seu artigo:

o que se verifica, na realidade, é um fetiche pelo imediatismo: as pessoas não possuem paciência para esperar e acabam optando pela televisão como principal fonte de “conhecimento”, em detrimento de outros meios de comunicação.

No que diz respeito à disseminação da informação jornalística, hoje o sistema televisivo brasileiro, com o avanço da tecnologia, tornou-se fácil conciliar: a notícia escrita, sonora e a imagem, atingindo um enorme alcance e diversas partes do mundo em questão de segundos.

Todavia, sempre que estamos diante dos programas oferecidos pela rede aberta, nos deparamos com inúmeros programas capazes de serem geradores bem como, grandes influenciadores de opiniões públicas, no que diz respeito ao direito penal e a “justiça”

propriamente dita. Alguns programas jornalísticos exercem seu papel de forma sensacionalista, nos forçando um encontro com a criminalidade estampada de forma extremamente exacerbada, com repórteres prontamente disponíveis para distorcer e condensar a informação.

Este jornalismo pitoresco desrespeita a Constituição Federal em seu artigo 5º que dispõe:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]

Também o Código de Ética do Jornalismo dispõe em seu Art. 13º: “O jornalista deve evitar a divulgação dos fatos: – Com interesse de favorecimento pessoal ou vantagens econômicas; – De caráter mórbido e contrários aos valores humanos.”

Neste diapasão, incitam a reprodução de notícias de forma a mostrar o “grande” aumento da criminalidade, idealizando uma forma de justiça onde o criminoso não tenha o mínimo de dignidade preservada, aludindo à ideia de que se faz necessário a pena de morte no país, ou a tão famosa lei de talião: “olho por olho, dente por dente” para justificar tais atos e ideais apresentados.

Nestes termos, vejamos o que narra Antonio Cláudio e Mariz Oliveira (2010, P. 01), no jornal Estadão, na coluna de opinião:

Saliente-se que a mídia televisada, sem dúvida, representa o mais eficiente elemento de aculturação do nosso tempo. No Brasil ela chega aonde a escola não chega. Com o crescimento da criminalidade, a mídia passou, no cumprimento de sua missão de informar, a desempenhar um papel de grande relevância, pois é nítida a sua influência na própria distribuição da justiça penal.

Destarte, boa parte da população que dispõe de seu tempo para a audiência de programas como estes, acabam tendo suas opiniões influenciadas, de modo a deixar se manipular e fomentando o sentimento de fazer justiça com as próprias mãos. Desta forma, este tipo de jornalismo dificulta e menospreza a capacidade de senso crítico-reflexivo que o interlocutor poderia exercer com as informações adequadas, tendo como princípio o contraditório e ampla defesa, e assim, o papel da justiça brasileira.

2.1.1 O rádio

Precursor da televisão, o rádio está entre os meios de comunicação em massa mais populares, e de maior alcance público, não só no Brasil, mas, em todo o mundo.

Através dele, o homem é capaz de ouvir a mensagem sonora e falada de forma simultânea não necessitando da interrupção de suas atividades para se dedicar exclusivamente

a isso, como acontece com a televisão e a internet.

Sobre este tema ensina Marlene M. Blois (1996, p. 14) na revista *Comunicação e Educação*:

Não importa se a preferência do ouvinte recaia em uma emissora em Ondas Médias (OM), Curtas (OC) ou Tropicais (OT) ou se a opção é pelo som puro de uma FM (Frequência Modulada). O que ele quer do rádio é a notícia em primeira mão, a cobertura do fato in loco. Quer a prestação de serviços variados, busca orientação de como fazer chegar a sua reclamação à defesa do consumidor, quer música, muita música, do forró à ópera, do jaz à bossa nova, do funk à canção francesa. Em uma noite de insônia, precisa da companhia dos comunicadores da madrugada. Se o problema é acertar o relógio atrasado, é só ligar o rádio que a hora certa está lá.

O rádio foi de grande importância na era da ditadura militar, por exemplo, pois neste período o rádio ainda era parte fundamental da vida e do cotidiano de muitos brasileiros. Muitos dos momentos históricos foram transmitidos pelo rádio, a ditadura utilizou do rádio para com ele transmitir seus programas oficiais, além de inúmeras propagandas. E, inúmeras pessoas, quais sejam políticos ou artistas, conseguiam passar a sua mensagem de resistência por meio de uma música ou de discursos.

Disponibilizado na página *Memórias da Ditadura*, com edição de Fernanda Sucupira (sd, p. 03) vemos uma grande demonstração da importância do rádio:

Na madrugada do dia 1º de abril de 1964 (com o golpe militar em andamento desde o dia anterior), Rubens Paiva, deputado federal por São Paulo, fez um apelo ao vivo pela Rádio Nacional, em defesa da legalidade do presidente João Goulart. O discurso se tornou histórico pela coragem do deputado de criticar abertamente o golpe em andamento.

Atualmente, segundo o site do governo brasileiro, o Brasil conta com bem mais de 3000 emissoras de rádio e como todo meio de comunicação mostra uma grande diversidade da cultura brasileira através de suas músicas. A comunicação por intermédio do rádio é pública, transitória e rápida.

2.1.2 A internet

Indubitavelmente hoje, a internet é uma das maiores fontes de informação, sendo um ótimo meio de comunicação entre as pessoas, facilitando sua interação e a formação de opinião. Ferramentas de pesquisas como o GOOGLE faz com que as informações sejam difundidas em massa tendo alcance mundial.

Todavia, tudo aquilo que oferece bônus, traz consigo seus ônus e com relação à internet não poderia ser diferente.

Do mesmo modo em que traz inúmeras informações repletas de conteúdos, auxiliando todos que dela precisam a internet também traz consigo uma gama de informações

falsas e notícias tão superficiais, que fazem com que o leitor, que não apresente o mínimo interesse em buscar a verdade, acabe por apreciar e “digerir” notícias incorretas, inúmeras vezes distorcidas, criando a ideologia errada e a propagando através das redes sociais como verdade.

Nestes termos, no que tange a influencia da internet, cabe dizer que esta é responsável pela disseminação do preconceito e da ânsia do combate a justiça de forma popular, serve para inflamar os populares para que se atentem ao crescimento da criminalidade através de manchetes nos sites de notícias, fomentando de forma errônea os pensamentos daqueles que buscam a notícia.

Para Bernardo de Azevedo e Souza e Rafael Eduardo de Andrade Soto (2012, p.14)

Ao longo da história da humanidade, a mídia, sedimentou a sua posição em relação à sociedade, na medida em que se legitimou como instancia difusora de informações sobre o mundo e o local onde habitam seus leitores e ouvintes. Hoje, a mídia goza de uma enorme credibilidade e confiança aos olhos da população a qual deve servir.

Uma grande influencia da internet também é fazer com que todos, que dela se utilizam, formulem suas próprias ideologias sobre o crime, podendo tornar viral a violência e temas como a “pena de morte” ou até mesmo um tema tão atual como a “menoridade penal” provocando a comoção nacional para que todos sejam “a favor” ou “contra” estes temas que envolvem a vida e a dignidade da pessoa humana.

Alguns temas como “massacre do bem” surgiram por diversas vezes ao longo do último ano, quando houve diversas mortes em presídios do país. Para muitos internautas era como se estivessem limpando algo de muito ruim para a sociedade, afinal uma frase costumeira das redes sociais é: “bandido bom, é bandido morto!”, o que houve nestes presídios, portanto, foi uma limpeza de grande utilidade.

Temas como a homofobia, o racismo, machismo, culpabilização da vítima são os temas mais populares nas redes sociais, e, com eles a maldade hodierna toma cada vez mais espaço, ultrapassa os limites da rede sociais e transforma todos os cidadãos em justiceiros.

Há votos de estimas e apreciação pela época da intervenção militar, e uma grande apologia à tortura, mesmo ela estando prevista no rol dos crimes hediondos, e eles estão estampados por todos os lados: homossexuais mortos a pauladas, pois alguns deputados defendem este tipo de ideologia, ladrões linchados, pois devemos fazer justiça com as próprias mãos, o abuso sexual cada vez mais presente, e até mesmo os atos de pedofilia e estupro coletivo.

Tudo isto porque, com a ideia de que é direito a liberdade de expressão, muitos expressam o que pensam ou que a mídia tem veiculado, sem pensar nos acontecimentos

posteriores.

3. O SENSACIONALISMO

Alguns meios de comunicação utilizam-se deste artifício de nome sensacionalismo para ganhar audiência chocando a mente dos espectadores, e prendendo-lhes a atenção.

É muito habitual, ao passar pelos canais abertos da rede pública de televisão, se deparar com programas que utilizam dos crimes e das suas vítimas para alavancar a audiência, fazendo com que estes tornem-se marionetes do sensacionalismo, tendo por consequência o surgimento ou a fomentação da criminologia.

Angrimani Sobrinho (1995, p.17) afirma em sua obra:

O meio de comunicação sensacionalista se assemelha a um neurótico obsessivo um ego que deseja dar vazão a múltiplas ações transgressoras- que busca satisfação no fetichismo, voyeurismo, sadomasoquismo, necrofilia – ao mesmo tempo em que é reprimido por um superego cruel e implacável. É esse pendulo (transgressão – punição) que o sensacionalismo se apoia. A mensagem sensacionalista é, ao mesmo tempo imortal-moralista e não limita com rigor o domínio da realidade e da representação.

Com a disseminação do sensacionalismo a mídia faz crescer a ideia de que estamos numa sociedade a mercê do crime, o que sabemos não ser verdade. Isto faz com que o cidadão associe a diminuição da criminalidade à condenação, a diminuição da maioria penal, criação de leis penais para condenar o criminoso, enfim.

Este alarde da mídia acaba fazendo com que ocorra o inverso do esperado: ao invés de termos a diminuição da aplicação do direito penal, ou, da criação das leis, como já vem acontecendo em inúmeros países, vemos um crescimento altamente exacerbado de leis para combate do crime e o direito penal acaba não cumprindo seu papel de “ultima ratio”, tudo isto para que o sensacionalismo momentâneo surta efeito, o cidadão sintam-se seguro e o Estado tenha em si o sentimento de “dever cumprido”.

4. A CRIMINOLOGIA

A palavra Criminologia etimologicamente deriva do latim crimino⁶ = crime e logos= tratado/estudo, assim pode se dizer que criminologia é o estudo do crime.

Pode-se compreender criminologia como sendo um conjunto de conhecimentos que envolvem, além do crime e da criminalidade, todas as suas causas e efeitos. Dessa forma, a vítima, o controle social do ato criminoso, a personalidade da pessoa criminoso, a forma como os agentes sociais a reintegra na sociedade e como a sociedade a devolve para o convívio.

6 <http://www.doraci.com.br/files/criminologia.pdf>

Para García- Pablos de Molina e Luiz Flavio Gomes (2002, p.43):

A Criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime, contemplado este como problema individual e como problema social, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.

Para que nasça a criminologia, ocorre a conexão de diversas ciências, tais como: biologia, psicopatologia, sociologia, política, antropologia, direito, criminalística, filosofia, entre outros.

Várias tendências causais já existiram com relação à criminalidade. Cada ciência, através de um teórico, tentou dirimir aquilo que talvez fosse a solução para a causa da criminalidade. Rosseau afirma que a causa do delito estava tão somente na sociedade. Lombroso dizia que, o problema, a causa estava no delinqüente e não na sociedade, para um a sociedade estava de forma taxativa na formação do cidadão quanto à criminalidade, para o outro o problema estava no criminoso nato.

Para Álvaro Filipe Oxley da Rocha (2012, p.51):

O argumento central de Katz é o de que uma criminologia que procura entender os crimes “normais”- agressão, assalto, coação, rufianismo, e assim por diante- deve prestar especial atenção às recompensas morais e emocionais que essas ações fornecem para aqueles que as cometem. Com frequência, esses crimes não são simplesmente explicáveis a partir de eventuais recompensas materiais, destacando-se especialmente a violência doméstica, incluindo homicídio.

Hoje em dia não se isola o fato que dá causa a criminalidade. Esta não é somente a sociedade, ou somente um comportamento, algo inerente à pessoa criminosa, a criminalidade é todo um conjunto que pode, inclusive, envolver o meio cultural de um cidadão.

4.1 A Criminologia Cultural

Na medida em que os seres humanos se desenvolveram, se fez necessário analisar todo o seu contexto histórico, e assim também com a criminologia, pois, a relação de um homem com o crime pode sim ter um viés cultural.

Segundo Arcénio Francisco Cuco a Criminologia Cultural foi desenvolvida nos Estados Unidos por Jeff Ferrel e Clinton Sanders, todavia é facilmente encontrada algumas referências nas escolas sociológicas criminológicas, sobretudo nos anos 70.

Vejamos o que Arcénio Francisco Cuco (sd, p. 04) explana sobre o tema:

A Criminologia Cultural tenta quebrar as visões da Criminologia tradicional sobre o crime e as causas do crime para incluir imagens de comportamento ilícito e representação simbólica da aplicação da lei, construção da cultura popular do crime e da ação penal e as emoções compartilhadas que animam acontecimentos criminais

Até meados do século XX os estudiosos, bem como inúmeros sociólogos, entendiam que a mídia tinha grande influência na forma que o caráter do indivíduo iria se desenvolver. Para estes, aquele que fosse criado em meio a violência ou fosse a ela apresentado, também seria violento e reproduziria o que viam, pois a mídia os influenciariam a isso. Todavia, mesmo com inúmeros estudos referentes a este tema nada foi provado, restando apenas um pequeno resquício da crença populacional.

Carlos Velho Mais e Renan da Silva Moreira (2014,p.445):

Nas décadas de 1920 e 1930, as abordagens positivistas para explicar o crime tomaram um rumo mais sociológico. Surge a chamada Escola de Chicago, com o objetivo de entender o papel do contexto social e das relações sociais no comportamento criminoso e desviante. Seus integrantes acreditavam que o ambiente em que a pessoa cresce estaria diretamente associado a sua possibilidade de futuro envolvimento em crimes e de ter um comportamento antissocial.

A mídia faz sim um grande papel, no que diz respeito a criminologia cultural. É ela que expõe a todos os indivíduos da sociedade, os crimes cometidos, bem como a celeridade ou não das resoluções no campo da justiça.

Se analisarmos o nosso país, com esta vasta pluralidade cultural, podemos concluir que a criminalidade acaba sendo também ampla e diversificada. Até o advento da Constituição Cidadã (Constituição Federal de 1988), muitos dos crimes que estão elencados em diversos rolos taxativos de artigos do Código Penal, não passavam de um costume de algum estado.

É de notório saber que o Nordeste brasileiro é marcado por uma cultura antiga, onde resolver com violência, acabava por “limpar” a honra de um indivíduo, e isto perdurou por muitos anos e até hoje algumas pessoas da sociedade acreditam que isto seja digno, que o homem deva “lavar a sua honra”, matando o outro que lhe ofendeu.

Insta salientar que, a criminologia vai além do estudo do crime, dos fatores geradores de cada crime, mas, é um estudo de todo comportamento humano, a influência da cultura, e também das emoções nas práticas dos delitos.

5. CONCLUSÃO

Advinda do Século XVII a.C e perdurando até os dias atuais, a mídia tomou forma e alcance, e, tem o poder de persuadir e manipular muitos que dela tem acesso.

Participando de momentos cruciais do Brasil como a ditadura militar e a *Diretas Já*, ela tem um papel estrondoso, no que tange a formação de opinião, bem como de convencimento, seja por uma matéria de jornal exibida ou publicada, ou até mesmo a maneira

que através de uma propaganda veiculada a um grande meio de comunicação em massa, alcança não só adultos, mas também crianças.

Recentemente, com o avanço da tecnologia, programas televisivos e o seu sensacionalismo esdrúxulo e exacerbado, foi a vez da criminologia ser manipulada de forma a trazer ao receptor da notícia, a fome de justiça, e essa ideologia tem sido cada vez mais difícil de se observar. Se levarmos em conta que a criminologia cultural, trabalha não só os aspectos do crime e do criminoso, mas, sobre tudo a sua cultura e emoções, entenderemos que a mídia tem grande participação, na disseminação do ódio e do preconceito, e com isto, a reinserção do criminoso acaba dificultosa, pois, tudo já fora traçado pela mídia, antes que ele volte as ruas.

A mídia por muitas vezes tem funcionado como uma escola, e o cidadão tenta reproduzir, aquilo que o apresentador ou o repórter quebrando o código de ética do jornalismo diz que é o correto, e o direito penal acaba por não exercer seu posicionamento de *ultima ratio*.

É nítido que há muito medo espalhado por todo o mundo e grande parte disto deve-se a mídia, ela acaba por construir barreiras, e estruturar uma ideologia de que só viveremos seguros se exigirmos das autoridades competentes a criação de novas leis e que seja feita a justiça de todos os casos. Todos que estão presos, ainda que amparados pela presunção da inocência, acaba por ter de viver neste embate de leis por hora ineficazes que não surtem efeitos num país tão violento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. 4. ed. rev., atual. e amplia.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **“CRIMINOLOGIA CULTURAL: CONTRIBUIÇÕES PARA O ESTUDO DO CRIME E CONTROLE DA CRIMINALIDADE NO BRASIL”** – Revista de Estudos Criminais 45, 2012.

MAIS, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. **Criminologia cultural e mídia: um estudo da influencia dos meios de comunicação na questão criminal e em tempos de crise**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, V.22, n.108, p. 437-460, mai/jun.2014.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. SOTO, Rafael Eduardo de Andrade. **Criminologia Cultural, Marketing e Mídia**. Boletim IBCCRIM – Ano - Nº 234 – Maio 2012.

ANGRIMANI SOBRINHO, Danilo. *Espreme que sai sangue: um estudo do sensacionalismo na imprensa*. São Paulo: Summus, 1995.

Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/comueduc/article/viewFile/36238/38958> > Acesso em 08. Dez. 2016.

Disponível em <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,media-e-crime-imp-613445>> Acesso em 11. Fev. 2017

Disponível em <<http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/codigo-de-etica-dos-jornalistas-brasileiros/>> Acesso em 10. Abr. 2017

Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/a-midia-na-ditadura>> Acesso em 10. Abr. 2017

Disponível em <<http://www.pensarcontemporaneo.com/disseminacao-do-preconceito/>> Acesso em 14. Abr. 2017

Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/busca>> Acesso em 03. Mai. 2017

Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/12/televisao-ainda-e-o-meio-de-comunicacao-predominante-entre-os-brasileiros>> Acesso em 03. Mai. 2017

Disponível em <<http://memoriasdaditadura.org.br/eventos-marcantes-na-era-radio1/>> Acesso em 03. Mai. 2017

Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2011/10/ministerio-das-comunicacoes-atualiza-lista-com-dados-de-emissoras>> Acesso em 03. Mai. 2017

AS INTERPRETAÇÕES ACERCA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL E SEU PARALELO COM O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Guilherme Martins Barbatto PIVA¹
João Pedro Gindro BRAZ²

RESUMO

Busca-se através deste trabalho tecer uma análise sobre a eficiência da aplicação prática do Direito Penal no Brasil, principalmente contra o crime organizado. Como resolução hipotética ao caos causado pelas famigeradas e poderosas facções criminosas presentes no nosso país, existe a teoria do Direito Penal do Inimigo, que busca, em síntese, a punição mais severa, por meio da mitigação de certos direitos e garantias, àqueles criminosos classificados como inimigos do Estado. No entanto, a aplicação prática desta teoria esbarra nos princípios e direitos constitucionalmente garantidos, bem como nas suas análises acerca de possível arbitrariedade na aplicação, e comparações com regimes totalitários de tirania, como por exemplo, o nazismo. Este artigo visa esclarecer a provável eficiência do Direito Penal do Inimigo no Brasil e contrariar alguns equívocos defendidos por quem o abomina. Por fim, o trabalho pretende evidenciar as inúmeras semelhanças entre a teoria do Direito Penal do Inimigo, e a atuação do Ministério Público brasileiro nas investigações de cunho criminal, buscando combater a impunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal do inimigo. Poder investigatório. Ministério Público. Crime organizado. Garantias constitucionais.

ABSTRATC

This article intends to make an analysis about the efficiency of the application of the Criminal Law in Brazil, especially against the organized crime. As a hypothetical solution to the chaos caused by the famous and powerful criminal factions existing in our country, there is the Criminal Law of the Enemy doctrine, which intends, basically, a more severe punishment, through the mitigation of certain rights, to those criminals classified as enemies of the State. However, the application of this theory finds difficulties in relation to the principles and rights constitutionally guaranteed, as well as in the analysis about the possible arbitrariness that the theory may culminate and it comparison with some tyranny policy, for example, the Nazism. This article is intending to clarify the probable efficiency of the Criminal Law of the Enemy doctrine in Brazil, and to oppose some misunderstandings defended by those who are against the theory. To finish, the article intends to evidence the similarities between the Criminal Law of the Enemy doctrine and the acting of the Brazilian Public Ministry in the criminal investigations, wishing to fight against the impunity.

KEY-WORDS: Criminal Law of the Enemy. Investigative power. Public Ministry. Organized crime. Constitutional rights.

1 Discente do 6º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Estagiário contratado no Escritório Bohac Advocacia, em Presidente Prudente/SP. pivaguilherme@live.com

2 Discente do 6º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Toledo Prudente. Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Sociedade da mesma instituição. Estagiário contratado no escritório Bohac Advocacia, em Presidente Prudente/SP. joaopedrogindro@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

As discussões sobre a eficácia atual da aplicação do Direito Penal no nosso país ganham cada vez mais destaque e relevância, assim como aquelas acerca da necessidade de maior atuação do Ministério Público no âmbito investigatório, principalmente em relação aos crimes de maior potencialidade lesiva.

Não são só especialistas do Direito, doutrinadores de renome e grandes analistas das ciências sociais que opinam sobre o tema. A relevância que abrange o assunto é tamanha, que todos se acham no dever de opinar sobre as políticas criminais presentes, muitas vezes influenciados pelo sensacionalismo midiático, que expõe, nas grandes redes de comunicação, crimes de fácil comoção social, buscando um resultado implícito que impulse o dever estatal de pacificação social e exclua a inoperância da devida punibilidade.

Ao passo que certos crimes são expostos minuciosamente em rede nacional, os verdadeiros inimigos da população e do Estado seguem agindo de forma extremamente lesiva e obscura, da maneira como bem entendem, tratados formalmente como cidadãos comuns, envoltos por garantias e princípios falhos no que diz respeito ao seu combate.

Por sua vez, dentro dessa linha de raciocínio, esse trabalho buscou abrir uma possível hipótese para a solução do déficit na aplicação do Direito Penal no Brasil contra as grandes facções criminosas, defendendo a tese do Direito Penal do Inimigo, caso seja aplicada criteriosamente, assim como aclarar a discussão a respeito da falta de norma que o regulamente, traçando, para tanto, um paralelo com a ausência de disposição legal que autorize a atuação do Ministério Público no inquérito criminal, como órgão investigador, demonstrando as posições sobre o tema, além dos desdobramentos conferidos pela Suprema Corte do país.

Destarte, o trabalho visou abordar a possível relativização do princípio da dignidade da pessoa humana e suas vertentes penais no que tange a busca pelo combate ao crime organizado. Não menos importante, almejou-se também contrariar as equivocadas comparações da teoria do Direito Penal do Inimigo com regimes tiranos e segregatícios, com maior enfoque para o nazismo.

Por conseguinte, enfrentou a patente discussão em torno do princípio da legalidade e o da reserva legal, a fim de esclarecer as possibilidades conferidas ao Ministério Público na sua atividade-meio, de investigar, enriquecendo a nobre atividade-fim, de acusar.

O método de pesquisa utilizado nesse trabalho foi o dedutivo-indutivo, com a presença de análise doutrinária constante, explicitação de artigos e opiniões, buscando

resolução de comparações equivocadas para melhor entendimento do leitor sobre o tema.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO: ASPECTOS GERAIS E RELEVANTES

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi criada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, que a sustenta desde 1985 e vem recebendo cada vez mais adeptos desde então.

Em suma, essa teoria tem como objetivo elencar um Direito Penal que separa os criminosos em duas categorias: os da primeira categoria seriam os criminosos que, ainda que tenham cometido um ilícito penal, seriam capazes de continuar com o status de cidadão, uma vez que estes continuariam envoltos por todas as garantias constitucionais penais, processuais e de ressocialização, além de serem tratados de acordo com um Direito Penal do cidadão. Os de segunda categoria, no entanto, perderiam o status de cidadão após serem identificados como criminosos inimigos do Estado, tendo diversas garantias relativizadas e sendo submetidos a tratamentos severos e excepcionais.

Deste modo, conforme remonta o raciocínio trazido, acerca da existência de dois polos de tratamento, Rogério Greco (2016, p.23) aduz:

Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um direito Penal do Cidadão e um 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.

Não obstante, a realidade supra narrada diz respeito a um verdadeiro cenário de periculosidade para a segurança pública, oportunizado pela clara aparição de inimigos que colocam em risco a vida em sociedade e confrontam-se com o Estado e com os indivíduos que se encontram sob sua tutela.

Podemos perceber essa diferença de tratamento e suas bases teóricas nas palavras do próprio criador da tese, dando ao direito penal do inimigo outro sentido de direito penal, conforme expressa Gunther Jakobs (2008, p. 29):

O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança.

A tese de Jakobs, aparentemente, agrada a sociedade em geral, que anseia por uma solução eficiente e rápida contra os criminosos de grande porte, por meio das adequadas medidas com o objetivo de combatê-los.

Seguindo esta linha de raciocínio, é possível concluir que há pessoas que

efetivamente se dedicam, de forma insistente, a não pertencer mais ao grupo de cidadãos, mas sim ao das organizações criminosas, sendo, portanto, repudiados pela comunidade e pelo ordenamento jurídico.

Enxergando este ímpeto em participar de atividades lesivas à coletividade, o criador da discutida tese, Jakobs (2003, p. 40-41), manifesta que deve haver clara diferença de tratamento entre os cidadãos e os inimigos do Estado:

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma e quem perde há de se submeter-se a essa determinação.

Aqui surgem alguns questionamentos importantes sobre a tese, como por exemplo: Quem seria essa clientela inimiga direcionada a receber este severo tratamento, desprovidos dos benefícios de um cidadão? A teoria elenca como inimigos do Estado os: terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros que podem, por meio de suas atividades manifestamente ilícitas, atentar contra a segurança interna e/ou externa de uma ou mais nações.

Salienta-se que, para uma aplicação prática correta desta corrente teórica, os critérios devem ser muito bem regrados e seguidos de forma estrita e rígida, não podendo qualquer ideologia de um indivíduo predominantemente hierárquico, servir como fundamento para transformar um cidadão comum em inimigo do Estado, sob pena de manifesta arbitrariedade, preconceito e segregação.

Para serem inimigos do Estado, os indivíduos devem atentar contra a coletividade, contra um Estado e seus tutelados em si, causar dano ou expor a perigo a segurança pública. Ou, no caso do tráfico, financiar as facções maiores, provendo-lhes ferramentas para implantar o caos quando julgarem oportuno. Desta forma, a teoria não prevê tirar o status de cidadão do criminoso comum, mesmo que reincidente, desde que este não exponha a perigo a sociedade em geral, e a coletividade como um todo. Ainda nesse raciocínio, não seria qualquer traficante passível de ser taxado como inimigo do Estado, para tanto, a investigação deve buscar aqueles detentores de maior poder, os verdadeiros provedores de recursos ao crime organizado.

Um exemplo prático da diferença entre criminoso cidadão e inimigo do Estado é trazido por Gunther Jakobs (2008, p. 32):

Para esclarecer o que foi dito, pense no sobrinho que mata seu tio, com o objetivo de acelerar o recebimento da herança, a qual tem direito. Nenhum Estado sucumbe por um caso dessas características. Ademais, o ato não se dirige contra a permanência do Estado, e nem sequer contra a de suas instituições.

No que tange a aplicação criteriosa da teoria proposta por Jakobs, Bruno Manuel Cancio Meliá (2003, p. 79-81), seguindo os traços trazidos pelo criador da teoria, aduz:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.

Afere-se, portanto, que os três pilares desta teoria são: 1) a antecipação da punição; 2) a desproporcionalidade das penas e a conseqüente relativização ou supressão de certas garantias processuais; 3) criação de leis severas direcionadas à clientela desse específico ramo de controle social.

O Direito Penal do inimigo difere, como mencionado acima, do Direito penal do cidadão no quesito da função da pena. A pena, para um cidadão, teria as funções de dissuasão e prevenção, envolta pelos seus princípios fundamentais, além do importante estímulo à ressocialização. No caso de um inimigo, a pena teria a função de coação, total repressão e eliminação de um perigo.

Conclui-se, com a análise dos aspectos relevantes dessa teoria, que ela visa à proteção da segurança geral do Estado por meio de formas alternativas às existentes e atualmente aplicadas, mais severas e proporcionais aos indivíduos que não aceitam ser submetidos ao ordenamento jurídico regulador do convívio social e, dessa forma, exponham a perigo a segurança geral.

2.1 As três velocidades do Direito Penal

A classificação do Direito Penal de acordo com suas velocidades foi idealizada pelo doutrinador penalista espanhol Silva Sanchez. Essa classificação traz uma análise do processo de relativização de garantias e do surgimento e aplicação de possíveis penas alternativas, o que corrobora com a ideia de existência de um Direito Penal do Inimigo.

De acordo com esse critério de divisão do direito penal em velocidades, Jesús-Maria Silva Sánchez, o idealizador desta classificação (2001, p. 163), ensina:

uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘do cárcere’, em que haveriam de ser mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcionada a menor intensidade da sanção.

Por conseguinte, seguindo a lógica descrita, a teoria do Direito Penal do Inimigo se amoldaria como uma terceira velocidade do Direito Penal, como relaciona Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2008, p. 33):

Surge com a Teoria do “Direito Penal do Inimigo”, o conceito de terceira velocidade do Direito Penal. O modelo clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) já dera espaço ao Direito de segunda velocidade (mitigação da pena privativa de liberdade e alternativa à pena de prisão, ainda que a custo do devido processo legal) e agora assiste ao surgimento teórico do que antes já impregnava as legislações, ou seja, de um Direito de terceira velocidade, em que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais e a pena privativa de liberdade.

Desta forma, Direito Penal do Inimigo pode ser classificado como terceira velocidade do Direito Penal, pois, ao mesmo tempo em que admite, com o Direito Penal do cidadão, as penas clássicas, conjuntamente com seus princípios e finalidades, também prega a possibilidade de penas alternativas e relativização e/ou supressão de princípios e garantias aos inimigos do Estado.

Todavia, a discussão sobre a aplicação prática da teoria do Direito Penal do Inimigo ainda segue em voga, uma vez que não há qualquer menção expressa em lei e, nitidamente já é indiretamente aplicado no combate ao crime organizado e aos denominados inimigos do Estado, visando a pacificação social e a vedação à infra proteção.

3 POSSÍVEL EFICÁCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

Atualmente, há clareza na consciência da população brasileira sobre o advento e a extrema força que o crime organizado ganhou nas últimas décadas. O sentimento de insegurança nacional é nítido e aumenta a cada notícia lida ou transmitida pelos meios de comunicação de massa em geral.

O Primeiro Comando da Capital (PCC), por exemplo, nasceu em São Paulo e se tornou, no decorrer das décadas, talvez a principal e mais poderosa facção criminosa existente no país, que hoje rompe fronteiras nacionais e até mesmo internacionais, com uma escala de dominação muito grande, atuando, inclusive, de dentro dos presídios para fora, refletindo seus atos no cotidiano de cada cidadão, além de produzir insegurança até mesmo àqueles que com eles convivem dentro do sistema carcerário.

O Brasil sancionou, no dia 2 de agosto de 2013, a Lei n. 12.850/13, e trouxe, com ela, um novo conceito legal para o crime organizado. Até então as discussões vigoravam em torno da Convenção de Palermo, que visava tipificar atividades ilícitas de grupos organizados, porém era duramente questionada por parte da doutrina, que sustentava a inoperância de uma norma internacional de caráter penal e incriminadora, ao adentrar o ordenamento jurídico

pátrio por meio de um decreto.

No entanto, com o surgimento da lei das organizações criminosas, passou-se a definir o crime organizado, como sendo todo e qualquer ilícito penal praticado pelas organizações caracterizadas pela sua estrutura hierárquica, divisão de tarefas entre seus membros, e cujo principal objetivo é a obtenção de vantagem econômica de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais.

Nesse sentido, é importante salientar que a renda das grandes facções criminosas existentes no Brasil, como o Primeiro Comando da Capital vem, em sua maior parte, do tráfico de drogas, em especial de maconha e cocaína, se amoldando aos preceitos aduzidos por Winfried Hassemer (HASSEMER, 1998 *apud* LAVORENTI, 2000, p.19):

A criminalidade organizada é menos visível; é um fenômeno cambiante porque segue as tendências dos mercados nacionais ou internacionais; compreende uma gama de infrações sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas, como o tráfico de drogas e corrupção; dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.

Por sua vez, em relação ao tratamento para o indivíduo que contribui com toda a estruturação de poder de uma facção criminosa, com comportamentos anômalos e ilícitos, confrontando a maturidade e desenvolvimento natural da sociedade, Rogério Greco (2016, p. 28), perfazendo uma clara e notória crítica, introduz a ideia de que:

Com o argumento voltado ao delinquente habitual, ou criminosos pertencentes às facções organizadas, como acontece com os terroristas e traficantes de drogas, taxando-os de irrecuperáveis, propondo-se, para eles, medidas de privação da liberdade por tempo indeterminado, enfim, tratar o ser humano como estranho à comunidade, é o Maximo da insensatez a que pode chegar o Direito Penal.

Contudo, sabendo que as facções criminosas mais relevantes tem capacidade para atentar contra e lesar expressivamente a segurança nacional, temos, ao mesmo tempo, no país, um eficaz órgão de combate a tais facções, qual seja, o Grupo de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado (GAECO), órgão do Ministério Público que vem sendo muito eficiente e devidamente combativo nas investigações, apreensões e confronto ao crime organizado.

Diante da existência de referido órgão (GAECO) podemos, sensatamente, pensar na aplicação de um Direito Penal do Inimigo no Brasil, visto que seria possível, após minuciosa investigação de competente instituição, identificar quem são os criminosos que atentam contra a coletividade e contra o bem estar geral de uma nação, deixando, portanto, de ser uma decisão arbitrária e subjetiva.

Chega a ser óbvio, ético e moral, um pensamento de que um indivíduo que contribui com o tipo de crime que atenta contra a segurança e a dignidade geral do nosso país não merece ter as mesmas garantias e ser envolvido pelos mesmos princípios que um cidadão que

segue o ordenamento jurídico e visa o bem comum, o convívio em sociedade e a paz ao seu redor.

Sendo assim, a aplicação de um Direito Penal do cidadão para os cidadãos e criminosos que não atentam contra o país seria sensata se, por outro lado, houvesse a aplicação de um Direito Penal do Inimigo, rígido, rigoroso, criterioso e severo, para os inimigos do Estado. Estes seriam, antes de serem taxados como inimigos, investigados a fundo por órgãos competentes e, caso fosse realmente constatado que contribuem de alguma forma para com o crime organizado, mereceriam tratamento excepcional com garantias relativizadas.

3.1 O Regime Disciplinar Diferenciado como vertente do Direito Penal do Inimigo no Brasil

Ainda não vemos, de forma clara e explícita, a presença do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, existem algumas nítidas vertentes da teoria visíveis no nosso país.

A vertente prática principal da teoria do Direito Penal do Inimigo, no Brasil, se dá no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Trata-se de um regime de disciplina carcerária excepcional, com maior restrição de contato com o mundo exterior, suprimindo algumas garantias e direitos de um preso comum. O RDD foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais (LEP) e trouxe, expressamente, em seu artigo 52, as hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, além de suas características.

Calha destacar que o maior motivo da implantação do RDD no Brasil foram as constantes rebeliões causadas nos presídios de todo o país, motivadas principalmente pelo PCC e pelo Comando Vermelho (CV), organizações devidamente hierarquizadas, até mesmo dentro dos presídios em que se encontram, demonstrando, amplamente, o poder dessas facções criminosas, chocando toda a sociedade.

As críticas existentes entorno do RDD e o Direito Penal do Inimigo se assemelham, haja vista que residem no ideal de que a sua aplicação exclui do convívio carcerário comum o preso, relativizando, para tanto, algumas de seus direitos constitucionalmente garantidos.

Damásio E. de Jesus (2008) elenca, além do RDD, algumas outras relações entre Direito Penal do Inimigo e ordenamento jurídico brasileiro:

Características do Direito Penal do Inimigo

De acordo com Jakobs, são as seguintes:

1.^a) seu objetivo não é a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um

perigo;

Entre nós, o regime disciplinar diferenciado, previsto nos arts. 52 e ss. da Lei de Execução Penal, projeta-se nitidamente à eliminação de perigos.

2.^a) a punibilidade avança em boa parte para a incriminação de atos preparatórios; Inspirando-se num exemplo de Jakobs, pode-se notar essa tendência no Brasil, onde uma tentativa de homicídio simples, que pressupõe atos efetivamente executórios, pode vir a ser punida de modo mais brando do que a formação de quadrilha para prática de crimes hediondos ou assemelhados (art. 8.^o da Lei n. 8.072, de 1990), na qual se tem a incriminação de atos tipicamente preparatórios.

3.^a) a sanção penal, baseada numa reação a um fato passado, projeta-se também no sentido da segurança contra fatos futuros, o que importa aumento de penas e utilização de medidas de segurança.

O aumento de penas tem sido recurso freqüente em nosso País. Exemplos: Lei dos Crimes Hediondos, Lei de Lavagem de Capitais e Lei n. 9.677, de 1998, que dispõe sobre falsificação de produtos alimentícios ou medicinais.

Pensando dessa forma, podemos concluir que, apesar de não ter sido expressamente adotado no nosso país, o Direito Penal do Inimigo já está, ainda que de forma implícita e parcial, amplamente presente em nosso ordenamento jurídico, apesar das constantes contraposições de ideias a seu respeito.

4 O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEU PARALELO PARA COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Existe, atualmente, uma relevante discussão doutrinária e jurisprudencial tendente a deliberar sobre o poder investigatório do Ministério Público, poder este que possui, precipuamente, a função de ampliar a gama investigatória do Estado.

A questão se demonstra simples para os mais conservadores e legalistas, haja vista que a Constituição Federal não atribui ao *parquet* competência para investigações criminais, no entanto, tal entendimento está longe de ser unânime.

Nossa Magna Carta não prevê, em momento algum, a possibilidade de o Ministério Público exercer atividade investigatória durante a persecução penal. Do contrário, expressa, apenas, em seu artigo 129, “III”, competência de tal órgão para investigar no âmbito civil:

Por sua vez, via de regra, caberia única e exclusivamente à Polícia Judiciária a atividade de investigação criminal, como vaticina a própria Constituição em seu artigo 144 §§ 1º, “I” e 4º atribuindo a investigação de matéria criminal às polícias estaduais e federais, nada dizendo a respeito do Ministério Público. Por conseguinte, sobre este dilema, Guilherme de Sousa Nucci (2011, p. 82) entende que:

[...] embora seja tema polêmico, comportando várias visões a respeito, cremos inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal pública, assumira a postura de órgão investigatório, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria. A Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome polícia judiciária -, na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (art. 144). Ao

Ministério Público foi reservada a titularidade da ação penal, ou seja, a exclusividade no seu ajuizamento, salvo o excepcional caso reservado à vítima, quando a ação penal não for intentada no prazo legal. Note-se, ainda, que o art. 129, III da Constituição Federal prevê a possibilidade de o promotor elaborar inquérito civil, mas jamais inquérito policial. Entretanto, para aparelhar convenientemente o órgão acusador oficial do Estado, atribuiu-se ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos, a possibilidade de exercer o controle externo da atividade policial (o que não significa a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira), o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (o que demonstra não ter atribuição para instaurar inquérito e sim, para requisitar sua função pelo órgão competente). [...] O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considerar autor de infração penal, excluindo integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz.

Em decorrência desta discussão acerca do poder investigatório do Ministério Público, fora proposto um Projeto de Emenda Constitucional, a famigerada PEC nº 37, que daria a competência investigatória unicamente às polícias, pondo fim, portanto, às discussões. Porém, referida PEC fora deliberada e rejeitada pela maioria esmagadora do Senado Federal, quando 430 senadores votaram contra o projeto, enquanto somente 9 foram favoráveis.

Seguindo posicionamento que corrobora com a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, Lênio Luiz Streck (2006, p.6) nos ensina:

Cabe-nos, então, ressaltar aquilo que se revela por demais relevante: ao contrário do que recorrentemente preconizado por setores da doutrina e da jurisprudência, as funções institucionais acometidas ao Ministério público não se esgotam na literalidade mesma do art. 129 da Constituição Federal. Atente-se, a tanto, que este mesmo dispositivo constitucional apresenta-se como uma cláusula de abertura ao desenvolvimento, pelo Ministério Público, de 'outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade' (Art.129, IX da CRFB).³

Dentro deste panorama, caberia sim ao Ministério Público a atividade persecutória com o fim de investigar crimes. Além do mais, a corrente doutrinária que versa a favor do inquérito criminal também ser destinado ao *parquet* em sua fase investigatória, lança mão da teoria dos poderes implícitos, originada de precedente da Suprema Corte dos EUA no caso MC Culloch vs Maryland (1819), no qual firmou-se o entendimento de que, se a Constituição prevê uma atividade-fim, ela, implicitamente, prevê a esta mesma instituição ou órgão as possibilidades de exercícios da atividade-meio.

Em outras linhas, interpreta-se, portanto, que, se a Constituição Federal impõe o direito-dever do Ministério Público acerca da acusação, e propositura da ação penal, como atividade-fim, implicitamente, permite a este órgão a atividade-meio, qual seja, a investigação criminal.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, não dando provimento ao Recurso

3 RE 593727 - <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>

Extraordinário (RE) 593727, em decisão com repercussão geral reconhecida, acerca dos critérios e parâmetros para a atuação do Ministério Público no âmbito da investigação criminal, gerando, portanto, a seguinte decisão:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados ([Súmula Vinculante 14](#)), praticados pelos membros dessa instituição.

Em contrapartida, nas palavras do ministro Marco Aurélio Mello, acerca da atuação do *parquet* no âmbito investigatório do inquérito criminal, em referido julgado: “inconcebível um membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar-se e investigar. Sendo o titular da ação penal, terá a tendência de utilizar apenas as provas que lhe servem, desprezando as demais e, por óbvio, prejudicando o contraditório”.

Afere-se, portanto, que ainda que o STF já tenha decidido sobre o assunto, este está longe de ser unânime e pacificado.

Um dos mais relevantes pontos que gera discussão por aqueles que estudam o assunto gira em torno de que um Estado Democrático de Direito, como o instituído pelo Brasil por meio da Carta Cidadã de 1988, deveria ser regido pelo princípio da legalidade. Nesse sentido, a falta de previsão legal impossibilitaria e tornaria inoperante a investigação criminal empreendida pelo Ministério Público.

No entanto, contrariando ao preceito descrito, e em defesa da investigação criminal pelo *parquet*, Fernando Capez (2012, p.149) salienta:

Partilhamos do posicionamento favorável à investigação pelo Parquet, pelos seguintes motivos. O art. 1º da CF consagrou o perfil político-constitucional do Estado Brasileiro como o de um Estado Democrático de Direito, no qual há um compromisso normativo com a igualdade social, material, real e não apenas formal, como no positivismo que dominou todo o séc. XIX. Dentre os objetivos fundamentais da carta magna está o de eliminação das desigualdades sociais, erradicação da pobreza e da marginalização (CF, art. 3º, III). No art. 37, caput, o texto garante a todos o direito a uma administração pública proba, assegurando os princípios da eficiência, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, dentre outros, dado que o rol não é taxativo. Esse mesmo artigo, em seu § 4º, determina o rigoroso combate à improbidade administrativa, a qual, não raro, vem acompanhada de crimes contra o patrimônio público. Dentro desse cenário, o Ministério Público surge como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art.127). O caráter permanente e a natureza de suas funções levam à conclusão de que trata de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, em cuja atuação independente repousam as esperanças de uma sociedade justa e igualitária. Desse modo, toda e qualquer interpretação relacionada ao exercício da atividade ministerial deve ter

como premissa a necessidade de que tal instituição possa cumprir seu papel da maneira abrangente possível.

Por fim, não menos importante, destaca-se que há, ainda, o entendimento de que a investigação criminal exercida pelo Ministério Público abriria margem para uma retomada do sistema inquisitivo, já que ele é parte interessada na ação penal, pois que exerce atividade acusatória, guindo-se por um único olhar, declarando à condenação o sujeito passivo ainda na investigação.

No entanto, insta salientar o posicionamento de Mauro Fonseca (2006, p. 220):

A prática nos demonstra que cabe a polícia judiciária estabelecer o conteúdo que deverá apresentar futura ação penal da qual não é a titular, bem como previamente definir os rumos que tomará o próprio processo penal que será instaurado a partir do oferecimento daquela ação. Basta dizer que o Ministério Público somente tem acesso à investigação policial após seu término, quando então será enviada ao Poder Judiciário. Com isso, todas as falhas e omissões constantes no inquérito somente poderão ser subsanadas – se isso ainda for possível – após um largo transcurso de tempo entre a data do delito e o momento em que o Ministério Público dele tiver vista. Em síntese, não há um exagero em se afirmar em que futuro acusador é o principal prejudicado pela forma como atualmente está estruturado o inquérito policial, pois está excluído tanto do processo de elucidação do delito, como da forma em que se dará a materialização dos elementos colhidos na investigação, que, ao final, deverão ser utilizados por ele para redigir sua ação penal.

Contudo, as controvérsias seguirão, principalmente no que diz respeito à harmonia entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público no inquérito criminal, uma vez que o real interesse do *parquet*, ao atuar como investigador, é, quase sempre, questionado, no sentido de haverem dúvidas acerca da intenção de ampliar a gama investigativa do Estado, ou ampliar as chances de condenação de determinado indivíduo.

Por oportuno, calha destacar a presença de algumas semelhanças entre as discussões que envolvem o poder investigatório do Ministério Público, para com aquelas que abrangem a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Como anteriormente expresso, ambos os temas encontram, como argumentos favoráveis, as teses a respeito da vedação à infra proteção, bem como o combate à impunidade e a ampliação da atividade persecutória e gama investigatória, visando uma maior eficácia para o poder punitivo do Estado e a consequente segurança pública de uma nação.

Em outras linhas, os defensores do Poder Investigatório do Ministério Público lançam mão, por diversas vezes, dos mesmos fundamentos utilizados pelos defensores da teoria do Direito Penal do Inimigo em sua essência.

Como se não bastassem as semelhanças acerca dos argumentos favoráveis, as críticas também giram em torno dos mesmos fundamentos, quais sejam, a falta de previsão legal, a supressão de direitos constitucionalmente expressos e, principalmente, a possível

arbitrariedade e inversão de valores que a aplicação prática de ambos os temas poderia encadear.

A maior parte dos críticos da teoria do Direito Penal do Inimigo traz, em seus pensamentos, o ideal de que a aplicação prática desta tese pode levar a uma discricionariedade absoluta e indevida, tornando a teoria, inclusive, em um regime de segregação, preconceituoso e extremamente perigoso. As críticas em relação ao Poder Investigatório do Ministério Público também trazem, principalmente, o fundamento de que a atuação do *Parquet* como investigador poderia ensejar em arbitrariedade e segregação, haja vista que uma parte interessada na ação penal, como é o caso do referido órgão, atua de maneira parcial, de modo que poderia produzir provas que não tivessem como finalidade a busca pela verdade real, mas sim um pré julgamento de determinado indivíduo.

As diversas posições, favoráveis e contrárias, devem ser igualmente levadas em consideração, pois possuem, em sua maioria, fundamentos plausíveis. Portanto, assim como em relação ao Direito Penal do Inimigo, para que se efetive a atuação do Poder Investigatório do Ministério Público, no Brasil, devem ser estabelecidos critérios rígidos e cogentes, evitando, assim, uma possível arbitrariedade segregatória.

Por todo o exposto, conclui-se, portanto, que o Poder Investigatório do Ministério Público é, atualmente, uma vertente do Direito Penal do Inimigo no Brasil, a despeito de todas as contraposições de ideias que envolvem ambos os temas.

6 DAS CRÍTICAS E DO LASTRO PARA INTERPRETAÇÕES EQUIVOCADAS EM RELAÇÃO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

As discussões suscitadas a respeito do Direito Penal do Inimigo, assim como do poder investigatório do Ministério Público, passam longe de serem aceitas como uma unanimidade, muito pelo contrário.

Como nada se constrói na ausência de críticas e aperfeiçoamentos, abarcamos as ideias de Eduardo Cabette e Marcius Nahur (2014, p. 82), em que salientam:

No denominado 'Direito Penal do Inimigo' o grande criminoso, o macrocriminoso, o Leviatã do crime é o próprio Estado que tenta se justificar pela necessidade de impor a ordem, de defender a sociedade, de 'pacificar' a qualquer preço, ainda que seja o preço da dessubjetivação do humano, como fazem em seus processos mentais os próprios criminosos mais violentos e cruéis. E isso se faz em nome do vlaro da segurança pública, o que é um erro crasso já demonstrado historicamente.

As críticas não são poucas e não é difícil encontrar doutrinadores de renome contrários à tese, sob os argumentos de que há clara violação de direitos fundamentais na aplicação prática da teoria mencionada. Os críticos, em sua maioria, pregam pela manutenção

dos princípios constitucionais penais com foco principal para o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como para o da legalidade. Muitos alegam que a dignidade não pode ser relativizada a ponto de diferir seres humanos em cidadãos e inimigos.

No que tange ao Direito Penal do Inimigo, existem também os argumentos que giram em torno da defesa do Direito Penal de atuação subsidiária, colocando a teoria de Jakobs como de atuação máxima, sendo apenas uma forma simbólica de tranquilizar a sociedade.

Um dos maiores críticos da tese, o espanhol Manuel Cancio Meliá (2008, p. 72-73) em obra conjunta com o criador da teoria, explicita:

Quando se aborda uma valoração do Direito penal do inimigo como parte do ordenamento jurídico-penal, sobretudo se pergunta se deve ser aceito como inevitável segmento instrumental de um Direito penal moderno. Para responder esta pergunta de modo negativo, em primeiro lugar, pode-se recorrer aos pressupostos de legitimidade mais ou menos externos ao sistema jurídico-penal no sentido estrito: não deve haver Direito penal do inimigo porque é politicamente errôneo (ou: inconstitucional). Em segundo lugar, pode argumentar-se dentro do paradigma de segurança ou efetividade no qual a questão é situada habitualmente pelos agentes políticos que promovem este tipo de normas penais: o Direito penal do inimigo não deve ser porque não contribui à prevenção policial-fática de delitos. Estes são, naturalmente, caminhos transitáveis, que de fato se transitam na discussão e que se devem transitar.

A polêmica que gira em torno dessa teoria, abre espaço para interpretações e comparações equivocadas sobre o tema, como a de Rogério Greco (2015, p. 26-27), que a compara com o nazismo:

Com a assunção de Hitler ao poder, o partido nacional-socialista tratou, imediatamente, de começar a reorganizar, de acordo com os seus critérios escusos, o Estado alemão, culminando, em 1944, com a edição do projeto nacional-socialista sobre o tratamento dos estrangeiros à comunidade, que nos foi trazido à luz, recentemente, por meio de um trabalho incansável de pesquisa levado a efeito pelo professor Francisco Muñoz Conde, em sua obra intitulada Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo.

Tal projeto, considerado como um dos mais terríveis da história do Direito Penal, propunha, dentre outras coisas: a) a castração dos homossexuais; b) a prisão por tempo indeterminado dos considerados sociais, ou seja, pessoas que tivessem um comportamento antissocial, a exemplo dos vadios, prostitutas, alcóolatas, praticantes de pequenas infrações penais etc., sem que houvesse necessidade, inclusive, de que tivessem praticado qualquer delito; c) a esterilização, a fim de evitar a propagação daqueles considerados sociais e inúteis para a sociedade.

Na verdade, apontava determinadas pessoas como perigosas, a exemplo do que ocorria com os delinquentes habituais, e sobre elas fazia recair uma espécie de “tratamento”, que podia, segundo a sua estúpida visão, curá-las, aplicando-lhes medidas de internação por tempo indeterminado, inclusive nos conhecidos campos de concentração, ou, quando fossem reconhecidamente entendidas como incuráveis, condenadas à morte, ou ainda, em algumas situações, utilizadas como carne de canhão, ou seja, aquelas pessoas que durante a Segunda Guerra Mundial eram colocadas no front de batalha.

Enfim, medidas que atropelavam o princípio da dignidade da pessoa humana, justamente por desconsiderá-la como pessoa, lembrando muito o que Jakobs pretende fazer com seu Direito Penal do Inimigo, desconsiderando o inimigo como um cidadão.

Com a devida vênia, Rogério Greco, interpretando o Direito Penal do Inimigo desta

maneira, faz uma comparação deveras incabível. Basta uma análise séria das características da teoria para perceber que ela não se trata de um regime de segregação preconceituoso com a finalidade de eliminar uma raça ou uma ideologia contrária.

São inegáveis os males do nazismo para a humanidade e, exatamente por isso, Greco deveria ter tomado muito mais cuidado ao comparar uma hipótese de política criminal com um regime de extermínio racial.

Em hipótese alguma a teoria de Gunther Jakobs seleciona uma raça, uma opção sexual, uma ideologia contrária à dele ou pessoas com determinada característica física para serem exterminadas. Muito pelo contrário, a teoria pretende identificar os indivíduos que, de forma clara e intencional, atentam contra a integridade do Estado.

Para exemplificar a infelicidade da comparação, podemos pensar no seguinte raciocínio: Ao comparar o Direito Penal do Inimigo com o nazismo, Greco acaba equiparando os judeus, os homossexuais, os vadios, as prostitutas, com os membros de facções criminosas, por exemplo.

No nazismo, estes mereceram o tratamento que receberam? A resposta aqui só pode ser negativa. Por outro lado, segundo prega a tese de Jakobs, os criminosos organizados merecem o tratamento a ser recebido? A tendência é que a resposta seja positiva.

Portanto, fica mais do que claro que, em uma aplicação criteriosa e a partir de uma interpretação sensata, o Direito Penal do Inimigo difere, e muito, do regime nazista.

Por sua vez, a legalidade é outro ponto que une os críticos do Direito Penal do Inimigo, assim como aqueles que se amoldam contrários ao inquérito criminal empreendido pelo Ministério Público.

Destarte, trazendo a ideia de Rogério Greco (2016, p. 143), de cunho minimalista, portanto, aclama ao ideal, centro de sua obra, de que:

[...] o principio da legalidade ocupar lugar de destaque em uma concepção minimalista, voltada para um Direito Penal do Equilíbrio, encontrando abrigo expresso em nosso ordenamento jurídico, tanto em nossa Constituição Federal – art. 5º XXXIX (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal) – quanto em nosso Código Penal – art. 1º (Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal).

Por sua vez, a incongruência preside na ideia de impunidade e a insegurança social sob a qual é mantida a comunidade em geral. Há uma desconfiança acerca da eficiência do poder punitivo do Estado, bem como da eficácia acerca da persecução penal.

Não obstante, o que denota da discussão suscitada é a ideia de que, sob o desejo de se evitar a infra proteção, privilegiando a segurança social, há a teoria do Direito Penal do Inimigo e, sob o desejo de refuta-la em todos os sentidos, ainda que sem razão, elenca-se uma

possível arbitrariedade prática para dar vazão a uma equivocada comparação ao pior regime de segregação que a humanidade já viveu.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando todos os fatores expostos, podemos perceber que o Direito Penal do Inimigo trata-se de uma hipótese muito bem fundamentada para a defesa e combate dos crimes que afetam a segurança pública, caso seja aplicado de forma criteriosa e não abra margem para arbitrariedades.

Foi defendida nesse trabalho a aplicação criteriosa de um Direito Penal do Inimigo, não dando espaço para erros ao identificar um inimigo do Estado e, a partir daí, relativizar e/ou suprimir suas garantias constitucionais, visando a manutenção do convívio ideal em sociedade.

No Brasil, a teoria já encontra vertentes, como o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no seu ordenamento jurídico, visto que a sua aplicação foi necessária para a oposição e combate ao terror imposto pelas grandes facções criminosas no país.

Ademais, cumpre salientar a existência das ferrenhas discussões acerca do Poder Investigatório do Ministério Público, sua constitucionalidade e efetividade prática, sob a ótica da ampliação da gama investigatório do Estado, vedando a infra proteção, em contraposição a uma possível parcialidade e arbitrariedade segregatória do *Parquet*.

Assim como a grande maioria das políticas criminais de combate, a teoria do Direito Penal do Inimigo apresenta críticas muito bem fundamentadas, que inclusive se assemelham em vários aspectos com os posicionamentos contrários ao Poder Investigatório do Ministério Público.

Por outro lado, ambos abrem espaço para interpretações incabíveis e equivocadas como a comparação com um regime tirano de extermínio e segregação racial, o nazismo.

Ao que parece, o sentimento geral da população é favorável a um tratamento mais rígido ao crime organizado. Sendo assim, podemos ligar isso ao fato de que é necessário que a atuação do legislador seja influenciada pela vontade e necessidade social.

Por conseguinte, o sentimento de impunidade que vigora na atual sociedade anseia por uma efetivação dos meios inibitórios de impunidade, ampliando as possibilidades de investigação criminal, oportunizando, para tanto, o Ministério Público nessa tarefa árdua e inglória, uma vez que a sociedade vê a atividade exercida pelo *Parquet* com bons olhos, além de evitar a desconfiança para com as demais instituições estatais.

Portanto, com um melhor preparo na atividade persecutória do Estado,

encontraremos soluções e caminhos para se evitar a falta de punição, sendo que, dessa forma, conclui-se que seria de boa valia a aplicação extremamente criteriosa do Direito Penal do Inimigo em face do combate ao crime organizado e da manutenção da segurança pública interna e/ou externa, bem como da efetivação da atuação do Ministério Público no âmbito da investigação criminal, objetivando, ambos, a luta contra a impunidade em busca do efetivo combate ao crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**. Coimbra: Almeida, 1981.

BRASIL. Lei n. 10792, de 1 de dezembro de 2003. Altera a Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 2 de dez. de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Macial. **Direito Penal do Inimigo e teoria do mimetismo – uma abordagem sob a ótica girardiana**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editoria, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOI, Mônica de Souza Paim Catoci de. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão de um Direito Penal do Inimigo**. Presidente Prudente, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. – 9 ed., rev., atual. Niterói: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. – 8 ed., rev., atual. Niterói: Impetus, 2015.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas**. – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal do Inimigo. Breves considerações**. Jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 19 mai. 2015.

LAVORENTI, Wilson. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Brookseller, 2000.

MATOS, Bruno Florentino de. **Direito Penal do Inimigo**. 07 Jul. 2009. Disponível em: <

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5138/Direito-Penal-do-inimigo>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo, A Terceira Velocidade do Direito Penal.** – 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processual e execução penal. 10ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SAPIÃO, Fábio. **Crime em lugar do Estado: como o PCC pretende dominar o Brasil.** CartaCapital, 11 mar. 2014. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-serapiao/crime-em-lugar-do-estado-como-o-pcc-pretende-dominar-o-brasil-3006.html>>. Acesso em: 19 mai. 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal. 2. ed.** Madrid: Civitas, 2001.

STRECK, Lênio Luiz, FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3º ed.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

A SOCIOLOGIA DE O AUTO DA COMPADECIDA – UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIOLOGICA SOBRE A ADAPTAÇÃO PARA OS CINEMAS DA OBRA DE ARIANO SUASSUNA

João Victor Nardo ANDREASSA¹

RESUMO

O Auto da Compadecida apresenta uma história tipicamente brasileira, cheia de ricos cenários, em meio a seca da Paraíba. O filme, que é um corte especial da série da Rede Globo exibida originalmente em 1998, adapta a peça teatral de Ariano Suassuna. A película nos mostra personagens engraçados, mas com uma profundidade incrível. O presente artigo tem como finalidade identificar situações marcantes na obra e situá-las em nosso ordenamento jurídico, através de uma análise do filme sob aspectos sociológicos apresentados na película. Nota-se que os personagens não praticam seus atos por nenhum motivo. Fica claro que todos ali tiveram situações e obstáculos impostos em suas vidas, tais dificuldade molda suas personalidades e os fizeram praticar os atos mostrados em cena. Também temos uma história de amor e a referência de outro grande autor.

PALAVRA-CHAVE: Ariano Suassuna, Auto da Compadecida, Criminologia, Sociologia.

ABSTRACT

A Dog's Will presents a typically Brazilian story, full of rich scenarios, in the midst of the Paraíba drought. The film, which is a special cut of the Rede Globo series originally screened in 1998, adapts a theatrical play by Ariano Suassuna. The film shows us deceitful characters, but with incredible depth. The purpose of this article is to identify striking situations in a work and situate them in our legal system, through a film analysis on the film sociological. Note that the characters do not practice their acts for any reason. It is clear that all employees have had situations and obstacles imposed on their lives, such difficulty shaping their personalities and jobs have been showing results. We also have a love story and a commentary from another great author.

KEY-WORDS: Ariano Suassuna, A Dog's Will, Criminology, Sociology.

INTRODUÇÃO

O *Auto da Compadecida* é um filme que retrata de forma brilhantemente cômica cenários tipicamente brasileiros. O filme é um corte diferente da minissérie que adapta a obra de Ariano Suassuna, exibida pela Globo em 1988, divididos em 4 capítulos de 40 minutos. A versão para os cinemas muda ao focar mais nos protagonistas João Grilo e Chicó.

O filme é rico em cenários atuações impecáveis e em retratar as realidades brasileiras da região. Aborda questões como a influência da religião na sociedade, como também o modo de vida dos grandes senhores de terra, os cangaceiros, problemas conjugais e também o amor.

É uma obra enriquecedora, no sentido de que, os personagens são profundos, tem

1 Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO/FEMM.

motivações bem definidas e mostradas não de uma forma simplista e superficial. Por toda película podemos ver o porquê de cada ação dos personagens. Em tempos de opiniões radicais, que são expressadas a todo momento, a cada acontecimento noticiado pela mídia é importante um retrato desses para a população, o *Auto da Compadecida* ajuda a enxergarmos que a sociedade, não rara as vezes, impõe ao indivíduo, para que possa sobreviver que ele se utilize dos artifícios ou espertezas que a vida lhe deu, fazendo com que a sociedade o marginalize, sem contudo se preocupar com suas motivações, os tratando com indiferença, muitas vezes querendo que sejam recolhidos das vistas para assim não mais incomodar.

Também temos um julgamento, uma analogia ao júri popular, que é retratado de forma icônica, com riqueza de detalhes, cores, cenários lindos, e com direito a Nossa Senhora fazendo a defesa, Jesus como juiz e o Diabo como acusador. Nesse julgamento vemos uma retratação das acusações, que apresentadas isoladamente nos fazem pensar de uma forma, e a defesa depois de mostrada mudam nossa opinião ao apontar razões e perdões particulares.

Muitos elementos jurídicos permeiam a obra, como princípios gerais do direito e direitos fundamentais, a exemplo: da Vedação do Tribunal de Exceção, disciplinado no inciso XXXVII, do art. 5º de nossa Constituição: “não haverá júízo ou tribunal de exceção”; a Instituição do Júri, disciplinada no mesmo art. 5º, no inciso XXXVIII e alíneas; Princípio do Juiz Natural: “LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, art. 5º, LIII, CF; Devido Processo Legal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, art. 5º, LIV, CF; Presunção de Inocência: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, art. 5º, LVII, CF; e do Direito ao Contraditório e Ampla Defesa: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, art. 5º, LV, CF.

O presente trabalho foi feito de forma científica com pesquisas bibliográficas e documentais, utilizando-se de obras de diversos autores, tendo influência direta de Sérgio Salomão Shecaira, Daniel Marques de Camargo, Eduardo Arruda Alvim, Renna Faria Kruger, Daniel William Granado, Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Cármen Lúcia Antunes Rocha. O escopo aqui é analisar os preceitos jurídicos da obra, se atentando também aos acontecimentos da narrativa situada em Taperoá, através de preceitos sociológicos e históricos, buscando sempre fazer uma analogia entre as cenas do filme com a nossa realidade atual e passada.

1. SOBRE OS PERSONAGENS E ANÁLISE DOS FATOS DO PRIMEIRO ARCO DO

FILME

Logo no início do filme vemos as primeiras aparições de João Grilo e Chicó, os protagonistas da trama, que demonstra já a esperteza de João Grilo, que permeia toda história, ao se utilizar de suas “lorotas” para escapar das situações complicadas em que se encontra, que na maioria das vezes ele mesmo as cria.

No primeiro arco da película, em que é tratado do “Testamento da Cachorra”. João Grilo e Chicó trabalham para o casal Eurico e Dora, os quais tem uma padaria. Sem demora, já vemos que a relação do casal é confusa e adúltera. Dora com frequência trai o marido, este que, mesmo sabendo e não gostando da situação, mantém uma relação de visível amor para com Dora, que é recíproco, apesar de todas as situações apresentadas, mas tratemos desse assunto mais a frente, quando for descrito o julgamento final.

Dora e Eurico tratam Chicó e João como servos, pagando um salário miserável e os tratando com muito pouco respeito, a não ser quando precisavam de favores da dupla. Isso é evidenciado na cena em que Dora descreve as delícias que a sua cachorrinha comia, enquanto eles comiam somente uma gororoba. E disso, da ideia de trocar a gororoba pela boa comida da cachorrinha, que esta, ao comer a comida dos protagonistas, fica doente. Dora ao perceber que sua cachorrinha está doente, faz com que João Grilo e Chicó faça com que padre João benza o animalzinho. O padre se mostra contrário a ideia, com isso João usa do artifício de dizer que a cachorra era de Major Antônio Moraes, um fazendeiro poderoso da cidade de Tapoerá, este por sinal, vive na ociosidade como era de costume da classe alta antiga, isso fica claro quando o Major é indagado pelo Padre, que fala de suas ocupações e saúde, o Major responde: “ocupações? O senhor sabe muito bem que eu não trabalho e minha saúde é perfeita”. O padre ao ouvir de João que a cachorra que ia ser benzida era do Major, mudou rapidamente de opinião, se mostrando favorável agora a ideia. Isso deixa claro a distinção de tratamento dada as pessoas comuns para as pessoas com influência na sociedade.

A cachorrinha de Dorinha acaba morrendo, esta deseja que seja feito um enterro em latim, o Padre João recusa, mas João Grilo usa de seu “papo furado” para enrolar o padre, dizendo que o animal tinha feito um testamento, deixando 3 contos de réis para o padre. Ao saber desse “fato novo”, o padre muda de opinião. O problema é o Bispo, que veio a cidade, e ao ficar sabendo do enterro fica enfurecido, alegando que é sacrilégio, o que faz com que João tenha de usar de sua destreza para contornar a situação, e este fala que a cachorrinha também deixou 6 contos de réis para a Arquidiocese. A reação do bispo é parecida com a do padre, que passa a aceitar de bom grado, e assim o enterro da cachorra não é mais sacrilégio, e os dogmas da Igreja já são interpretados de forma diferente, o que retrata que as leis divinas e

dos homens podem ser interpretadas de forma diferente, a depender da pessoa ou da situação.

Vemos também nesse arco a primeira aparição do cangaceiro Severino de Aracaju, que estava disfarçado de mendigo, para ver se a cidade tinha policiais. É interessante notar que todos os cidadãos que passavam por ele o tratavam com muito descaso, o marginalizando quando ainda estava apenas pedindo. Também deste assunto, trataremos no juízo final.

2. O SEGUNDO ARCO, COM A HISTÓRIA DE AMOR E A REFERÊNCIA AO MERCADOR DE VENEZA

No segundo arco da película vemos a história de amor de Chicó e Rosinha. A relação começa de forma típica das cidades do interior nas décadas passadas, através de uma festinha em volta da igreja, com um parque de diversões e com direito até a dedicação de uma música no alto-falante.

Apesar da história de amor ser entre Chicó e Rosinha, João Grilo tem um papel determinante para que o casal fiquem junto. Primeiro ao arrumar um broche e um par de brincos para que Chicó dê de presente para Rosinha, os quais João conseguiu ao enganar Cabo Setenta, o comandante da polícia que veio proteger a cidade e Vicentão, o valentão da cidade. Para conseguir o feito, João diz que Rosinha está apaixonada pelos dois, os quais entregam os presentes para que sejam dados em seus respectivos nomes.

Mesmo após os presentes serem entregues por Chicó, dito que eram seus para ela, ainda tinha um problema, Chicó deveria provar que era valente, qualidade esta que não tinha. João entra mais uma vez com suas “lorotas”, e arma uma situação para que se encontrem Vincentão, Cabo Setenta e Chicó, para provar que Chicó é valente e irá enfrentar os dois.

Tanto Vincentão quando Cabo Setenta achavam que iriam enfrentar somente Chicó, o qual sabiam que era fraco e frouxo, como ele próprio dizia. Contudo, ao chegarem e se verem, a situação muda, e com dois em paridades de armas, Vincentão e Cabo Sententa desistem de se enfrentarem e saem ambos correndo. Chicó aparece como valente, como João armou e assim esse conquista totalmente Rosinha.

Ainda assim, persistia um último problema, o Major Antônio Moraes queria casar Rosinha, mas não com um sertanejo pobre, e sim com um Doutor ou com um fazendeiro. João sabendo disso, arma uma situação para que Chicó se passe por fazendeiro e Doutor. O plano da certo até que o Padre aparece na fazenda do Major, o que faz com que João constitua outra armação, prometendo que a igreja seja reformada ao preço de 10 contos de réis, que acabam por terem de ser pagas por Chicó. Como não têm dinheiro algum, o Major empresta como forma de adiantamento. O contrato que o Major faz pede em garantia a fazenda inventada pela

dupla de protagonistas, a qual, logicamente, não pode ser garantia, uma vez que não existe. No lugar, João sugere que seja tirada uma tira de couro das costas de Chicó caso a dívida não seja paga em uma semana.

É interessante notar que o Major Antônio Moraes já costumava colocar essa cláusula em seus contratos, como vemos no desafio que faz a João Grilo, para que este tenha um emprego na fazenda.

Essa parte do contrato com a cláusula da tira de couro sendo arrancada, é uma clara referência a peça teatral do autor inglês William Shakespeare. Na trama do final do séc. XVI, Bassânio deseja se casar com a herdeira de uma fortuna, Pórcia, que mora a uma distância de uma viagem de 3 meses pelo mar. Bassânio não tem dinheiro para a viagem e contata seu amigo Antônio, um mercador de Veneza, o qual diz que também não tem a quantia necessária. Os dois recorrem ao judeu Shylock, que pratica a usura. Shylock odeia Antônio, que é antissemita, mas aceita fazer o empréstimo a Bassânio da quantia, sendo Antônio seu fiador. Como garantia Shylock pede que, se o empréstimo não for pago numa data específica, ele terá direito a uma libra de carne de Antônio.

A data específica chega, o empréstimo não é pago, e então temos a constituição de um tribunal, para que seja apreciado o contrato feito entre as partes e a garantia. Pórcia se traveste em um doutor em direito e se infiltra no tribunal. Esta tenta de tudo mas Shylock não cede, e quer sua garantia. É então que perto da sentença ser cumprida, Pórcia suscita que pode ser tirada uma libra de carne, mas nenhuma gota de sangue, uma vez que tal situação não está expressa no contrato.

Voltando a história em Taperoá, nas últimas cenas do filme, Chicó e João contavam com a porca deixada de herança para Rosinha quando ela se casasse para pagar a dívida com o Major. Somente não contavam que a porca estava cheia de moedas que não tinham mais valor, e assim, o Major requer que sua garantia seja cumprida. Rosinha e João tentam vários argumentos, até que João fala que é só uma tirinha e nenhuma gota de sangue, Rosinha sustenta dizendo que sangue não estava no contrato, assim como na peça de William Shakespeare.

3. O JUÍZO FINAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Após a morte de João Grilo, assassinado pelo Cangaceiro “Cabra”, João acorda e está na igreja, ao lado dos demais mortos, e lá encontra os personagens da história que foram assassinados. Todos ali se encontram na situação descrita por Chicó, em uma das mais famosas passagens de Ariano Suassuna:

Cumpriu sua sentença. Encontrou-se com o único mal irremediável, aquilo que é a marca do nosso estranho destino sobre a terra, aquele fato sem explicação que iguala tudo o que é vivo num só rebanho de condenados, porque tudo o que é vivo, morre.

Todos ali são iguais, o Bispo até diz para Padre João: “Deve haver aqui um lugar reservado aos eclesiásticos”, contudo não há, não há mais distinções, privilégios, são iguais, um “só rebanho de condenados”.

Quando o Diabo aparece, este finge-se um ser bom, e, quando João Grilo o provoca para mostrar sua verdadeira face, este se revela e os condena ao “fogo eterno”, sem que haja o Devido Processo Legal.

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. (texto da Magna Carta de João Sem Terra, 1215).

As palavras da Magna Carta de 1215 já expressavam as raízes do devido processo legal, mostrando que a pessoa livre não poderia ser detida, presa e nem perder seus bens sem processo regular.

A nossa Constituição dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, CF). O devido processo legal, é um princípio eminentemente processual, em que se garante um processo com fases estabelecidas e ordenadas. Também é a garantia de um julgamento justo, em que será oportunizado as partes a oportunidade de se defenderem, como também diversas outras garantias, dos quais decorrem os demais princípios processuais. O Devido Processo Legal evoluiu, e tudo que diz respeito aos bens humanos, materiais ou imateriais, devem passar pelo crivo do Devido Processo Legal.

“Assenta-se, o princípio, sob o trinômio vida-liberdade-propriedade. Destarte, tudo que disser respeito à tutela desse trinômio está ao abrigo do devido processo legal”. (ALVIM, THAMAY, GRANADO, 2014, p. 29).

O Diabo, ao fazer isso, também está os condenando antes mesmo de serem declarados culpados, indo assim contra o princípio da presunção de inocência, o qual vem descrito no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. Em nosso ordenamento a presunção de inocência é disciplinado na nossa Constituição em seu art. 5º, inciso LVII, o qual disciplina: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

João Grilo, quando está quase para ser engolido pela porta do “quinto dos infernos”, indaga: “que julgamento é esse que não tem apelação”, que ele sempre ouviu que uma pessoa para ser condenada tem de ser ouvida, e ele apela para Jesus Cristo, que aparece, fazendo assim com que se tenha o julgamento devido, e a garantia ao contraditório e a ampla defesa.

Acerca da ampla defesa e do contraditório, cabe alguns conceitos básicos. É assegurado em nossa Carta Maior em seu art. 5º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. É, pois, o direito fundamental que garante ao indivíduo saber do que está sendo acusado e dos acontecimentos do processo, oportunizando que sejam rebatidas tais acusações. Mais especificamente, no processo penal, a defesa deve existir mesmo que o réu seja revel, ou mesmo que essa não queira uma defesa técnica.

É de tamanha importância que “é tão intimamente ligado ao exercício de poder, sempre influente na esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2009, p. 61).

Quando Jesus aparece, temos ali instalado o julgamento, em que temos um juiz natural e promotor natural, o qual o texto da Constituição diz que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, CF), e pelas leis divinas quem mais adequado para apontar os erros do que o Diabo, e para julgá-los do que Jesus, a representação de Deus.

O Diabo começa as acusações, que basicamente são os fatos suscitados no começo do trabalho com o Bispo e o Padre, imputa-lhe velhacaria, arrogância com os pequenos e subserviência com os grandes. Sobre Eurico e Dora, descreve que eram patrões horríveis, avareza do marido e adultério da esposa. Sobre Severino foi suscitado que matou mais de 30. Contra João Grilo foi dito que tramou o enterro da cachorra, encorajou encontros de Chicó com uma mulher casada e arquitetou a morte de Severino.

Quando o Diabo está quase levando os acusados, sem ao mesmo ter o contraditório, João apela para Nossa Senhora, a qual se faz valer o contraditório de forma concreta, ao apresentar contrarrazões às acusações.

A defesa começa com o argumento de que:

É preciso levar em conta a pobre e triste condição do homem. Os homens começam com medo, coitados, e terminam por fazer o que não presta, quase sem querer. É o medo. Medo de muitas coisas. Do sofrimento, da solidão, e, no fundo de tudo, medo da morte.

É uma importante passagem, que evidencia que, na falta das condições mínimas para a pessoa, esta pode acabar se desvirtuando do caminho desejado pela sociedade. É muito

comum vemos declarações extremistas em redes sociais, que clamam por radicalismos, dizendo coisas como: “bandido bom é bandido morto” ou “a pessoa é marginal por que escolheu este caminho”. Tais argumentos se mostram totalmente simplistas e vazios, uma vez que são proferidos sem o mínimo de pesquisa e por olhares de fora dessas situações extremas em que vivem boa parte de nossa população.

Acerca da dignidade da pessoa humana e dos comportamentos desvirtuados causados pela ausência dela, Carmen Lúcia discorre:

A justiça humana, aquela que se manifesta no sistema de Direito e por ele se dá à concretude, emana e se fundamenta na dignidade da pessoa humana. Essa não se funda naquela, antes, é dela fundante. Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal. O tratamento justo e digno conforta; a injustiça, como a indignidade, transtorna o ser humano e o atinge em seu equilíbrio emocional; a reação contra uma ou outra é sempre de revolta, desespero ou amargura: é sempre contraponto carregado de emoção ou sentimento o que se deflagra. (ROCHA, p. 3)

O Diabo indaga que o medo da morte não redime os pecados. Nossa Senhora defende, dizendo que os homens pedem para que ela rogue por eles, e então começa as alegações de defesa.

Eurico e Dora, quando iam ser fuzilados pelo Cangaceiro, confessam seus erros, se acertam e se perdoam. Os únicos ofendidos por seus erros, eram eles mesmos, e estes se perdoaram. Importante essa cena, retrata que tais assuntos, como o adultério, devem ser tratados pelas próprias pessoas, não cabendo, lógico, quando não há alguma violência relacionada, ao Estado interferir nelas (que não mais interfere aqui no Brasil na esfera penal, uma vez que o adultério deixou a muito tempo de ser um ilícito penal), e muito menos a religião, que muitas vezes, dizendo defender a família, acaba por prejudicá-la, por conta de preconceitos e dogmas ultrapassados.

O Bispo e o Padre, na hora da morte, se mostraram altruístas, que apesar de uma recusa inicial, aderem a sua missão como sacerdotes, perdoando e abençoando seu assassino.

Quanto a Severino, o próprio Jesus intercede por ele. Severino depois de ver sua família ser morta pela polícia enlouqueceu, e então, não era mais responsável por seus atos. Sendo assim, poderíamos assemelhar o caso dele como uma exclusão de culpabilidade, pois, sendo ele incapaz, foi tratado como impossibilitado de entender o caráter ilícito de sua ação (art. 26, Código Penal). Severino foi absolvido e foi para o céu, caso se aplicasse as leis brasileiras, ele seria isento de pena e seria lhe imposta uma medida de segurança.

Eurico, Dora, Padre João e o Bispo foram encaminhados ao purgatório, por sugestão

de João Grilo, para pagarem seus pecados e serem reconduzidos aos céus. Aliás, as cadeias deveriam funcionar como purgatórios, onde os indivíduos pudessem ser punidos pelos seus erros na sociedade e pudesse acontecer uma ressocialização, que possibilitaria sua volta a vida em sociedade. Contudo, as nossas cadeias são verdadeiros infernos, onde não se reforma, não se tem condição alguma para um ser humano, e onde se condena o homem a viver a margem da sociedade por toda vida.

4. A SENTENÇA DE JOÃO GRILO E UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA DE SUA VIDA

Na “hora da verdade”, como é dito por Jesus, de João Grilo, este confessa que realmente mentia, e gostava do que fazia. Nossa Senhora intervém, dizendo que a mentira, sua esperteza, era sua única arma para sobreviver entre as pessoas com privilégios. Ela lembra Manoel das condições adversas que João enfrentou em sua vida, como a infância, ou a ausência dela, teve de enfrentar a seca, passando fome, mas era um sertanejo cheio de fé. A sentença de João é voltar à sociedade.

Sobre o caso de João Grilo, cabe uma elucidação sobre a teoria da anomia. Como descreve Sérgio Salomão Shecaira:

Inicialmente, é importante mencionar que esta teoria insere-se dentro da família de teorias designadas funcionalistas. O pensamento funcionalista considera a sociedade um todo orgânico, que tem uma articulação interna. Sua finalidade é a “reprodução através do funcionamento perfeito dos seus componentes. Isto pressupõe que os indivíduos sejam integrados no sistema de valores da sociedade e que compartilhem os mesmos objetivos, ou seja, que aceitem as regras sociais vigentes e se comportem de forma adequada às mesmas” (SHECAIRA, 2013, p. 187 e 188).

Para essa teoria a anomia seria a quebra desse funcionamento orgânico.

Na obra de Sérgio Salomão Shecaira, *Criminologia*, este cita Robert King Merton, norte-americano que estuda a teoria da anomia. Sérgio Salomão descreve os objetivos culturais, que seriam os fins ou propósitos buscados por uma sociedade, através dos caminhos que lhes são acessíveis. Estrutura social seria “o conjunto organizado de relações sociais, isto é, a estrutura de oportunidades reais que condiciona, de fato, a possibilidade de os cidadãos se orientarem para alcançar seus objetivos culturais, respeitando as normas legais” (Shecaira, 2013, p. 196).

Segundo Robert King Merton (1938), que se pauta pelo modo de vida norte-americano, discorre que a cultura de seus país

...se aproxima da ideia que acentua a ascensão social como um valor precípuo da sociedade”. O American Dream, que destina ao consumo e ao dinheiro, como símbolo de prestígio, papéis relevantes, acaba tornando-se uma referência, um padrão da sociedade como um todo. Esse delicado relevo à riqueza como símbolo básico do sucesso, sem uma ênfase

correspondente às legítimas vias, nas quais se deve marchar para alcançar esse objetivo, cria uma delicada tensão que pode derivar um comportamento desviando os padrões normais. Este desajuste propicia o surgimento de condutas que vão desde a indiferença perante as metas culturais, até a tentativa de chegar às metas mediante meios diversos daqueles socialmente prescritos. Merton prevê cinco tipos denominados de adaptação individual: conformidade, ritualismo, retraimento, inovação e rebelião. (*apud* SHECAIRA, 2013, p. 196).

Sérgio Salomão Shecaira explica os tipos elencados por Merton, os quais: o conformista é o tipo mais comum em uma sociedade estável, sendo aquele que usa somente dos meios legais para atingir seus objetivos culturais. O ritualista é aquele que renuncia os objetivos culturais, uma vez que se julga incapaz de adquiri-los, não se tem aqui a vontade de ascender socialmente e monetariamente, mas, contudo, segue à risca os meios legais de burocrática, mesmo sem vontade de atingi-los. O retraimento é a renúncia tanto dos objetivos culturais quanto dos meios legais para atingi-los, exemplos dessa forma seriam os mendigos, bêbados crônicos e viciados em drogas. Rebelião seria a revolta com os objetivos e os meios legais, buscando o estabelecimento de novas metas e novos meios para atingi-las, são exemplos os “rebeldes sem causa” em posturas individuais e nas coletivas os movimentos de revoluções sociais. E por fim, chegamos a inovação, o tipo de adaptação social de João Grilo.

A grande ênfase cultural sobre a meta de êxito estimula este modo adaptativo mediante meios legalmente proibidos, mas frequentemente eficientes de atingir, pelo menos, o simulacro do sucesso: a riqueza e o poder. Trata-se, pois, da delinquência propriamente dita. O criminoso, aqui, corta caminho para atingir mais rapidamente a ascensão social. (*apud* SHECAIRA, 2013, p. 197, 198).

No caso de João Grilo, era claro que cometia crimes como, por exemplo, o estelionato, tipificado no nosso ordenamento no art. 171 do Código Penal, o qual diz: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”.

Contudo, João cometia tais crimes por necessidade, ele se adaptava a situação que a vida lhe impõe, não era um conformado, utilizava de artifícios, como as mentiras citadas ao longo de todo o filme, para conseguir sobreviver. João, dada a sua situação, não buscava poder e riqueza propriamente, mas sempre que podia, se revoltava contra sua condição pobre e miserável, a qual é imposta a milhões de brasileiros, como mostram as próprias imagens passadas na cena em que Nossa Senhora faz a defesa de João.

João Grilo começou a mentir e a enganar as pessoas não porque ele queria, mas sim, porque a sociedade estabelece metas culturais que a maioria das pessoas não podem atingir pelos meios legítimos. Está aí posta um exemplo da anomia, que aliás, permeia todo nosso país.

Ao final das considerações postas por Nossa Senhora, e a ponderação por parte do

juiz, João Grilo ganhou uma nova chance, e pode voltar a vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Auto da Compadecida é sem dúvidas uma das maiores obras cinematográficas no Brasil. Com um enredo encurtado, em relação a série original exibida pela Rede Globo, ela foca mais na dupla de protagonistas, o que não reduz a experiência incrível que é apreciar essa adaptação da peça teatral de Ariano Suassuna. O cenário é tipicamente brasileiro, se tem a seca, a igreja, sertanejos e malandros que se utilizam de sua inteligência para sobreviver. A fotografia também é sensacional, capitando todas as riquezas naturais das tomadas abertas, e na cena do juízo final, tem uma representação rica em cores, cheia de personalidade, que lembra muito um cenário de uma peça de teatro.

Pode-se concluir que essa obra é rica não só em sua beleza estética, mas também o roteiro. A narrativa faz pensar, de forma cômica, sobre vários aspectos de nossa sociedade.

Está ali representada pelo Padre João e o Bispo, a figura da igreja. Sempre muito influente na história, os regentes da entidade são retratados como humanos, estes sendo facilmente influenciados por dinheiro. Quando os contos de réis entram em seus caminhos, mudam rapidamente de ideologia, e seus rígidos dogmas religiosos passam a poderem ser flexibilizados.

Para os religiosos, existe uma redenção digna ao final do filme. Mesmo diante de seu assassino, o Padre e o Bispo fazem o seu dever na hora da morte, pois abençoam e perdoam uma pessoa sem interesse e sem olhar sua posição na sociedade, apenas porque esta pediu a salvação.

Interessante também são os retratos da época, como a ociosidade do grande fazendeiro da região, Major Antônio Moraes. Há décadas passadas eram comuns os coronéis, grandes donos de terras, que não trabalhavam, apenas viviam dos esforços de seus empregados.

Destaca-se também o adultério, que é resolvido no final entre os próprios envolvidos. Um grande exemplo para nossa geração. O Estado deve intervir o mínimo possível nas relações familiares particulares. Não cabe mais ao Estado dizer com quem se pode casar, em que situação ou não pode-se divorciar, ou até mesmo o conceito de família, que muitos de nossos representantes insistem em impor por conta de suas crenças religiosas particulares. É cativante ver uma personagem como Nossa Senhora, em filme que tem uma carga religiosa, defendendo que certos assuntos familiares, sendo perdoados entre estes, não cabe a religião e nem a mais ninguém julgá-los.

No arco final do filme destaca-se o juízo final. A representação de um tribunal do júri, composto por ilustres personalidades, que julgam os pecados acontecidos nas vidas dos réus. Aqui, Ariano Suassuna, que tinha formação jurídica, integra o nosso tribunal do júri ao juízo final divino. Os tribunais têm as suas devidas diferenças, como os pecados sendo julgados, que são de qualquer natureza no tribunal divino, enquanto no tribunal do júri são somente os crimes dolosos contra a vida, além de ser um colegiado que julga, enquanto que no tribunal divino é apenas Jesus.

Na defesa de Nossa Senhora visualizam-se os aspectos sociológicos sendo apresentados, que são de extremo valor nos dias atuais.

Severino, ao cometer crimes, é acusado de forma rasa. Em sua defesa vemos que suas motivações não são tão simples. Ele é fruto do ódio, ao ver sua família sendo morta cresceu com uma mentalidade debilitada, o que o fez se revoltar contra a sociedade.

João Grilo, o personagem que faz o roteiro seguir adiante, conta por toda a história várias mentiras, sempre sendo esperto, com a finalidade de sobreviver. Em tempos atuais de ferozes e radicais opiniões em redes sociais, teria-se a figura de João Grilo sendo descrita como um vagabundo, que não trabalha e usa de artifícios arditos para tirar o que as pessoas de bem conquistaram com seu mérito. Bom, essa é a visão rasa.

Nossa Senhora ao fazer sua defesa, apresenta vários aspectos que permearam e moldaram a vida de João. A pobreza extrema, que é a realidade da maioria de nossa população, fez com que João utilizasse a única arma que tinha contra a tirania de seus patrões, a sua inteligência.

João Grilo e Severino não são pessoas ruins, não são vagabundos, vadios, bandidos, marginais ou delinquentes. Também não escolheram essa vida. Contudo, é essa a opinião que mais vem sendo propagada. As pessoas acreditam na mentira que lhes é contada, de que a pessoa é ruim porque quer, ou é pobre porque não se esforça, e com muito suor, ela terá seu lugar ao sol, por puro mérito seu. Nesse pensamento, não se leva em conta as condições particulares de vida.

É essa a maior virtude do filme, mostrar que é preciso olhar com mais profundidade as situações que permeiam a vida. Pensamentos rasos e simplistas são sempre mais fáceis de serem aceitos, e em um primeiro momento parecem ser a verdade absoluta. Entretanto, a vida não é assim. As pessoas são diferentes, de condições tão particulares, que não se pode analisar o indivíduo com base em suas ações isoladas. E também, enquanto existir essa desigualdade social, essa dificuldade de alcançar uma vida plena por meios lícitos, existirá uma sociedade em que é necessário se utilizar de meios proibidos para sobreviver.

Em tempos em que destacam-se nos cinemas nacionais uma enxurrada de comédias superficiais, que buscam apenas o lucro sem nenhuma mensagem, é importante lembrar de uma obra tão singular quanto O Auto da Compadecida. É uma maneira divertida, leve e prazerosa de se fazer pensar e refletir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Renna Faria Kruger; GRANADO, Daniel William. **Processo constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e Sua Concretização Judicial**. Banco do Conhecimento do PJEJ – 2008. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbbbc4d-12affde2dbbe&groupId=10136>. Acesso em 22 de janeiro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado - 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

BROCHADO, Mariá. **O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal**. Revista de Informação Legislativa – Brasília – 2002. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/799/R155-09.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais** – 2. ed. – Porto Alegre: Nubria Fabris ED; 2010.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo** – 25. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 de janeiro de 2017.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) I** - 4. ed. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Magna Carta - 1215 (Magna Charta Libertatum). Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado** – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O Auto da Compadecida – ADOROCINEMA. Disponível em: <<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-120824/>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia** – 5. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STEIN, Ana Carolina Filippon. **Presunção de inocência e processo penal um casamento em crise(?). Considerações sobre como a inobservância da garantia pode ter consequências para além dos autos do processo**. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara – Belo Horizonte; 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4dd7i51v/Ww36SjL5RHNXYW85.pdf>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2017.

COLABORAÇÃO PREMIADA E TEORIA DOS JOGOS: CONTRIBUIÇÕES DA ECONOMIA PARA O ESTUDO DO PROCESSO PENAL

Carla Roberta Ferreira DESTRO¹
Guilherme Gonçalves ALCANTARA²

RESUMO

O artigo analisa o emprego do instituto da colaboração premiada no processo penal brasileiro. Utilizando-se a “Operação Lava Jato” como paradigma, exatamente pelo importante papel das colaborações/delações para o curso da investigação, pretende-se demonstrar como o instituto foi capaz de remodelar características tradicionais do processo penal, exigindo dos sujeitos novas habilidades, como a negociação. Para tanto, trataremos da teoria dos jogos, antes adstrita ao mundo dos negócios, hoje cada vez mais em destaque no mundo jurídico. Por meio do método dialético, do levantamento de dados e da análise doutrinária, espera-se comprovar o novo formato do processo penal e as consequências para os sujeitos envolvidos na demanda.

PALAVRAS-CHAVE: colaboração premiada; teoria dos jogos; operação ‘Lava Jato’; processo penal.

ABSTRACT

The paper analyzes the employment of the institute of the *plea bargain* in the Brazilian criminal process. Using the "Operation Lavo Jet" as a case, precisely because of the important role of collaborations/delations for the course of the investigation, it is tried to demonstrate how the institute was able to remodel traditional characteristics of the criminal process, requiring of the subjects new abilities, like the deal. In order to do so, we will deal with game theory, formerly bound to the business world, today increasingly prominent in the legal world. Through the dialectical method, data collection and doctrinal analysis, it is expected to prove the new format of the criminal process and the consequences for the subjects involved in the lawsuit.

KEY-WORDS: Plea bargain; Game theory; 'Lava Jato' task; criminal process.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil passa pela maior operação contra a corrupção da sua história. A “Operação Lava Jato” completa três anos e é responsável por colocar no banco dos réus empresários, executivos, empreiteiras, políticos e partidos políticos. Tal operação, assim como muitas outras desencadeadas pela Polícia Federal nos últimos anos, só foi possível pela convergência de vários fatores, como o fortalecimento da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, a

-
- 1 Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Supervisora de Monografias/TC e Coordenadora dos Núcleos de Direitos Humanos e de Acessibilidade e Acolhimento do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Professora Assistente na Pós-Graduação do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: destropp@uol.com.br.
 - 2 Mestrando em Fundamentos e Efetividade do Direito pelo programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Guanambi. Bolsista CAPES-PROSUP. E-mail: guilhermealcantara@msn.com.

criação de uma força tarefa especializada para a condução das investigações e a utilização, em abundância (até o momento foram 158), dos acordos de colaborações/delações premiadas e da publicidade.

O instituto da colaboração premiada não é novidade na legislação brasileira. Na década de 90, várias legislações nacionais passaram a apresentar dispositivos semelhantes ao instituto. O objetivo de tais disposições era o mesmo, qual seja, a confissão de conduta criminosa, seguida do fornecimento de informações sobre a atividade criminosa e outros envolvidos, em troca de benefícios, como a redução de pena. Diante dos crimes de grande repercussão, mas de difícil comprovação (como os cometidos por organizações criminosas), a delação/colaboração mostrou-se ferramenta eficaz de investigação, pois facilitava o acesso direto à informações sobre o funcionamento das redes criminosas.

A eficácia para a investigação não foi suficiente para estimular o uso das colaborações/delações, que passaram a ser realidade somente após a “Operação Lava Jato”. Conforme as investigações caminhavam, os envolvidos percebiam a seriedade do trabalho investigativo e visualizavam a conseqüente condenação em penas severas ao final do processo. Para evitar ou diminuir as conseqüências criminais, passaram a aceitar os acordos de colaboração premiada. Seguindo a análise custo-benefício, colaborar era e é, sem qualquer dúvida, mais interessante aos investigados. Realizada a primeira colaboração premiada (assinada pelo ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa, em agosto de 2014), uma reação em cadeia ocorreu, surgindo o interesse em colaborar nos demais investigados.

É importante destacar, que apesar das previsões legais e da aceitação pelo Poder Judiciário, os acordos de delação/colaboração premiada ainda são severamente criticados por parcela da doutrina. Haveria violação ao Estado Democrático de Direito, bem como a garantias constitucionais, como o direito de defesa e a presunção de inocência. Além disso, destaca-se a questão ética envolvida no acordo de delação/colaboração.

O que se observa é que a colaboração se desenvolve através da negociação, habilidade importante para os novos atores dos processos penais. Diante dessa verdade, cresce na doutrina nacional a aplicação da teoria dos jogos (teoria originada na Economia) no desenrolar do processo penal. A teoria econômica do crime analisa a conduta dos sujeitos envolvidos na demanda, demonstrando qual seria a próxima conduta mais adequada para se vencer o jogo. O comportamento estratégico passa a ser elemento extremamente relevante, principalmente no momento da produção da prova, podendo ser decisivo na solução da lide.

O interessante na presente análise da teoria dos jogos é definir qual tipo de jogo acontece no momento dos acordos de colaboração/delação premiada. Aqui papel importante

tem a publicidade, pois quanto mais os envolvidos conhecem do processo, mais informações possuem para negociar (ou não). Conhecer o comportamento do outro reflete diretamente na estratégia do jogo.

O trabalho se dividiu em três aspectos principais. No primeiro momento tratou-se rapidamente da “Operação Lava Jato”, servindo o relato de paradigma, principalmente pelo importante papel das colaborações premiadas na condução da investigação. No segundo momento, dedicou-se à análise do instituto da colaboração premiada, destacando-se aspectos doutrinários relevantes e os limites legais. Por fim, o trabalho analisou a teoria dos jogos e a sua aplicação no processo penal, relatando a importância do comportamento estratégico para o desenrolar vitorioso da lide criminal.

A pesquisa desenvolveu-se pelo método dialético, com o levantamento de dados e a análise doutrinária.

2 UM CASO-PARADIGMA: A “OPERAÇÃO LAVA-JATO”

A corrupção não é novidade no Brasil. A novidade está na forma de se combater a corrupção. Visando a implementação de medidas contra a corrupção, iniciou-se em 2003 o processo de fortalecimento da Polícia Federal, de concessão de autonomia ao Ministério Público Federal e de alterações legislativas importantes, como a Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 12.683/2012, alterando a Lei nº 9.613/1998) e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Tais medidas resultaram em instituições fortalecidas, estruturadas e parceiras no combate à corrupção. Como exemplo, entre 2003 e 2015, a Polícia Federal deflagrou mais de 2700 (duas mil e setecentas) operações, um aumento de 1.739%.³

Não há dúvida de que a reestruturação das instituições investigativas contribuíram para o desenvolvimento das diversas ações da Polícia Federal, em destaque a “Operação Lava Jato”, que unificou quatro operações (Dolce Vita, Bidone, Casablanca e Lava Jato) para investigar a prática de crimes financeiros por doleiros. Segundo informações da Polícia Federal⁴:

Inicialmente, foi identificada a atuação dos principais personagens do mercado clandestino de câmbio no Brasil no esquema criminoso investigado. Esses doleiros eram responsáveis pela movimentação financeira e lavagem de dinheiro de inúmeras pessoas físicas e jurídicas, o que acabava por envolver uma grande diversidade de outros crimes, como tráfico internacional de drogas, corrupção de agentes públicos, sonegação fiscal, evasão de divisas, extração, contrabando de pedras preciosas, desvios de recursos públicos, dentre outros. [...] O avanço das investigações permitiu

3 Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2016/04/combate-a-corrupcao-cresceu-com-fortalecimento-de-leis-e-instituicoes>. Acesso em: 03 jun. 2017.

4 Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imagens/banner-rotativo/lava-jato/imprensa/imprensa/lava-jato>. Acesso em: 03 jun. 2017.

descobrir que os doleiros facilitavam também o repasse de propinas ajustadas em desfavor da Administração Pública Federal e decorrentes de contratos públicos celebrados mediante fraude em processos licitatórios.

As investigações que originaram a Lava Jato começaram em 2009 e tinham como objetivo investigar o ex-Deputado Federal José Janene e seu envolvimento com doleiros (dentre eles Alberto Youssef) em esquemas de evasão de divisas e lavagem de dinheiro. O objeto da investigação mostrou-se, através de escutas telefônicas e apreensão de documentos, muito mais complexo do que se imaginava originariamente, envolvendo funcionários da Petrobras, grandes empreiteiras, agentes públicos e parlamentares. A complexidade do caso transformou a investigação na maior operação contra a corrupção do país e fundamentou a criação pelo Procurador Geral da República Rodrigo Janot de uma força tarefa específica e experiente para a condução da “Operação Lava Jato”, sob o comando do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro.

Durante as investigações, em 2013, através de escutas telefônicas, a Polícia Federal descobriu que o doleiro Alberto Youssef havia adquirido um veículo Land Rover Evoque para Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras. A descoberta foi fundamental para realinhar as investigações da Lava Jato, pois demonstrava que a atuação dos doleiros investigados ia muito além do que se acreditava, atingindo grandes empresas e personagens reconhecidos no cenário político nacional.

A primeira fase da Lava Jato aconteceu em 17 de março de 2014, resultando na prisão de Alberto Youssef. Além da prisão dele, vários mandados de busca e apreensão e prisão foram cumpridos nessa fase, bem como a condução coercitiva de Paulo Roberto Costa para esclarecimentos. Durante sua condução, ciente dos mandados de busca e apreensão em seus endereços, Paulo Roberto ordenou que suas filhas retirassem todos os documentos possíveis do escritório, ação que foi registrada por câmeras de segurança. Configurada a obstrução à Justiça, Paulo Roberto Costa foi preso no dia 20 de março⁵.

As operações resultaram na apreensão de documentos importantes, novas escutas telefônicas e novas prisões. Diante de todo o quadro desfavorável, temendo possíveis condenações rigorosas, ambos decidiram aceitar a colaboração premiada.

Importante ressaltar, que o instituto da colaboração premiada, conduzido pelo Ministério Público Federal⁶ é, sem qualquer dúvida, o instrumento de maior relevância na condução das investigações da “Operação Lava Jato”. Nas palavras do Juiz Sérgio Moro

5 Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>. Acesso em: 03 jun. 2017.

6 Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>. Acesso em: 03 jun. 2017.

(2004, p. 58), em artigo sobre a “Operação *Mani Pulite*” realizada na Itália:

[...] Não se prende com o objetivo de alcançar confissões. Prende-se quando estão presentes os pressupostos de decretação de uma prisão antes do julgamento. Caso isso ocorra, não há qualquer óbice moral em tentar-se obter do investigado ou do acusado uma confissão ou delação premiada, evidentemente sem a utilização de qualquer método interrogatório repudiado pelo Direito. [...] 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 condenável nesse caso o silêncio. **Registre-se que crimes contra a Administração Pública são cometidos às ocultas e, no maioria das vezes, com artifícios complexos, sendo difícil desvelá-los sem a colaboração de um dos participantes.** Conforme Piercamillo Davigo, um dos membros da equipe milanesa da operação *mani pulite*: *A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se calarem, não vamos descobrir, jamais.* (destaque nosso)

A primeira colaboração premiada realizada foi de Paulo Roberto Costa, assinada em agosto de 2014. Diante das informações apresentadas, envolvendo partidos políticos (PP, PT e PMDB) e pessoas com foro por prerrogativa de função, o acordo foi analisado e homologado pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2014. Relatou Paulo Roberto como funcionava o esquema de corrupção em contratos superfaturados firmados com a Petrobras, onde parte da propina recebida era direcionada aos partidos políticos e financiamento de campanhas.

Diante do acordo realizado por Paulo Roberto Costa, Alberto Yussef fechou o acordo de delação premiada em setembro de 2014. Além de relatos sobre o esquema de corrupção dentro da Petrobras, apresentou nomes de políticos importantes, como José Dirceu, Eduardo Cunha e Antônio Palocci. Afirmou em seu depoimento que o esquema era conhecido pelo ex-presidente Lula e pela ex-presidente Dilma Rousseff.

As colaborações de Alberto Yussef e Paulo Roberto Costa, juntamente com outras decorrentes de funcionários envolvidos nos esquemas de corrupção, as novas interceptações telefônicas e a apreensão de documentos impulsionaram a investigação, levando a outros personagens importantes, bem como ao envolvimento de empreiteiras nos esquemas de corrupção. Segundo relatos do Ministério Público Federal⁷, no dia 11 de dezembro de 2014 foram oferecidas cinco denúncias criminais, apresentando entre os acusados funcionários das construtoras OAS, Camargo Correa, UTC, Mendes Júnior, Galvão Engenharia e Engevix.

Outro elemento chave da investigação, o ex-diretor da área internacional da Petrobras Nestor Cerveró, foi denunciado em 14 de dezembro de 2014 e preso em 14 de janeiro de 2015. Sua colaboração premiada foi realizada em 18 de novembro de 2015 e

⁷ Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

contribuiu para envolver o ex-senador Delcídio do Amaral nas investigações. Entre as informações importantes apresentadas estava o envolvendo da ex-presidente Dilma Rousseff na compra da refinaria de Pasadena.

O ex-senador Delcídio do Amaral foi o primeiro político a realizar colaboração premiada na “Operação Lava Jato”. O acordo foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal em 15 de março de 2016. Sua delação relatou o envolvimento de políticos no esquema de corrupção da Petrobras, dentre eles o ex-presidente Lula, a ex-presidente Dilma Rousseff e Antônio Palocci.

As colaborações realizadas pelas empreiteiras envolvidas nos esquemas de corrupção também foram relevantes para a condução das investigações. Executivos e funcionários da UTC, da Andrade Gutierrez e do Grupo Odebrecht contribuíram com dados significativos sobre o funcionamento dos esquemas de corrupção em seus acordos de colaboração premiada.

Cabe aqui breve relato, diante das particularidades, sobre as colaborações realizadas pelo Grupo Odebrecht e pelo Grupo J&F (do qual faz parte a JBS).

O envolvimento do Grupo Odebrecht ficou demonstrado nas investigações envolvendo os contratos superfaturados da Petrobras. A colaboração premiada decorreu de acordo de leniência firmado pelo Grupo com a Procuradoria Geral da República e aconteceu em dezembro de 2016, sendo composta do depoimento de 78 (setenta e oito) executivos da Odebrecht, dentre eles o ex-presidente Marcelo Odebrecht. Seu conteúdo foi apelidado de “delação do fim do mundo”.

O sigilo dos depoimentos foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal em 11 de abril de 2017 (com relação aos envolvidos com foro por prerrogativa de função) e pelo Juiz Federal Sérgio Moro em 12 de abril de 2017 (para os envolvidos sem foro), à pedido do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot. No mesmo dia 11 de abril, o Ministro Luiz Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal, responsável pela Lava Jato, publicou a lista de investigados, com base nas delações da Odebrecht.

Dentre os relacionados, 8 ministros do Governo Michel Temer, 24 senadores e 39 deputados federais. Marcelo Odebrecht e os demais executivos afirmaram ainda a colaboração em campanhas eleitorais, como por exemplo, o pagamento de R\$ 100 milhões para a campanha da ex-presidente Dilma Rousseff em 2014 e R\$ 120 milhões para a campanha do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral em 2007. Estima-se que o acordo de leniência firmado pela Odebrecht resultará no pagamento de R\$ 3,8 bilhões de reais, em 23 (vinte e três) anos. Marcelo Odebrecht permanece preso, mas sua pena foi reduzida por força do acordo.

O Grupo J&F era investigado pela “Operação Lava Jato” sob a suspeita de pagamento de propina e financiamento de campanhas eleitorais em troca de favores. As investigações começaram com a colaboração premiada realizada pelo ex-vice-presidente da Caixa Econômica Federal Fábio Cleto, aliado de Eduardo Cunha. O objetivo era a liberação de investimentos do FI-FGTS. A colaboração premiada dos donos e diretores da J&F aconteceu em abril de 2017, após acordo de leniência firmado com a Procuradoria Geral da República.

O acordo foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2017 e veio acompanhado de gravações telefônicas comprometedoras envolvendo o presidente Michel Temer e o senador Aécio Neves. Segundo Wesley e Joesley Batista, donos da JBS, o presidente Michel Temer teria solicitado vantagem indevida para interceder pela empresa em negócios envolvendo gás natural da Petrobras. Outra gravação registra o senador Aécio Neves solicitando o pagamento de R\$ 2 milhões. Segundo relatos do diretor da JBS Ricardo Saud, as doações feitas a políticos somam R\$ 600 milhões. A empresa teria contribuído com a eleição de 1829 candidatos, dentre eles 179 deputados federais, 28 senadores e 16 governadores⁸. Pelo acordo de leniência firmado pelo Grupo J&F, o Grupo deverá pagar R\$ 10,3 bilhões, em 25 anos. O grande questionamento está no benefício concedido aos irmãos: imunidade total.

Os acordos firmados com o Grupo Odebrecht e com o Grupo J&F levaram ao questionamento sobre os limites da barganha no Brasil. É possível a concessão de benefícios tão diferentes? O art. 4º da Lei nº 12.850/2013 (Organizações criminosas) apresenta os requisitos legais para a realização da colaboração premiada. Dentre os elementos a serem analisados pelo juiz estão a eficiência da colaboração (se permitiu a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, se revelou a estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, permitiu a recuperação do produto do crime, etc), a personalidade do agente e o momento de realização da colaboração. Diante do caso concreto, permite a lei a concessão do perdão judicial.

É possível notar, que a lei permite certa análise discricionária do magistrado no momento de concessão dos benefícios, desde que respeitado os limites legais. Quanto maiores e melhores as informações, maiores os benefícios concedidos. Com base nessa informação, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, manifestou-se algumas vezes favorável ao acordo. Para ele, a colaboração realizada pelos irmãos Batista são de extrema relevância à investigação, apresentando dados sobre o esquema de corrupção antes desconhecidos ou não

8 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/delator-diz-que-dinheiro-da-jbs-irrigou-1829-candidatos-de-28-partidos-21366155>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

comprovados. Além disso, Joesley Batista teria colocado a própria vida em risco ao participar de ação controlada para produção das gravações apresentadas na investigação. De todo o modo, apesar dos posicionamentos em contrário, o acordo já foi homologado pelo Poder Judiciário.

Espera-se que as colaborações realizadas pelos Grupos Odebrecht e J&F desencadeie novas delações dos envolvidos e citados nas colaborações. Figuras importantes para a investigação como Antônio Palocci e Guido Mantega podem concordar com a colaboração premiada em busca de benefícios⁹.

Como é possível notar, o interesse pela colaboração premiada acontece em cadeia. Apresentada as informações por um dos investigados, aqueles indicados buscam utilizar do mesmo mecanismo de colaboração. Isso porque as delações já realizadas e as provas coletadas comprovam o cometimento das condutas criminosas, de modo que a condenação futura em penas severas é praticamente certa. Assim, diante dos fatos, melhor contribuir com a investigação, buscando algum benefício. Conforme ensinamentos de Thiago Bottino (2016, s.p.):

A escolha consciente e voluntária pela colaboração premiada pressupõe um cálculo de custo-benefício, evidenciando o caráter utilitário da medida. O criminoso avaliará o benefício esperado (vantagens que receberá pela cooperação) e o custo esperado (aí considerados, de um lado, o risco em não cooperar, ou, de outro lado, os efeitos do descumprimento do acordo).

A colaboração premiada se baseia em negociação de informações. O valor da informação e o momento em que ela é apresentada será diretamente proporcional ao benefício concedido. Informações secundárias ou complementares evidentemente valem menos do que aquelas capazes de demonstrar o funcionamento do esquema de corrupção e seus envolvidos. Além disso, é extremamente relevante saber o momento de se apresentar a informação, pois, uma informação importante apresentada quando já não é mais relevante à investigação, em nada adiantará aos investigadores e terá pouco valor de barganha.

Interessante destacar, que a publicidade também é grande aliada da “Operação Lava Jato”. Se todas as colaborações tivessem acontecendo em sigilo, sem o conhecimento da população e dos envolvidos nos esquemas de corrupção, dificilmente outros envolvidos contribuiriam com a investigação. A opinião pública e as manifestações populares pressionam e obrigam os envolvidos a contribuir com a investigação. Além disso, os investigados, ao conhecerem os acordos já realizados, conseguem dimensionar a gravidade da investigação e acabam também contribuindo visando a redução de danos.

9 Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/lava-jato-espera-avalanche-de-delacoes-apos-jbs/>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

A utilização da publicidade em favor da “Operação Lava Jato” em muito se assemelha ao ocorrido na “Operação *Mani Pulite*”, conforme relatos do próprio Juiz Sérgio Moro (2004, p. 59):

A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de **alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações**. Mais importante: **garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais**, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como visto, foi de fato tentado. Há sempre o risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado. Cabe aqui, porém, o cuidado na desvelação de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios. As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*. (grifo nosso)

Destarte, é possível notar que, assim como ocorreu na “Operação *Mani Pulite*” na Itália, a “Operação Lava Jato” não teria se desenrolado se não fossem alguns elementos importantes, como a reestruturação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, a atuação conjunta entre os órgãos investigativos (incluindo a participação da Receita Federal), a formação de uma força tarefa especializada e experiente para condução das operações, a utilização de interceptações telefônicas, a realização dos acordos de colaboração premiada e a utilização da publicidade e da opinião pública em favor da operação.

Todos os elementos elencados transformaram a “Operação Lava Jato” na maior e mais exitosa operação realizada no Brasil. Segundo dados do Ministério Público Federal, atualizados até 29 de maio de 2017¹⁰:

Resultados da Operação Lava Jato: 1434 procedimentos instaurado. 775 buscas e apreensões. 210 conduções coercitivas. 95 prisões preventivas. 104 prisões temporárias e 6 prisões em flagrante. 183 pedidos de cooperação internacional, sendo 130 pedidos ativos para 33 países e 53 pedidos passivos para 24 países. **158 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas**. 10 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta. 62 acusações criminais contra 274 pessoas (sem repetição de nome), sendo que em 29 já houve sentença, pelos seguintes crimes: corrupção, crime contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros. Até o momento são 141 condenações, contabilizando 1428 anos, 1 mês e 25 dias de pena. 8 acusações de improbidade administrativa contra 50 pessoas físicas, 16 empresas e 1 partido político pedindo o pagamento de R\$ 14,5 bilhões. **Valor total de ressarcimento pedido (incluindo multas) R\$ 38,1 bilhões**. Os crimes já denunciados envolvem pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões. R\$ 10,3 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 756, 9 milhões objeto de repatriação. R\$ 3,2 bilhões em bens dos réus já bloqueados. (destaque nosso)

Nota-se a grandiosidade dos números e dos resultados obtidos, destacando-se que a “Operação Lava Jato” está longe do fim. Não há dúvida de que tal operação será marco

10 Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acesso em: 04 jun. 2017.

importante na história de luta contra a corrupção no Brasil.

3 DELAÇÃO/COLABORAÇÃO PREMIADA: RECEPÇÃO BRASILEIRA

A semelhança da operação “Lava Jato” com a “*Mani Pulite*” - principalmente pela figura de réus como colaboradores da justiça que recebem benefícios - não é acidental. As delações e colaborações premiadas passam a chamar a atenção da doutrina jurídica justamente no combate à máfia italiana de 1970 em diante, sendo utilizada na Espanha na repressão ao terrorismo mais adiante, conforme assinala Walter Bittar (BITTAR, 2011, p. 07). Daí então, mesmo debaixo de críticas - violação do princípio do Direito Penal mínimo (*ultima ratio*), diminuição das garantias processuais etc. - proliferam leis que contemplam este instituto *premier* “supostamente necessário para enfrentar a repressão das atividades de organizações criminosas, cada vez mais poderosas e organizadas” (BITTAR, 2011, p. 30).

A bem da verdade, a *delação premiada* é bem mais antiga que isso. *O Nome da Rosa*, de Umberto Eco, retrata o funcionamento deste instituto *premier* no processo inquisitivo da Igreja (ECO, 1985, p. 9). Também a história legislativa do Brasil demonstra que existia previsão legal de delação premiada nas Ordenações Filipinas de 1603, para os crimes de conspiração, conjuração etc. (BITTAR, 2011, p. 83; PENTEADO, 2006, p. 643).

Mas, em termos de legislação moderna e pós-Constituição de 1988, a primeira aparição da delação/colaboração premiada - como conduta do acusado que assume a “responsabilidade por um ou mais delitos, acompanhada da ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia” (MUSCO, 1998, p. 35)¹¹ - se deu com a Lei nº 8.072/90 (a Lei dos Crimes Hediondos), que ao introduzir o §4º no artigo 159, do Código Penal - alterado depois pela Lei nº 9.269/96 – passou a dispor que “se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

11 Para outro conceito: “A delação ou chamada de co-réu consiste na confissão, por parte do imputado, da prática criminosa que lhe é irrogada, seja por ocasião da sua oitiva na fase policial ou do seu interrogatório judicial, seguida da atribuição de conduta criminosa a um terceiro, pouco importando se já identificado ou não pelo órgãos da persecução. [...] Não obstante carecer de previsão específica no Código de Processo Penal, que arrola de maneira não taxativa os tidos meios de prova nominados, a delação premiada, fartamente trazida pela legislação extravagante, possuiria a mesma natureza jurídica” (CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro/RJ: Ed Lumen Juris, 2009, p. 98).

Neste interím, as Leis nº 8.137/1990¹², 9.034/95 (hoje revogada)¹³, 9.080/95¹⁴ também passaram a contemplar algum tipo de benefício ao réu em troca da sua colaboração com a elucidação do(s) delito(s). E também as Leis nº 9.613/98, 9.807/90, 10.149/00, e 11.343/2006.

Essa profusão desordenada de regulamentos às delações/colaborações premiadas gerava incertezas na interpretação do instituto. Afinal, seria possível aplicar o instituto a todos os tipos penais? E que legislação rege cada situação? (BITTAR, 2011, p. 147-154; GUIDI, 2006, p. 167).

Isso se pacificou em parte com a promulgação da Lei nº 12.850/2013, que como afirma Thiago Bottino, ultrapassa todos os conceitos antecedentes da delação/colaboração premiada “tanto naquilo que exige do suspeito ou acusado colaborador, mas, sobretudo, naquilo que oferece em troca de sua cooperação”.

É possível interpretar o artigo 4º da referida legislação, colocando como requisitos à cooperação com a Justiça (1) que a colaboração seja voluntária; (2) que a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso recomendem a celebração do acordo; e, (3) que a colaboração seja efetiva, isto é, permita I) a identificação dos demais membros 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.

No que tange aos benefícios oferecidos pela legislação nacional - dispostos no artigo 5º -, eles vão além da redução de um a dois terços da pena e do perdão judicial da delação premiada tradicional, incluindo: I) a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador (1) não for o líder da organização criminosa e (2) for o primeiro a prestar efetiva colaboração; II) a possibilidade de que a colaboração ocorra após a sentença,

12 Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

13 Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

14 Art. 1º Ao art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, é acrescentado o seguinte parágrafo: "Art. 25.§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

caso em que se oferece a redução da pena até a metade e a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos; III) o direito de cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. Mas acima de tudo, afirma Thiago Bottino (2016, p. 07):

Além da imunidade à persecução penal, a principal inovação em relação aos institutos anteriores não está propriamente no tipo de benefício oferecido pela lei, mas sim na forma como ocorre a colaboração. Ao contrário da delação, a colaboração premiada é realizada por meio de um acordo escrito, subscrito pelos representantes da parte acusatória, pelo suspeito ou acusado e seu defensor, e homologado pelo juiz. Esse é um grande diferencial em termos de incentivo ao criminoso que colabora, pois tanto as confissões como a delação trazem uma grande margem de incerteza no tocante ao benefício exato que será recebido.

Além deste regramento legal, a Corte de Cassação Italiana fixou outros três critérios que são amplamente aceitos pela doutrina para que a delação/colaboração premiada possua o mínimo valor probatório, expostas por Walter Bittar (2011, p. 178):

a) em primeiro lugar deve-se verificar a credibilidade do agente; b) posteriormente se analisa a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; c) por último valoram-se a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a *confiabilidade extrínseca ou específica da declaração*.

É certo que a delação/colaboração premiada é vista de forma por parcela da doutrina como opção ilegítima à justiça penal de um Estado Democrático de Direito, em vista das violações às premissas fundamentais do processo penal iluminista (inviabilização do direito de defesa, distorção dos papéis dos atores no campo jurídico-penal, aumento da possibilidade de condenação de inocentes, distorção da presunção de inocência), e das complicações éticas que dela advém (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 217-218; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 606-607).

A par destes problemas, mas a despeito deles, é possível estudar o instituto da delação/colaboração premiada segundo a teoria econômica do crime, mais precisamente a *teoria dos jogos*, oportunidade em que o colaborador é visto como um *jogador* que age racionalmente no processo penal (BOTTINO, 2016, p. 12).

4 TEORIA DOS JOGOS: APLICAÇÃO AO PROCESSO PENAL (E À DELAÇÃO PREMIADA)

Embora seja Pierro Calamandrei¹⁵ o primeiro a falar em processo como *jogo*, a *teoria dos jogos* tem origem na Economia, mais precisamente na teoria da decisão econômica, com a

15 CALAMANDREI, Pierro. “O processo como jogo”. Trad. Roberto Del Claro, Revista de direito processual civil. Curitiba: Gênese, 2002

publicação de *Theory of Games and Economic Behavior* em 1944 por John von Neumann e Oskar Morgenstern e, de 1950 em diante, é (re)elaborada pelos economistas John F. Nash Jr, John C. Harsanyi e Teinhard Selten. Aplicada aos processos de decisão econômica, a teoria dos jogos ajuda a entender o comportamento dos agentes que interagem entre si, bem como explorar as possibilidades de interação estratégica entre estes agentes (FIANI, 2004, p. 08-18).

Jogo para estes fins é toda situação que envolva interações entre agentes que se comportam racional e estrategicamente¹⁶; seus elementos básicos, segundo a teoria dos jogos, são *forma* – possui regras pré-determinadas de análise –, *agentes* (ou *jogadores*¹⁷) – o indivíduo ou grupo de indivíduos com capacidade de ação –, *interação* – cada ação individual afeta os demais agentes –, *racionalidade* – supõe-se que os indivíduos empregam os meios adequados aos fins que almejam –, *comportamento estratégico* – o comportamento dos agentes leva em consideração a interação com o comportamento dos demais¹⁸ (FIANI, 2004, p. 02-04).

Neste sentido, a aproximação da teoria do processo penal com a teoria dos jogos visa sair do tradicional modo-de-pensar – o que Luis Alberto Warat (1983) chama de *senso comum teórico* – o processo penal, idealizado pelos juristas como um instrumento de defesa do réu contra o *ius puniendi* ou dever de punir estatal. Surge como um esforço, a partir da Economia, para puxar a teoria do direito e todos nela envolvidos à realidade, conforme informa o professor Alexandre Morais da Rosa¹⁹, pioneiro nestes estudos no Brasil.

A própria noção de processo como *relação jurídica*, idealizada por Oskar von Bülow, cujas noções de segurança e igualdade resultantes de obrigações e deveres com o Estado-juiz embasaram toda a teoria geral do processo, precisa ser reconstruída de forma mais fiel ao caráter dinâmico, contingente e incerto do processo, que pode então ser visto enquanto situação - em movimento - que origina “expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas”, cabendo às partes o ônus e bônus do aproveitamento ou não das chances

16 “Uma estratégia é um plano de ações que especifica, para um determinado jogador, qual ação tomar, em todos os momentos em que terá de decidir o que fazer” (FIANI, 2004, p. 34).

17 “O jogador é qualquer indivíduo ou organização envolvido no processo de interação estratégica que tenha autonomia para tomar decisões. [...] Uma ação ou movimento de um jogador é uma escolha que ele pode fazer em um dado momento do jogo” (FIANI, 2004, p. 22-23).

18 Importante destacar que “é possível estabelecer algumas condições necessárias (ainda que não suficientes), para que os agentes possam apresentar um comportamento racional em uma situação de interação estratégica. Essas condições foram estabelecidas por Ken Binmore, um dos mais importantes teóricos em jogos da atualidade. 1. O jogo é relativamente simples. 2. Os jogadores jogaram o jogo muitas vezes antes, e assim tiveram a possibilidade de aprender por meio da tentativa e erro. 3. Os incentivos para jogar bem, (isto é, racionalmente) são adequados” (FIANI, 2004, p. 12; BINMORE, K. Fun and games. Lexington, Mass: D. C. Heath, 1992, p. 51).

19 Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jun-02/limite-penal-processo-penal-teoria-jogos-respeito-leis>. Acesso em: 02 jun. 2017.

e expectativas, surgem ônus e bônus (LOPES JR., 2009, p. 100-102).

Assim, a atividade probatória se guia conforme as chances das partes de serem (a)creditadas nas suas alegações²⁰. O processo – mormente o de modelo acusatório - de *garantia e segurança* passa a *lugar de luta, batalha*, incerteza (LOPES JR. Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 530). Reforça-se, assim, a relevância do contraditório e da prova como elemento persuasivo, não comprovador de uma ‘*verdade real*’ (FAZZALARI; MAYA; URANI, pp. 31-52, p. 40).

Dito isto, cabe destacar que existem diversos tipos de *jogos*, segundo a tradicional *teoria dos jogos*, que demandam diferentes tipos de análise. *Jogos simultâneos*, por exemplo, são os jogos em que os jogadores ignoram as decisões dos demais no momento em que tomam suas decisões, e não precisam se preocupar com as consequências desta decisão. Em um *jogo sequencial*, porém, os jogadores levam em considerações as decisões passadas dos demais agentes, bem como as consequências da decisão a tomar (FIANI, 2004, p. 27-28).

Diz-se que o jogo é de *informação perfeita ou completa* quanto os jogadores conhecem toda a história do jogo antes de fazerem suas escolhas, enquanto o de *informação imperfeita ou incompleta* (FIANI, 2004, p. 39). Os tipos não são excludentes, ou seja, a realidade apresenta situações que configuram mistos de processos de interação estratégica que se desenrolam no tempo e se tornam de conhecimento comum dos jogadores, e, também, etapas repetidas com resultados imprevisíveis, não tornando possível aos jogadores conhecer “o que os demais jogadores estão decidindo *naquela etapa*” (FIANI, 2004, p. 142).

Em que tipo de jogo se enquadraria o processo penal? E o (sub)jogo da delação/colaboração premiada?

A *teoria dos jogos* desenvolvida por Neumann se aplicava de início apenas aos jogos de *soma zero*, isto é, jogos em que o benefício de um agente significava perda para outro jogador. A grande contribuição de John F. Nash foi a (re)elaboração de um *equilíbrio* (o *equilíbrio de Nash*) para a teoria dos jogos em que “*cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores*”

20 "Assim, sempre que as partes estiverem em situação de obter, por meio de um ato, uma vantagem processual e, em última análise, uma sentença favorável têm uma possibilidade ou chance processual. O produzir uma prova, refutar uma alegação, juntar um documento no devido momento são típicos casos de aproveitamento de chances. Tampouco incumbem às partes obrigações, mas sim cargas processuais, entendidas como a realização de atos com a finalidade de prevenir um prejuízo processual e, conseqüentemente, uma sentença desfavorável. Tais atos se traduzem, essencialmente, na prova de suas afirmações. É importante recordar que, no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência" (LOPES JR., 2009, p. 103).

(FIANI, 2004, p. 61)²¹.

Ocorre que principalmente no subjogo da delação/colaboração premiada este equilíbrio não se faz presente. Na ‘ética dos ladrões’, ganha-se agindo em grupo, mas ganha-se muito mais trapaceando o grupo (FIANI, 2004, p. 142). Explica Fiani:

[...] em um dilema do prisioneiro, os jogadores se veem presos a um equilíbrio de Nash que representa uma situação ineficiente do ponto de vista do ótimo de Pareto, exatamente porque a não-cooperação por parte de um jogador, enquanto os demais cooperam, gera recompensas que superam as recompensas do comportamento cooperativo. ‘trapacear’ seus companheiros produz vantagens superiores à lealdade, o que representa uma situação bastante desfavorável, em princípio, à cooperação entre os jogadores.

Para este autor, também o mundo dos negócios é assim, e então apenas existe um bom argumento de que a cooperação pode se desenvolver nestes dois ambientes caso se comprove que a interação destes jogadores seja *infinita*, isto é, os jogadores não sabem quando esse processo termina (FIANI, 2004, p. 159-160). Analisar o processo penal e principalmente a delação/colaboração premiada pela teoria dos jogos também precisa portanto pressupor que se tratam de jogos *infinitos*, em que acusação, defesa, juiz, delatores, não sabem quando o(s) jogo(s) terá(ão) fim.

Na medida em que nos jogos infinitos e interdependentes nem sempre a traição é a melhor decisão, a estratégia dominante (traição) se torna ineficiente, abrindo espaço para a compreensão cooperativa no processo penal (ROSA, 2016, p.41).

O problema subjetivo de se ganhar um jogo sem fair play é o de que o charlatão pode ter sua reputação desfeita quando desveladas suas práticas. (...) Esse compromisso ético dos jogadores/julgadores, todavia, encontra-se mergulhado em fatores antecedentes de adesão individual, nos quais as regras processuais podem ser manipuladas. Há certa deriva ética no processo penal brasileiro e a teoria dos jogos, do ponto de vista formal, pode lançar luzes sobre como deve acontecer o jogo processual com fair play, quem sabe valendo-se das disposições do art. 77, do NCPC. Por isso, justifica-se a noção de doping. (...) O Estado não pode praticar ilegalidades, omitir informações desfavoráveis, valer-se de métodos não autorizados em lei, potencializar inescrupulosamente elementos probatórios, mesmo que os agentes pensem que seja por bons motivos, aumentando a capacidade de se obter vitórias processuais (ROSA, 2017, pp. 358-62).

Está-se diante de um jogo sequencial, visto que os atores da acusação, defesa e jurisdição no processo penal levam em consideração o comportamento passado dos demais. Os jogadores do processo penal, ademais, até sabem quais as próximas etapas do procedimento, mas ignoram toda a história substancial do jogo enquanto tomam suas decisões. Assim, podemos caracterizar o jogo do processo penal como um *jogo sequencial de informação imperfeita ou incompleta*.

21 O *equilíbrio de Nash* é muito bem ilustrado no filme *Uma Mente Brilhante*, que conta a história do matemático, interpretado por Russel Crowe (?). Em um bar, o matemático explica aos seus colegas como todos seriam melhor sucedidos caso não abordassem todos a mesma garota (a mais bela do local), mas antes cada um uma de suas amigas.

Neste sentido, o professor Alexandre Morais da Rosa alerta que – pressupondo o processo penal um jogo assimétrico de informação - em que os jogadores não sabem *ex ante* o que comporá o acervo instrutório e necessitam constantemente reavaliar as táticas utilizadas – o domínio da informação nestes jogos possibilita o término do processo sem a análise de mérito, como é o caso dos benefícios processuais da conciliação, transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de leniência e delação/colaboração premiada. Dito de outra forma:

O processo penal se estrutura como uma modalidade de jogo processual no qual há (a) conjunto de normas jurídicas; (b) que estabelecem expectativas de ganho/perda em momentos específicos (recebimento/rejeição da denúncia; absolvição sumária; produção probatória (informação), condenação/absolvição – em diversas instâncias), (c) mediante jogadas temporalmente indicadas (denúncia/queixa, defesa preliminar, alegações finais, recursos, similares), (d) para os quais o Estado Juiz emite comandos (despachos, interlocutórias, decisões, acórdãos, similares) de vitória/derrota (total ou parcial) (ROSA, 2013, p. 29).

Por ser sequencial e de informação incompleta/imperfeita/assimétrica, o jogo processual penal é contingencial, ou seja, em cada subjogo probatório as coordenadas estratégicas dos jogadores precisam de revisão, pois estarão mais ou menos próximas da comprovação do julgador (ROSA, 2013, p. 94). Existe forte confluência entre o estudo do processo penal como jogo e a *hermenêutica filosófica*, que reabilitou a importância das antecipações de sentido na ação humana (referência a Gadamer).

Assim, o *timing* da delação/colaboração é um fator muito relevante para os jogadores, já que como refere Alexandre Morais da Rosa, “a potência da novidade” proporciona maiores ou menores benefícios à defesa a depender do momento da “traição”, “sob pena de a informação se tornar irrelevante se fornecida por outro colaborador”²².

A teoria dos jogos aplicada ao processo penal permite identificar jogadores internos, como a acusação e a defesa, e jogadores externos, cujo melhor exemplo é a grande imprensa que, nas sociedades modernas, possuem poder quase ilimitado, praticamente pautando a atividade dos poderes do Estado²³.

O papel do juiz no jogo processual penal é fundamental, aproximando-se da do árbitro, que zela pelo efetivo respeito às regras do jogo, inclusive de sua própria parte²⁴, na

22 Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jun-09/limite-penal-qual-timing-delacao-premiada>. Acesso em: 09 jun. 2017.

23 JARDIM, Afrânio Silva. A perversidade da mídia e a sociedade ingênua. A sociedade refém do poder econômico. Disponível em: emporiiodireito.com.br/a-perversidade-da-midia-e-a-sociedade-ingenua/.

24 “[...] para que seja viabilizada a concretização dos limites do jogo do processo, um dos atores exerce papel fundamental e sua posição [...] e comportamento pessoal e processual interferem drasticamente no desfecho da partida: o juiz. Este por sua vez pode muito, mas não pode tudo, de forma que, por exemplo, ‘lhe é vedado alterar as regras do jogo’” (FELIX, Yuri. ROSA, Alexandre Morais da. Novas tecnologias de prova no processo penal: o DNA na delação premiada. Florianópolis/SC: Emporio do Direito. 2017, p. 34; PLETSCHE, Natalie Ribeiro. Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção

medida em que o *jogo* nunca é jogado de modo correto se *todos* não o levarem a sério (GADAMER, 1997). Isso afasta o processo penal do modelo inquisitorial fundado sob o *princípio da verdade real*, na medida em que ao juiz é devido apenas assegurar o *fair play*,

[...] mas não joga a partida, não busca provas, não lança suspeitas e não ambiciona a reconstrução de um imaginado passado, tal qual ocorrido, em sua integralidade. Para essa concepção, a verdade é imaginada muitomais como consenso - uma concepção construtivista de verdade, bem se percebe (CRUZ, 2016, p. 145-219, p. 150-153).

Conclui-se que a decretação de prisão cautelar sem seus fundamentos instrumentais (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*) pelo magistrado denota algo muito claro, um juiz que já definiu o resultado do jogo, e além disso, possui função definida: a escassez de liberdade afeta diretamente a manifestação de vontade do acusado, tornando o contexto da suas tomadas de decisão muito mais propícias à confissão/delação de delitos²⁵²⁶.

A busca incessante de fundamentos defensivos pelo réu ou investigado é muitas vezes, assim, uma armadilha. À defesa, segundo a teoria dos jogos, seria muito mais interessante conhecer o perfil e o modo de atuação dos demais jogadores e do árbitro

É necessário conhecer o perfil e o modo de atuação da autoridade responsável pela presidência das investigações. Costuma representar por prisões temporárias ou preventivas? Trabalha com meios especiais de obtenção de prova? O que pensa de agentes encobertos? Já celebrou acordos com delatores? Admite reconhecimentos fotográficos? Qual valor atribui ao depoimento testemunhal? Alguma vez reconheceu a possibilidade de falsas memórias? Opera com medidas cautelares reais? (MACHADO, 2016, s.p.).

É claro que, contudo, muito do *jogo* processual penal se inicia antes da apresentação da denúncia pelo jogador da acusação por excelência, o Ministério Público. É o caso da investigação preliminar em tempos de colaboração/delação premiada (Lei nº 12.850/13) em que a atuação do órgão investigador²⁷ constitui amiúde “ponto de virada” das expectativas e das decisões dos jogadores. É a partir das cartas probatórias apresentadas pela acusação que se estabelecerão os consensos, elas constituem *moeda de troca* (FELIX; ROSA, 2017, p. 149-151).

da sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 65).

25 "A prisão temporária é o campo adequado para a aplicação do dilema do prisioneiro, especialmente quando se apresenta como possibilidade a renovação da contenção. É prisão que não se vincula ao processo, mas à investigação e com argumentos injustificáveis. De qualquer forma, o uso pela polícia e pelo jogador acusador possuem o condão de desestabilizar o investigado/acusado e, quem sabe, com isso, promover confissões, colaborações forçadas/premiadas, etc." (ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 297).

26 Disponível em: <emporiododireito.com.br/desejo-de-delatar-parte-1-em-busca-da-propria-liberdade-por-alexandre-morais-da-rosa>. Acesso em: 09 jun. 2017.

27 “O protagonismo do condutor da investigação pode mudar os rumos do processo penal. Daí se joga muito no processo penal. Um jogo mais sutil, nebuloso, cujos jogadores (Delegado, Advogado, Defensor, Vítima, Ministério Público, Mídia etc.) dependem do contexto e das recompensas” (FELIX; ROSA, 2017, p. 153).

Interessa notar que na fase preliminar da persecução penal se possibilita à autoridade investigatória extrapolar a busca de dados efetuada pela função jurisdicional, já que enquanto quem julga está diante de uma acusação formal e quem investiga busca a elucidação de um fato e, nesse sentido, seja a autoridade atuante na fase pré-processual juiz, promotor ou delegado, uma intersecção dos dois círculos – jurisdicional e investigativo - torna tênue a distinção entre os sujeitos processuais, aproximando o jogo processual penal novamente ao modelo inquisitório (ZILLI, 2003, p. 211-212).

5 CONCLUSÃO

É possível afirmar que a “Operação Lava Jato” contribuiu para transformar o modo tradicional de se analisar o processo penal. Todos os aspectos particulares da operação, sua grandiosidade, os envolvidos, o papel da imprensa no curso da investigação, o interesse público pelo processo e a utilização de procedimentos antes apenas previstos em lei, levaram a uma nova realidade processual.

Evidentemente, não há como comparar tal operação com a maioria dos processos penais em trâmite no Judiciário brasileiro. A conduta apresentada nos processos da “Lava Jato” são compatíveis ao caso concreto, ou seja, aos envolvidos e aos crimes cometidos, considerados de elevada gravidade e difícil comprovação. Ainda assim, é certa a influência, bem como a mudança de paradigmas nos demais processos em curso no Brasil.

O instituto da colaboração premiada, conforme demonstrado no presente trabalho, apesar da previsão legal, era raramente utilizada nos processos, apesar de se mostrar uma ótima oportunidade para investigação de crimes graves, principalmente aqueles envolvendo organizações criminosas. Coube à “Operação Lava Jato” desmistificar o instituto, estimulando sua implementação no curso da investigação.

Apesar das críticas dirigidas ao instituto por parte da doutrina, sua aceitação pelo Poder Judiciário estimula ainda mais sua utilização. Não há dúvida de que as investigações conduzidas pela força tarefa responsável pela “Lava Jato” teriam curso diferente sem os acordos de colaboração premiada. Os crimes de corrupção são de difícil comprovação, principalmente quando envolvidos em grande esquema para cometimento de delitos. Sem as informações oferecidas mediante colaboração/delação pelos investigados na operação, dificilmente a operação seria exitosa, como já se demonstra.

Duas consequências importantes decorrem da utilização da colaboração premiada nas investigações. A primeira refere-se ao cuidado necessário para a utilização do instituto e das informações coletadas. O uso frequente do instituto pode levar o investigado a forjar

informações, criar documentos e a delatar inocentes, visando a obtenção de benefícios. É de grande importância o papel no Poder Judiciário na análise das informações e no rigor das punições, em caso de violação/descumprimento dos acordos de colaboração.

A segunda consequência é a transformação do papel dos sujeitos envolvidos no processo. É possível notar que a elaboração de um bom acordo de colaboração pode representar o ganho de causa no processo penal. É também evidente, que para se negociar adequadamente, é preciso conhecimento e desenvolvimento de habilidades. Aqui entra a teoria dos jogos, sendo importante definir, para se decidir quais estratégias utilizar, qual tipo de jogo se aplica ao processo penal e à colaboração.

Diante da análise realizada, é possível concluir que no processo penal aplica-se o jogo sequencial (comportamento das partes se baseia em comportamentos anteriores) de informação imperfeita ou incompleta (as partes não conhecem todos os elementos envolvidos no jogo com antecedência). Trata-se do que Alexandre Morais da Rosa chama de “jogo assimétrico de informação”. As condições do jogo sofrem alterações durante todo o curso do processo, exigindo a elaboração de novas estratégias. Dominar as informações é extremamente importante para vencer a demanda judicial. Cabe destacar, que o juiz funciona como árbitro, afastando-o do modelo inquisitorial, responsável em manter o respeito às regras do jogo (*fair play*).

Destarte, diante da nova realidade processual, necessário será também a reformulação das condutas desenvolvidas pelas partes no curso do processo. Importante destacar, que apesar do aspecto mais dinâmico do processo, a utilização da colaboração premiada não retira do processo a obrigação de se respeitar princípios e garantias processuais e constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINMORE, K. **Fun and games**. Lexington, Mass: D. C. Heath, 1992.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2011.

BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processopenal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2016, RBCCRIM VOL. 122 (AGOSTO-2016).

BRASIL. Portal Brasil. Combate à corrupção cresceu com fortalecimento de leis e instituições. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2016/04/combate-a-corrupcao-cresceu-com-fortalecimento-de-leis-e-instituicoes>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

- CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Trad. Roberto Del Claro, Revista de direito processual civil. Curitiba: Gênese, 2002.
- CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro/RJ: Ed Lumen Juris, 2009.
- CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. vol. II. Bogotá: Temis, 2000.
- CRUZ, Flávio Antônio da. **Plea Bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Edição 02 - Dezembro de 2016, pp. 145-219.
- ECO, Umberto. **O Nome da Rosa**. Tradução de Letizia Zini Antunes e Álvaro Lorencini. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1994, p. 57-58.
- FELIX, Yuri; ROSA, Alexandre Morais da. **Novas tecnologias de prova no processo penal: o DNA na delação premiada**. Florianópolis/SC: Emporio do Direito. 2017.
- FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: para cursos de administração e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**, vol. I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 1997.
- GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca/SP: Ed Lemos de Oliveira. 2006.
- JARDIM, Afrânio Silva. **A perversidade da mídia e a sociedade ingênua. A sociedade refém do poder econômico**. Empório do Direito. Publicado em 04 de abril de 2017. Disponível em: <emporiiododireito.com.br/a-perversidade-da-midia-e-a-sociedade-ingenua/>. Acesso em: 04 abr. 2017.
- LOPES JR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. vol. I.
- MACHADO, Leonardo Marcondes. **O amadorismo na investigação criminal cobra seu preço no jogo processual**. Consultor Jurídico. Publicado em: 26 de janeiro de 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-26/academia-policial-amadorismo-investigacao-cobra-preco-jogo-processual>. Acesso em: 26 jan. 2017.
- MAYA, André Machado; URANI, Marcelo Fernandez. **O princípio da identidade física do juiz e a função persuasiva da prova no Processo Penal**. In: FAYET JR., Ney; MAYA, André Machado (Orgs.). Ciências penais e sociedade complexa. vol. II. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, pp. 31-52.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Lava Jato**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. Combate à Corrupção. **Casos Emblemáticos**. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

MUSCO, Enzo. **Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas**. In: Revista Penal, Universidade de Hueiva, Salamanca, Universidade de Castilha-La Mancha, nº 2, 1998.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PENTEADO, Jaques Camargo. **Delação premiada**. In: FARIA COSTA, José Francisco de, SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

POLÍCIA FEDERAL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Operação Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imagens/banner-rotativo/lava-jato/imprensa/imprensa/lava-jato>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Qual o timing para fazer uma delação premiada?** Consultor Jurídico. Publicado em: 09 de junho de 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jun-09/limite-penal-qual-timing-delacao-premiada>. Acesso em: 09 jun. 2017.

_____. **Desejo de Delatar, parte 1: em busca da própria liberdade**. Empório do Direito. Publicado em 05 de junho de 2017. Disponível em: emporiododireito.com.br/desejo-de-delatar-parte-1-em-busca-da-propria-liberdade-por-alexandre-morais-da-rosa/. Acesso em: 09 jun. 2017.

_____. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2013, 2016, 2017.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 217-218.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: ed. Da UFSC, 1983.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

DIREITOS HUMANOS PENAIS: ANÁLISE CRÍTICA NO TRATAMENTO DOS DETENTOS

Matheus Arcangelo FEDATO¹
Valter Foletto SANTIN²

RESUMO

O trabalho pretende realizar uma análise crítica do sistema carcerário brasileiro. Trata das garantias constitucionais fundamentais e o seu respeito dentro do sistema carcerário quanto ao tratamento dispensado aos detentos. O problema do trabalho liga-se ao desrespeito cometido contra os reclusos dentro do sistema carcerário e a necessidade da observância de suas garantias fundamentais. Dentro os objetivos do trabalho estão mostrar, por meio de dados estatísticos, a situação das prisões brasileiras, notadamente o número de presos e suas características, como cor, idade e escolaridade, além de expor os dispositivos legais nacionais e internacionais que determinam os direitos dos detentos, como a Constituição Federal, o Pacto de São José da Costa Rica e a Lei de Execuções penais. A fim de atingir os objetivos propostos, será utilizado o método hipotético-dedutivo. Examinar-se-á a situação do sistema carcerário por meio da pesquisa qualitativa e quantitativa. Levar-se-á em consideração a legislação pertinente, fazendo-se também uma análise bibliográfica com o levantamento de textos a respeito do objeto do presente estudo em livros, doutrinas, artigos científicos, etc.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Carcerário; Prisões; Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT

The work intends to perform a critical analysis of the Brazilian prison system. It deals with fundamental constitutional guarantees and their respect within the prison system for the treatment of detainees. The problem of work is linked to the disrespect of prisoners within the prison system and the need to comply with their fundamental guarantees. The objective of the study is to show, through statistical data, the situation of Brazilian prisons, in particular the number of prisoners and their characteristics, such as color, age and schooling, as well as exposing national and international legal provisions that determine the rights of prisoners, such as the Federal Constitution, the Pact of San José de Costa Rica and the Criminal Execution Law. In order to achieve the proposed objectives, the hypothetical-deductive method will be used. The situation of the prison system will be examined through qualitative and quantitative research. The relevant legislation will be taken into account and a bibliographical analysis will be carried out with the collection of texts about the object of the

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) (Área de Concentração: Teorias da Justiça e Exclusão; Linha de pesquisa: Função Política do Direito). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atua nas áreas da Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Teorias da Argumentação Jurídica e Proporcionalidade. Bolsista da CAPES.

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 Processual 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.

present study in books, doctrines, scientific articles, etc.

KEY-WORDS: Prison system; Prisons; Human rights; Fundamental rights; Unconstitutional State of affairs.

INTRODUÇÃO

O problema carcerário no Brasil é algo notório e que as autoridades competentes insistem em não ver. Os atentados aos direitos humanos na seara penal é gigantesco. A violação das garantias fundamentais dos detentos aumenta a cada dia e cada vez mais a busca por uma solução parece distante. Com a previsão de diplomas internacionais determinando a preservação das condições mínimas de tratamento aos condenados fica difícil entender os motivos de tamanhas violações de direitos atualmente.

O problema do trabalho liga-se ao desrespeito cometido contra os reclusos dentro do sistema carcerário e a necessidade da observância de suas garantias fundamentais. Dentre os objetivos estão realizar uma análise crítica da situação do sistema carcerário no Brasil e do desrespeito aos direitos humanos e fundamentais. Mostrar, por meio de dados estatísticos, a situação das prisões brasileiras, notadamente o número de presos e suas características, como cor, idade e escolaridade. Ainda, busca-se expor os dispositivos legais nacionais e internacionais que determinam os direitos dos detentos, como a Constituição Federal, o Pacto de São José da Costa Rica e a Lei de Execuções penais.

O trabalho justifica-se pela tentativa de expor os problemas enfrentados e pela necessidade de se buscar soluções a fim de preservar a dignidade dos reclusos. As condições das prisões, o perfil dos detentos e a exclusão social levam cada vez mais a uma impossibilidade de ressocialização, que deveria ser função da pena.

A Constituição tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Proíbe penas cruéis, a distinção dos presos com relação a idade, sexo e ao delito praticado, o respeito a sua integridade física e moral, bem como que ninguém será considerado culpado antes de sentença penal condenatória. O Pacto de San José da Costa Rica prevê ainda que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, devendo toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

A lei de execuções penais prevê que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, tendo como objetivo prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Estima-se que a população carcerária esteja hoje em aproximadamente 670 mil presos, dos quais 250 mil provisórios, sendo que o déficit de vagas seria em torno de 360 mil.

Assim, apenas com esses dados, que demonstram uma superlotação, já é possível duvidar que os direitos fundamentais dos reclusos estejam sendo respeitados, sendo importante uma análise crítica do cenário atual. A fim de atingir os objetivos propostos, será utilizado o método hipotético-dedutivo. Examinar-se-á a situação do sistema carcerário por meio da pesquisa qualitativa e quantitativa.

1. GARANTIAS PENAIS

Dentro desse capítulo serão abordadas as principais garantias penais existentes, sejam de direitos humanos ou de direitos fundamentais, focando para dentro das áreas do Direito Penal e do Direito Processual Penal, englobando dessa maneira a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, a Constituição Federal, e as legislações penais e processuais penais em geral, como o Código Penal, o Código de Processo Penal e a lei de Execuções Penais.

Porém, antes de adentrar em tais institutos, cumpre falar sobre a importância histórica de alguns outros documentos. A Magna Carta, de 1215, é considerada como o primeiro documento que tratou sobre os direitos humanos e teve grande influência nas modernas cartas de direitos. Como principais previsões no âmbito das garantias penais podem-se ressaltar as cláusulas 20 e 21, que abordavam a relação de proporcionalidade entre delitos e penas (COMPARATO, 2015, p. 94).

O *Habeas Corpus Act*, ou lei do Habeas Corpus, foi criado na Inglaterra no ano de 1679 e teve grande importância das legislações subsequentes que previram a possibilidade do instrumento para garantia da liberdade. Referido diploma não foi o primeiro a tratar a matéria nem a prever tais garantias. Entretanto, os mandados judiciais (*writs*) da época não regulavam de maneira adequada a matéria, pois "sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida, em razão das inadequadas regras processuais" (COMPARATO, 2015, p. 100). Assim, o *Habeas Corpus Act* se tornou importante para a garantia da eficácia dos mandados judiciais em caso de prisão arbitrária.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, originada durante a Revolução Francesa, também se constitui como grande marco na luta pela garantia dos direitos fundamentais, notadamente os direitos de liberdade. Dentre as disposições que se relacionam a temática penal se destacam os artigos 7º, 8º e 9º, os quais preveem a necessidade da legalidade, quando diz que ninguém será punido senão em virtude da lei, a importância da proporcionalidade entre delito e pena e a anterioridade da lei penal, além da presunção de inocência, impossibilitando que alguém seja declarado culpado antes de uma condenação.

a) Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi criada pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1948 após os trágicos acontecimentos ocorridos na Segunda Guerra Mundial. Tem como objetivo buscar os ideais de respeito aos seres humanos, tentando criar um elo entre as nações e os povos a fim de conseguir inculcar ideais de paz e do respeito à dignidade humana e às liberdades individuais. “A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais” (PIOVESAN, 2012, p. 204).

Assim, o documento tentou traçar as primeiras linhas no tocante à preservação dos Direitos Humanos. Em seu preâmbulo, o documento busca o reconhecimento da dignidade humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Proclama a fé nos direitos fundamentais e na igualdade entre homens e mulheres, objetivando o progresso social e a promoção de melhores condições de vida (ONU, 1948).

Quanto aos dispositivos que preveem garantias penais, pode-se citar o artigo 5º, que diz que "ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes". Pelo disposto, entende-se que o tratamento que deve ser dispensado aos reclusos do sistema penal deve pautar-se pelo não uso da violência e pela preservação da dignidade humana. Dessa maneira, não serão admitidas condutas tendentes a violência, notadamente a prática de tortura, contra aqueles que estiverem na condição de reclusão (ONU, 1948).

Ainda, torna-se proibida a crueldade na execução das penas, sendo relevante apontar que são completamente reprovadas prisões que não possibilitem o mínimo de dignidade para o indivíduo. Assim, não podem existir estabelecimentos prisionais que deixem os detentos em condições subumanas, com falta de espaço, higiene e limpeza, banho de sol ou a falta de assistência de qualquer gênero.

O Artigo 9º prevê que ninguém poderá ser preso arbitrariamente. Nesse sentido, determina que a privação da liberdade somente poderá ocorrer se houverem motivos razoáveis para tal, sendo imprescindível a previsão legal que autorize a prisão. Além disso, faz-se necessária também a observação estrita da lei, não sendo possível que se prenda para a partir daí se averiguar a possibilidade da prisão. O respeito às garantias fundamentais se torna imperioso nos casos de privação da liberdade (ONU, 1948).

O artigo 10 determina a observância da independência e imparcialidade no julgamento das causas penais. O artigo 11 versa sobre a presunção de inocência,

determinando assim que nenhuma pessoa deve ser considerada culpada até que sua culpabilidade seja provada em um processo público com respeito a todas as garantias previstas para a defesa. Trata-se de previsão amplamente adotada no mundo todo, embora sofra algumas mitigações em determinados ordenamentos (ONU, 1948).

Ainda, em sua segunda parte, o artigo determina o respeito a anterioridade da lei penal, impossibilitando, desse modo, que alguém seja punido por crime que não era punível durante o cometimento do fato, bem como a agravação da pena por lei editada posteriormente ao delito. O documento consiste em uma recomendação da Assembleia Geral da Nação Unidas, não tendo, tecnicamente, força vinculante, entretanto, deve ser levada em consideração como sendo a positivação de costumes e princípios praticados pelas nações. Nesse sentido,

a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (COMPARATO, 2015, p. 240).

Entende-se, então, que as importantes disposições emanadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos têm grande representatividade, incorporando os valores celebrados pelos mais diferentes povos ao redor do mundo, devendo, para tanto, ser observada, notadamente quanto a aplicação das garantias penais e processuais, que servem como instrumento de proteção aqueles que se encontram dentro do sistema carcerário.

b) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

A Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, é um importante documento elaborado em 1969 pela Organização dos Estados Americanos (OEA), que tem como finalidades consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundada no respeito aos direitos essenciais do homem. O documento é bastante inspirado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo muitas garantias em semelhança.

O artigo 5º da Convenção trata do direito à integridade pessoal, promovendo o respeito a integridade física, psíquica e moral das pessoas. Determina a impossibilidade de uso de torturas, de tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, devendo toda pessoa ser tratada com respeito a sua dignidade. Traz ainda a necessidade de individualização da pena, devendo ser responsabilizado tão somente aquele que cometeu a infração, de forma

que a responsabilidade seja pessoal e não atinja terceiros alheios à conduta.

Aprofundando na questão da individualização o documento prevê que as pessoas ainda não condenadas (presos provisórios) devem ficar em locais separados daqueles já condenados, respeitando-se sua condição de indiciado. Ainda, prevê a necessidade de separação dos menores e dos adultos, devendo ser julgados no menor tempo possível. Para finalizar, o artigo determina quais devem ser as funções da pena privativa de liberdade, sendo elas a reforma e readaptação dos condenados (OEA, 1969).

O artigo 7º da Convenção aborda questões relacionadas à liberdade pessoal, emanando que ninguém pode ser privado de sua liberdade sem que a prisão esteja prevista em algum dispositivo legal, não podendo existir encarceramento arbitrário, que não esteja de acordo com a legalidade. Determina que toda pessoa presa deve ser levada à autoridade judiciária no menor tempo possível, tendo o direito de ser julgada em um tempo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo do prosseguimento do processo.

Assegura a possibilidade de se recorrer a um Tribunal para que este julgue a legalidade da prisão, demonstrando a importância do *Habeas Corpus*. Ainda, determina que a prisão por dívidas só deverá ocorrer no caso do devedor de alimentos (OEA, 1969). O artigo 8º determina que

toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela (OEA, 1969).

Continua prevendo a necessidade da presunção de inocência, determinando que toda a pessoa tem o direito de que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Nessa linha, estabelece várias garantias mínimas aos acusados em processo judicial, dentre as principais, pode-se citar o direito irrenunciável de ser assistido por defensor proporcionado pelo Estado, de não produzir provas contra si mesmo e a de recorrer para um juiz ou tribunal superior (duplo grau de jurisdição). Termina prevendo a impossibilidade de confissão obtida por meio de coação e a necessidade da publicidade do processo (OEA, 1969). O artigo 9º cunha os princípios da legalidade e da retroatividade, já comentados anteriormente e que determinam que não haverá acusações por condutas que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da realização do delito. O artigo 10 prevê o direito à indenização para os casos de condenação ocorrida por erro judiciário (OEA, 1969).

Pode-se depreender do exposto nos documentos internacionais acima comentados a importância dada a garantia dos direitos humanos, principalmente à liberdade. Ainda, a

dignidade possui valor importante. É dever do Estado prestar uma atuação em consonância ao colocado pelas declarações. O desrespeito às condições mínimas dentro de uma prisão viola igualmente os direitos fundamentais.

É possível respeitar a liberdade, mas infringir a dignidade dos detentos, deixando as prisões em condições precárias, incapazes de fornecer o mínimo aos que nela habitam. Assim, “assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais” (SARLET, 2007, p. 48). Nesse sentido, as normas internacionais previstas tanto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica lutam para que haja preservação dos direitos fundamentais, buscando a guarda da liberdade e da dignidade.

Dentre as principais disposições trazidas pelos documentos internacionais pode-se listar a presunção de inocência, o respeito ao princípio da legalidade, não podendo haver punição sem lei, vedando-se a prisão arbitrária, a proibição da tortura ou do tratamento cruel ou degradante, proibição de penas desumanas, a individualização da responsabilidade do delito por aquele que praticou a conduta, a individualização na aplicação da pena, o respeito ao princípio da anterioridade, vedada a retroatividade de lei que agrave a situação do réu e a celeridade para o julgamento dos acusados, que tem o direito de obter uma resposta jurisdicional no menor tempo possível.

c) Constituição da República Federativa do Brasil

Serão analisadas agora as disposições constitucionais que versam sobre direitos humanos penais, entendendo-se que é a Constituição que determina como se darão as relações concernentes ao tratamento penal e processual penal dos cidadãos, influenciando em como a liberdade poderá ser restringida e de que maneira, dispondo também as regras para o tratamento dos reclusos. "A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira" (PIOVESAN, 2012, p.80).

Logo no começo, no artigo 1º, III, determina que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República, devendo ser perseguida pelo Estado, que está incumbido de garanti-la. A dignidade da pessoa humana serve de base para todas as outras disposições concernentes à matéria. Assim, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando a própria dignidade”

(SARLET, 2007, p. 87). A importância da preservação da dignidade no tocante aos direitos humanos é intensa. Destarte,

Não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura e da aplicação das penas corporais [...]. Neste sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, torna-se indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contigência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma responsável individualidade (SARLET, 2007, p. 90).

Por meio dessa linha, a Constituição Federal segue prescrevendo os direitos penais que considera importantes e que preservem a dignidade humana. Em consonância com o disposto, o artigo 5º, XLIX, garante aos presos o respeito à integridade física e moral. A punição se dá com a privação da liberdade e não com medidas que ofendam a integridade dos detentos. Para tanto, deve-se respeitar seu corpo e sua mente, garantindo que a pena cumpra suas funções. Combina-se a disposição com o previsto no artigo 5º, III, que determina que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

O artigo 5º, XLVII, emana que não haverá penas: de morte; perpétuas; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis. Segue então a linha exposta nos documentos internacionais anteriormente analisados, impondo limites à aplicação das penas, entendendo que estas não devem ter caráter violento, mas de prevenção e de recuperação.

Continua com a previsão de individualidade das penas quando prevê no artigo 5º, XLVIII que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Tal reflete não função da pena, tomando como base as características do fato punível praticado e as características do condenado, possibilitando que haja a recuperação do indivíduo. É garantido as presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, XLIX).

Prevê a Constituição também o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX), determinando que não haverá crime sem lei anterior que o defina; o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu (art. 5º, XL); o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII); o devido processo legal (art. 5º, LIV); a fundamentação para decretação de prisão (art. 5º, LXI) e o relaxamento imediato da prisão ilegal (art. 5º, LXV).

Ainda, prevê pelo artigo 5º, LVII, a presunção de inocência, prescrevendo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disposição essa de extrema importância dentro do ordenamento, sendo possível extrair a partir dela que enquanto não houver uma sentença penal condenatória transitada em julgado não se poderá considerar alguém culpado por um crime.

Seguindo essa lógica, todas as disposições referentes ao tratamento dos reclusos devem atentar-se a presunção de inocência. Não pode haver punição (privação da liberdade, mormente) antes que haja condenação definitiva. Inconcebível, portanto, o desrespeito à duas ou mais disposições constitucionais, quais sejam a presunção de inocência e a violação da integridade física ou moral dos detentos.

d) Código Penal

No Código Penal (1940) é possível observar logo em seus primeiros artigos disposições referentes às garantias tratadas aqui anteriormente como legalidade e anterioridade da lei penal, sendo interessante comentar o prescrito pelo artigo 59, que determina, na aplicação da pena, a observância de alguns requisitos, a fim de individualizar a sua aplicação, tais como: a culpabilidade; aos antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima, estabelecendo a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

O artigo 1º do Código determina que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, insculpindo dessa forma, a exigência da legalidade, dando conformidade ao sistema. Para Luis Regis Prado (2010, p. 141) “esse postulado apodítico cumpre funções reciprocamente condicionadas: limitação das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão”.

Assim, “o *princípio da legalidade* constitui uma *efetiva* limitação ao poder punitivo estatal” (BITTENCOURT, 2010, p. 41). O artigo 2º determina que ninguém será punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, prevendo também que a lei posterior favorável ao agente deve aplicar-se a fatos anteriores. “Trata-se de restringir o arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação retroativa de lei prejudicial” (PRADO, 2010, p. 143).

e) Código de Processo Penal

No que se refere a prisão provisória e as medidas cautelares, o Código de Processo Penal, nessa parte alterado pela lei nº 12.403/2011, determina que sejam seguidas algumas regras, tais como: a observância da necessidade e adequação para a aplicação das medidas cautelares, devendo a prisão ser aplicada somente se estas não forem cabíveis (art. 282); a impossibilidade de prisão que não seja por flagrante delito ou que ocorra por ordem escrita ou fundamentada de autoridade competente (art. 283); a não permissão do uso da força, salvo em

casos extremos de resistência ou fuga (art. 284).

Concebido como um objeto de desejo o Código de Processo Penal incorpora as redes sociais mobilizadas em torno da manutenção do poder e assim estabelece o diálogo entre a tradição autoritária inautêntica e a efetivação de um modelo de compreensão adequado ao projeto político democrático inscrito na Constituição de 1988 (PRADO; MELCHIOR, 2011, p. 10).

Quanto às alterações promovidas pela lei nº 12.403/2011, grande parte da doutrina entende seus efeitos benéficos, trazendo uma maior consonância entre a Constituição Federal de 1988 e o antigo Código de Processo Penal de 1941.

f) Lei de Execuções Penais

Adentrando-se na Lei de Execuções Penais (7.210/84), é importante comentar alguns de seus principais dispositivos. Em primeiro lugar cumpre falar da individualização da pena, trazida pelo artigo 5º da lei, que determina: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”. Segue, assim, a determinação constitucional (5º, XLVIII), promovendo que dentro do cárcere, no cumprimento da pena, os condenados sejam separados em conformidade com as circunstâncias do delito que cometeram e sua característica pessoal, a fim de que a pena cumpra sua finalidade.

A Lei de Execuções Penais prevê a necessidade de assistência aos presos, incumbindo ao Estado o dever de prestá-la, conforme disposto no artigo 10: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Interessante comentar a parte final do artigo, que vem no sentido de expor as funções da pena, quais sejam as de prevenção e de ressocialização. Preparar o retorno do preso a sociedade também faz parte do cumprimento da pena e deve ser observado pelo Estado. Para tanto, “quando da aplicação da pena privativa de liberdade, esta deve buscar sempre a ressocialização do condenado a fim de propiciar condições para sua integração social” (KAZMIERCZAK, 2011, p. 133).

Dentre as espécies de assistências que devem ser fornecidas estão: material; à saúde; jurídica; educacional; social e religiosa (art. 11). A assistência material consistirá no fornecimento ao recluso de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (art. 12). A assistência à saúde terá caráter preventivo e curativo e deverá compreender atendimento médico, farmacêutico e odontológico, sendo assegurado à mulher o acompanhamento pré-natal e pós-parto (art. 14).

Na forma do artigo 15, a assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado. Nesse casos, quem deverá fazer o atendimento aos detentos é a Defensoria Pública, e no caso desta ainda não ter sido implantada, os advogados dativos. É importante destacar o déficit de Defensorias que ocorre hoje no Brasil e que influencia diretamente nos direitos daqueles que fazem parte do sistema carcerário.

A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado (art. 17). A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade (Art. 22), demonstrando mais uma vez o caráter restaurado da pena e a sua necessária observância. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva (art.28).

Estão inscritos no artigo 41 da Lei de Execuções Penais os direitos do preso, que consistem principalmente em: alimentação suficiente e vestuário; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho; o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

A pessoa presa deve receber proteção especial do Estado para preservação da sua imagem e honra, por constituir o respeito à dignidade da pessoa humana um dos princípios fundamentais republicanos e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF). O preso também tem direito ao respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF), porque invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com direito de indenização pelo dano material ou moral (art. 5º, X, CF) (SANTIN, 2007, p. 187).

Santin acrescenta a obrigação estatal de proteção ao preso contra exposição pública da sua pessoa, porque “a autoridade policial não pode permitir a filmagem ou a entrevista de preso sem antes avisá-lo do seu direito ao silêncio e indagá-lo sobre a vontade de participar dos trabalhos jornalísticos”, mas “se o preso não permitir, a autoridade policial deverá impedir fotografias, filmagens ou perguntas ao preso, sob pena de infração funcional, civil e penal” (SANTIN, 2007, p. 187). Em caso de indiciado solto, ele próprio deverá recusar participação

na entrevista ou no trabalho jornalístico, para invocar e preservar o seu direito ao silêncio (SANTIN; GÓES, 2011, p. 188).

Destaca-se, dessa forma, a importância da preservação da dignidade do acusado, respeitando-se sua integridade moral e física, disponibilizando meios para que este possa ressocializar-se e ser novamente inserido na sociedade, conseguindo a partir daí, desenvolver suas atividades. A garantia dos direitos acima mencionados aos presos não constitui ou deve constituir ato de bondade do legislador ou mero formalismo, mas exigência de uma sociedade democrática que repudia qualquer meio violento ou cruel para o tratamento dos reclusos. Assim, a dispensa de recursos para a promoção das garantias previstas torna-se indispensável.

2. SISTEMA CARCERÁRIO

Neste capítulo será tratada a situação do sistema carcerário no Brasil, procurando-se expor, por meio de dados, a realidade das prisões. Para tanto, os números apresentados estarão baseados no Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN de 2014, juntamente com as informações mais atualizadas apresentadas pelo Conselho Nacional de Justiça. É importante salientar que para alguns objetivos da pesquisa não foram obtidas as totalidades de dados necessárias, sendo então realizada esta com os dados disponíveis.

1. Características do sistema carcerário

A população carcerária informada pelo Relatório do DEPEN de 2014 era de 607.731 presos, sendo que o número de vagas disponíveis no sistema era de 376.669 mil, gerando, assim, um déficit de 231.062 vagas (DEPEN, 2014). Atualmente estima-se que a população seja de aproximadamente 666 mil pessoas, sendo 299 mil em regime fechado e 254 mil de presos provisórios (38%) (CNJ, 2017).

Oficialmente o Brasil possui a 4ª maior população carcerária do mundo, ficando atrás de Estados Unidos (2.228.424 presos), China (1.657.812 presos) e Rússia (673.818 presos). Em números de habitantes, os EUA tem 321 milhões de pessoas, a China tem 1.371 bilhão e a Rússia tem 144 milhões (DEPEN, 2014).

No Brasil a taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes é de 300 presos, sendo de 698 nos EUA, 119 na China e 468 na Rússia. A Taxa de ocupação brasileira, que significa o número de vagas disponíveis pelo número de vagas ocupadas, é de 161%, uma das maiores taxas do mundo, e que acaba resultando em uma superlotação. A taxa de ocupação brasileira é a 5ª maior do mundo, ficando atrás de países como Filipinas, com 316%, Peru, com 223% e Paquistão, com 177% (DEPEN, 2014).

O aumento da população carcerária foi exponencial no Brasil. A variação da taxa de aprisionamento entre 1995 e 2010 foi de mais de 136%. De 1990 até 2014 a população carcerária passou de 90 mil presos para 607 mil, representando um aumento de 575%. “Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano” (DEPEN, 2014).

Dentro do país, o Estado que possui a maior população carcerária é o Estado de São Paulo, com 219.053 mil presos, seguido por Minas Gerais, com 61.286 mil presos, Rio de Janeiro, com 39.321 mil presos, Pernambuco, com 31.510 mil presos e Paraná, com 28.702 mil presos. Roraima, com 1.610 pessoas presas, é o estado com a menor população carcerária (DEPEN, 2014).

O aumento no número de vagas não foi proporcional ao crescimento da população carcerária. As vagas disponíveis em 2000 eram 135.710 mil, sendo que na época havia um déficit de 97.045 vagas. Em 2014 o número de vagas subiu para 376.669, entretanto, o déficit também aumentou, sendo agora de 231.062 vagas. Assim, “apesar de o número de vagas ter quase triplicado no período, o déficit de vagas mais do que dobrou” (DEPEN, 2014).

O número de unidades prisionais no Brasil em 2014 era de 1.424 unidades, sendo a imensa maioria de estabelecimentos estaduais. O Estado com maior número de estabelecimentos é o de Minas Gerais, com 184, seguido por São Paulo, com 162, pelo Ceará, com 158, pelo Rio Grande do Sul, com 96 e por Goiás com 95 unidades prisionais. (DEPEN, 2014) “Cerca de 64% das vagas do sistema prisional são destinadas a pessoas condenadas, sendo 44% para condenadas em regime fechado, 18% em regime semiaberto e 2% em regime aberto. Quase um terço das vagas é destinado a presos sem condenação” (DEPEN, 2014).

Aproximadamente 55 mil pessoas estão em unidades com mais de 3 pessoas presas para cada vaga disponível. Sendo mais de 195 mil em unidades com mais de 2 pessoas por vaga. O Estado mais afetado é o Acre, onde 32% da população prisional está em unidades com mais de 4 presos por vaga. Em condições parecidas estão presos de Pernambuco, Alagoas e Piauí (DEPEN, 2014).

A diversidade também não se mostra muito respeitada, sendo que as vagas destinadas a grupos específicos são quase inexistentes. Nesse sentido, somente 9% das unidades dispõem de celas específicas para estrangeiros e indígenas. Ainda, apenas 15% tem celas específicas para idosos e lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (DEPEN, 2014).

2. Perfil dos detentos

Nessa parte, o foco será a exame do perfil dos reclusos do sistema penitenciário brasileiro. A análise das características das pessoas privadas de liberdade permite uma compreensão apurada da situação carcerária no Brasil. Grande parte da população carcerária é formada por jovens, ou seja, daqueles que possuem entre 18 e 29 anos, e que correspondem a 56% da população prisional. Todavia, essa população representa apenas 21,5% da população nacional. Conforme a idade vai avançando, vai ocorrendo um decréscimo no número de presos (DEPEN, 2014).

Quanto a cor da população carcerária, a que mais predominou foi a cor negra, com 67% do total, contra 31% da branca. Ao se comparar com o resto da população brasileira, o número de negros é de 51% e de brancos 48%, podendo-se observar, dessa maneira, certa desigualdade no sistema prisional. “Essa tendência é observada tanto na população prisional masculina quanto na feminina” (DEPEN, 2014).

O Estado em que a cor negra é predominante é no Acre, com 90,1% da população carcerária. Em contraposição no Estado do Paraná predomina a cor branca, sendo que a negra corresponde a 32,7%. Em todas as regiões a porcentagem da população prisional negra é maior do que a população civil, estando a maior discrepância na região Sudeste.

No que se refere ao Estado Civil, a maioria da população carcerária é solteira (57%), estando em união estável 29% e casados 10%. O número de pessoas com deficiência no sistema prisional é de 1.575, que correspondem a 0,8% da do total da população das unidades que tiveram condições de informar esse dado. A maioria dos casos é de deficiência intelectual (54%), seguindo-se de deficiência física, deficiência auditiva, visual ou múltiplas. Cerca de 87% das pessoas com deficiência se encontravam em unidades não adaptadas, sendo que apenas 5% se encontravam em unidades adaptadas (DEPEN, 2014).

A escolaridade dos reclusos do sistema carcerário também é estarrecedora. 53% da população prisional não completou o ensino fundamental. Oito em cada dez pessoas presas estudou, no máximo, até o ensino fundamental. Completaram o ensino médio tão somente 8% contra 32% da média nacional (DEPEN, 2014).

Estima-se que seis em cada dez pessoas presas tenham filhos. 41% da população carcerária não possui filhos, sendo o percentual de presos com filhos de 59%. A porcentagem vai diminuindo conforme o número de filhos aumenta. A porcentagem de quem tem um filho (22%) é a maior dentre os que são pais. A influência de ter filhos e estar encarcerado existe e é determinando. Um estudo da Universidade de Princeton diz que ter o pai privado da liberdade aumenta em 44% as chances da criança desenvolver um comportamento agressivo

(PRINCETON UNIVERSITY, 2008).

3. Tipos de crimes

Serão analisados nessa parte os principais tipos penais praticados pelos detentos do sistema prisional brasileiro. O tipo predominante é o tráfico de drogas, com 27% da totalidade, seguido por roubo (21%), homicídio (14%) e furto (11%). “Nota-se que quatro entre cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio” (DEPEN, 2014).

A proporção entre homens e mulheres difere para os tipos penais. No tráfico de drogas, 63% é cometido por mulheres, contra 25% dos homens. “Em termos proporcionais, o número de crimes de roubo registrados para homens é três vezes maior do que para mulheres”. Ainda, 35,1% das pessoas presas respondem por crimes relacionados à lei de entorpecentes (DEPEN, 2014).

Com relação ao tempo total de condenação, a maioria das pessoas presas (53%) foram condenadas com penas de até 8 anos. “Mais de três quintos da população privada de liberdade de Pernambuco (61%), de Roraima (63%), de Sergipe (65%) e do Amapá (66%) foi sentenciada a cumprir pena superior a oito anos”. No Estado de Roraima, 45% dos presos condenados foram sentenciados a penas superiores a quinze anos (DEPEN, 2014).

4. Gestão dos presídios

Quanto ao número de trabalhadores do sistema prisional, os responsáveis pela gestão são 67.176 pessoas, dos quais 68% realizam atividades de custódia, 11% estão em cargos administrativos e 5% são policiais militares. No que se refere aos agentes de custódia, a média destes para a de presos é de um agente para oito detentos, sendo que o número ideal seria de 5 pra 1. “Pernambuco é o estado com o maior número de presos por trabalhador em atividade de custódia (31,2 presos para cada funcionário), seguido pelo Ceará (14,8) e Mato Grosso do Sul (14 para cada)” (DEPEN, 2014).

O número de estabelecimentos geridos pelo poder público é de 92%, sendo as parcerias público-privadas correspondentes a 1%. Entretanto, 58% apresentam algum tipo de serviço terceirizado, tendo como o principal a alimentação, presente em 53% dos estabelecimentos. Está presente também a terceirização da limpeza (12%) e assistência à saúde (8%) (DEPEN, 2014).

A visita social ainda não está presente em todos os presídios. Cerca de 37% dos estabelecimentos têm local específico para visitação. No que se refere à visita íntima, 31% dos estabelecimentos possuem locais específicos. O serviço social está presente nos

estabelecimentos, tendo ao menos uma sala em 62% dos presídios. Quem destoa do número é o Rio Grande do Norte, onde 88% não possui sala. Mesmo tendo estrutura física, somente 39% das unidades informaram ter assistentes sociais em atividade. O número geral é uma média de 386 presos para cada assistente (DEPEN, 2014).

A assistência jurídica também é deficitária, sendo que aproximadamente 36.128 pessoas estão presas sem assistência jurídica gratuita. Os estados mais carentes são: Rio Grande do Norte (5.430), correspondendo a 77% da população carcerária; Goiás (4.823), correspondendo a 36%; Rio de Janeiro (4.150), correspondendo a 11% e Ceará (4.144), correspondendo a 20% (DEPEN, 2014).

No que se refere a saúde, 37% das unidades apresentam pelo menos um módulo de saúde. Todavia, 63% das pessoas privadas de liberdade encontram-se nessas unidades, o que representa quase dois terços da população carcerária sem assistência. A taxa de mortalidade intencional também é alta, chegando a 167,5 para cada cem mil pessoas privadas de liberdade por ano, e que corresponde a mais de seis vezes a taxa de crimes letais intencionais registradas no Brasil em 2013 (DEPEN, 2014).

Quanto à educação, estima-se que uma em cada dez presos realiza atividade educacional. Os estados do Paraná (22%), Ceará (20%) e Pernambuco (20%) são os que possuem mais pessoas realizando alguma atividade ligada a educação. No oposto estão os estados do Rio de Janeiro (1%), Rio Grande do Norte (2%) e Amapá (2%) (DEPEN, 2014).

Segundo o levantamento, estima-se que existem 106.636 pessoas privadas da liberdade trabalhando, sendo que 48.028 correspondem ao Estado de São Paulo. Rondônia é o estado com maior porcentagem de presos trabalhando (37%), seguido pelo Acre (31%), Mato Grosso do Sul (30%) e Santa Catarina (30%) (DEPEN, 2014).

5. Análise crítica e estado de coisas inconstitucional

Nessa parte será feita uma crítica a atual situação carcerária brasileira e a decorrente violação dos direitos humanos e fundamentais dos reclusos, que culmina na declaração da existência do estado de coisas inconstitucional pela ADPF 347. Pelo exposto durante o trabalho pôde se ter uma noção acerca de quais são os direitos daqueles que integram o sistema prisional, bem como foi possível observar as condições reais das prisões no Brasil por meio dos dados do Infopen, o que permite que se faça uma análise crítica do estado de coisas inconstitucional existente e declarado pelo STF.

A ADPF 347, ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, foi recentemente objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido proposta pelo

partido Socialismo e Liberdade (PSOL), por meio da pessoa de Daniel Sarmiento, contra a União e todos os Estados membros.

A Arguição, dentre vários pontos, destacava a existência de “celas superlotadas, imundas e insalubres, a proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos”, com a ocorrência de “homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado”, a inexistência de “assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas”. Salienta ainda ser comum encontrar, em mutirões carcerários, “presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos” (BRASIL, 2015).

Continua, ressaltando as mazelas prisionais, evidenciando a mistura que ocorre dentro das cadeias, em que presos de diferentes graus de periculosidade são colocados em conjunto, afastando a possibilidade de ressocialização, contribuindo com as taxas de reincidência. Evoca as condições intoleráveis das prisões e o desrespeito aos direitos dos presos. Utilizando as palavras do ministro Barroso, ressalta que “mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação” (BRASIL, 2015).

Aponta para a indistinção entre presos provisórios e definitivos, bem como o sofrimento das mulheres encarceradas, em face da inexistência de estabelecimentos próprios e adequados, não havendo berçários, locais destinados à gestante e à parturiente ou creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Afirma a falta de cuidados com a saúde das gestantes presas, não sendo assegurado acompanhamento médico, no pré-natal e no pós-parto, ou ao recém nascido, bem como a carência de ginecologistas e de fornecimento regular de absorventes íntimos e de outros materiais de higiene.

Relata os abusos que ocorrem contra as minorias sexuais, que sofrem com o encarceramento inadequado, sendo constantemente expostos a abusos e a doenças sexualmente transmissíveis. Escancara a violação das garantias fundamentais previstas na Constituição de 1988, como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), assim como o dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII), o que assegura aos presos o respeito à

integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII), os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça.

Articula com a inobservância de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, os pedidos realizados pela ADPF 347 foram: Aos juízes e tribunais a) para que em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; b) a implementação em no prazo máximo de 90 dias das audiências de custódia; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; e) abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; f) abatam o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de "compensar" o fato de o Poder Público estar cometendo um ilícito estatal.

Ao CNJ, para que: g) coordene um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f” acima expostas. À União, para que: h) libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, proibindo a realização de novos contingenciamentos (BRASIL, 2015).

Para que exista a declaração do estado de coisas inconstitucional, são necessários alguns pontos elencados pela doutrina, notadamente por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, como: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema (BRASIL, 2015).

Reconhecer o estado de coisas inconstitucional, como está na petição inicial da ADPF 347, confere

ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um 'bloqueio institucional' para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas (PSOL, 2015, p. 8).

Percebe-se, portanto, a importância do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, para que se possa, a partir de então, iniciar uma mudança dentro da realidade do sistema carcerário brasileiro, seja por meio de políticas públicas, investimento estatal, alteração legislativa ou o melhor gerenciamento dos presídios. "A prisão produz, muitas vezes, inclusive por razões que leva em sua trágica história, uma violência com o respaldo legal" (GIACOIA; HAMMERSCHMIDT; FUENTES, 2011, p. 144). "Na execução da pena,

constantes e insolúveis problemas revelam fatos cuja simples observação faz transparecer os mais fortes traços da barbárie: o irracionalismo, a inexistência de garantias e a tolerância às práticas penais genocidas" (CARVALHO, 2008, p. 218). A aceitação da realidade é o primeiro passo para a conscientização da necessidade de mudança.

CONCLUSÃO

De todo o exposto durante o trabalho, foi possível compreender, primeiramente, como estão postos e quais são os direitos humanos e fundamentais penais. Notadamente aqueles que se relacionam com os reclusos no sistema carcerário e que precisam de qualquer tipo de ajuda para a afirmação de seus direitos.

Dentre os principais, pode-se citar o respeito à dignidade humana, a proibição da tortura, do tratamento desumano e degradante, das penas cruéis, da individualização da pena, que deve ser cumprida respeitando a diversidade dos detentos e dos delitos, assegurando-se sua integridade física e moral, a preservação de sua condição de inocência, além das assistências social, à saúde, à alimentação, à educação e a assistência jurídica.

Quando mostrada a realidade do sistema carcerário, foi possível mostrar por meios dos dados as condições das prisões do Brasil, as quais sofrem com problemas dos mais variados, como de superlotação, de infraestrutura, de gestão, falta de recursos e descaso do Poder Público. O número de pessoas que fazem parte do sistema carcerário é extremamente elevado, bem como o número do déficit de vagas. O número de presos provisórios é extremamente alto e a mistura entre diferentes tipos de condenados é elevada.

A efetivação dos direitos fundamentais não se mostra possível diante dessas

situações. A imensa maioria da população carcerária é negra e não completou o ensino fundamental, e que, por isso, muito provavelmente não conseguirão inserir-se na sociedade e voltarão a delinquir. A função de ressocialização da pena não é cumprida, e nem será enquanto as condições dos presídios for dessa maneira.

A Arguição de preceito fundamental 347 foi um passo importante para o início de uma revolução no sistema carcerário brasileiro, sendo que a declaração do estado de coisas inconstitucional pode possibilitar um conjunto de esforços voltados para a mudança da realidade atual, rumo a uma grande efetivação dos direitos fundamentais penais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral* 1. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347 MC DF*. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016

____. Constituição da República Federal do Brasil. Brasília, DF: Senado. 1988.

____. *Decreto-Lei nº 3.689/41*. Código de Processo Penal. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1941.

____. *Decreto-Lei Nº 2.848*. Código Penal Brasileiro. Brasília, Distrito Federal, Brasil. 1940.

____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, Distrito Federal, Brasil. 1984.

____. *Levantamento de Informações Penitenciárias INFOPEN – JUNHO DE 2014*. Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2017.

____. *Dados das Inspeções nos Estabelecimentos Penal*. Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CENIEP). Conselho Nacional de Justiça. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php> Acesso em: 17 jun. 17.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodvm, 2016.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. A PRISÃO E A CONDIÇÃO HUMANA DO RECLUSO. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 15, p. 131-161, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/202/201>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP: Jacarezinho, 2009.

OEA – Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> . Acesso em: 07 jun. 2017.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: < www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf >. Acesso em: 07 jun. 2017.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). *Petição Inicial da ADPF 347*. 2015. Subscrita por Daniel Sarmento, Maíra Fernandes, Juliana Cesario Alvim Gomes, Humberto Laport de Mello, Leticia Marques Osorio, Eduardo Lasmar Prado Lopes e Juliana Carreiro Avila. 75f. Disponível em: < <https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf> > Acesso em: 14 jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. In. *Boletim IBCCRIM – Ano 19 – Nº 223 – Junho 2011*.

PRINCETON UNIVERSITY. Bendheim-Thoman Center for Research on Child Wellbeing. Fragile Families Research Brief. *Parental Incarceration and Child Wellbeing in Fragile Families*. Number 42, April, 2008.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2. ed. Bauru/SP: Edipro, 2007.

____; GÓES, Winnicius Pereira de. Informação jornalística, preservação da verdade e o respeito à dignidade do acusado. *Revista de Ciência Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama/PR: UNIPAR, v. 14, n. 2, p. 177-192, jul.-dez. 2011. Disponível em < <http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/4572> >. Acesso em 30 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL: O PARADOXO ENTRE A CONSTITUIÇÃO IGUALITÁRIA E O SISTEMA PENAL SELETIVO

Walter de Oliveira CAMPOS¹

RESUMO

Este artigo tem por finalidade pensar sobre o aparente paradoxo entre, de um lado, a maneira pela qual a temática racial tem sido tratada pelas Constituições brasileiras, as quais têm como um de seus princípios básicos a igualdade de todos perante a lei; e de outro, como o fator raça ou cor tem sido um critério direcionador da atuação seletiva dos agentes do sistema penal. Para isso, em primeiro lugar reflete sobre o racismo como elemento estrutural da sociedade brasileira e do sistema penal. Em seguida, traça um panorama histórico do tratamento conferido à questão racial pelas Constituições brasileiras e pela legislação penal. Discorre também sobre a atuação seletiva do sistema penal em relação à população negra. Conclui ressaltando a relação de complementaridade entre a força simbólica da Constituição e da legislação penal e a atuação seletiva do sistema penal, como reflexo da posição ambígua predominante na sociedade brasileira em relação à discriminação racial e ao racismo, condenando-os no nível discursivo, mas tolerando-os em vista de sua função na dinâmica de exclusão social.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação racial. Racismo. Constituição. Legislação penal. Sistema penal.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the apparent paradox between, on the one hand, the way racial issue has been treated by Brazilian Constitutions, which have everybody's equality before the law as one of their basic principles; on the other hand, how the factor race or color has been a directing criterion for the selective action of the penal system agents. For that, firstly it reflects on racism as a structural element of Brazilian society and of the penal system. Then it presents a historical outline of how Brazilian Constitutions and criminal legislation have treated the racial issue. It also talks about the selective action of the penal system in relation to the black population. It concludes pointing out the relation of complementarity between the Constitution's and the criminal legislation's symbolic force and the selective action of the penal system, as a reflection of Brazilian society's predominant ambiguous position on racism and racial discrimination, condemning them at the discourse level, but tolerating them in view of their function in the social exclusion dynamics.

KEY-WORDS: Racial discrimination. Racism. Constitution. Criminal legislation. Penal system.

INTRODUÇÃO

A seletividade do sistema penal brasileiro tem sido assunto recorrente na doutrina contemporânea que se debruça sobre o estudo das relações entre instituições sociais e práticas de dominação. Dentre os temas relacionados a esse assunto desponta a questão racial no

1 O autor, oficial de justiça, é mestre em Ciência do Direito pela UENP (Jacarezinho) e doutor em História pela UNESP (Assis).

Brasil, esta, objeto de incontáveis estudos em diversas áreas das ciências humanas, especialmente a História e a Sociologia, além do Direito, com destaque para as pesquisas em Direito Penal e Criminologia. Em princípio, pode parecer estranha a proliferação de estudos que apontam a discriminação racial e o racismo como fatores de seletividade do controle penal, uma vez que aparentemente a questão racial parece algo superado no Brasil. Esta assertiva parece justificar-se principalmente pela ampla proteção à igualdade sem distinção de raça ou cor e pela repressão às manifestações de preconceito racial, especialmente em termos de disposição constitucional e legislativa penal, além, é claro, pela coexistência pacífica das diversas etnias e grupos que compõem a multirracial população brasileira. Porém, não apenas os recorrentes episódios de discriminação racial e racismo que ainda acontecem no Brasil, mas também a persistência de uma situação de desigualdade social em desfavor da população negra, e, principalmente, a constatação de que essa população ainda figura entre os alvos preferidos do aparato de repressão e persecução penal, desafiam os estudiosos a um aprofundamento sobre o tema.

A compreensão dessa contradição estimula à abordagem da ordem jurídico-normativa em conexão com a dinâmica da interação social e das relações de poder. Em especial, o estudo do aspecto simbólico-ideológico do discurso jurídico tem se revelado fundamental ao entendimento sobre como se opera a acomodação entre a ordem legal e a práxis social. Tendo em vista esse encaminhamento reflexivo, uma das perspectivas mais profícuas é a histórica, porque ela permite discernir, na dinâmica do transcurso temporal, os elementos contingentes e os necessários ou invariáveis que caracterizam determinada instituição ou prática. No caso do trabalho aqui proposto, consideramos que a compreensão histórica da questão racial no Brasil pode lançar luzes à percepção da postura predominante na sociedade brasileira em relação ao racismo e à discriminação racial. Afigura-se interessante uma abordagem a partir de dois pontos de vista: por um lado, do ângulo das relações sociais e, por outro lado, considerando a ordem jurídica constitucional e penal, esferas do direito em que mais avulta a importância da temática racial.

A hipótese que orienta o presente trabalho é a da existência de um aparente paradoxo entre o tratamento conferido à temática racial pela Constituição Federal e a ação seletiva das instâncias de controle penal sobre a população afrodescendente brasileira. O tratamento do objeto proposto requer algumas considerações sobre o desenvolvimento histórico da temática racial nas Constituições brasileiras e na legislação penal, e sobre a relação entre racismo/discriminação racial, sociedade e sistema penal. Consideramos que uma abordagem de cunho histórico ajudará a compreender como a temática racial, de um lado, tem sido

utilizada por um discurso jurídico simbólico no âmbito legislativo penal e constitucional e, de outro lado, como o elemento raça ou cor tem se constituído em critério seletivo da atividade do sistema penal.

A elaboração do trabalho nesses moldes se justifica porque a temática racial continua suscitando discussões e pesquisas em diversos campos das ciências sociais, incluindo o direito, com destaque para os estudos criminológicos sobre a teoria do etiquetamento social. A abordagem histórica é útil à compreensão da conexão entre os aspectos simbólicos e práticos entrelaçados na dinâmica que envolve o discurso jurídico legislativo e a prática das instâncias de poder, principalmente porque permite traçar um paralelo entre o desenvolvimento social e a evolução das instituições jurídicas. Por ser um assunto que até hoje provoca discussões e antagonismos tanto na vida cotidiana quanto no âmbito acadêmico, o tema da discriminação racial e do racismo é ilustrativo de como os diversos aspectos da vida social podem ser apropriados de maneira diferente pela ordem jurídico-normativa e pela dinâmica das relações de poder.

A metodologia consiste em, a partir da assertiva constante da hipótese, e adotando uma perspectiva preponderantemente histórica e jurídica, analisar os assuntos pertinentes ao tema proposto, a saber, a discriminação racial e o racismo e suas relações com a conformação da sociedade brasileira, com a elaboração legislativa constitucional e penal e com o sistema penal. A conclusão do trabalho procurará concatenar e sintetizar as reflexões extraídas dos capítulos que tratam de tais assuntos.

1 RAÇA E COR, SOCIEDADE E SISTEMA PENAL

Para se compreender a histórica atuação seletiva de um sistema penal que recai, dentre outros segmentos sociais, sobre boa parcela da população negra num país conhecido pela convivência harmoniosa entre pessoas de raças e cores diferentes é necessário refletir sobre o papel desempenhado pelo fator cor ou raça na dinâmica das relações sociais e no funcionamento desse sistema penal.

Ao se comparar a situação da população afrodescendente no período colonial, quando se chegou a negar aos escravos a condição de seres humanos, e atualmente, quando a cultura negra é valorizada, a discriminação racial é criminalizada e ações positivas de caráter governamental buscam a superação da defasagem quanto aos indicadores sociais suportados pela população negra brasileira, pode-se pensar que o preconceito racial e seus efeitos são um problema do passado. Porém, a permanência da situação desfavorável dessa população após mais de um século da abolição da escravatura insta a refletir sobre os fatores que regem a

dinâmica das relações sociais no Brasil. Tal reflexão em nível acadêmico tem levado à conclusão de que pelo menos dois fatores interligados têm moldado as relações raciais brasileiras: o racismo² e o ideal de branqueamento³ da sociedade.

Ronaldo Sales Júnior (2009, p. 35) aponta que o chamado “projeto da modernidade”, entendido como um conjunto de transformações sociais, culturais e econômicas ocorridas na Europa entre os séculos XVII e XIX e difundidos como modelo de desenvolvimento e racionalidade, implicava num processo civilizatório levado a cabo pela “violência fundadora” que define e legitima a ordem das coisas. Tal “violência fundadora” pressupõe a exclusão dos “outros”, isto é, aqueles que não se ajustam aos padrões europeus brancos e burgueses. Porém, essa exclusão não poderia dar-se de maneira aberta, sendo necessária uma naturalização das desigualdades, para a qual o racismo foi um dos fatores primordiais.

No Brasil, um país desde o início de sua história marcado pela exclusão social e pela discriminação racial, o racismo, assumindo diversas formas de acordo com as peculiaridades de cada momento histórico, tem desempenhado um papel fundamental nesse processo excludente, seja justificando as desigualdades, seja negando-as. No período colonial, as relações entre negros e brancos eram determinadas, conforme Hofbauer (2006, p. 173), por “[...] simbolismos repletos de conotações ético-religiosas e ideias climáticas.”, quando se acreditava que o branco era a origem da espécie humana e símbolo da superioridade e pureza divina, que os negros poderiam ser redimidos na vida eterna após a conversão ao cristianismo, e também que, no Brasil, as futuras gerações superariam o estado de inferioridade com a prevalência da cor branca, por meio de sucessivos casamentos de indivíduos de pele branca com os de pele escura. Já no século XIX, no pensamento da elite, mesmo entre os abolicionistas, se verificava um paradoxo: por um lado, a crença de que no Brasil não havia preconceito de raça; por outro lado, a crença num processo “evolucionista” com o triunfo do sangue branco, ou um “branqueamento” da sociedade, para o qual concorreria o processo de imigração (SKIDMORE, 1989, p. 39-40). A preferência pela mão de obra europeia branca, que deveria substituir os escravos nas lavouras e acelerar o processo de implantação de indústrias nos centros urbanos do país, estava em consonância com a identificação entre

2 Valemo-nos da conceituação de Antônio Sérgio Alfredo Guimarães (2004, p. 17-18), que estabelece a distinção entre o *preconceito*, a crença preconcebida de uma pessoa em relação às qualidades morais, psíquicas ou estéticas de outra pessoa baseada na ideia de raça; a *discriminação*, que consiste no tratamento diferencial entre as pessoas também em razão da raça, o qual pode gerar situações de segregação e de desigualdade raciais; e o *racismo*, que é o sistema de desigualdades de oportunidades, inscrito na estrutura de uma sociedade e que existe independentemente da ação individual ou em grupo dos membros de uma sociedade e de atitudes preconceituosas.

3 O ideal de branqueamento é definido por Andreas Hofbauer (2006, p. 177) como “um ideário historicamente construído [uma ‘ideologia’, um ‘mito’] que funde *status* social elevado com ‘cor branca e/ou raça branca’ e projeta ainda a possibilidade de transformação da cor de pele, de ‘metamorfose’ da cor [raça].”

“branco” e “progresso” (HOFBAUER, 2006, p. 180).

As teorias racistas desenvolvidas no final do século XIX nos Estados Unidos e na Europa, das quais um exemplo é o darwinismo social, procuravam justificar, de maneira pretensamente científica, a superioridade da raça branca e o desaparecimento da raça negra, o que aconteceria no desenvolvimento de uma linha evolutiva, ou pelo menos a subjugação dos negros pelos brancos. Não obstante tais teorias tenham influenciado cientistas brasileiros, sua aplicação nos moldes europeus e norte-americanos demonstrava-se inviável para a situação do Brasil, tendo em vista a composição multirracial da população brasileira. Dessa maneira, houve uma adaptação das referidas teorias à realidade brasileira, o que conferiu novos contornos ao ideal de branqueamento.

Segundo Thomas Skidmore (1989, p. 63), durante o período de 1880 a 1920, a ideologia do branqueamento adquiriu foros de legitimidade científica, pois se acreditava que as teorias racistas confirmariam a interpretação dos estudiosos brasileiros de que a raça branca, geneticamente superior, prevaleceria sobre as outras no processo de amalgamação. Um dos autores otimistas quanto a essa hipótese era Oliveira Vianna. Ele conclui, em sua obra *Raça e assimilação* (a primeira edição data de 1932), que o negro puro nunca foi um “criador de civilizações” e que “[...] para que os negros possam exercer um papel civilizador qualquer, faz-se preciso que eles se caldeiem com outras raças, especialmente com as raças arianas ou semitas. Isto é: que percam a sua pureza.” (VIANNA, 1959, p. 206).

Na contramão desse pensamento majoritário estava Raymundo Nina Rodrigues. Em seu livro *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* (escrito em 1894), o autor, ao analisar a adaptabilidade das diferentes raças aos diferentes climas do país, diz não acreditar “[...] na unidade ou quase unidade étnica presente ou futura, da população brasileira [...] considero pouco provável que a raça branca consiga fazer predominar o seu tipo em toda a população brasileira.” (RODRIGUES, 1938, p. 126). Além disso, o autor acreditava que o cruzamento entre raças dava origem a “[...] produtos morais e sociais, evidentemente inviáveis e certamente híbridos.” (RODRIGUES, 1938, p. 172).

Nesse período a miscigenação entre as raças era pensada como uma estratégia para levar a cabo o programa de branqueamento imaginado pelas elites brasileiras de ascendência europeia. Porém, posteriormente a miscigenação entre as raças branca, negra e indígena tornou-se elemento chave para a construção de uma identidade brasileira.

A ideia de democracia racial, embora tenha seu germe nos discursos abolicionistas do século XIX, foi consolidada e divulgada principalmente por meio das obras de Gilberto Freyre, em especial *Casa-grande & senzala*, ensaio escrito em 1933. A expressão “ideologia

da democracia racial”, em grande parte assentada na chamada “fábula das três raças”, designa a concepção segundo a qual a identidade cultural e racial brasileira se forma a partir da integração harmoniosa entre o branco, o negro e o índio. Ao comentar o mito da democracia racial brasileira, Carlos Hasenbalg (1996, p. 236-237) refere-se a ele como um dogma e aponta como seus componentes a reconstrução idílica do passado escravista, a ênfase na miscigenação, que seria indicadora da tolerância racial, e a apologia da mestiçagem. Aduz Hasenbalg que tais noções foram formuladas por intelectuais a partir de ideias preexistentes e encampadas pelo Estado, oferecendo a definição oficial da situação das relações raciais no país. Essas ideias foram também incorporadas ao senso comum da população sobre raça, e falar contra essa definição oficial pode acarretar custos políticos e sociais elevados. Portanto, não obstante nos últimos anos o mito da democracia racial brasileira tenha sido desvelado pela crítica histórica e sociológica, ele continua a exercer um papel simbólico importante para manutenção das desigualdades raciais.

Nesse contexto avulta a importância do sistema penal como instrumento apto a manter os indivíduos e grupos, entre eles, os negros, nos lugares que lhes são atribuídos na hierarquia social. Porém, estudos recentes no campo da Criminologia têm concluído que, mais do que instrumento a serviço da exclusão social, o racismo é um dos elementos estruturantes do sistema penal. Para Ana Luiza Flauzina (2008, p. 41), por exemplo, o sistema penal é parte de um “projeto genocida do Estado brasileiro” que se encontra inserido num contexto mais amplo de subjugação das classes sociais discriminadas pelas elites latino-americanas brancas, de descendência europeia. Trata-se de um controle sobre as populações negras e indígenas, as quais não combinam com os padrões de civilidade idealizados pelos europeus.

De acordo com o enfoque da teoria do *labelling approach*, ou teoria do etiquetamento, a criminalidade deve ser estudada a partir da atividade das instâncias de controle penal sobre determinados indivíduos, atribuindo-lhes o status de criminosos. Segundo Baratta (2002, p. 179), a atribuição do status de delinquente é feita segundo as leis de um código social (*second code*), não escrito, perceptível nas entrelinhas do discurso jurídico-penal, que regula a aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais. Vera Andrade (2003, p. 268) aponta que esse código social latente é integrado por mecanismos de seleção, dentre os quais se destacam os estereótipos de autores e de vítimas, associados às *every days theories*, isto é, as teorias do senso comum sobre a criminalidade. Historicamente, no Brasil os negros têm sido vistos como indivíduos portadores de diversos atributos morais negativos, como a ociosidade, a embriaguez, a lascívia e a tendência à criminalidade, o que atrai para eles um maior controle e repressão penal.

Fábio Silveira discorre sobre a interação simbólica envolvida no processo de etiquetamento social, apontando que o controle realizado pelo sistema penal vale-se dos estereótipos produzidos pela própria sociedade, entre os quais, aqueles provenientes do preconceito racial:

A seletividade do sistema penal passa a reclamar símbolos, senhas, alvos, para os quais direcionará prioritariamente o controle social. Em outras palavras, não há seletividade que prescindia de estereótipos funcionalmente especializados. O racismo é coadjuvante do sistema penal na medida em que constrói simbolicamente o estereótipo do negro como criminoso. E mesmo antes disso: o estereótipo do criminoso não é construído exclusivamente *a partir* das reações formais, mas também por reações informais [entre as quais a discriminação racial] sem solução de continuidade. (...) Racismo e sistema penal podem ser estudados, pois, numa relação de complementaridade. (...) No nível simbólico, ou seja, no nível das representações recíprocas que os grupos constroem interativamente, o racismo estará particularmente empenhado em por à mesa uma série de rebaixamentos sobre o negro, fazendo pesar-lhe a acusação de *criminoso em potencial* (SILVEIRA, 2007, p. 52-53; grifos do autor).

As considerações feitas neste item indicam que a ação repressiva do sistema penal brasileiro sobre determinada parcela da população, no caso, os afrodescendentes, reflete um racismo inerente às relações sociais que marca toda a história do Brasil. Os próximos itens tentarão mostrar os reflexos desse perfil da sociedade brasileira nas Constituições e na legislação penal no tocante ao racismo e à discriminação racial.

2 A IGUALDADE RACIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A igualdade de todos perante a lei, um dos alicerces de uma Constituição democrática como a brasileira, parece não dar vez à discriminação racial, hoje combatida tanto em decorrência da previsão constitucional de criminalização do racismo quanto da legislação penal que define as condutas discriminatórias e comina as respectivas penas. De fato, o constitucionalismo voltado à proteção dos direitos humanos, corolário dos ideais iluministas propagados a partir da revolução burguesa principalmente a partir do século XVIII, tem como um de seus pilares a ideia de igualdade de todos perante a lei sem qualquer distinção. Além disso, o reconhecimento dos direitos inerentes ao ser humano e a garantia dos direitos individuais constituem importantes traços das dimensões ético-filosófica e jurídico-política da doutrina liberal. Mas não é menos verdadeiro que, através dos tempos, o sistema penal tem sido utilizado como instrumento de manutenção de desigualdades sociais e de repressão e opressão das populações despojadas de poder político e econômico.

No caso brasileiro, verifica-se um contraste entre um liberalismo formal calcado no modelo europeu burguês e um sistema penal cujo funcionamento é conforme com um sistema sócio-político-econômico periférico, marcado pela herança de uma sociedade colonial e

escravagista. Conforme aponta Antônio Carlos Wolkmer (2003, p. 36), ao se analisar o processo de formação das instituições sociais brasileiras e de seus atores sociais, “verifica-se que a herança colonial [patrimonialismo e mentalidade conservadora] marcou profundamente o desenvolvimento posterior da sociedade brasileira – tanto no Império quanto na República.”. E o direito brasileiro não tem escapado dessas influências.

Haja a vista a importância da Constituição como documento que delinea os contornos de um país em termos políticos e jurídicos, não apenas perante o povo, mas também perante a comunidade internacional, configuração essa indispensável à aceitação desse país como ator no cenário mundial, compreende-se que o Brasil tenha adotado um modelo constitucional alinhado ao ideário iluminista europeu retoricamente democrático e igualitário, o qual, porém, na prática, alijava a grande maioria da população brasileira da efetiva participação política e a mantinha em posição social subalterna. Nesse contexto avulta a importância simbólica da Constituição. Ao discorrer sobre a constitucionalização simbólica, Marcelo Neves aponta a sua função ideológica, consistente “no fato de que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas” (NEVES, 2007, p. 98).

A primeira Constituição brasileira, a de 1824, parece de fato ter sido inspirada pelos ideais iluministas. O inciso III de seu artigo 179, refletindo o princípio da igualdade, dispunha: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.” (NOGUEIRA, 2012, p. 85). O tratamento humanitário na aplicação das penas também foi expressamente contemplado no texto constitucional, cujo inciso XIX do mesmo artigo 179 determinava o fim dos açoites, da tortura, das marcas de ferro quente e quaisquer outras penas cruéis (NOGUEIRA, 2012, p. 86). Porém, o silêncio constitucional quanto à escravidão chancelava a separação entre homens livres e não livres e implicava que a igualdade perante a lei só se aplicava aos primeiros. Isso porque legislação civil então em vigor considerava o escravo como coisa⁴, sendo, portanto, objeto de compra e venda e demais atos de negociação, disposição e transmissão patrimonial. Também a proibição das penas elencadas no artigo 179 não impediu que o Código Criminal de 1830 previsse a tipificação de alguns crimes para os quais se cominavam tais penas, como nos casos de roubo acompanhado de morte, homicídio e insurreição⁵. Ainda mais dissonante da igualdade perante a lei, inscrita na Constituição de

4 De acordo com o comentário de Teixeira de Freitas quanto ao artigo 42 da Consolidação das Leis Civis de 1858, os escravos eram bens móveis semoventes; em tal condição, eles eram inábeis para adquirir bens, mas, por força dos costumes, tolerava-se que eles possuíssem dinheiro e bens móveis (FREITAS, 1876, p. 35-36).

5 O crime de insurreição era assim definido pelo Código Criminal de 1830: Art. 113. Julgar-se-á cometido este crime, reunindo-se vinte ou mais escravos, para haverem a liberdade por meio da força. Penas - aos

1824, é o artigo 60 do mesmo Código Criminal de 1830, inserido no capítulo que discorria sobre os tipos de penas e as formas de cumpri-las; tal artigo estabelecia que se o réu fosse escravo e incorresse em penas que não a capital ou a de galés, seria condenado na pena de açoites e, depois de sofrê-la, seria entregue a seu senhor, que seria obrigado a trazê-lo a ferros pelo tempo e maneira que o juiz designasse (BRASIL, 1858, p. 31).

A primeira Constituição republicana brasileira, promulgada em 1891, dispõe no § 2º de seu artigo 72 que todos são iguais perante a lei, não se admitindo privilégios de nascimento ou decorrentes de nobreza ou de títulos nobiliárquicos. A exemplo da Carta anterior, a de 1891 silencia sobre a escravidão, que tinha sido oficialmente abolida em 1888, e também não faz qualquer menção a racismo ou discriminação racial. Deve-se ter em mente algumas considerações. Em primeiro lugar, o novo regime pretensamente tinha como um de seus alicerces a ideia de igualdade; mas num país até então com mais de trezentos anos de história, cuja sociedade era estamental e fundada em hierarquias e privilégios, vale dizer, em desigualdade social, não era de se esperar que tal estrutura se transformasse apenas pelo surgimento de uma nova Constituição. No caso dos negros, não obstante a garantia da igualdade em sentido formal, sua cidadania no sentido pleno se viu impossibilitada pelas condições materiais em que se encontrava a população negra brasileira, em grande parte formada por recém-libertos, aos quais não foi oferecida nenhuma ajuda para a reconstrução de suas vidas. Sem condições de competir no mercado de trabalho principalmente devido à falta de preparo escolar e profissional e com a crescente concorrência de mão de obra de imigrantes, em sua maioria brancos europeus, essa população se via em condições de desemprego e, conseqüentemente, era alvo preferencial na repressão de crimes que muitas vezes derivavam da precária situação social, principalmente os delitos de mendicância⁶ e vadiagem⁷, tipificados no Código Penal de 1890.

Em segundo lugar, vale frisar que a Constituição de 1891 foi elaborada em meio a um esforço para se desvincular do regime anterior, que tinha como uma de suas marcas o escravismo. Para muitos, exemplo desse esforço é queima de documentos relativos à escravidão, ordenada por meio de um despacho do então Ministro da Fazenda, Ruy Barbosa, em 14/12/1890, supostamente para apagar os vestígios de uma instituição que maculava a

cabeças - de morte no grau máximo; de galés perpétuas no médio, e por quinze anos no mínimo; aos mais – açoites (BRASIL, 1858, p. 48).

6 Art. 391. Mendigar, tendo saúde e aptidão para trabalhar: Pena — de prisão celular por oito a trinta dias (ARAÚJO, 2004b, p. 285).

7 Art. 399. Deixar de exercitar profissão, ofício, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meio de subsistência e domicilio certo em que habite; prover a subsistência por meio de ocupação proibida por lei, ou manifestamente ofensiva à moral e aos bens costumes: Pena— de prisão celular por quinze a trinta dias (ARAÚJO, 2004b, p. 392).

honra do país, embora haja se argumente que esse ato se deu com a finalidade de evitar que os antigos proprietários de escravos pleiteassem indenizações junto ao governo federal pelas perdas decorrentes da abolição. Como bem assinalado por Hilton Costa (2017, p. 5), a intenção de “recomeçar o Brasil do zero” transparece no seguinte trecho do Hino da Proclamação da República: “Nós nem cremos que escravos outrora/Tenha havido em tão nobre país/Hoje o rubro lampejo da aurora/Acha irmãos, não tiranos hostis.”.

A Constituição de 1934 é a primeira no Brasil a mencionar a palavra “raça” ao estabelecer, no número 1 de seu artigo 113, que não haveria distinção nem privilégio por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões, classes sociais, entre outros (POLETTI, 2012, p. 130). Não é demais lembrar que por essa época o ideal da democracia racial brasileira ganhava corpo principalmente por meio de obras de historiadores e sociólogos, particularmente, a obra *Casa-Grande & senzala*, de Gilberto Freyre, uma das que valorizavam a contribuição das três “raças”, a branca, a negra e a indígena, para formação da sociedade brasileira. Porém, o momento histórico de então, quando na Europa cresciam movimentos nacionalistas como os que originaram o nazismo e o fascismo, era propício ao recrudescimento do racismo. Embora as teorias racialistas em voga no final do século XIX até a década de 1920 tivessem perdido sua credibilidade científica, alguns de seus fundamentos ainda não haviam desaparecido, e um deles, o de eugenia, é mencionado expressamente na Constituição de 1934, que, no artigo 138, inserido no capítulo sobre a ordem econômica e social, dispunha que “Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: b) estimular a educação eugênica” (POLETTI, 2012, p. 137). Segundo Simone Rocha (2014, p. 7), esse dispositivo foi introduzido na Constituição a partir de um anteprojeto elaborado pela Comissão Brasileira de Eugenia. Uma vez que o padrão de pureza genética era o do branco europeu, e que o ideal de branqueamento da população brasileira ainda se fazia presente, é possível afirmar que o referido dispositivo, em contradição com a igualdade entre raças preconizada no artigo 113, 1, estabelece um padrão racial do qual destoa a população negra brasileira.

A Constituição de 1937, outorgada e de caráter ditatorial e centralizador, estabeleceu, no artigo 122, número 1, simplesmente que “Todos são iguais perante a lei” (PORTO, 2012, p. 80), retirando do texto qualquer menção a raça ou outro critério de discriminação. Compreende-se tal omissão considerando-se que, sob o discurso de integração nacional, a Constituição de 1937 silenciava sobre os partidos políticos (extintos por Getúlio Vargas por ocasião do golpe que precedeu a Carta) e até aboliu as bandeiras e outros símbolos estaduais.

Com a restauração da democracia após a queda de Vargas em 1945, foi elaborada a

Constituição brasileira de 1946, que manteve, no § 1º do artigo 141, a mesma redação do artigo 122, 1 da Constituição anterior. Porém, há uma menção à proibição de discriminação por raça no § 5º do mesmo artigo 141, que, referindo-se à liberdade de manifestação do pensamento, dispõe: “Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.” (BALEEIRO; LIMA SOBRINHO, 2012, p. 82). Trata-se do primeiro passo oficial dado pelo ordenamento jurídico brasileiro para a repressão à discriminação racial.

A Constituição de 1967, outorgada sob o regime militar, novamente previu a igualdade de todos perante a lei sem distinção de raça, entre outros critérios elencados no § 1º do artigo 150; inovou, porém, ao dispor expressamente, no mesmo dispositivo, que o preconceito de raça seria punido pela lei⁸. E, no § 8º do mesmo artigo 150, ao dispor sobre a liberdade de manifestação do pensamento, estabeleceu que não seria tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe (CAVALCANTI; BRITO; BALEEIRO, 2012, p. 123). Tais disposições em relação ao preconceito racial foram mantidas pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. A Constituição brasileira refletia a posição adotada pelo país em relação à discriminação racial, uma vez que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas, assinada pelo país em 7 de março de 1966 e aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 23 de 21 de junho de 1967, foi promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

Por fim, a Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no repúdio e no combate à discriminação racial e ao racismo. Seu artigo 3º elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre os quais, conforme o inciso IV, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade [...]” (BRASIL, 2016, p. 11). O artigo 5º, que estabelece a igualdade de todos perante a lei sem distinção de qualquer natureza, determina, em seu inciso XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 2016, p. 15). Conforme será visto no item subsequente, o combate ao racismo e à discriminação racial determinado pela atual Carta tem maior respaldo de uma legislação infraconstitucional em relação às Constituições anteriores.

Percebe-se que as Constituições brasileiras, no tocante à temática do racismo e da discriminação racial, refletem a gradual transição de um país que convivia com a

8 Vigorava então a Lei 1.390/51, conhecida como “Lei Afonso Arinos”, que incluía entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor.

desigualdade decorrente da escravidão; com o final desta, silenciou sobre o tema, mantendo a aparência democrática e igualitária, mas sem transformar uma estrutura e um mecanismo social que implicavam em hierarquia e desigualdade social, inclusive no quesito raça e cor; e que, na trilha dos países mais desenvolvidos, principalmente em decorrência dos efeitos das duas grandes guerras mundiais, passou a alinhar-se com a política de igualdade racial das Nações Unidas.

3 RAÇA E COR NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

O Código Criminal do Império de 1830, conforme apontado no item anterior, continha normas contrastantes com os dispositivos constitucionais concernentes à igualdade e à proibição de penas cruéis, principalmente em detrimento dos escravos. Uma vez que a mão de obra escrava era componente essencial da economia brasileira, seria natural que a legislação penal oferecesse meios necessários à manutenção da escravidão e à contenção da rebeldia dos escravos, como a tipificação do crime de insurreição (artigo 113) e a prescrição do modo de cumprimento de penas para escravos (artigo 60), já mencionados. O aumento do número de assassinatos de senhores e feitores por escravos levou à criação da Lei n. 4 de 10 de junho de 1835, lei adicional ao Código, a qual dispunha, no artigo 1º, sobre a aplicação da pena de morte aos escravos que matassem por qualquer maneira, propinassem veneno ou causassem grave ofensa física aos senhores e suas mulheres, ascendentes, descendentes, administradores, feitores e suas mulheres. O artigo 2º dessa lei estabelecia que nesses casos, e nos crimes de insurreição ou quaisquer outros cometidos por escravos em que coubesse a pena de morte, haveria reunião para julgamento pelo júri. O artigo 4º estipulava o quórum de dois terços dos votos para a imposição da pena de morte e, no caso de sentença condenatória, esta seria executada sem recurso algum (BRASIL, 1585, p. 125).

A abolição da escravatura em 1888, a proclamação da República em 1889 e o predomínio de um ideário liberal burguês que, pelo menos formalmente, prezava a igualdade e os direitos individuais, refletiram na elaboração do Código Penal de 11 de outubro de 1890, o qual, entre outras inovações, proscreeu a pena de morte. Se a abolição forçara à eliminação de qualquer menção à condição de escravo, nem por isso o texto do Código deixou de prover dispositivos repressivos que atingiam direta e principalmente a grande população de negros, em sua maioria ex-escravos e seus descendentes. Conforme assinala o historiador Boris Fausto (1984, p. 55), na consciência coletiva daquela época estavam profundamente arraigadas “as associações entre o negro e o ócio, a violência, a permissividade sexual”.

Deve-se ter em mente que o Código de 1890 foi elaborado num contexto em que o Brasil buscava construir uma nação civilizada nos moldes europeus, fundada, entre outros pilares, na cientificidade e na ideologia do trabalho, a qual pressupunha um disciplinamento da população. Para esta finalidade o Código valeu-se de determinadas tipificações de crimes e contravenções, como a mendicância, a vadiagem e a embriaguez.

Além da previsão das condutas de mendicância e vadiagem, cuja repressão se concentrava majoritariamente na população afrodescendente, o Código considerava delituosas três práticas culturais e religiosas de origens africanas e mantidas pelos negros brasileiros: o espiritismo⁹, o curandeirismo¹⁰ (tipificados como crimes) e a capoeiragem¹¹ (contravenção). As duas primeiras figuras podem ser imediatamente associadas ao projeto de modernização da sociedade brasileira em curso no final do século XIX e início do século XX, o qual pressupunha uma higienização física e moral da população e implicava a coibição de determinadas práticas populares consideradas perigosas à saúde pública e aos bons costumes, processo para o qual contribuiu a influência de médicos formados que se opunham à medicina e à cura caseira desprovidas de qualquer cientificidade. A pretendida modernização requeria a adoção de um modelo de sociedade europeizada, do qual a cultura de origem africana destoava, uma vez que os negros eram vistos como propensos à falta de higiene, ao ócio, à malandragem, à lascívia e ao crime. Embora as práticas de espiritismo e curandeirismo não fossem exclusivas dos negros brasileiros, conforme assinala Hilton Costa (2017, p. 14), “A República mais do que o Império visou dissimular seu viés estamental, desta feita ações que prejudicariam mais diretamente a população negra foram formalizadas na condição de leis universais”.

A contravenção de capoeiragem, por sua vez, está mais diretamente ligada à população negra, pois se trata de uma modalidade de exercício físico historicamente desenvolvido pelos escravos não apenas como expressão corporal artística, à maneira de uma dança, mas também como instrumento de defesa, uma vez que o próprio corpo do escravo era

9 Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar curas de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade pública: Penas — de prisão celular por um a seis meses e multa de 100\$ a 500\$000 (ARAÚJO, 2004a, p. 193).

10 Art. 158. Ministras ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno, ou externo, e sob qualquer fôrma preparada, substância de qualquer dos reinos da natureza, fazendo ou exercendo assim o ofício do denominado *curandeiro*: Penas — de prisão celular por um a seis meses e multa de 100\$ a 500\$000 (ARAÚJO, 2004a, p. 193).

11 Art. 402. Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecido pela denominação *capoeiragem*; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumulto ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal: Pena— de prisão celular por dois a seis meses. Parágrafo único. É considerado circunstância agravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. Aos chefes ou cabeças, se imporá a pena em dobro (ARAÚJO, 2004b, p. 392).

sua única arma contra seus agressores brancos. A prática da capoeiragem estava associada à vadiagem, tanto que essas duas figuras aparecem juntas no título do Capítulo XIII do Livro II do Código, *Dos vadios e capoeiras*. O parágrafo único do artigo 402, que considera uma circunstância agravante o fato de o capoeira pertencer a uma malta, é revelador do desconforto das classes dominantes não apenas com relação à arte negra, mas também com a possibilidade de organização de desordens e práticas de crimes, o que se explica pelo histórico de resistência dos negros por meio de maltas muito antes da proclamação da República.

É sob a vigência do Código Penal de 1890 que a atuação seletiva dos órgãos do sistema penal se torna mais perceptível. A repressão policial concentrava-se especialmente na população negra. Ilustrativa dessa seletividade é a pesquisa feita por Boris Fausto (1984, p. 52) com base nas informações sobre as pessoas presas na cidade de São Paulo entre 1904 e 1916, cujos resultados apontam que os negros e pardos eram presos em proporção mais de duas vezes superior à parcela que representavam na população global da cidade. Nos depoimentos constantes dos relatórios policiais e dos autos de processos criminais era comum a referência à cor como a denotar um atributo negativo do investigado ou réu. Fausto observa que, embora nas folhas de qualificação dos investigados não houvesse um campo destinado à menção da cor, era comum o qualificativo “negro” ou “pardo” ser anotado a tinta, em letras bem grandes, nas margens da página (FAUSTO, 1984, p. 55). O mesmo autor ainda mostra dados estatísticos quanto a processos submetidos a julgamento pelo tribunal do júri na cidade de São Paulo entre 1880 e 1924, os quais apontam que a propensão de condenação de negros ou mulatos era maior em relação aos brancos, e a tendência à absolvição ou ao arquivamento do processo, menor (FAUSTO, 1984, p. 236).

Com a valorização da cultura negra para a formação da sociedade brasileira e a eleição da mestiçagem racial como símbolo da identidade brasileira a partir da década de 1930, o Código Penal de 1940 deixou considerar delito a prática da capoeiragem, que passou a ser vista como uma prática desportiva saudável e reveladora da mistura racial brasileira. O espiritismo também deixou de ser crime; a vadiagem e a mendicância passaram a figurar, respectivamente, nos artigos 59 e 60 do Decreto-Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), sendo que o artigo 60 foi revogado pela Lei nº 11.983, de 16 de julho de 2009, deixando portanto a mendicância de ser contravenção; o curandeirismo continuou a ser considerado crime pelo Código de 1940, que descreve a conduta em seu artigo 284. O Código, na redação do Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, não fazia qualquer menção a discriminação por cor ou raça, mesmo após a reforma da parte geral do Código, determinada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Apenas com a Lei nº 9.459 de

13 de maio de 1997 foi acrescentado ao artigo 140 o § 3º, que trata da injúria racial¹².

A repressão ao racismo e à discriminação racial, decorrente da imposição do princípio da igualdade de todos perante a lei sem distinção de cor ou raça, expresso nas Constituições brasileiras a partir de 1967, seria instrumentalizada não pelo Código penal, mas por legislações específicas. A primeira delas foi a Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, conhecida como Lei Afonso Arinos, em homenagem ao deputado que elaborou o projeto de lei. Seus nove artigos incluíam entre as contravenções penais determinadas condutas flagrantemente discriminatórias, motivadas por preconceito de raça e cor, tais como *recusar* a venda de mercadorias, a entrada em determinados estabelecimentos ou a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino; *obstar* o acesso de alguém a cargos do funcionalismo público; *negar* emprego ou trabalho a alguém. Trata-se de uma lei casuísta, que não se aplicava a uma série de condutas discriminatórias perpetradas contra pessoas de cor negra, principalmente na esfera das relações privadas¹³. Durante os trinta e quatro anos de vigência dessa lei, houve pouquíssimas notícias de condenações criminais com fundamento nela. A Lei Afonso Arinos se tornou conhecida, por um lado, por ser a primeira lei contra a discriminação racial no Brasil, o que se constituiu num marco simbólico na luta contra a discriminação racial no país, ainda mais se considerando que o Brasil desfrutava da reputação internacional de exemplo de convivência racial harmônica; por outro lado, ficou conhecida como uma lei ineficaz no sentido de produção de efeitos concretos, atestando a condescendência da sociedade brasileira com o preconceito racial e suas manifestações.

O diploma legal que sucedeu a Lei Afonso Arinos foi a Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989, conhecida como a Lei Caó, em homenagem a seu autor, o deputado Carlos Alberto Caó de Oliveira. A Lei Caó aumentou o rol de condutas discriminatórias definindo-as como crimes, e não mais como contravenções, aumentando consideravelmente as penas, as quais podem chegar a cinco anos de reclusão. No entanto, o casuísmo característico da Lei Afonso Arinos marcou também a Lei Caó. Lilia Schwarcz faz um comentário sobre a Lei Caó, aplicável também à Lei Afonso Arinos, de que o texto contempla apenas condutas praticadas

12 Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de 1 [um] a 6 [seis] meses, ou multa. “§3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa (BRASIL, 2010, p. 82).

13 É ilustrativo o exemplo relatado por Eunice Prudente (1989, p. 239-240) sobre um caso ocorrido em São Paulo em agosto de 1979, quando uma advogada negra foi proibida de usar o elevador social do prédio em que morava porque era “preta”. O relatório da autoridade policial que lavrou a ocorrência concluiu tratar-se de fato não enquadrável na Lei 1.390/51, pois se tratava de crime de injúria. O promotor de justiça também concluiu pela atipicidade do fato porque a conduta em pauta, a saber, a proibição de entrar em elevadores, não estava prevista em nenhum dos artigos da referida lei. Atendendo ao requerimento do promotor, o juiz determinou o arquivamento do feito.

publicamente, não havendo previsão de que a pena seja aplicada quando o fato ocorrer no interior do lar ou em locais de maior intimidade. Para a autora, “[...] novamente a esfera pública só maquia o costume da intimidade, que é conservado enquanto tal.” (SCHWARCZ, 2006, p. 212).

Não obstante a proibição da discriminação racial defluir do texto da Constituição de 1988 e ser formalmente viabilizada por uma legislação penal, é notório que o elemento raça ou cor é uma variante a ser considerada por ocasião da atuação dos órgãos do sistema penal. Ronaldo Laurentino de Sales Júnior (2009, p. 22-26) traçou um panorama da presença da discriminação racial no sistema de justiça penal do Brasil. O autor cita as conclusões de diversos estudos e pesquisas realizados nas décadas de 1990 e 2000, que apontam a existência de discriminação em relação aos negros na esfera da justiça criminal, incluindo a repressão policial, os inquéritos policiais e a tramitação processual¹⁴. De acordo com os resultados dessas pesquisas e estudos, os negros, enquanto suspeitos de crimes, são reprimidos, indiciados, processados e condenados numa proporção maior em relação aos brancos. Por outro lado, quando são vítimas de condutas discriminatórias ou preconceituosas, existe uma probabilidade muito menor de serem amparados pelos mecanismos legais existentes contra a discriminação racial. Para Sales Júnior, o painel apresentado pelos autores desses estudos e pesquisas aponta para um racismo institucional no sistema de justiça.

Percebe-se que a inversão de perspectiva em relação aos afrodescendentes, verificada no transcurso do Brasil imperial até hoje, refletiu-se na legislação penal, utilizada como instrumento de realização das expectativas próprias da dinâmica das relações sociais. Se até o final do período imperial o Código Criminal era utilizado para assegurar o bom funcionamento do sistema escravocrata, a Abolição e o advento da República induziram à elaboração de um código penal apto ao controle da população afrodescendente e à manutenção de uma hierarquia social encabeçada por elites predominantemente brancas e de descendência europeia. Posteriormente, a valorização da cultura negra como estratégia para a criação de uma identidade brasileira multirracial e para o apagamento de um incômodo histórico de dominação racial norteou a criação de legislações penais antidiscriminatórias.

Porém, é notável também que, não obstante tal evolução legislativa, a discriminação racial no Brasil permanece até hoje, embora de maneira não ostensiva. A comparação entre os resultados de pesquisas no começo no século XX e as realizadas mais recentemente, conforme

14 Dentre tais estudos, tem merecido destaque o realizado por Sérgio Adorno enfocando a situação dos negros no desenvolvimento de processos criminais julgados em todas as varas criminais da cidade de São Paulo, em primeira instância, no ano de 1990; os crimes julgados referem-se a roubo, latrocínio, tráfico de drogas, estupro e extorsão mediante sequestro (Cf. Adorno, 1995, p. 45-63).

apontado acima, sugerem que o sistema penal brasileiro manteve sua atuação seletiva em prejuízo da população negra, a despeito dos avanços da legislação penal e das Constituições em direção à igualdade racial e à proibição da discriminação. Tal paradoxo se torna mais compreensível diante da assertiva de que o sistema penal brasileiro tem o racismo como um de seus fundamentos.

CONCLUSÕES

De todo o exposto neste trabalho, pode-se concluir que, em relação à temática do racismo e da discriminação racial, não existe nenhum paradoxo entre o caráter democrático e igualitário das Constituições brasileiras e a ação seletiva e discriminatória do sistema penal, mas sim, há uma relação de complementaridade entre eles. Trata-se da combinação entre duas características integrantes de um perfil predominante na sociedade brasileira, marcado, de um lado, por um repúdio expresso ao racismo e à discriminação racial, o que se comprovaria pela convivência inter-racial harmônica e pela produção de uma legislação antidiscriminatória e, de outro lado, por um preconceito racial velado, muitas vezes inconsciente, revelador de um racismo incrustado nas estruturas sociais e que é um dos fatores determinantes na atribuição de lugares e papéis sociais.

Uma Constituição espelha a autoimagem construída por um país e, no caso do Brasil, a evolução constitucional indica que a sociedade brasileira, pelo menos no nível do discurso, aderiu a uma ordem humanista, liberal, democrática e igualitária na qual não há espaço para o racismo e a discriminação racial. Nesse sentido revela-se a força simbólica da Constituição, irradiada também para a legislação penal. Já o sistema penal se caracteriza pela eficácia de sua atuação, muitas vezes em contradição com seu próprio discurso oficial, e está inserido num complexo mecanismo de regulação social e de dominação de classes. Um e outro se complementam nessa dinâmica social que necessita de um poder simbólico eficaz para a prevenção de conflitos e para a manutenção da aparência de ordem e legalidade, e que requer também de um aparato oficial repressivo que ajude a manter os indivíduos nas posições sociais que lhes são atribuídas.

Percebe-se que na medida em que o ordenamento jurídico, em termos de elaboração constitucional e penal, avança no sentido de garantir a igualdade perante a lei e reprimir a discriminação racial, a ação do sistema penal tende a operar de maneira mais sutil e encoberta. Tal conclusão torna-se mais evidente principalmente pelo fato de que, não obstante a igualdade formal garantida pela Constituição e a repressão à discriminação racial pelo direito penal, os dados estatísticos indiquem que os negros, hoje como no início do século XX,

sofrem mais a persecução penal e ainda são vítimas de atos discriminatórios. É de se observar que esse avanço legislativo ocorreu mais rapidamente em relação à Constituição, pois a de 1934 foi a primeira a prever a igualdade de todos perante a lei sem distinção de raça (ainda que as duas posteriores tenham omitido essa previsão), enquanto a primeira lei contra a discriminação racial foi sancionada em 1951. Certamente hoje a Constituição de 1988 é mais bem amparada por uma legislação penal antidiscriminatória, embora esta não se mostre ainda capaz de coibir as manifestações de racismo e preconceito racial existentes no país, seja por suas próprias deficiências, seja em virtude da atuação seletiva do sistema penal.

A reflexão sobre esse desenvolvimento legislativo constitucional e penal no sentido da plena igualdade racial em oposição a um sistema penal seletivo revela, por fim, a posição ambígua de boa parte da sociedade brasileira quanto ao racismo e à discriminação racial, combatendo-os o nível discursivo, mas tolerando-os na prática das relações sociais. Mas insta a pensar também que, na medida em que a força simbólica da legislação se impuser sobre as práticas repressivas e discriminatórias, poderá haver uma maior consonância entre o discurso oficial e a práxis, pelo menos no que se refere à questão racial. Quanto a esta temática, as considerações feitas neste trabalho sugerem, por um lado, que se trata de um problema de difícil resolução, porque o racismo, ainda que velado, impregna as relações sociais no Brasil há séculos. Por outro lado, sugerem que o avanço obtido demonstra que mesmo as estruturas sociais mais rígidas podem ser modificadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 43, p. 45-63, nov. 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAÚJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado*. Brasília : Senado Federal : Superior Tribunal de Justiça, 2004 Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v. 1.

_____. _____. Brasília : Senado Federal : Superior Tribunal de Justiça, 2004 Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v. 2.

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. 1946. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, Coleção Constituições Brasileiras, v. 4.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. Recife: Typographia Universal, 1858.

_____. *Código Penal e Constituição Federal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. 1967. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, Coleção Constituições Brasileiras, v. 6.

COSTA, Hilton. 1891: escravidão, liberdade, privilégios e tradição. In: 8º ENCONTRO ESCRAVIDÃO E LIBERDADE NO BRASIL MERIDIONAL, 2017, Porto Alegre. Anais do 8º Encontro Escravidão e liberdade no Brasil meridional. Porto Alegre: UFRGS, 2017, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.escravidaoeliberdade.com.br/site/images/8encontro/Textos8/hiltoncosta.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Preconceito e discriminação*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2004.

HASENBALG, Carlos. Entre o mito e os fatos: racismo e relações raciais no Brasil. In: MAIO, Marcos Chor e SANTOS, Ricardo Ventura (org.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996, p. 235-249.

HOFBAUER, Andreas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POLETTI, Ronaldo. 1934. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, Coleção Constituições Brasileiras, v. 3.

PORTO, Walter Costa. 1937. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, Coleção Constituições Brasileiras, v. 4.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil: a cidadania negra em questão*. Campinas: Julex, 1989.

ROCHA, Simone. *Educação eugênica na constituição brasileira de 1934*. X Anped Sul, Florianópolis, out. 2014.

RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

SALES JÚNIOR, Ronaldo Laurentino de. *Raça e justiça: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça*. Recife: Massangana, 2009.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na intimidade. In: NOVAIS, Fernando A (coord.). *História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, v. 4, p. 173-244.

SILVEIRA, Fábio Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SKIDMORE, Thomas E. *O Brasil visto de fora*. Tradução de Susan Semler et al. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Raça e assimilação*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959.

FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO: A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO ÓBICE DA RESSOLIAZAÇÃO DO CIDADÃO

Igor Gustavo Bezerra de ARAÚJO¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar o porquê a pena privativa de liberdade está indo ao contrário de sua real finalidade, que é a ressocialização do detento, e quais são os fatores da norma penal que contribuem com esta falência. Pretende-se identificar com o estudo quais são as causas que originaram um sistema carcerário perverso e um sistema penal ilusório e, principalmente, o direito penal celetista. Os teóricos defendem que a resolução desse problema é a aplicação de um direito penal mínimo e aplicação de penas alternativas, tendo em vista que em tais situações os criminosos ainda permaneceram em contato com a família e com a sociedade civil, sendo mais fácil a sua ressocialização. Adentraremos ao estudo da pena de prisão como controle social, dividindo aqueles socialmente socializáveis dos criminosos, passando pela teoria da pena, com aprofundamento especial na forma como a pena privativa de liberdade serve como forma de exclusão social do delinquente, demonstrando como contribui com a reincidência. Por fim, demonstrar que o ideal é a aplicação da pena alternativa.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Carcerário. Ressocialização. Exclusão Social. Penas Alternativas.

ABSTRACT

The objective of this paper is to demonstrate why the custodial sentence is going against its real purpose, which is the resocialization of the detainee, and what are the factors of the penal norm that contribute to this failure. It is intended to identify with the study what are the causes that originated a perverse prison system and an illusory criminal system and, mainly, the selective criminal law. Theorists who argue that the solution of this problem is the application of a minimum criminal law and the application of alternative penalties, given that in such situations criminals still remained in contact with the family and civil society, being easier to Re-socialization. We will enter the study of the prison sentence as a social control, dividing those socially socializable from criminals, going through the theory of punishment, with special depth in the way the custodial sentence serves as a form of social exclusion of the delinquent, demonstrating how it contributes to recidivism. Finally, to demonstrate that the ideal is the application of the alternative penalty.

KEY-WORDS: Prison system. Re-socialization. Social Exclusion. Alternative penalties.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o Brasil enfrenta uma grave crise no sistema carcerário, não possuindo somente um agente causador desse embaraço, isto é, não é possível elencar todas as causas que geram a superlotação dos presídios.

A história da prisão não é contada acerca da sua abolição, mas da sua reforma. Ao

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo De Presidente Prudente - SP.

nos remetermos ao passado, observaremos que as mutilações, decapitações, tortura e a pena de morte eram tidas como penas principais, pois nos séculos passados vivia-se em um mundo onde as condenações eram públicas, serviam de espetáculos para aqueles que presenciavam, geralmente os pertencentes as altas classes da época. Com o decorrer do tempo, com as assinaturas de tratados internacionais, tratados versando sobre direitos humanos e a conscientização do povo sobre seus direitos, as penas passaram por um processo de humanização, ou seja, a punição já não recai mais sobre o corpo do delinquente, passando a ocupar o posto principal a pena privativa de liberdade.

Ocupando o posto principal de pena, o sistema carcerário passou a abrigar aqueles que não seguiam as regras que eram impostas a todos. No entanto, ao adentrar no cárcere os indivíduos são excluídos de sua vida social, familiar e privada, ocasionando diversas reações psicológicas e morais no detento, sendo tais reações desviantes, o que faz com que o indivíduo ao sair da prisão tenha dificuldades de se ressocializar e ao se deparar em tal situação, eles praticam alguma conduta criminosa e voltam para a prisão novamente.

Quando retornam para a prisão, são “conhecidos” da casa e repassam o conhecimento à aqueles que estão de passagem pela primeira vez (réus primários), criando assim novos delinquentes.

As condições em que são presos também devem ser levadas em consideração, ou seja, com a superlotação o Estado não tem controle de todos aqueles que estão presos, e acaba gerando conflitos internos entre os próprios detentos ou entre os detentos e os agentes penitenciários, ocasionando os motins, rebeliões, etc.

Sendo assim, a pena privativa de liberdade não possui nenhuma finalidade e, também, não apresenta nenhuma positividade na recuperação do indivíduo, principalmente aqueles que são condenados a penas de longa duração, tendo em vista que o seu convívio fora da sociedade será maior.

Portanto, para desobstruir o sistema carcerário é necessário a aplicação, cada vez mais, de penas alternativas a prisão, quando possível, pois isso evitará a formação de novos criminosos, a ressocialização desse indivíduo será mais fácil e célere, já que não será retirado do meio social.

Por fim, os magistrados ao aplicarem a sentença devem se pautar nos princípios do Direito Penal, quais sejam: princípio da insignificância, princípio da intervenção mínima, princípio da fragmentariedade e princípio da subsidiariedade (“*ultima ratio*”).

BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO

Inicialmente, antes de projetarmos algo sobre o porquê da falência do sistema carcerário, ou, até mesmo, qual a contribuição da pena privativa de liberdade para esse colapso, se faz necessário analisarmos a origem da pena e, principalmente, a sua evolução durante o tempo, haja vista que as penas remotas não são as mesmas aplicadas atualmente.

A origem da pena é muito distante, pois no decorrer da história da humanidade muitas formas de castigos e punições foram utilizadas para punir o indivíduo. Porém, não há um consenso entre os doutrinadores do exato momento em que surgiu a pena, seja ela como vingança individual seja ela como pena-prisão. No entanto, seguindo a divisão adotada por alguns pesquisadores do direito, entre eles Garrido Guzman e Cezar Roberto Bitencourt, utiliza-se “os períodos da história da humanidade, como meio de elucidar as distintas formas de punição no tempo”².

No primeiro momento histórico, podemos destacar a antiguidade, onde a privação de liberdade era pura e simplesmente utilizada como forma de resguardar os réus que seriam julgados; ou seja, o cárcere não tinha como finalidade a sanção penal, mas de somente preservar a integridade do réu. Durante esse tempo, a punição recaía sobre o corpo do indivíduo, ou seja, utilizava-se à pena de morte e penas corporais. Tais penas eram intituladas por Foucault de suplício³, pois a punição era baseada em castigos corporais, tortura e morte, isto é, tudo o que causava dor e sofrimento ao ser humano era utilizado como forma de punição.

Ainda na antiguidade, a privação de liberdade, além de servir como lugar para resguardar aqueles que seriam julgados, servia, também, como meio coercitivo para forçar o pagamento de uma dívida. “Deve-se acrescentar que a Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas.”⁴. Destarte, a prisão era utilizada como forma de garantir o pagamento da dívida, pois o devedor só era liberado quando quitasse o débito; do contrário, ficaria trabalhando como escravo do credor.

Com tal análise, podemos concluir que na antiguidade a prisão não tinha cunho sancionatório, mas era utilizada meramente como proteção ao indivíduo até que cumprisse a sua condenação, qual seja a pena de morte ou corporal, a depender do mal praticado.

Passemos a análise do segundo momento histórico: a Idade Média. Nesse período, assim como na história da humanidade, podemos perceber a forte influência que a igreja exerceu na evolução da pena e no direito. Durante a Idade Média, a privação de liberdade

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 27

3 Foucault trata no seu livro “Vigiar e Punir” sobre como o corpo do homem suportava as penas, quais sejam de mutilações, açoites, tortura e pena de morte. Para essas penas o autor dava o nome de suplício, pois eram graves punições.

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. Ibidem, p. 29.

ainda é aplicada somente como forma de custódia, ou seja, é aplicada aqueles que tiveram uma punição.

Durante esse dado momento histórico podemos perceber a divisão entre o Estado (descentralizado) e a Igreja (cristianismo). Por haver tal divisão dentro do próprio estado, surge nesta época, segundo Luiz Garrido, citado por Bitencourt, a prisão de Estado e a prisão eclesiástica:

Na prisão de Estado, na Idade Média, somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição ou os adversários políticos dos governantes. A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos Clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação”. (BITENCOURT, 2011, p. 32)

A prisão de Estado ainda aplicava as mesmas penas que no período anterior (antiguidade), qual seja a pena de morte e as mutilações, sendo assim, a pena privativa, também, era utilizada apenas para resguardar o réu (prisão de custódia). Já a prisão eclesiástica, a pena aplicada era totalmente diferente, pois os infratores não sofriam castigados corporais, ao contrário, eles eram recolhidos para que por meio da penitência e do jejum, pudessem se arrepender do mal.

Diante o exposto, concluímos que a pena eclesiástica é mais humanista se comparada a do Estado, pois, enquanto na primeira o corpo do indivíduo não sofria mal algum (mutilações), a segunda é o oposto, ou seja, o corpo do ser humano suporta a pena. No entanto, a pena canônica tinha uma aplicação reduzida, já que ela era aplicada apenas aos membros da igreja; ou seja, aqueles pertencentes a religião sofriam a prisão eclesiástica, enquanto que aqueles que compunham a sociedade civil, sofriam com as penas aplicadas do Estado.

Por tratar-se de uma pena mais humanística, o direito canônico exerceu forte influência sobre a prisão do Estado (leis civis aplicada a sociedade), pois o castigo não devia destruir o culpado, mas sim reabilita-lo para que pudesse voltar ao convívio social. Surge neste momento vestígios da prisão moderna, já que a finalidade da pena de prisão no contexto atual é de ressocializar o cidadão.

A idade média, segundo o contexto histórico, pode ser dividida em Alta Idade Média e Baixa Idade Média, mas devemos nos atentar somente ao segundo momento, Baixa Idade Média, pois é onde o período medieval começa a sua extinção e ocorre a transição para o período moderno. O declínio da Idade Média se deu por conta de diversos fatores que alteraram as estruturas do período, como por exemplo a fome, a peste negra, as terras deixaram de ser produtivas, divisão da igreja, etc. Porém, o marco principal que marcou o fim

da Idade Média foi a queda de Constantinopla, em 1453. Dessa forma, encerra-se o período medieval e começa a idade moderna, ou a época renascentista.

Como consequência de todo o colapso ocasionado no fim da Idade Média, a pobreza e a fome se alastrou por toda a Europa, aumentando a criminalidade, a mendicância, o endividamento dos Estados, haja vista que não tinha mais pessoas trabalhando; ou seja, perdeu-se toda a segurança. Dessa forma, por razões de política criminal era evidente que tanta delinquência, a pena de morte não era uma solução adequada, já que não se podia aplicar a tanta gente. Então, era necessário o desenvolvimento de uma nova forma de punição para correção dos delinquentes.

Por causa de toda essa decadência, a mão de obra passou a ser escassa, o que fez com que se iniciasse a reforma dos infratores por meio de trabalhos forçados, ou seja, as instituições eram construídas com a finalidade de correção dos apenados por meio do trabalho forçado. Essas casas de trabalho se lastraram por todo o continente europeu, pois passou-se a considerar a prisão como lugar de correção e não de custódia.

Segundo Bitencourt, em meados do século XVII surgiram importantes iniciadores da reforma carcerária e do sentido reabilitador da pena privativa de liberdade, pois foi durante esse período que os reformistas (o autor supracitado cita Mabillon⁵ como um dos principais idealizadores dessa reforma) passaram a pensar na pena como um meio de correção moral e de reabilitação do delinquente. Esses ideais perduram até os dias atuais, já que o cárcere é visto pela sociedade como instrumento reabilitador do infrator.

A PENA DE PRISÃO COMO CONTROLE SOCIAL

Antes de adentrarmos ao tema em específico, se faz necessário delimitarmos a conceituação de controle social, tendo em vista que trata-se de uma expressão que cabe várias interpretações a depender do contexto em que é empregada. Assim, controle social, em uma visão política, é designado como um mecanismo que disciplina a sociedade e submete os indivíduos a determinados padrões sociais e morais. Mannheim define como “o conjunto de métodos pelos quais a sociedade influencia o comportamento humano, tendo em vista manter determinada ordem”. (1971, p. 178). Destarte, controle social são todas as ações positivas e negativas que os órgãos públicos (controle institucional) exercem para manter a ordem na sociedade; ou seja, a finalidade é impor as regras que devem ser seguidas pelo cidadão para o convívio na sociedade.

5 Jean Mabillon era um monge beneditino francês que escreveu um livro intitulado de “Reflexões sobre as prisões monásticas”. Essa obra considera a experiência punitiva do tipo carcerário canônico e fórmula uma série de considerações sobre o problema da reintegração do apenado à comunidade.

Também, podemos citar o controle social que a sociedade civil exerce sobre o Estado, ou seja, ocorre uma inversão, pois os cidadãos ao se encontrarem prejudicados podem exercer seus direitos para promover uma discussão, cuja finalidade é resolver os problemas da coletividade, sendo assim, ocorre uma integração entre sociedade e Estado.

Os contratualistas (Hobbes, Rousseau e Locke) diziam que o homem não seria capaz de conviver em harmonia com os demais se não houvesse uma instituição acima destes que regulasse suas condutas, qual seja o Estado. Dessa forma, se fez necessário que os cidadãos realizassem um pacto social onde transfeririam o poder ao governante, que seria responsável por manter a ordem e a paz entre os homens. Dessa forma, o Estado passa a regular a vida do povo em sociedade criando leis, resguardando os seus direitos, criando um bem estar entre eles. Podemos citar como exemplo, o pensamento de Rousseau:

Ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembleia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. A pessoa pública formada assim pela união de todas as outras, toma hoje o de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado (...)⁶.

Diante o exposto, podemos perceber que o particular abdica de sua vontade particular em prol da coletividade, delegando o poder ao Estado, e este será responsável por defender os interesses de toda a coletividade, ocasionando um bem-estar social, criando normas que regulem o convívio social, que coloque limites aos homens, ou seja, deve garantir a ordem contra os comportamentos desviantes. Assim, surge a ideia da lei como forma do controle.

O sistema penal, como forma de controle, é o mais efetivo aos olhos da sociedade civil, dada a sua natureza punitiva; esse é o único sistema que a população vislumbra o cumprimento da pena, qual seja quando o infrator é preso. Portanto, o dever do Estado, na lógica penal, é garantir o respeito a norma e todos aqueles que se desviarem dos limites impostos pela lei, sofreram as consequências.

FINALIDADE OU FUNÇÃO DA PENA

Ao tratarmos sobre pena de prisão, é necessário identificarmos qual a sua real finalidade, isto é, qual é o objetivo do Estado ao privar a liberdade do cidadão. Segundo a doutrina, a finalidade da pena é regida por três teorias: absoluta, relativa e mista⁷.

Teoria absoluta

De acordo com essa teoria, a pena desponta como a retribuição estatal justa ao mal

6 ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. p. 26. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores.

7 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1. p. 647.

injusto provocado pelo condenado⁸. Ou seja, a pena não tem nenhuma finalidade de ressocializadora, sendo utilizada apenas como uma forma de castigar o delinquente e estabelecendo novamente a paz jurídica.

Segundo essa teoria, a pena é utilizada apenas para punir o delinquente pelo mal injusto por ele praticado, portanto, o Estado não tem pretensão alguma ao privar a liberdade do indivíduo, se valendo da prisão apenas para satisfação moral da sociedade (coletividade), tendo em vista que aquele que não seguiu as regras pré-estabelecidas foi retirado do convívio social.

Teoria relativa

Para essa teoria, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais. É irrelevante a imposição de castigo ao condenado.

Essa teoria diferencia-se da absoluta, pois, enquanto a da retribuição pratica a justiça castigando o cidadão, a preventiva busca prevenir a prática de um novo delito, ou seja, a pena é imposta para que o infrator não volte a delinquir.

O ensinamento preventivo da pena pode ser dividido em: prevenção geral e especial⁹. A primeira é dirigida a todo o ambiente social, intimidando a sociedade para que não pratique crime. A norma penal está no plano abstrato, isto é, determina os limites da vida do cidadão, no entanto, quando este pratica a conduta prevista como criminosa sobre ele recai a norma penal, ou seja, ela deixa de ser abstrata e passa ao plano concreto, é aplicada no mundo dos fatos. Já a segunda, prevenção especial, é dirigida a aquele que já feriu o sistema penal, já praticou uma conduta criminosa. Essa forma de prevenção preocupa-se com o cidadão para que ele não volte a delinquir; a pena tem a finalidade de intimidar e ressocializar.

Teoria mista

Por essa teoria, entende-se aquela que deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos delitos*. Destarte, segundo essa teoria, unem-se as teorias analisadas anteriormente, portanto, a pena passa a ter dupla função de punir o criminoso e evitar a prática de novos crimes.

Analisando o código penal, percebemos que esta foi a teoria adotada pelo legislador, pois em diversos artigos ele deixa a margem interpretativa de que a pena tem a finalidade de

8 Ibidem.

9 MASSON, Cleber. Ibidem. p. 648.

retribuir e prevenir crimes, como por exemplo o art. 59, *caput*, CP¹⁰.

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO FATOR DE EXCLUSÃO SOCIAL

A exclusão social possui significados diversos de acordo com o contexto em que é utilizado, o que nos leva a perceber que não há uma conceituação específica, mas sim uma tentativa de definição, pois deve-se analisar o fato ao qual ela está incluída e buscar no diversos significados aquele que mais se aproxima do contexto.

As desigualdades podem ser de diversas formas e encontram a sua origem nas diferenças existentes entre os homens, como raça, idade, sexo, ideologia, política, posição social, etc., ou seja, tais diferenças geram prejuízos a aqueles desfavorecidos ou que são minoridade. Resumidamente, a exclusão social pode se dar de diversos aleatórios.

Após essa breve introdução acerca da exclusão social, inicia-se o escopo traçado neste capítulo, que é apontar a influência da pena privativa de liberdade na exclusão social do indivíduo, isto é, vai ao oposto de sua real finalidade.

A pena privativa de liberdade torna-se a principal forma de punição, como visto anteriormente, porque a pena de morte já não era suficiente para tanta delinquência e, também, as casas de correção (criadas no início da moderna) impulsionava a superpopulação carcerária, tendo em vista que a preocupação central era a exploração da força de trabalho, isto é, os delinquentes eram forçados a trabalhar para não cometerem novos delitos e se adequarem ao sistema capitalista mercantil.

A pena de prisão surge como um mal menor ante o arsenal penal então existente, porém desprovida de quaisquer fins preventivos. A pena privativa, a princípio, manifesta-se apenas como uma resposta imediata a uma sociedade que encontrava-se amedrontada pelo aumento da violência nas cidades. Destarte, não há nenhuma regulamentação anterior a implantação da pena de prisão como principal.

Os fins proclamados para essa pena, após sua imposição imediata, era a de prevenir que novos delitos fossem praticados, pois por meio da sanção tentava-se amedrontar o delincente evitando que voltasse a delinquir novamente. No entanto, desde a sua imposição até a civilização atual, podemos perceber que a pena de prisão é ineficaz, que traz sequelas piores que o mal que se pretende combater.

Dessa forma, podemos perceber que o sistema carcerário carece de sua finalidade

10 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

originária, tendo em vista que além de prevenir a prática de novos delitos, e devolver o indivíduo a vida social, a prisão apenas reforça a disseminação de valores negativos e destrutivos do condenado perante a sociedade. Segundo Leonardo Sica, a pena de prisão não tem nenhuma finalidade, pois após o julgamento as pessoas perdem interesse naquele caso e são iludidas quanto a efetividade da pena, já que os muros das prisões encobrem a verdadeira situação do cárcere.

A prisão é uma instituição total, pois impõe barreiras entre os cárceres e o resto da sociedade. Segundo Goffman, instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde grande número de indivíduos se encontram na mesma situação, separados da sociedade por um considerável tempo, levam uma vida fechada e administrada*. Toda instituição exerce um reflexo na vida do cidadão, no entanto, nenhuma delas retira a liberdade por completo deste, ocupando somente parte do seu tempo; por exemplo uma instituição de ensino, ela retira o indivíduo do convívio social, porém este período absorve somente uma parte do seu tempo, logo após o encerramento o aluno é devolvido a interação social e, futuramente, o ensino recebido será retribuído. Agora, imagine se os alunos fossem trancafiados nas escolas; certamente eles se rebelariam e passariam a promover a discórdia e andariam ao contrário daquilo que a instituição de isso pretende promover.

Assim funciona com as instituições carcerárias, quando o indivíduo é privado da sua liberdade ele é separado da sociedade e passa a ter uma nova rotina que é estranha a ele, perde a sua privacidade, já que sempre estará em companhia de outros detentos ou agentes penitenciários. Sendo assim, o indivíduo passa por diversas mudanças psicológicas, tendo a necessidade de um esforço para evitar problemas; o internado pode renunciar a sua sociabilidade com determinados companheiros.

Cezar Bitencourt, diz:

Diante do ritmo em que se desenvolve a vida moderna, em que as transformações se produzem com espantosa rapidez, é muito provável que a prisão venha a ser cada vez mais criminógena. Um homem, por exemplo, que no início do século XX fosse condenado a cinco anos de prisão talvez, diante das condições da época, pudesse ser mais facilmente incorporado ao trabalho e à vida social. Porém, na atualidade, cinco anos podem significar uma segregação muito prolongada, que provavelmente impedirá a ressocialização do delinquente.¹¹

A pena privativa de liberdade macula o delinquente, pois quando ocorre o cumprimento da pena, ou é beneficiado com livramento condicional da pena, o indivíduo é posto na sociedade a sorte, já que não é conferido nenhum direito e prerrogativa a ele, ou seja, o delinquente é rotulado como criminoso e, geralmente, compõe uma classe social menos

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão. p. 167. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

favorecida. Com tal rotulação, o indivíduo passa a encontrar dificuldades para se inserir no mercado de trabalho, se inserir no convívio social, sendo assim, ocorre a exclusão social e não a ressocialização.

Ao invés de se aprimorar o aparato social com o fito de propiciar políticas públicas de inclusão dos trabalhadores marginalizados e fomentar a geração de empregos, o Estado recrudescer o sistema penal¹². Assim, encontrando-se limitado na sociedade, já que não consegue se inserir no meio social, o ex-detento se vê obrigado a praticar novas condutas desviantes para conseguir a sua sobrevivência. Logo, podemos perceber quem são as vítimas do Direito Penal: indivíduos de baixa escolaridade, classe social baixa, desempregados e advindos de famílias desestruturadas.

Além da exclusão no mercado de trabalho, a sociedade civil, de maneira geral, exclui aqueles que já tiveram passagem no sistema carcerário, pois com a divisão em classes (estratificação em classe) dificilmente aquele que já foi preso e possui renda baixa integrara o meio social dos que possuem mais riquezas, assim, aqueles que se sentem excluídos procuram morar em lugares mais distantes do centro (região metropolitana) e se refugiam em lugares periféricos, ocasionando, por consequência desse aglomerado de pessoas com baixa renda ou que não se encaixam nos padrões impostos por certo extrato social, o surgimento de favelas, que geralmente serve como refúgio destes indivíduos.

Com essa divisão, de um lado a alta elite do outro os estigmatizados, a população acha que está se livrando do mal, tendo em vista que não terá um criminoso andando no seu meio, porém, essa é uma falsa percepção, já que estão apenas fortalecendo a criação de delinquentes, pois quando ocorre essa divisão, aqueles que moram distantes da convivência social, distantes dos melhores hospitais, distantes das riquezas, etc., vão se introduzir no meio social das altas elites para intimidá-los e demonstrarem sua força, no entanto, essas condutas são consideradas desviantes, isto é, a intimidação é realizada com a prática de algum delito.

Assim, quando ocorre essa invasão, ou seja, quando essa separação da sociedade não é capaz de evitar a aproximação, o sistema penal entra é utilizado e contribui com essa proposta excludente, pois faz uma seleção dos marginalizados.

Destarte, essa postura da sociedade demonstra que não está preparada para a integração dos criminosos, pelo contrário, há a cultura através da exclusão através do estigma.

Como dito anteriormente, a pena reproduz uma ilusão na sociedade, pois o Direito Penal tornou-se uma fonte de solução de problemas sociais, isto é, a ilusão de segurança e

12 KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Direito penal constitucional e exclusão social. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2010, p. 26

proteção que a lei penal gera na coletividade passa a ser o fim da pena, se contradizendo com a finalidade na qual a pena privativa de liberdade foi criada, que é a de ressocializar o detento.

DIREITO PENAL DO INIMIGO

Gunther Jakobs foi quem introduziu a ideia do inimigo do direito penal; defendendo que a relação entre cidadão e inimigo não deve ser regulada pelo direito, mas sim pela coação, e como fonte mais intensa o direito penal deve ser aplicado a estes indivíduos. Assim, a norma penal será utilizada para enfrentar os considerados inimigos.

O autor supracitado divide o direito penal, quanto à aplicabilidade, em dois modelos¹³: um aplicado ao cidadão que não praticou nenhuma conduta delituosa, ou se praticou ainda possui meios de voltar ao convívio social, e é aplicado a este o devido processo legal; e um segundo, que será aplicado àqueles que são considerados inimigos do Estado, ou seja, são aqueles que praticam crimes de forma habitual, que pertencem a organizações criminosas, etc., esses indivíduos são considerados inimigos porque dificilmente ocorrerá a ressocialização e trará mais perigo a sociedade se for julgado conforme as leis comuns, assim, aplica-se a estes um tratamento diferenciado e mais rigoroso.

Quem seria o inimigo do Estado? É aquele que é posto de lado na sociedade e excluído do Direito Penal Cidadão. O inimigo não nasce inimigo do Estado, ele foi se inserindo neste meio através das reiteradas praticas delitivas (habitualidade), reincidência e compor organizações criminosas¹⁴. Quando um indivíduo não aceita mais se inserir no convívio social e respeitar as regras que são impostas, ele deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação, assim, não cabe a ele o conceito de cidadão, mas sim de inimigo.

O direito penal do inimigo está inserido na terceira velocidade do direito penal, que significa que a punição é estabelecida em relação ao sujeito e não ao ato praticado por ele. Damásio cita em seu artigo que Silva Sánchez dividiu o direito penal em três velocidades¹⁵: o direito penal de primeira velocidade utiliza-se preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais.

O direito penal de segunda velocidade incorpora duas tendências (antagônicas), a saber, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada

13 KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Direito penal constitucional e exclusão social. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2010. p. 81.

14 Idem.

15 JESUS, Damásio E. de. Direito penal do inimigo: breves considerações. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/10836/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.). No Brasil, essas medidas começaram a ser tomadas com a reforma penal de 1984, onde foram introduzidas as penas alternativas e substitutivas.

O direito penal de terceira velocidade refere-se a uma mescla entre as características do direito penal de primeira e segunda velocidade, vale dizer, utiliza-se da pena privativa de liberdade, mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais. Essa tendência pode ser vista em algumas recentes leis brasileiras, como a Lei dos Crimes Hediondos, Lei n. 8.072, de 1990, que, por exemplo, aumentou consideravelmente a pena de vários delitos, estabeleceu o cumprimento da pena em regime integralmente fechado e suprimiu, ou tentou suprimir, algumas prerrogativas processuais (exemplo: a liberdade provisória).

Sendo definido como um direito de terceira velocidade, o direito penal do inimigo torna-se um direito autoritário e inquisitorial, já que punirá uma das classes retirando-lhes todos os direitos e garantias processuais e rotulando-os de criminoso; ou seja, aqueles considerados criminosos são punidos pela simples condição de “ser”, isto é, a rotulação o qual é carregada consigo já é o suficiente para que ele seja considerado autor de um crime. Portanto, o direito penal deixa de punir o indivíduo pelo fato praticado e passa a puni-lo pelo que ele é.

Por fim, segundo Luiz Kazmierczak, a utilização desse tratamento penal pode dar ensejo a uma manobra de poder não para conter uma suposta ameaça, uma situação de perigo ao Estado, mas para excluir determinadas pessoas consideradas simplesmente indesejadas.

O EXPANSINISMO E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A sociedade contemporânea é totalmente diferente daquela de séculos passados, pois hoje vivemos em um mundo globalizado, onde com um simples toque podemos nos comunicar com pessoas de diversos países, compartilhar fotos, vídeos, enfim, há infinitas possibilidades. No entanto, por ser um mundo tão diferente, as leis, muitas vezes, não consegue acompanhar tal evolução, sendo necessário utilizar-se de súmulas e jurisprudências.

Com esse evolução da humanidade, passou-se a exigir que o direito penal atuasse em searas nunca imaginadas antes, como por exemplo crime tecnológico, isto é, aqueles praticados virtualmente. Assim, a sociedade passou a conviver com condutas atentatórias a bem inalcançáveis pelo direito penal clássico, situação que exigiu uma postura ativa do legislador penal, postura essa de elaborar normas que figurassem essas condutas como crime e, conseqüentemente, a imposição de uma pena.

Destarte, o direito penal expandiu o seu âmbito de punição, caracterizando, assim, o

expansionismo penal. O expansionismo deve ser entendido, do ponto de vista político-criminal, como um processo de criminalização, pois diversas normas foram elaboradas, tendo em vista que o alcance da norma penal aumentou, isto é, o direito penal passou a proteger outros diversos bens daqueles previstos no ordenamento clássico.

Com essa evolução do direito penal e sua preocupação em regular todas as condutas, caracterizando-as como crime, a norma penal deixou de ser empregada como uma norma de “*ultima ratio*” e passou a ser caracterizada como uma norma de emergência, ou seja, tudo deve ser resolvido com base no sistema penal. Por causa dessa “inflação legislativa penal” o direito penal passou a proteger bens jurídicos que antes eram regidos por outros ramos do direito, como administrativo, por exemplo. Portanto, a finalidade da pena de prevenir a prática de novas condutas (prevenção especial), deixa de ser a preocupação neste momento, já que a pretensão do legislador que criar a norma para neutralizar o criminoso e retirá-lo da sociedade, sendo assim observamos a presença da imposição do direito penal do inimigo, isto é, busca-se retirar do convívio social aquele indivíduo que é considerado inimigo do Estado e está inserido no grupo dos criminosos.

A inflação legislativa cria obstáculos à busca de alternativas penais, porquanto se reforça a ilusória eficácia dissuasória da pena e se incrementa a proporcionalidade vertical, em vez de proporcionalidade abstrata e concreta do minimalismo¹⁶.

O fenômeno da administrativização do direito penal descaracteriza a finalidade do sistema penal, implicando em uma utilização ilegítima da pena, pois ela passa a ser aplicada como forma de intimidação, ou seja, o princípio da subsidiariedade deixa de existir e a lei penal é aplicada de imediato.

Esse fenômeno é caracterizado como sendo uma expansão dos limites do direito penal, pois passa-se a prevenir o crime desde antes dele ser praticado, ou seja, há uma antecipação das fronteiras da proteção penal, isto é, a partir do momento que já surge um perigo, o direito penal atua para prevenir. Além de expandir os limites, introduz novos objetos de proteção. Ocorre, também, uma diluição entre o direito penal e administrativo, tendo em vista que tornou-se difícil distinguir um do outro por causa da função preventiva que ambos passaram a ter.

Silva Sanchez é quem tem se ocupado de tratar da administrativização; ele diz: “É isto que se quer afirmar quando se refere à “administrativização” em que está imerso o direito penal contemporâneo. Mais que isso: além de utilizar o tipo de raciocínio próprio do direito

16 SICA, Leonardo. Direito penal de emergência e alternativas à prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 84.

administrativo, o direito penal transformou-se em um direito de gestão ordinária de problemas sociais.”.

A administrativização faz com que novos crimes surjam, mais processos irão compor as prateleiras dos cartórios, mais demorado tornar-se-á a justiça criminal e mais gente irá para o sistema carcerário. Ou seja, esse fenômeno nos remete a uma crise no sistema carcerário e na justiça criminal, já que haverá uma inflação em ambos os casos.

SUBCULTURA DA DELINQUÊNCIA – AS FACÇÕES CRIMINOSAS

Como visto anteriormente, a prisão é uma instituição total, aquelas que retiram o criminoso do meio social para proteger os demais cidadãos. Retirando-o do seu vínculo social e colocando-o em uma prisão, o detento passa por diversas transformações, já que aquele ambiente é estranho a ele e é submetido a diversas regras que devem ser cumpridas nos mesmos horários, das mesmas formas. Por consequência do sistema ser totalmente fechado e o abandono com aqueles que lá estão, os presos passam a criar vínculos ou rivalidades entre si.

Ao adentrarem o sistema carcerário, os detentos se deparam com uma monopolização do poder, pois o Estado, por meio dos agentes penitenciários, detêm o poder sobre todos que estão presos. Assim, com o convívio dentro da prisão, os detentos passam a adquirir mais intimidade um com os outros e começam a criar vínculos de amizade para não ficarem solitários dentro do cárcere.

Com essa união que passa a surgir entre os detentos dentro do sistema penitenciário, eles passam a criar regras próprias, tendo em vista que as impostas pelo Estado são desfavoráveis e os prejudicam. É nesse contexto que surgem as facções criminosas, responsáveis pelo estabelecimento de normas que venham a propiciar um nível satisfatório de harmonia na convivência entre “os ilegais”¹⁷.

Segundo Bruno Shimizu, facção criminosa pode ser definida como:

Grupos de pessoas em que verificam relações de solidariedade e gregarismo, que surgiram nos presídios brasileiros e foram fundados prioritamente sob o lema da defesa dos interesses da comunidade carcerária, tendo a prática de atos tipificados em lei como crimes como um de seus modos de atuação dentro e fora dos presídios¹⁸.

Note-se que segundo o conceito, há uma relação de solidariedade e gregarismo entre os integrantes das facções, ou seja, os detentos se unem para se protegerem e entre eles

17 SHIMIZU, Bruno. Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo à luz da Psicologia das massas. São Paulo: IBCCRIM, 2011, p. 104.

18 Ibidem, ps. 75 e 76.

repartem responsabilidades.

Os ditames impostos pelas facções descrevem como os presos devem se comportar, isto é, “as regras carcerárias” impostas pelas facções ditam o que pode ou não ser feito, e tais regras valem tanto para os que compõem o grupo quanto para aqueles que não compõem.

Além dessas regras impostas, as facções criminosas, assim como empresas, órgãos e entidades, possuem estatutos, contendo os objetivos, regras de conduta e sanções caso haja transgressões. O estatuto do PCC é uma grande exemplo, o qual foi publicado em 25 de maio, no Diário Popular, e continha 16 artigos¹⁹. Todos os artigos citam o respeito, a união, a justiça e a luta pela liberdade. No entanto, a solidariedade entre eles não é apenas dentro do sistema carcerário, mas se expande além dos muros do cárcere, como diz o artigo 4º do Estatuto do PCC²⁰. Portanto, aqueles que estão em liberdade devem contribuir com aqueles que estão presos, sendo assim, devem procurar algum meio de conseguirem dinheiro para poderem ajudar com o “caixa” da facção e ajudar a pagar as despesas com advogados; do contrário, sofrerá as consequências.

Destarte, como mencionado anteriormebnte, sobre a dificuldade de um ex-presidiário se inserir no meio mercado de trabalho, dificilmente estes indivíduos conseguiram dinheiro de uma forma licita, o que faz com que eles pratiquem condutas desviantes para conseguirem o dinheiro e contribuir com a facção.

Segundo Fatima Souza, citado por Bruno Shimizu, a principal fonte de renda do PCC consiste na parcela da arrecadação entregue pelos responsáveis pelas “bocas” de venda de drogas. Podemos perceber a influência das facções além dos muros do sistema carcerário, pois mesmo estando presos, os detentos conseguem se comunicar com aqueles que estão em liberdade para planejarem assaltos, rebeliões, fugas e etc.

As facções criminosas também contribuem com a crise no sistema carcerário, porque, como exposto, aqueles que estão em liberdade devem contribuir com os “irmãos” que estão presos e seguir ordens dos líderes, assim, acabam praticando condutas que os levam de volta a prisão. No caso daqueles que ainda estão presos, como devem obedecer também os líderes, acabam praticando crimes dentro do sistema carcerário, conseqüentemente, incorrerá em uma nova condenação aumentando a pena, o que faz com que o criminoso permaneça mais tempo preso.

Por fim, as facções criminosas podem ser consideradas como subcultura da

19 JOZINO, Josmar. Cobras e Lagartos: a vida íntima e perversa nas prisões brasileiras. Quem manda e quem obedece no partido do crime. Rio de Janeiro: Editora Objetiva LTDA, 2005, p. 36.

20 Art. 4º do Estatuto do PCC – “A contribuição daqueles que estão em liberdade com os irmãos dentro da prisão, por meio de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate”.

delinquência, tendo em vista que seus membros são retirados da sociedade e passam conviver em outro ambiente, onde a cultura é totalmente distinta daquela que até então conviviam. Como o sistema carcerário possui regramento que não favorece ao detento, aqueles que se sentem injustiçados, reprimidos, buscam se unir e formarem um grupo subcultural como uma alternativa para seus valores e ações, ou seja, tais indivíduos desajustados, ao agruparem-se, vão formando essa moldura desviada do padrão geral por meio de interação mútua, de modo que passam a servir de parâmetro uns aos outros²¹.

ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

As penas alternativas surgiram no Brasil somente com a reforma penal de 1984. Antes do advento da Lei 7.209/84, os crimes de penas de curta duração, menor potencial ofensivo ou sem emprego de violência ou grave ameaça eram cumpridos em regime fechado. Após a entrada em vigência da lei supracitada, foram aplicadas penas alternativas a esses tipos de crimes. Posteriormente, em 1998, foi editada a lei 9.714, provocando algumas alterações nas penas alternativas e trazendo algumas novas.

Seguindo um viés doutrinário, segundo Cleber Masson, pena alternativa é aquela que tem o propósito de evitar a desnecessária imposição da pena privativa de liberdade nas situações expressamente indicadas em lei. Portanto, as penas alternativas tem o objetivo de diminuir a superlotação dos presídios, favorecer a ressocialização dos indivíduos, retirando-os de um isolamento total e fazendo cumprir a pena no meio social e, principalmente, diminuir a reincidência.

Essas penas não são aplicadas diretamente, elas substituem a pena privativa de liberdade quando preenchidos determinados requisitos que estão expressos no art. 44, CP. Ainda, seguindo o artigo mencionado, as penas alternativas são autônomas, pois não podem ser cumuladas com pena privativa de liberdade.

O magistrado substitui a pena privativa de liberdade na própria sentença condenatória. Após aplicar a condenação, estipulando o regime inicial de cumprimento da pena e a quantidade da pena, o juiz, seguindo o art. 59, IV, CP²², decidirá se caberá ou não aplicação da pena alternativa.

As espécies de alternativas penais que podem ser aplicadas pelo juiz estão previstas

21 SHIMIZU, Bruno. *Ibidem*, p. 66.

22 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: IV: a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

no art. 43 do CP, e são elas: prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, limitação de fim de semana, suspensão da pena, livramento condicional, interdição temporária de direitos e perda de bens de valores. Todas essas penas para serem aplicadas, o indivíduo precisa preencher condições objetivas e subjetivas.

Portanto, o legislador penal deve incentivar a aplicação dessas penas, pois evitará o encarceramento do indivíduo e ele cumprirá a pena sem ser retirado do convívio social, sendo assim, mais favorável à ele, tendo em vista que poderá se ressocializar de maneira mais rápida.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise de como o sistema carcerário brasileiro não é capaz de efetuar a sua competência, qual seja de ressocializar o indivíduo, pelo contrário, no panorama atual o cárcere brasileiro se transformou em uma “escola de delinquentes”, já que aqueles que lá estão não são vinculados a nenhum programa, atividade ou um método que faça com fiquem ocupados enquanto estão presos. Além disso, permitiu, também, demonstrar que o problema não está apenas nas prisões, mas o problema maior está localizado na lei, isto é, o direito penal ao cuidar de bens jurídicos insignificantes ocasiona uma inflação penal, o que faz com que o crime seja punido antes mesmo de ser realizado.

A evolução histórica da pena demonstrou como a pena privativa de liberdade deixou de ser uma pena de custódia e passou a figurar como uma pena prisão, já que as penas corporais não estavam sendo suficientes para punir os criminosos da época, tendo em vista o aumento da criminalidade no mundo decorrente da crise econômica. As penas também passaram a ter um viés mais humanístico graças aos acordos e tratados assinados mundialmente, onde o homem deixou de ser tratado como um mero objeto.

A norma penal é utilizada como controle social, porque ela é tida pela população como o modo mais efetivo de cumprimento da pena, pois eles observam o indivíduo sendo retirado do seu meio e sendo encarcerado, ficando assim afastado daqueles que o querem longe. Além de ser tido pela população como o modo mais efetivo, o direito penal, dentro todo o ordenamento jurídico, é o mais temido pela sociedade, pois priva a liberdade daqueles que não seguem as suas regras.

Ao deixar de ser um direito de “*ultima ratio*”, o sistema penal passa a ser um direito de emergência, ou seja, o direito penal serve como instituto intimidador da sociedade, impondo o medo a todos e criando normas cada vez mais severas. Por conseguinte, ao

ocasionar a inflação punitiva, o direito penal age como um divisor, pois excluirá da sociedade aqueles que já passaram pelo cárcere, já que estes são rotulados como criminosos e não são mais capazes de se integrar na sociedade a qual pertenceu um dia.

Os presidiários ao serem postos juntos eles passam a se organizarem de modo que consigam benefícios e retire o poder estatal de dentro das prisões, assim, criam normas informais, as quais acabam por regradar o comportamento dentro dos presídios. Dessa organização surgem as facções, que são aqueles que se unem para ter benefícios dentro e fora do cárcere.

Diversos escritores, alguns utilizados para o estudo deste trabalho, criticam o sistema carcerário porque ele não possui finalidade alguma e, como trata-se de um sistema total, retira o indivíduo da sociedade e o coloca em um ambiente onde existem outros criminosos, todos presos por condutas diversas e tendo punições diversas (aquele que praticou crime de falso testemunho é colocado junto de um homicida), pois não há uma divisão entre eles, ocasionando assim uma aprendizagem de delitos.

Por fim, com a reforma penal de 1984, posteriormente a Lei 9.714/98, as penas alternativas chegaram ao ordenamento jurídico para evitar o encarceramento e, assim, diminuir a população carcerária. No entanto, essas penas não são utilizadas de forma habitual pelo magistrado quando da sentença, pois ainda vige no meio social a vontade de satisfazer a justiça social e não pensar na ressocialização do cidadão. A lei 9.099/95, a Lei do JECRIM, viabilizou a conciliação entre as partes nos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, ocorreu um grande avanço no sistema penal, pois os seus princípios passaram a ser, de certa forma, observados pelo legislador penal quando da elaboração dessas leis.

BIBLIOGRAFIA

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

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

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

MANNHEIM, K. Sociologia sistemática: uma introdução ao estudo de sociologia. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 1971.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – parte geral – vol.1. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores (PDF). Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. (reimpressão). Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

SARAIVA, Editora. Vade Mecum de Direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

SICA, Leonardo. Direito penal de emergência e alternativas penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E CRIMINALIDADE JUVENIL: ALTERNATIVA À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL?

Matheus Gomes CAMACHO¹
Bárbara Tani de LIMA

RESUMO

Este artigo tem como objetivo colocar a insustentabilidade da mudança da Maioridade Penal proposta pela PEC No. 33/2012, aclamada como solução para os altos índices de violência e criminalidade ocorrentes, sendo agravados ainda mais quando é levado em consideração o fato de que grande parte dos crimes ocorridos é protagonizada por adolescentes. O presente trabalho sustenta argumentos contrários a proposta, gráficos e informações que mostram a negligência do governo sobre as crianças e os adolescentes, desta maneira é levantado indagações sobre as consequências esperada pela proposta e as reais situações problemas que o país passa em relação ao aumento da criminalidade ocasionada por menores infratores, buscando-se alternativas que possam solucionar o problema de delinquência juvenil em sua gênese e que, concomitantemente, não deixe de amparar as vítimas dos atos infracionais. Foi utilizada uma pesquisa dedutiva, por meio de dissertações, livros, revistas e legislação pátria, para promover um resultado claro e com o objetivo de concluir que a questão do menor infrator, de fato, não diz respeito somente ao ofensor e o Estado, como também, a todos os cidadãos de modo, direto ou indireto, que são atingidos pela violência, entretanto ignoram em observar que o menor infrator é um humano que também carece de direitos e merece ter a sua dignidade preservada e que a justiça restaurativa seria um mecanismo apto a solucionar essas demandas existentes de efetivação de direitos da criança e do adolescente e também da vítima.

PALAVRA-CHAVE: Criminalidade juvenil. Justiça restaurativa. Maioridade penal.

ABSTRACT

This article aims to place the unsustainability of the change in the Penal Majority proposed by the PEC No. 33/2012, acclaimed as a solution to the high levels of violence and crime, and are further aggravated by the fact that a large part of Crimes carried out is carried out by adolescents. The present paper supports arguments against the proposal, graphs and information that show the government's negligence on children and adolescents, in this way is raised questions about the consequences expected by the proposal and the real situations that the country is experiencing in relation to the increase of Criminality caused by juvenile offenders, seeking alternatives that can solve the problem of juvenile delinquency in its genesis and, at the same time, do not fail to protect the victims of infractions. Deductive research was used, through dissertations, books, magazines and national legislation, to promote a clear result and with the purpose of concluding that the issue of the juvenile offender, in fact, does not only concern the offender and the State, as But also to all citizens in a direct or indirect way, who are affected by violence, but ignore in observing that the minor offender is a human who also lacks rights and deserves to have his dignity preserved and that restorative justice would be a mechanism Able to solve these existing demands for the realization of the rights of the child and the adolescent and also of the victim.

KEY-WORDS: Juvenile crime. Restorative justice. Criminal majority.

1 Mestre em Justiça e Exclusão Social, na linha de pesquisa Função Política do Direito, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado e professor das Faculdades Integradas de Ourinhos. Graduado em Direito (2013) pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Recebeu o Prêmio "Clóvis Beviláqua"

1 INTRODUÇÃO

A redução da maioria penal, objeto da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2012 (antiga PEC 171/1993), está em processo de aprovação no Congresso Nacional, que pretende mudar a idade de imputabilidade de dezoito para dezesseis anos, sob o pretexto de reduzir a criminalidade juvenil no Brasil. A partir disso, a presente pesquisa tem como objetivo elencar argumentos contrários a essa proposta e mostra a negligência governamental sobre as crianças e adolescentes na real situação brasileira.

Desse modo, levanta-se os seguintes questionamentos sobre essa sugestão: a violência no país diminuirá com a redução da maioria penal? Essa seria a melhor solução para que o índice de criminalidade entre os jovens possa reduzir? A hipótese de pesquisa aponta no sentido de que a redução da maioria penal não trará redução na violência como esperado nas PECS e seus métodos de ressocialização não estão sendo efetivos, ocasionando a reincidência e uma quebra nas relações sociais. Para tanto, o presente trabalho parte da hipótese que a justiça restaurativa é uma alternativa factível para controle da delinquência juvenil ao mesmo tempo em que busca efetivar direitos do ofensor e do ofendido.

Nesse sentido, o presente trabalho justifica-se na busca de soluções alternativas para a contenção da criminalidade juvenil, que sejam mais eficazes e menos estigmatizantes, ao mesmo tempo em que não deixe a vítima do delito desamparada. Logo, é necessário tentar solucionar esse problema de segurança pública de forma racional e efetiva, de modo que esse indivíduo possa retornar a conviver em sociedade.

É neste cenário que surge a justiça restaurativa, como alternativa à redução da maioria penal, como forma de dar uma resposta rápida e efetiva ao ato ilícito praticado pelo agente e, concomitantemente, amparar a vítima, ouvindo e empoderando as partes nesse processo dialógico, de modo a atender as necessidades tanto do ofensor, quanto do ofendido.

Diante disso, busca-se apresentar uma alternativa para que os adolescentes tenham sua voz ouvida e também apresentar argumentos que refutam as bases da PEC, mostrando que há outros meios de reduzir a delinquência juvenil, adicionando também a insustentabilidade de algumas informações usadas para nortear as propostas da redução da maioria penal.

Para a realização deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo, por meio da revisão legislativa e bibliográfica de artigos científicos, revistas e estatísticas, como a ONU, IPEA, UNICEF, tendo como marco teórico a obra de Howard Zehr, sobre a justiça restaurativa.

2 A PEC E SUA PROPOSTA

A maioria penal, prevista no artigo 27 do Código Penal brasileiro, estabelece a inimputabilidade de pessoas menores de dezoito anos, determinando que, caso cometam alguma infração, serão responsabilizadas conforme legislação especial, a saber, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa lei confirma sua validade no art. 228 da Constituição Federal, que assegura aos jovens a inimputabilidade aos menores de dezoito anos.

Em 1993, houve um Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 171/93, proposta por Benedito Domingos, Deputado Federal do Distrito Federal do Partido Progressista na época, em que visava a uma mudança na idade penal de dezoito anos para dezesseis anos, com a justificativa de que a maioria penal foi fixada em 1940, quando os jovens tinham um desenvolvimento mental mais lento, sendo mais inocentes do que os da mesma idade de hoje. O acesso às informações, a mídia, liberdade de imprensa, aumentariam o desenvolvimento mental, ou seja, os adolescentes de dezesseis anos da contemporaneidade já seriam mais aptos para discernir atitudes legais das ilegais e, por isso, são capazes de serem responsabilizados criminalmente e, conseqüentemente, deveriam ser punidos da mesma forma que aos adultos – o que, para ele, culminaria na redução dos índices crescentes de criminalidade juvenil. No entanto, foi determinado o arquivamento da referida proposta.

Em 2012, voltou-se a discutir a possibilidade de reduzir a maioria penal, uma vez que os índices criminalidade permaneciam altos – e a influência midiática juntamente, com alguns governantes favoráveis a essa emenda, culminou na proposição de nova proposta, mantendo a justificativa da primeira PEC, mas com algumas alterações. O senador Aloysio Nunes Ferreira (2012) criou, portanto, a PEC nº 33/2012, a qual manteve a proposta da diminuição da maioria penal de dezoito para dezesseis anos, mas puniria apenas os crimes hediondos e o tráfico ilícito de entorpecentes e afins, previstos no inciso XLIII, do art. 5º da Constituição Federal. Além disso, inseriu em sua proposta a separação da instituição de encarceramento dos presos de dezoito anos e dezesseis.

Os desarquivamentos das propostas foram determinados em 2015, todavia, a PEC 171/93 foi rejeitada pelo Congresso Nacional, em razão de sua larga abrangência (tornava possível responsabilizar o adolescente por todo e qualquer crime previsto na legislação penal). Entretanto, um dia após uma votação calorosa, Eduardo Cunha (PMDB/RJ) orquestrou uma emenda aglutinativa, para que fosse possível aprovar a redução da maioria penal apenas para crimes hediondos e reacendeu o debate acerca do tema.

3 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Os cuidados das crianças e adolescentes, anteriormente, eram restritos ao Código de Menores de 1927, em que, na punição do jovem infrator, o Estado não se preocupava em oferecer medidas de ressocialização e não assegurava nenhuma prioridade nos direitos fundamentais da criança e do adolescente, deixando toda a responsabilidade somente para família - diferente do que o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e a Constituição Federal de hoje propõe: uma responsabilidade solidária entre família, Estado e sociedade.

Com o ECA, instituiu-se expressamente a doutrina da Proteção Integral à Criança e o Adolescente que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina da proteção integral, com o intuito de priorizar os direitos da criança e do adolescente como sendo um dos direitos principais a ser oferecido pelo Estado, compartilhando a responsabilidade pelo adolescente entre todos: sociedade, Estado e família. A adoção da doutrina da Proteção Integral é importante, de imediato, pois ela passa a tutelar as crianças e adolescentes – independentemente de terem praticado um ato infracional ou se encontram em situação de risco por abandono, todos devem ser protegidos, dentro de suas particularidades, pelo Estado, família e sociedade. As crianças também deixaram de ser objetos para o Estado, tornando-se em sujeitos de direito, sendo inclusive assegurados pela Constituição Federal.

Constata-se, também, no Estatuto da Criança e Adolescente um princípio constitucional da prioridade absoluta, previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, também com previsão da lei nº 8.069/90 dizendo que 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. (BRASIL, 1988, s.p.)

Assim, o princípio da prioridade absoluta, tem como objetivo priorizar com absoluta importância os direitos das crianças e adolescentes retirando apenas dos braços da família a exclusiva responsabilidade do desenvolvimento da criança e adolescente, assegurando seus direitos e a ressocialização dos menores infratores por partes de todos, estado, família, comunidade, escola que antes, como visto, não era uma preocupação do Estado.

O próprio ECA afirma que é dever do Estado, da comunidade, da família e da sociedade a tutela e efetivação dos direitos da criança e do adolescente, com absoluta prioridade, notadamente aqueles “referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, protegendo-os de toda e qualquer forma de negligência,

violência e exploração, além de garantir com prioridade os direitos básicos do infante. Ora, a dignidade humana é a base da atual Constituição Federal e responsável pela ligação do indivíduo com a proteção do estatal e do direito.

No entanto, hoje, mesmo com a proteção do ECA, os jovens não têm os direitos fundamentais efetivados, ficando, por vezes, abandonados e sem apoio algum. Cumpre-se destacar que o critério do discernimento como justificativa para o aprisionamento de adolescentes não prospera com o princípio da doutrina da Proteção Integral, no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a garantia constitucional não se vincula à capacidade de discernimento dos adolescentes, mas à condição peculiar de desenvolvimento, com base também nas dimensões social, política e econômica que o menor está submerso.

4 SITUAÇÃO SOCIOECONÔMICA DOS MENORES INFRATORES NO BRASIL

Ante a análise do perfil da grande maioria dos jovens infratores no Brasil, nota-se a constante violação de direitos e desamparo social e governamental. A teoria do contratualista Jean-Jacques Rousseau (1762), ao afirmar que todo homem nasce bom, mas é corrompido pela sociedade coaduna-se com a proposta deste trabalho, ou seja, a imputabilidade do menor de 18 anos vai além de uma relação maquiavélica da distinção absoluta do legal e ilegal, mas, em verdade, liga-se aos fatores sociais que corrompem esse menor para a criminalidade: são problemas, antes de tudo, contextuais - e assim devem ser encarados.

Percebe-se, então, que uma criança ou adolescente não nasce infrator, ela é produto do meio que vive. Para uma criança ou um adolescente se desenvolver de forma saudável, é necessário ter apoio familiar e escolar, pois são responsáveis diretos pela formação da personalidade. A família e a escola são instrumentos principais para impor limites ao jovem - a família, primordialmente, é responsável por impor limites, demonstrar autoridade e ensinar a respeitar as regras, proporcionando um ambiente seguro (denominado holding) para todo o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Caso a família não proporcione esse ambiente seguro e com imposição de limites, o holding deveria ser encontrado nas escolas; mas, dada a realidade do sistema educacional deficitário, como salas superlotadas, há um grande empecilho na imposição da autoridade do professor e o controle dos alunos, o que prejudica a contenção desses impulsos antissociais dos jovens. Além disso, conforme os dados da pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a maioria desses indivíduos não participavam de nenhuma instituição escolar:

[...] cerca de 60% dos jovens entrevistados possuem entre 15 e 17 anos e que mais da metade deles não frequentava a escola antes de ingressar na unidade. A maioria dos adolescentes infratores parou de estudar aos 14 anos, entre a quinta e a sexta

série, o que demonstra a necessidade de se adotar no país políticas específicas voltadas ao combate da evasão escolar no ensino fundamental. Além disso, 8% deles não chegaram sequer a serem alfabetizados. Nesse aspecto, a desigualdade entre as Regiões do país ficou evidenciada no estudo. Entre os jovens entrevistados no Nordeste, 20% declararam que não sabem ler, enquanto no Sul e no Centro-Oeste essa proporção foi de apenas 1%. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012)

Neste sentido, é obrigação dos pais e professores apresentarem-se para a criança como uma autoridade forte, mantendo controle e impondo regras às crianças, proporcionando um ambiente seguro para o desenvolvimento mental e psíquico saudável. Caso a pessoa que não encontre alguma figura autoritária em sua infância, que lhe imponha limites e lhe proporcione um ambiente seguro, seja na família, na escola, na vizinhança, provavelmente (a não ser que esteja em apuros) não terá sua conduta moldada de acordo com os modelos impostos pela sociedade e, com isso, “só poderá tornar-se cada vez mais inibido no amor e, por consequência, cada vez mais deprimido e despersonalizado, tornando-se por fim totalmente incapaz de sentir a realidade das coisas, exceto a realidade da violência” (WINNICOTT, 2012, p. 131) .

A pesquisa “Panorama Nacional, a Execução das Medidas Socioeducativas de Internação” foi realizada pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) e pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) que entrevistaram 1.898 jovens de 320 estabelecimentos de internação existentes no Brasil, levantou que 43% dos jovens foram criados apenas pela mãe, 4% somente pelo pai e 17% foram criados pelos avós (G1, 2012) Como a criação de 47% contou apenas com um dos genitores, que teve de, muitas vezes, trabalhar para conseguir garantir a subsistência do infante, percebe-se que muitos desses lares não conseguiram fornecer um ambiente seguro com imposição de limites aos jovens, dada a ausência do pai ou da mãe para o labor; ou então, a figura pode ter sido fraca, dada a idade avançada dos seus avós. Em relação aos demais adolescentes que contaram com a presença de ambos os genitores em sua criação, deve-se salientar que a simples presença, por si só, não garante uma estrutura familiar sólida, pois estes, ainda que residindo juntos com o adolescente, podem ter sido omissos no seu controle e educação.

O abandono escolar e a ausência da família não é o único fator significativo entre os menores infratores, o envolvimento com substâncias ilícitas também tem uma forte influência sobre o indivíduo. A ausência da família e o descaso escolar abrem portas para o envolvimento com drogas e até mesmo com o tráfico, no qual ele pode achar o “valor” que não tinha na escola e nem dentro da casa. Do uso de drogas por jovens em cumprimento de medidas socioeducativas decorrente a pesquisa do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) juntamente do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) o uso de

drogas por jovens em cumprimento de medidas socioeducativas corresponde a uma média de 74,8% dos menores infratores entrevistados faz o uso de drogas e apenas 24.3 % não são usuários (DMF e DPJ/CNJ,2012). portanto conclui-se na pesquisa da que o grande número de casos de atos infracionais pode estar intrínseco ao uso de drogas

Entre as características comuns à maioria dos menores infratores pesquisados, de acordo com os estudos do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) juntamente do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) divulgado pelo CNJ, estão o desenvolvimento da criança e adolescente em famílias desestruturadas, a defasagem escolar e o envolvimento com entorpecentes. Observa-se, portanto, que esses jovens não têm apoio e muito menos suporte social para ter discernimento e analisar as situações de maneira correta e assim evitar o início na vida de crimes. Eles são pressionados pelo status quo do consumismo sem ter base alguma e muitas vezes entram para o crime com a ilusão de se encaixar, de se sentir menos invisível diante de todo abandono familiar, escolar e governamental.

O holding também pode ser buscado em outras esferas, como na própria comunidade ou vizinhança em que o jovem está inserido, pois todos os indivíduos daquela comunidade deveriam se conhecer mutuamente. Assim, no momento em que alguma atitude se afasta daquelas concebidas dentro dos parâmetros para os demais indivíduos, rapidamente as pessoas acabam por tecer juízos de valor acerca da conduta e caráter de cada membro, de modo a censurá-lo e orientar o comportamento dos demais integrantes da comunidade.

Malgrado, Shecaira (2012) aponta que esse controle teria mais eficácia em ambientes menores, já que não se socorre, ainda, da coerção estatal. É possível observar, por conseguinte, em grandes centros urbanos, que estas instâncias de controle podem ter sua eficácia restrita, em diferentes gradações, conforme as pessoas vão, paulatinamente, perdendo vínculos comunitários, transformando-se em uma "multidão de anônimos" que não criam laços entre si - apenas habitam os mesmos espaços, o que não possibilita a articulação das instâncias informais de prevenção social do delito. Nestes espaços urbanos, a vizinhança inclina-se em perder a identidade que possuía nas pequenas comunidades. Com a agilidade dos meios de transporte e de comunicação, a mobilidade das pessoas tende a solapar a permanência e a intimidade da vizinhança.

Tal situação exaspera-se ainda mais em decorrência da cultura e sistema econômico que é adotado no Brasil - capitalismo. Exortados, instados e pressionados diariamente a perseguir seus próprios interesses e satisfações, as pessoas tendem a se preocupar com seus com os interesses e satisfações dos outros na medida em que afetem os seus. Cada indivíduo acredita que os outros à sua volta são guiados por motivos igualmente egoístas – e, portanto,

não se pode esperar deles compaixão e solidariedade tão desinteressadas quanto eles próprios são aconselhados, treinados e dispostos a oferecer. Numa sociedade assim, a percepção da camaradagem humana como fonte de insegurança existencial e como um território repleto de armadilhas e emboscadas tende a se tornar endêmica. Numa espécie de círculo vicioso, ela exacerba, por sua vez, a fragilidade crônica dos vínculos humanos e aumenta os temores que essa vulnerabilidade possa gerar (BAUMAN, 2008, p. 172).

Eliezer Gomes da Silva apontou em seus estudos a correlação existente entre privação do consumo, desigualdade social e violência. O referido autor constata que é possível considerar “intensa a correlação entre desenvolvimento humano e criminalidade violenta, a agregação do componente desigualdade ao IDH (compondo o IDHAD) torna ainda mais prevalente a correlação entre desigualdade e criminalidade violenta” (2012, p. 316).

Entretanto, Silva (2012, p. 318-320) aponta que há países de IDH baixo, mas com diminutos índices de homicídio e a explicação para isso está no fato de que não é a desigualdade, a privação material, por si só, nem a falta de oportunidade que fazem surgir a criminalidade; eventual abismo entre as oportunidades individuais, menor adesão aos valores de uma sociedade consumista, menor individualismo e competitividade e maior influência dos instrumentos informais de controle do delito, bem como a inclusão social e a democracia, podem interferir na criminalidade violenta, pois “o comportamento antissocial emana de uma contradição existente entre os objetivos socialmente construídos [notadamente a realização do “Sonho Americano” e da meritocracia e disponibilidade de meios para atingi-los, cumulado com a fomento a um individualismo dos sujeitos”.

Entretanto, tal correlação não pode ser interpretada de forma ortodoxa, pois deve-se considerar que há muitos outros fatores que interferem na criminalidade cruenta – até porque, transportada essa noção para a realidade brasileira, os estados com maiores índices de IDH nem sempre ostentam as menores taxas de homicídio. Razão para isso ocorrer no Brasil reside, em primeiro lugar, pelo fato de que os crescentes investimentos em segurança pública – notadamente por esses estados com elevado IDH – não tem conduzido, necessariamente, à redução da violência. Além disso, há alta letalidade e violência na atuação policial, que contribui para o agravamento do problema, pois “a simples redução dos níveis de letalidade das ações da polícia brasileira (tida como das mais violentas do mundo) já provocaria um significativo decréscimo nos índices de homicídio em geral” (SILVA, 2012, p. 323-324).

Há, com isso, a insistência no paradigma repressivo, que, infelizmente, não caminha na melhora da redução da violência: no melhor dos cenários, a redução é diminuta ou os índices são mantidos. É neste contexto que Marcos Rolim (2006) afirma a existência, no

campo das políticas públicas, da “Síndrome da Rainha Vermelha”², demonstrando que, ainda que haja grandes investimentos em políticas públicas de segurança, a mudança é zero. Tem-se, com isso, o fomento, inclusive defendido pela sociedade civil, de um modelo policial autoritário em uma realidade apenas formalmente democrática.

Oportuna a reflexão de Silva (2012, p. 329-330), ao relacionar o IDH às reduzidas taxas de encarceramento, apontando como possível resposta a de que tal índice foi alcançado por terem tais países “resistido à tentação de ‘governar pelo crime’ (para usar a expressão de Jonathan Simon), de ‘punir os pobres’ (como prefere Wacquant ou de Giorgi), de utilizar um ‘sistema penal máximo’ para compensar uma ‘cidadania mínima’ (para lembrar Andrade)”. E conclui o raciocínio afirmando que “[a]final, taxas de encarceramento e criminalidade violenta quase nunca estão em relação proporcional direta, pois maior ou menor rigor punitivo pode ser fruto de ‘sensibilidades políticas’[...] não diretamente ligadas à criminalidade real [...]”. Deste modo, o que se apresenta à realidade brasileira é um sistema penal ilegítimo, porque criminógeno, e que intenta, como forma de afirmar sua soberania, aumentar suas taxas de encarceramento, num ciclo sem fim, dada a prisionização existente nos cárceres.

Analisando-se, ainda, as taxas de homicídio antes e depois da redemocratização do país, constata-se um grande aumento nos índices – o que demonstra uma relação mais dinâmica entre violência e democracia do que ingenuamente se possa imaginar, notadamente em relação a certa “bipolaridade axiológica e normativa” no tocante às “democracias restauradas, e seu potencial conflitivo (e esperada harmonização) que surge no intervalo entre o resgate da liberdade subtraída e a necessária legitimação da lei e da ordem, imprescindível em qualquer democracia” (SILVA, 2012, p. 338).

A resposta para a não-redução das taxas de violência após a ditadura estaria no fato de o Brasil ostentar elevados índices de democracia formal, mas que, de forma antitética, possuem baixa densidade material, notadamente relacionada à cultura política e participação política (THE ECONOMIST UNIT, 2016, p. 08), o que demonstra um longo caminho a seguir em prol de uma democracia efetiva, de alta densidade, notadamente em razão do lento processo de redemocratização negociada, aliado a uma ditadura militar que defenestrou e

2 O termo foi cunhado como analogia ao que ocorre na obra “Alice no País das Maravilhas”, notadamente no “episódio do encontro de Alice com a Rainha Vermelha em um cenário bucólico que evoca a imagem de um imenso tabuleiro de xadrez a céu aberto. Essa passagem deu origem ao que Richard Dawkins (em O relojoeiro cego), a expressão “efeito Rainha Vermelha”, cunhado pelo biólogo americano Leigh van Valen para designar o princípio de “mudança zero” na taxa de êxito alcançado independentemente do progresso evolutivo, por exemplo quando o predador e a presa evoluem na mesma proporção e ritmo de tal forma que os melhoramentos alcançados por um e por outro se “anulam” (ROLIM, 2006, p.37). Transportada a ideia para as políticas públicas, ainda que haja alta intensidade no investimento de políticas públicas (ou ainda que Alice corra o mais rápido que puder), não se consegue avançar.

deslegitimou o cenário político. Acerca do tema:

Tais indicadores políticos, quando cruzados com dados criminológicos, suscitam interessantes considerações: uma elevada e persistente taxa de criminalidade violenta (ainda que eventualmente estabilizada ou decrescente) é verificada num país (no caso, o Brasil) com bons atributos formais, mas com fracos atributos materiais de uma democracia, em termos de legitimidade, confiança, adesão convicta aos valores democráticos e participação política. E esse cenário de compromissos não verdadeiramente cumpridos de cidadania, democracia, igualdade, solidariedade, justiça parece ter efeito mais devastados sobre a legitimidade das instituições políticas (e, via de consequência, propiciando um quadro de “anomia institucional”, catalisador, até certo ponto, da criminalidade violenta) do que em estados onde a própria fragilidade dos atributos formais da democracia já não alimentam, seriamente, expectativa de práticas institucionais verdadeiramente democráticas. (SILVA, 2012, p. 342-343)

Deste modo, a realidade democrática brasileira possui um caminho longo pela frente até que sua consolidação possa trazer retornos positivos para a contenção da criminalidade e encarceramento. É justamente por isso que se torna imprescindível a reconstrução e desconstrução dos “valores democráticos pela ética do cotidiano, pela mídia, pelo medo, pelo terror, por elementos discursivos e axiológicos alimentados pelos próprios cidadãos (e seu eventual suporte às esferas de mando político e midiático) têm-se mostrado com força não menos desprezível para a configuração dos sistemas penais” (SILVA, 2012, p. 344).

Somente com uma democracia sedimentada, por intermédio da participação ativa dos cidadãos e nova forma de olhar para a criminalidade é que será possível resistir aos seduciosos estímulos do paradigma retributivo e a construção de uma práxis penal libertadora.

5 INSUSTENTABILIDADE DAS BASES DA PEC

A Proposta de Emenda à Constituição que reduz a maioria penal de 18 para 16 anos é tratada muito pelo lado emocional, o que cega as pessoas para a verdadeira realidade em que as crianças e adolescentes brasileiros se encontram. O motor que sustenta as bases da redução da maioria penal é o sentimento de vingança, que seduz boa parte dos cidadãos. Contudo, esses vetores que norteiam a redução da maioria penal serão refutados a seguir, notadamente pela defasagem do governo em relação a medidas socioeducativas e a irrefutável crise carcerária.

5.1 Prisão de menores de 18 anos para crimes hediondos, como, homicídio, latrocínio, estupro e tráfico de drogas

Os adolescentes entram para o tráfico de drogas por enxergar nele como uma saída para se sentirem incluídos dentro de uma sociedade individualista e consumista. Por trás de cada adolescente contaminado pelo tráfico existe um adulto aliciador que aproveita do sistema

para sair impune dessa ação ilícita. “A maioria dessas crianças disse que o tráfico é uma alternativa ao que eles recebem e não recebem da sociedade. Hoje em dia, o que a sociedade está negando a esses jovens infelizmente é oferecido pelo tráfico de drogas” (BBC BRASIL,2003)

Segundo a entrevista do antropólogo inglês Luke Dowdney, pesquisador do Instituto de Estudos Superiores da Religião (ISER) e do Viva Rio, que lançou no início do ano o livro Crianças no Tráfico (2003), para a BBC, além de ser uma atividade ilícita, a participação de crianças e jovens no tráfico, para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), é considerada uma forma de trabalho infantil (BBC BRASIL, 2003).

O Estado, que deveria servir para a criar medidas para evitar o arrebatamento de jovens para o crime, quer na cadeia jovens que não tiveram condições adequadas de saúde, educação, lazer. O grande motivo da entrada para o tráfico é, como já exposto, a tentativa de deixar de ser invisível perante a sociedade de consumo e tentar reduzir os abismos daquele sonho americano que é fabricado e inculcado no seio social e as reais possibilidades de concretizá-lo, já que a sociedade capitalista exorta mais o “ter” do que o “ser” humano.

Estudos mostram que o índice de crimes hediondos ocasionado por menores de idade é praticamente insignificante diante do total. A participação de menores de idade em homicídios, por exemplo, por estado varia de 3,1% no Maranhão a 30.9% no Ceará (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015). O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) aponta que 2,8% dos assassinatos teriam sido cometidos por menores, sendo 1% por jovens entre 16 e 17 anos (UNICEF, 2015), razão pela qual evidencia-se a afirmação de Paulo Sérgio Pinheiro, ao dizer que “o esforço do estado democrático não deve ser de despejar mais e mais adolescentes miseráveis, com baixa escolaridade e afrodescendentes, no sistema penal de adultos”. (REDE BRASIL ATUAL, 2015). É evidente o baixo índice de crimes hediondos por menores infratores, os principais crimes estão concentrados em tráficos e roubos como é possível constatar com os dados da UNICEF “Além do mais, dos crimes de adolescentes no país, segundo a UNICEF cerca de 90% das infrações cometidas pelos menores são roubos, tráfico de drogas e atentados à propriedade, enquanto menos de 10% cometem homicídios e latrocínio” (UNICEF, 2015).

Ou seja, além de não serem eles os principais responsáveis pela criminalidade cruenta brasileira, são eles o principal alvo do sistema pena, pois “mais de 33.000 adolescentes foram assassinados entre 2006 e 2012 e se as condições atuais prevaleceram, outros 42 mil adolescentes poderão ser vítimas de homicídio entre 2013 e 2019” (EL PAÍS, 2015). Desse modo, nota-se que o adolescente é responsabilizado por suas atitudes errôneas,

sem ter tido assistência e segurança governamental, qual está assegurada nas premissas da Constituição Federal, para desenvolvimento de sua conduta.

5.2 Submissão do menor a laudo técnico judicial para o regime prisional

A submissão do menor a um laudo Técnico Judicial consiste em um exame psicológico para definir, analisando todo o meio deste menor, se ele tinha noção do caráter ilícito de sua conduta. O problema reside na capacidade de desenvolver este tipo de avaliação, tendo em vista que que é nem todas as faculdades oferecem a psicologia jurídica na grade curricular e muitos profissionais só vão se deparar com as contradições e conflitos entre Psicologia e Direito apenas durante a atuação prática. (USP, 2014)

O despreparo que os psicólogos vão enfrentar ao fazer um exame psicológico em um menor infrator será mais do que prejudicial, pois os profissionais não terão uma delimitação entre a psicologia e o direito, tornando essa análise algo conflituoso. É sensato pensar que dar a oportunidade desses menores infratores para passar com psicólogos é algo muito importante e admirável, porém propiciar isso apenas quando está para ser condenado, com um déficit profissional especializado nessa área, é provar mais uma vez o descaso das instituições perante esses jovens (USP, 2014)

Conclui-se que o menor infrator ficará novamente dentre mais um dos erros do sistema, já que os serviços prestado desses profissionais raras vezes foram direcionados diretamente ao cumprimento da lei, ocorrendo mais na vara familiar, o que também não pede uma grande quantidade desses profissionais para fazer análises judiciais, tal inexperiência juntamente da quantidade que demandará desses profissionais nos fóruns provavelmente não será suprida pelo governo, assim, acarretará inúmeros erros que irá condenar a vida de inúmeros jovens por puro despreparo.

5.3 Cumprimento da Pena do Menor em Local Distinto dos Presos Maiores de Idade

É evidente a crise carcerária que se encontra o Brasil, segundo o jornal El País ele está na 35ª posição nos maiores índices de superpopulação carcerária, com 172% a mais da capacidade total (EL PAÍS, 2014), isso interfere na segurança das prisões e viola os direitos humanos dos presos e até mesmo daqueles que lá trabalham, pois a superpopulação provoca o aumento de violência, péssimas condições sanitárias, de saúde e de convivência. Se os presídios estão superlotados, a situação da Fundação Casa não é diferente, elas se encontram com o mesmo descaso das redes penitenciárias.

De acordo com o relatório do Ministério Público, das 38 unidades da Fundação Casa na capital paulista, 27 estavam, em março, com número de menores superior à capacidade original. A instituição, sob controle do governo Geraldo Alckmin (PSDB), alega que uma liminar do Supremo Tribunal Federal (STF) permite a acomodação de 15% a mais de adolescentes em cada uma das unidades. (CARTA CAPITAL, 2015).

A superlotação das Fundações Casas traz a insegurança com uma péssima qualidade de vida interferindo diretamente na eficácia da ressocialização, tendo em vista que esses adolescentes amontoam-se no chão para dormir, dada a insuficiência de leitos e espaço para todos, o que permite a reflexão: “Será que é possível garantir a segurança, a integridade física e a dignidade sexual de adolescentes num ambiente em que deveriam ter 170 menores e estão 259?”, questiona o promotor ao citar a situação na ‘Casa Topázio’ [...]”, estabelecida na cidade de São Paulo (CARTA CAPITAL, 2015).

Com a crescente quantidade de presos, já se fazia necessário a construção de mais presídios, contudo o Estado se mostra sem condições de oferecer o básico que deveria para esses sistemas então como ele poderia supostamente investir mais em penitenciárias para crianças se nem das que existem hoje ele não consegue dar conta.

Ante a negligência com que é tratado o sistema carcerário, então é preferível que invista em medidas socioeducativas pois pelo menos esta tenta se aproximar mais da raiz do problema, pois a medida socioeducativa tem mostrado melhores resultados na ressocialização dos internos do que o hipertrofiado sistema penitenciário. Segundo a deputada Bruna Nunes: “Não funciona 100%, mas o índice de reincidência é 26%, e no sistema penal é de 67%. A gente pode lutar para ele estudar. Jogá-lo na prisão é perder esse adolescente.” (CÂMARA NOTÍCIAS, 2015). Além disso, essa “guerra contra o crime” que tem como um dos pontos a redução da maioria penal é claramente seletiva e estigmatizante, pois não a PEC 171/93 é discriminatória e quem “vai ser preso serão jovens negros, pobres e da periferia. É exclusão social”. (CÂMARA NOTÍCIAS, 2015)

Nota-se também a inconstitucionalidade da proposta tendo a possibilidade de ferir uma cláusula pétrea da constituição, conforme o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, que demonstra claramente que não se aceita propostas de emenda constitucionais que fere os direitos e garantias dos indivíduos, sendo que a maioria penal a partir dos 18 anos é uma maneira de proceder com os direitos e garantias individuais

O tipo de punição que a PEC 33/2012 pede não será a solução para a reabilitação dos menores infratores, mas tão somente uma cortina para camuflar, como já dito antes, um problema de negligência social. Atualmente, o Brasil já passa por um caos carcerário e as

Fundações Casas superlotadas como provado acima, os investimentos que seriam usados para criar novos presídios para menores infratores poderiam ser investidos nas Fundações Casas e na educação de base para as crianças e adolescentes.

6 UMA NOVA LENTE: JUSTIÇA RESTAURATIVA

O projeto-político pedagógico vindo de uma Justiça Retributiva, aquela que visa encontrar o culpado e punir, tem-se mostrado falho, no sistema socioeducativo atual, desde as escolas das unidades de internação com salas inadequadas, material didático deficitário, falta de bibliotecas e, para os adolescentes que cumprem medidas em semiliberdade ou liberdade assistida, a estrutura das escolas repetem as mesmas deficiências, assim como a ausência de um projeto que atenda às especificidades das internações. Em um cenário como esse, não cabe nem sequer o pensamento sobre a ampliação do tempo de internação, muito menos aventar a redução da maioridade penal, não há um programa voltado à ressocialização dos adolescentes e jovens privados da liberdade (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

O ambiente dos estabelecimentos de internação não tem se mostrado eficiente na sua tarefa de ressocialização dos jovens, então, porque não complementar e melhorar esses ambientes e métodos com novos tipos de ressocialização, podendo até mesmo vir com uma reação imediata, mais humanitária e que não julga somente o infrator e a vítima, mas sim todo um meio. A proposta da Justiça Restaurativa surge como uma solução alternativa para a redução da maioridade penal. O Projeto de Lei nº 7.006, de 2006, apresenta a proposição de instauração da justiça restaurativa, em seu artigo 2º, traz a seguinte definição:

O procedimento de justiça restaurativa é o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

Desse modo, esse método tem como objetivo ampliar e restaurar o conceito de justiça, em que o crime não será mais visto como apenas uma violação aos bens jurídicos relevantes, mas uma análise geral do infrator, ou seja, o crime está relacionado com a transgressão de relações jurídicas entre cidadãos e, por intermédio de um diálogo mediado (podendo até ter participação da comunidade), verificará o que o levou a cometer tal ato, bem como as carências que o autor do crime possui e os danos causados à vítima e todos aqueles que, direta ou indiretamente, sofreram com o ocorrido, buscando uma solução que atenda aos interesses de todos os envolvidos

A justiça restaurativa baseia-se em um procedimento de consenso, em que a vítima e

o infrator, e, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime (BRITO; ZORZATTO, 2014 ,p.5).

Assim, essa forma de ressocialização remete-se a um cenário de solução aos conflitos na esfera criminal, apontando a discussão de uma justiça com uma forma alternativa de solucionar tais conflitos. Esse método surgiu no exterior, na cultura anglo-saxã. As primeiras experiências vieram do Canadá e da Nova Zelândia e ganharam relevância em várias partes do mundo. Aqui no Brasil, ainda que esteja em uma fase embrionária, existem projetos em prática há dez anos, com isso vem se expandindo cada vez mais em função do fracasso da Justiça Retributiva, que visa à punição pelo erro cometido, sendo incapaz de dar respostas adequadas ao crime e ao problema social que o gera e no qual as vítimas e os infratores estão inseridos.

Segundo Howard Zehr, pioneiro da Justiça Restaurativa, tudo depende de qual lente se olha para o conflito: se olhar pela lente retributiva, o processo penal não consegue atender às muitas necessidades da vítima e do ofensor. Porém, é preciso observar a partir de uma nova lente, observar a relação em cadeia que existe e é desencadeada até o constatado crime, bem como entender que a situação problema foi ocasionada não apenas pelo menor infrator e a vítima, mas que a situação existe uma série de eventos em torno desta relação e que acaba influenciando e afetando para a realização do ato. Zehr, também diz que o crime é um agravo à vítima, mas também pode ser um agravo ao ofensor, pois muitos ofensores já foram vítimas de abusos infância e carecem das habilidades e formação que possibilitaria um emprego e uma vida significativa. Para eles o crime é uma forma de gritar por socorro e afirmar sua condição de pessoa.

A Justiça Restaurativa lida com danos concretos indo diretamente a pessoa, em 2016, o CNJ expediu a Resolução 225, de 31 de maio de 2016, ainda também limitados ao âmbito da aplicação da Lei 9.099/95 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas possibilitando que as práticas restaurativas possam ser aplicadas de forma alternativa ou concorrente ao processo formal (art 1º, §2º). Trouxe, em seu art. 2º, como princípios orientadores da Justiça Restaurativa a corresponsabilidade, a reparação de danos, a informalidade, atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, o empoderamento a participação, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade, ressaltando que a participação do processo depende de consentimento prévio, livre e espontâneo, facultando às partes procurar e submeter diretamente os acordos e planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis. Confere-se, ainda, direito das partes

de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento remetido ao juiz competente para verificação dos requisitos legais e ulterior homologação. Além disso, eventual acordo surgido será remetido ao juiz tendo uma violação de relacionamento, ligado reconhecidamente a outros danos de conflito, as pessoas e os relacionados são a vítima, diferente da Justiça Retributiva, a qual o estado é uma vítima. A vítima e ofensor são partes do processo, não limitando mais apenas ao ofensor e o Estado, assim as necessidades e direitos das vítimas são uma preocupação central deixando de ignorar as relações inter-pessoais, compreendendo a ofensa num contexto ético, social, econômico e político.

Quanto aos princípios norteadores da justiça restaurativa, tem-se aqueles elencados pela Carta de Araçatuba, no ano de 2005, a saber:

- plena informação sobre as práticas restaurativas anteriormente à participação e os procedimentos em que se envolverão os participantes;
- autonomia e voluntariedade para participação das práticas restaurativas, em todas as suas fases;
- respeito mútuo entre os participantes do encontro;
- co-responsabilidade ativa dos participantes;
- atenção à pessoa que sofreu o dano e atendimento de suas necessidades, com consideração às possibilidades da pessoa que o causou;
- envolvimento da comunidade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação;
- atenção às diferenças sócio-econômicas e culturais entre os participantes;
- atenção às peculiaridades sócio-culturais locais e ao pluralismo cultural;
- garantia do direito à dignidade dos participantes;
- promoção de relações equânimes e não hierárquicas;
- expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;
- facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimentos restaurativos;
- observância do princípio da legalidade quanto ao direito material;
- direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;
- integração com a rede de assistência social em todos os níveis da federação;
- interação com o Sistema de Justiça.

A justiça restaurativa apresenta uma lente diferente para olhar o delito “Apoiar o ofensor não significa apoiar o crime, e sim apoiá-lo no plano de reparação de danos. Nesse ambiente se faz a busca de uma solução que seja aceitável. Não necessariamente o mediador precisa ter formação jurídica, pode ser, por exemplo, uma assistente social” diz o juiz Asiel Henrique de Sousa, pioneiro na implantação do método no país do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) para uma entrevista do CNJ.

O processo tem três modelos clássicos, que consistem; Programa de conciliação vítima-ofensor (VORP), conferências familiares (FGC) e os círculos de sentença. Primeiramente na mediação entre a vítima e o ofensor, em sentido estrito, há a figura de um terceiro imparcial, o mediador, que estimula o diálogo entre vítima e ofensor (na presença ou não dos familiares e membros da comunidade), pode ser realizada por intermédio de

programa de conciliação relativamente dependente. Por intermédio deste, realizam-se encontros presenciais entre ofensor e ofendido, após o início do processo penal, admissão de autoria do dano e concordância das partes. É obrigatório que ocorram encontros prévios de preparação das partes para a sessão e para terem certeza se é este o procedimento que desejam, bem como a presença de facilitadores externos ou mediadores, para incentivar a fala de todos (GIAMBERARDINO, 2015).

Por segundo são as conferências familiares, essa tem necessidade do diálogo das partes, junto com a família, amigos e a comunidade, para interpretação da realidade que vive e viveu cada um dos envolvidos, aproximando ofensor, ofendido e comunidade na construção de uma solução justa e duradoura; as conferências são processos nos quais um grupo de pessoas, entre si vinculadas, se reúnem para discutir algum fato passado, suas consequências e motivações. Aqui, a figura do facilitador imparcial é prescindível, mas ele está quase sempre presente nos modelos mais desenvolvidos. Ele é denominado care and protection coordinator, sendo independente da figura judiciária e com formação específica para atender a demanda, que auxiliará na discussão e na fase anterior ao encontro, com sessões em separado entre ofensor e vítima, para posterior diálogo entre as partes. Caso não haja acordo, o caso será remetido à polícia ou ao judiciário (GIAMBERARDINO, 2015).

Por fim, os círculos restaurativos (sentencing circles), que são mecanismos com aplicáveis em casos de adolescentes em conflito com a lei. Os participantes sentam-se em círculos, como regra, e o coordenador oportuniza a abertura de espaços de fala respeitosa dos envolvidos – a vítima, que normalmente inicia o processo, o adolescente, familiares e amigos de ambos, bem como representantes da polícia, assistente social e, eventualmente, o magistrado e advogados – com objetivo de criarem um plano para lidar com o fato ocorrido, como um todo. Todos os participantes terão oportunidade de relatar o que sabem sobre o caso, reservando aos advogados a intervenção somente se verificar violação de direitos na condução do encontro. Após a fala de todos e as opções apresentadas para reparação do dano, a vítima e jovem reúnem-se com suas respectivas famílias para discutir os planos de reparação dos danos que, caso seja aceito por todos, a conferência se encerra, muitas vezes, com partilha de comida (GIAMBERARDINO, 2015, p.169).

Indispensavelmente, constata-se em todos os modelos a necessidade de um consentimento livre e informado das partes para que, voluntariamente aceitem ou não estes procedimentos, que será confidencial. Caso consintam, e respeitada à legalidade do direito penal, é imprescindível preservar o respeito às partes e fomentando seu engajamento e participação ativa, com auxílio comunitário, no processo restaurativo, com vistas a satisfação

das necessidades das partes envolvidas, respeitada suas particularidades e limitações socioeconômicas de cada envolvido.

No Brasil, as práticas de Justiça Restaurativa, desenvolvidas segundo a moderna teoria sobre o tema, são muito recentes e têm ganhado um espaço crescente, apesar de terem sido apenas experiências isoladas e independentes de qualquer base legislativa, os resultados foram satisfatórios. Ainda que, em um primeiro momento, se tenha um pouco de receio quanto a práticas baseadas em um diálogo, a participação dos envolvidos para a construção da justiça e dicção do direito poderá aumentar o engajamento social, fortalecendo nossa democracia, além de auxiliar a incrementar no acesso à justiça, além de contribuir para a desconstrução de estereótipos desqualificadores das massas e da população periférica, abandonando a ideia discriminatória de existir uma relação intrínseca entre pobreza e criminalidade. Assim, defende-se a possibilidade de adoção de práticas restaurativas com vistas ao descobrimento do outro, respeitando sua alteridade e estimulando o diálogo.

No ano de 2005, por meio da parceria entre o Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD deu-se início a um projeto: “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” (SLAKMON; DE VITTO; GOMES PINTO, 2005). Nesta ocasião, três projetos-piloto foram implantados com financiamento pelas citadas instituições, Juizado Especial Criminal do Núcleo de Bandeirantes, em Brasília (DF), 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre (RS) e na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul (SP), os dois últimos possuem práticas voltadas para adolescentes em conflito com a lei e o primeiro, para delitos de menor potencial ofensivo. Implementados com base nos princípios da Justiça Restaurativa, cada projeto fez uso de modelos diferentes. Nos dois últimos, a Justiça restaurativa foi aplicada em parceria com a Secretaria de Estado da Educação (SEE), em casos envolvendo crianças e adolescente. O procedimento adotado foi o círculo restaurativo, a capacitação dos facilitadores foi realizada pela organização Comunicação Não-Violenta (CNV-Brasil. Em Brasília, a Justiça Restaurativa foi aplicada em crimes de menor potencial ofensivo praticados por adultos (João, Camila Ungar; Arruda, Eloisa de Souza, 2009, p.202).

No âmbito do legislativo, há o projeto de lei nº 7.066, de 2006, proposto pela Comissão de Legislação Participativa em 10 de maio de 2006, para facultar o uso da justiça restaurativa na seara penal. Já teve seu arquivamento determinado em três ocasiões (31/01/2007, 31/01/2011 e 31/01/2015), mas teve seu desarquivamento determinado seu desarquivamento em 19 de março de 2015, tendo sido apensado ao Projeto de Lei nº 8.045/2010 (Projeto de Código de Processo Penal), aguardando parecer desde 18 de março de

2016.

O referido projeto prevê a inclusão de o cumprimento do acordo restaurativo ser uma causa de extinção da punibilidade, além de autorizar que a autoridade policial possa sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento do caso às vias restaurativas e prever a possibilidade de suspensão do processo penal, quando se constatar a possibilidade de aplicar a justiça restaurativa.

A Justiça Restaurativa abre caminhos para obter uma forma diferente de abordagem em questões jurídicas, o que poderá ajudar a resolver muito os problemas de ressocialização dos menores infratores, colocando-os de frente com a vítima e provocando a busca pela consciência de seus atos prejudiciais, procurando entender ambas as partes e fortalecer as relações sociais numa perspectiva mais humana, melhor lapidada e menos bruta. Esse método é uma forma de construir uma sociedade e um sistema judiciário mais democrático que valorize as participações das pessoas, a dignidade humana, as relações inter-pessoais, restaurando as relações sociais.

Portanto a justiça restaurativa é uma das vias que pode ajudar a controlar a criminalidade do adolescente, sem ter a necessidade de reduzir a maioria penal, pois o método fará com que o adolescente seja ouvido e apontará todas suas necessidades que não foram e não são atendidas como estudos, saúde, lazer etc. E ouvirá a vítima, que posicionará o ofensor de frente para a consequência de seus atos, tendo a consciência de que não ficou impune pelo o que fez, aumentando o senso de responsabilidade e o fará reparar o erro cometido, pois, como diria Beccaria, não é a gravidade das penas que faz com que as leis sejam obedecidas, mas sim a certeza de sua aplicação. E é isso que propõe a justiça restaurativa, a qual apesar de não ter aplicações severas, serviria como uma resposta mais célere ao adolescente, para ter a consciência de que será sim responsabilizado, entretanto não será mais visto como um criminoso, e sim alguém que merece cuidados e ser responsabilizado pelos danos que cometeu.

8 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise, não só sobre a proposta da redução da maioria penal, mas também sobre horizontes alternativos ao paradigma punitivo e da forma como este encara a atual situação dos jovens e menores infratores no Brasil, apontando, com isso, a Justiça Restaurativa como solução para aplicação efetiva das medidas socioeducativas e que pode ser a alternativa para uma não ocorrência de uma redução da maioria penal. Além disso, mostrou a face dissimulada e mascaradora do

governo diante de um problema social gravíssimo, o qual prefere acumular adolescentes em mais presídios a investir em reabilitações socioeducativas e educação de base e demais políticas públicas para efetivar os direitos fundamentais dos adole. De um modo geral, os menores infratores estão absorvidos num meio social baseado em desigualdade, abandono e negligência, utilizando cada vez mais drogas e sendo levados para o tráfico de substâncias ilícitas e, conseqüentemente, a prática de roubos.

Ao levantar os dados e levar em consideração estudos e opiniões de órgãos respeitadas, conclui-se pela insustentabilidade da proposta de emenda à constituição, que apresentam informações e justificativas com pouco lastro científico e sem prognósticos, como demonstrado ao longo do trabalho. Ademais, a PEC nº 33, de 2012, mostra-se ineficaz para controle da delinquência juvenil.

Além disso, evidenciou-se que a análise do ato ilícito de um adolescente infrator vai muito além do que apenas perquirir sua maturidade, ou se tem consciência de tal ato, mas sim deve-se observar as influências de um meio social em que está inserido, sem qualquer tipo de apoio. Nesse contexto é que surge a Justiça Restaurativa, como uma solução de um efetivo método de solução pacificadora dos atos infracionais, como medida de ressocialização e realinhando as relações sociais com uma nova perspectiva de visão, acabando com estereótipos e empoderando os agentes sociais, ao passo que dá mais atenção às questões sociais, com participação direta ou indireta da população.

A Justiça Restaurativa mostra-se eficaz alternativa para o controle de atos infracionais praticados por adolescentes, pois tenta ir à gênese do problema, ouvindo do adolescente todas as suas carências (educação, saúde, lazer, trabalho) ao mesmo tempo o faz ouvir todas as conseqüências de seus atos, de modo a conscientizá-lo dos seus atos e torná-lo mais responsável por suas atitudes. Isso faz a justiça restaurativa uma alternativa uma alternativa mais viável que a redução da maioria penal para o controle e redução da criminalidade juvenil - ao invés da redução da maioria penal - justamente por tratar das relações inter-pessoais. A justiça restaurativa é o alicerce para se construir pontes, afinal o ideal é construir pontes e não muros.

9 REFERÊNCIAS

AMORIM, Silvia. Unicef estima em 1% os homicídios cometidos por menores no Brasil. O Globo, São Paulo, 02 abr. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/unicef-estima-em-1-os-homicidios-cometidos-por-menores-no-brasil-15761228>>. Acesso em: 22 de mai. 2017.

ANTUNES, Fernando Luís Coelho. A Justiça Comunitária e os Modelos Alternativos de Administração da Justiça, UFSC, Brasil, 2011. Disponível em: <<http://www.nepe.ufsc.br/control/artigos/artigo55acesso:12-11-2009>>. Acesso em 15 jun. 2017

BELMIRO, Daniele. A superpopulação das prisões da América Latina atinge níveis críticos. EL PAÍS, Madri, 28 agos. 2014. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/08/27/internacional/1409162170_051108.html>. Acesso em: 21 de mai. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional de Justiça aponta falhas na aplicação de medidas socioeducativas, em seminário nacional. Brasil, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60991-cnj-aponta-falhas-na-aplicacao-demedidas-socioeducativas-em-seminario-nacional>>. Acesso em: 23 de jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional de Justiça Traça Perfil dos Adolescentes em Conflito com a Lei. Brasil, 2012. Disponível: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58526-cnj-traca-perfil-dos-adolescentes-em-conflito-com-a-lei>>. Acesso: 19 maio 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Restaurativa: o que é e como funciona. Brasil, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 22 de jun. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.006, de 2006. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em 18 dez. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045, de 2010. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263&ord=1>>. Acesso em 18 dez. 2016.

BRASIL. Conselho de defesa dos direitos da pessoa humana. Resolução nº 08, de 21 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/resolucoes/2012/resolucao-08-auto-de-resistencia>>. Acesso em 20 mar. 2016

BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. ONU, 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 23 de mai. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Violência Faz Mal à saúde. Brasília, DF, 2006. 295 p. Disponível em: <http://200.18.252.57/services/e-books-MS/06_0315_M.pdf#page=17>. Acesso em: 21 de mai. 2017.

BRASIL. Projeto de Emenda Constitucional nº 171, de 27 de outubro de 1993. Dispõe sobre as diretrizes para a redução da maioria penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 out. 1993. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/>>

<d/pdf/DCD27OUT1993.pdf#page=10> >. Acesso em: 20 de mai. 2017.

BRASIL. Projeto de Emenda Constitucional nº 33, de 10 de abr. 2012. Dispõe sobre as diretrizes para a redução da maioria penal. Senado Federal, Brasília, DF, 10 de abr. 2012. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3041940&disposition=inline>>. Acesso em: 20 de mai. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 225, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

COUTO, Luiz Albuquerque. Proposta de Emenda à Constituição nº 171, de 1993. Brasil, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra?codteor=1309494&filename=Tramitacao-PEC+171/1993> Acesso em: 21 mai. 2017.

DOWDNEY, Luke. Criança no Tráfico: ‘Sem Inclusão Social, não há Solução’. BBC Brasil, São Paulo, 21 de mai. 2003. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2003/030521_trafico.shtml>. Acesso em: 20 maio 2017.

FELLET, João. Na contramão do Brasil, EUA reduzem punição a jovens infratores, BBC Brasil, Washington, 01 abr. 2015b. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150330_eua_maioridade_penal_jf>. Acesso em: 21 maio 2017.

FERNANDES, Leticia. Para juristas, debate sobre maioria penal está fora de foco. O Globo, Rio de Janeiro, 1 abr. 2015a. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/para-juristas-debate-sobre-maioridade-penal-esta-fora-de-foco-15749920>> Acesso: 21 maio 2017.

FRAGA, Erica; TUROLLO JR, Reynaldo. Lacuna em estatísticas sobre menores infratores contrasta com outros países. Folha de São Paulo, São Paulo, 07 jun. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1638676-lacuna-em-estatisticas-sobre-menores-infratores-contrasta-com-outros-paises.shtml>>. Acesso em: 20 de mai. 2017.

G1. Jovem é Detido Suspeito de Aliciar Menores para o Tráfico de Drogas em Arcoverde. G1, Caruaru, 09 de mai. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pe/caruaru-regiao/noticia/jovem-e-detido-suspeito-aliciar-menores-para-o-traffic-de-drogas-em-arcoverde.ghtml>>. Acesso em: 20 de mai. 2017.

G1. Suspeita de Aliciar Adolescentes para Tráfico de Drogas é Presa na Paraíba. G1, Paraíba, 21 ago. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2015/08/suspeita-de-aliciar-adolescentes-para-traffic-de-drogas-e-presa-na-paraiba.html>>. Acesso: 20 mai. 2017.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para

além da punição. Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2015.

JOÃO, CAMILA UNGAR; ARRUDA, ELOISA DE SOUZA. A justiça restaurativa e sua implantação no Brasil. Brasília, jan/dez2014. Disponível em: <[http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo09 - camila ungar jo%C3%A3o e eloisa de sousa arruda.compressed.pdf](http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo09_-_camila_ungar_jo%C3%A3o_e_eloisa_de_sousa_arruda.compressed.pdf)>

MORAES, Camila Ribeiro de. Crise política favorece avanço de projeto que reduz maioria penal. EL PAÍS, São Paulo, 31 de mar. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/31/politica/1427836708_419980.html>. Acesso em: 21 maio 2017.

OLIVEIRA, Maristela Cristina; SÁ, Marlon Marques de. Redução da Maioridade Penal: Uma Abordagem Jurídica. 2008. Monografia (Especialização em formulação e gestão de políticas públicas). Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008. Disponível em: <http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/artigos/justica_e_cidadania/reducao_da_maiorade_penal_uma_abordagem_juridica.pdf>. Acesso em: 20 de mai. 2017. 17:35:30.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Redução da maioria penal pode agravar violência. Portal Brasil, São Paulo, 11 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/05/onu-reducao-da-maioridade-penal-pode-agravar-violencia>>. Acesso em: 21 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Nações Unidas no Brasil se posicionam contra a redução da maioria penal. ONUBR, Brasília, 11 de mai. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/nacoes-unidas-no-brasil-se-posicionam-contr-a-reducao-da-maioridade-penal/>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

REDE BRASIL ATUAL. Para jurista Miguel Reale Jr., redução da maioria penal 'é uma fraude'. Rede Brasil Atual, São Paulo, 29 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/04/reduca--da-maioridade-penal-e-fraude-dizem-juristas-e-movimentos-sociais-na-usp-8678.html>>. Acesso em: 20 de mai. 2017.

ROLIM, Marcos. A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

SILVA, Eliezer Gomes. Criminalidade violenta, sistema penal, desenvolvimento humano, igualdade e democracia: antigos e novos desafios da criminologia crítica. In: ZILIO, Jackson; BOZZA, Fábio (Orgs). Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; OLIVEIRA, Raissa Menezes de. O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários. IPEA, Brasília, n. 20, jun. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20>. Acesso em: 21 de maio 2017.

SOUZA, Ana Paula. Conflitos entre Psicologia e Direito marcam atuação de profissionais em fórum. USP, São Paulo, 20 jan. 2014. Disponível: <<http://www5.usp.br/39088/conflitos-entre>>

[-psicologia-e-direito-marcam-atuacao-de-profissionais-em-forum/](#)>. Acesso: 23 maio 2017.

STAHL, Gary. UNICEF é contra a redução da maioria penal. Unicef Brasil, Brasília, 2015. Disponível:https://www.unicef.org/brazil/pt/media_29163.htm. Acesso: 21 maio 2017.

SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD

WINNICOTT, Donald Woods. Privação e delinquência. Tradução: Álvaro Cabral. 5ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

XAVIER, Luiz Gustavo. Debatedores criticam PEC da redução da maioria penal. Câmara Notícias, Brasília, 30 de jun. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/491337-DEBATEDORES-CRITICAM-PEC-DA-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL.html>>. Acesso em: 20 maio 2017.

MEDO, VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE URBANA: LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO DIREITO À CIDADE ¹

Thaís de Moraes GARROTE²
Ana Paula MEDA³

RESUMO

Este estudo desenvolve uma reflexão sobre a influência da exclusão socioespacial urbana na consolidação e transformação das relações sociais agravadas pelo ideário do medo em reflexo à violência e à criminalidade urbanas. A aceitação do “outro” e a democratização dos espaços urbanos em junção à vivência da diversidade social são negados na medida em que a distância física do espaço urbano se desloca para distância social. Objetiva-se, assim, entender como o medo ao estranho, a violência e a criminalidade acentuam as restrições ao exercício do direito à cidade e de que forma isso está a ocorrer na realidade brasileira. O estudo proposto está desenvolvido a partir do método hipotético-dedutivo com abordagem multidisciplinar com a Sociologia, a Antropologia Urbana, a Geografia e a Arquitetura.

PALAVRAS-CHAVE: Espaço urbano. Exclusão socioespacial. Diversidade social. Medo ao estranho. Direito à cidade.

ABSTRACT

This study develops a reflection on the influence of urban social and spatial exclusion in the consolidation and transformation of social relations aggravated by the ideology of fear in response to urban violence and crime. The acceptance of the "other" and the democratization of urban spaces in conjunction with the experience of social diversity are denied insofar as the physical distance of urban space shifts to social distance. The aim is to understand how fear of strangers, violence and criminality accentuates the restrictions on the exercise of the right to the city and how this occurs in modern cities. In order to carry out the proposed study the work is developed from the hypothetical-deductive method with a multidisciplinary approach with Sociology, Urban Anthropology, Geography and Architecture.

KEY-WORDS: Urban space. Socio-spatial exclusion. Social diversity. Afraid of the stranger. Right to the city.

1 INTRODUÇÃO

A vida urbana tem adquirido cada vez mais relevância tanto na vida pessoal quanto na vivência em sociedade. As relações de sociabilidade, então, são transformadas assim como os espaços urbanos são desenhados em meio à segregação socioespacial com a criação de

1 Artigo desenvolvido com base nos estudos do grupo de pesquisa “Intervenção do Estado na vida das pessoas” (INTERVEPES) sob a coordenação do Prof. Dr. Renato Bernardi.

2 Graduada em Direito pela Faculdade Sudoeste Paulista (FSP) e especialista em Direito Processo Penal pela Universidade Anhanguera – UNIDERP em parceria com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – LFG. Advogada. Integrante do grupo de pesquisa “Intervenção do Estado na vida das pessoas”. E-mail: thaís_garrote@hotmail.com

3 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e mestranda em Ciência Jurídica pela mesma instituição. Advogada. Integrante do grupo de pesquisa “Intervenção do Estado na vida das pessoas”. E-mail: anapaula.meda@yahoo.com.br.

fronteiras territoriais e relacionais.

Dentro de tal perspectiva, este estudo justifica-se pela importância do tema em questão, visto que as cidades influenciam diretamente a consolidação democrática do espaço e a constituição e transmutação das relações com o “outro”, estranho às fronteiras dos espaços compartilhados entre as pessoas com condições econômicas semelhantes entre si.

A partir da desigualdade social de referido cenário que diferencia o “ser” em virtude do “ter”, acrescenta-se o medo, a violência e a criminalidade como fatores que contribuem para o distanciamento da vida urbana comum, voltada para a democratização dos espaços públicos e a convivência entre estranhos.

Desse modo, o terror ao “outro” e o surgimento de “enclaves fortificados” são mostras evidentes da limitação do direito à cidade enquanto direito de usufruto igualitário do ambiente urbano, ao passo que o espaço não tem sido utilizado como fomentador da diversidade e da interação entre os indivíduos.

O trabalho busca, com isso, entender e demonstrar como o exercício do direito à cidade está restrito face aos limites socioespaciais urbanos, bem como o medo, a violência e a criminalidade interferem diretamente no exercício da cidade enquanto direito de descoberta constante e vivência comum no ambiente da cidade. A homogeneidade social em detrimento da diversidade e da própria democratização da urbe são fatores que sustentam a negação do próprio direito à cidade, como entende Francisco Sabatini.

Assim, a problemática pauta-se na seguinte indagação: como o medo, a violência e a criminalidade contribuem para a limitação do exercício do direito à cidade, uma vez que as relações sociais são distanciadas na mesma proporção das distâncias físicas, orientadas pela delimitação segregacionista do território?

Continuamente a delimitação teórica desenvolvida no presente trabalho inicia-se por uma abordagem sobre os limites socioespaciais do espaço urbano, sendo que no capítulo seguinte pesquisa-se acerca da criminalidade e da violência nas cidades com posterior estudo sobre o conteúdo do direito à cidade. No último capítulo, associa-se em um único contexto a criminalidade urbana e o direito à cidade em uma análise de influências recíprocas.

A pesquisa está desenvolvida a partir do método hipotético-dedutivo, visto que há uma hipótese de limitação do direito à cidade em razão do medo, da violência e da criminalidade juntamente às premissas estabelecidas, desde as genéricas até as específicas. O estudo, nesse sentido, tem enfoque multidisciplinar com diálogos entre autores de diferentes ciências como a Sociologia, a Antropologia Urbana, a Geografia e a Arquitetura.

2 FRONTEIRAS URBANAS: A CIDADE E SEUS LIMITES SOCIOESPACIAIS

Se outrora as cidades foram constituídas no intento de ser local de união e composição mútua de confiança entre pessoas que se complementariam em prol de um convívio comum, tornou-se ela, ao contrário, o que Bauman designa como “lugares em que inseguranças socialmente concebidas e incubadas são confrontadas de uma forma altamente condensada e, portanto, particularmente tangível” (2007, p. 77).

Significa dizer que as cidades têm concentrado um alto número de indivíduos que constituem e permanecem em conflitos diários aguçados por questões humanas e sociais que restam desaguadas, muitas vezes, em controvérsias pela disposição espacial do território, pela arquitetura empregada no ambiente urbano, pela precariedade do transporte público, pela difícil mobilidade nas cidades, pela violência, entre outras problemáticas.

Assim, cada pessoa na vivência de sua angústia própria, em meio ao caos urbano coletivo, não encontra confiança e segurança a ser reconhecida no outro. Ao invés do despertar de tais sentimentos, a figura do “outro” como sujeito estranho a mim e aos meus iguais, tende a causar estranheza e um não reconhecimento. Com isso, passa-se a criar diferenciações de cunho socioeconômico refletidos nos limites socioespaciais da cidade.

De acordo com esse cenário, os “iguais” devem permanecer juntos da mesma forma que os “desiguais” devem limitar-se ao grupo de desiguais, porém, iguais entre si. Torna-se visível que o espaço urbano está consubstanciado em diferenças econômicas que segregam e limitam até onde um “desigual” é bem-vindo, seja da perspectiva do rico, seja da perspectiva do pobre.

Conforme estudo realizado por Eduardo Marques, Carolina Requena e Telma Hoyler a partir de uma análise tipológica sobre os espaços sociais na cidade de São Paulo, através de artigo intitulado “Estrutura social, segregação e espaços”, os autores concluíram que a segregação de “classes” é uma característica profundamente arraigada na urbe objeto do estudo em questão:

Como se sabe, São Paulo é uma cidade bastante segregada, em especial no que diz respeito às classes superiores. As classes médias e inferiores são menos segregadas e tendem a coabitar espaços, mas a estrutura geral da segregação indica uma clara hierarquia entre grupos, apontando um padrão que poderíamos chamar de evitação social por parte das classes superiores. (2016, p. 377)

Em complementação à chamada “evitação social” percebida na maior cidade brasileira, acrescenta-se de acordo com LóicWacquant que “O abismo cada vez maior entre ricos e pobres, o crescente autocercamento das elites políticas, a distância cada vez maior entre as instituições dominantes e a sociedade, tudo isso alimenta a hostilidade e a

desconfiança” (2005, p. 34).

No entendimento de Bauman (1999, p. 77-78) há, ainda, uma hierarquia global da mobilidade como divisor de uma “nova liberdade de movimento, que os chamados processos ‘globalizantes’ redundam na redistribuição de privilégios e carências, de riqueza e pobreza, de recursos e impotência, de poder e ausência de poder, de liberdade e restrição”.

Na elucidação de referido autor os efeitos da globalização criam paradoxos orquestrados em desigualdades sociais e econômicas alimentadoras de diferenças que ultrapassam o consumismo do “ter” e alcançam a condição humana do “ser”.

A estranheza diz respeito não só a uma construção organizada pelo julgamento do poder econômico, mas acima disso, é o poderio econômico que transmuda uma diferença criada em diferença naturalizada à pessoa.

Note-se, quanto à hierarquia global de mobilidade e as distinções entre os indivíduos, a explicação de Bauman ao considerar os turistas e os vagabundos:

Os turistas se movem porque acham que o mundo a seu alcance (global) irresistivelmente *atraente*. Os vagabundos se movem porque acham o mundo a seu alcance (local) insuportavelmente *inóspito*. Os turistas viajam porque *querem*; os vagabundos porque *não têm outra opção suportável*. (1999, p. 101, grifos do autor)

Talvez as cidades tragam com elas as representações mais claras das pessoas “turistas” e das pessoas “vagabundas”, vez que as limitações socioespaciais do ambiente urbano são criadas a partir da imagem e junção dos iguais entre si em fronteira espacial ao diferente. Assim, é como se turistas vivessem em partes da cidade não habitadas ou circuladas por vagabundos e vive-versa.

Para contribuir com a aflição exarada pelo efeito globalizatório que fez surgir o turista e o vagabundo, torna-se possível citar, ainda, o planejamento urbano e a globalização. Na concepção de Erminia Maricato engendrou-se um planejamento urbano imediatista, consumista e predador da mesma maneira que a “seleção” orientada pela globalização.

Tratou-se de diferenciar, agora, pela oportunidade de vida digna na cidade, com acesso à terra e à moradia urbana, com direito de viver a cidade em sua completude na acepção integral do espaço urbano como espaço de vida comum; o ambiente produzido, contudo, não escapou à lógica segregacionista de manter fronteiriça a convivência:

o planejamento urbano modernista funcionalista, importante instrumento de dominação ideológica, contribuiu para a consolidação de sociedades desiguais ao ocultar a cidade real e preservar condições para a formação de um mercado imobiliário especulativo e restrito a uma minoria [...]. Uma permanente tensão se estabelece entre a condição legal e a condição ilegal; (MARICATO, 2015, p. 87)

Nesse sentido, pode-se perceber que existem limitações socioespaciais orientadas também pelo próprio desenho territorial urbano e suas condições. Em ocupações irregulares,

por exemplo, é comum que as pessoas que ali morem não tenham acesso a saneamento básico, energia elétrica e água potável, serviços de infraestrutura presentes nos espaços “legais” das cidades.

Como aponta Lúcio Kowarick (2000, p. 27-28) “A produção do espaço gera, portanto, zonas que por causa do preço da terra só podem ser destinadas às camadas de maior poder aquisitivo”, em razão disso persistem diferenciações entre o espaço urbano que, como se verá adiante, não só produzem fronteiras sociais, mas também limitam o exercício do direito à cidade.

Mas na continuidade da aferição das diferenças urbanas, Olivier Mongin, ao utilizar como aporte teórico Zygmunt Bauman, observa que a diferenciação preza pelo medo em detrimento da confiança, a desenhar as cidades como muralhas de enclausuras para proteção em face do “outro”, ao passo que o outro é diferente, seja turista ou vagabundo, consumidor ou consumidor frustrado, possuidor e proprietário de moradia adequada ou, “invasor” e possuidor de barracos ilegais:

Com o sociólogo Zygmunt Bauman, pode-se ver nesse liberal-autoritarismo o sinal de uma fragilidade, mas também o “custo humano da globalização”. Se a demanda de segurança não pode ser interpretada como um exercício disciplinar do Estado, as escolhas territoriais e as estratégias de demarcação elaboradas por indivíduos, longe de serem redutíveis às escolhas exclusivas dos condomínios fechados, são enunciadas diferentemente em função do tipo de habitat e de entre-si “selecionados”. (MONGIN, 2009, p. 206)

O viver urbano, então, criou extensa presença de medo e desigualdade social. O território constituído por cidades foi e continua sendo fronteiro, limitador, restrito entre pessoas, grupos, diferenças econômicas, modos de segurança que amarram, mas não libertam. É o que Maria Teresa Pires do Rio Caldeira denomina de “enclaves fortificados” como “espaços privatizados, fechados e monitorados para residência, consumo, lazer e trabalho. A sua principal justificação é o medo do crime violento” (2000, p. 211). Há, dessa forma, a concepção de uma cidade de muros com intento divisor inato ao seu projeto de autoproteção.

As pesquisas realizadas por Pablo Silva Lira na capital do Espírito Santo, Vitória, coaduna para a constatação do que ele chama de “arquitetura do medo” em razão da disseminação em proporção endêmica da “cultura do medo”:

Sob o efeito da cultura do medo, os espaços residenciais de cidades como Vitória incorporam amplamente elementos medievais e prisionais que dão sentido à expressão *arquitetura do medo*. É justamente nos bairros sócio-economicamente privilegiados da capital capixaba que a arquitetura do medo assume maior vigor. [...] constatamos como o exagero das estratégias de auto-proteção, promovidas pelas classes médias e altas nos espaços residenciais de Vitória, tem contribuído para o agravamento dos processos de segregação sócio-espacial e a desqualificação e deterioração dos espaços públicos (calçadas, ruas, bairros etc.). Dessa forma, acreditamos que a consolidação dos espaços residenciais fortificados resulta da

interação das desigualdades estruturais, processos segregatórios e da ampliação da cultura do medo referente à criminalidade violenta. Esses espaços ameaçam o uso democrático e seguro dos espaços públicos, por retornarem à cidade, através de formas arquiteturais hostis e agressivas, seus temores em relação à insegurança. (2017, 168-169, grifos do autor)

Pode-se dizer que a cidade, como expressão da vida em sociedade, é a representação palpável da diferença criada pelo ideário humano sobre a valorização do “ter” à morte do “ser”.

Não basta o fato de ser humano, é preciso ter uma simbologia de poder que seja valorizada na sociedade em que se vive, como, por exemplo, mansões, carros novos, roupas de marca, possibilidade de viajar e conhecer o mundo, ter celulares de última geração, além de dinheiro para frequentar lugares “badalados”, pois “Aquele que ‘não é’ não apresenta nenhum interesse para os atores da rede globalizada, somente aquele que encontrou seu lugar nas malhas da rede lançada no arquipélago conserva chances de se manter ali” (MONGIN, 2009, p. 205).

Quer-se dizer, desse modo, que as cidades contemplam segregações que são orientadas desde os aspectos mais básicos de sobrevivência como, por exemplo, o acesso deficitário ao direito à moradia adequada, entre outros, até os aspectos consumistas que transmudam o valor do “ser” para o valor do “ter”.

Destarte, diante da consideração de que a cidade produz segregação socioespacial, abordar-se-á a violência urbana em relação ao medo e à criminalidade como fatores que, igualmente, reforçam as diferenças sociais e tornam o “outro” ainda mais “perigoso” e menos bem-vindo em locais de uso comum, o que mina a convivência democrática e intensifica o processo de diferenciação social.

3 CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA URBANAS

O direito do homem ao meio ambiente sadio, conforme afirma Capena (2005, p. 140) está determinado no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem do ano de 1948, e se refere ao direito à qualidade de vida, que neste caso enquadra-se como um direito fundamental.

Ressalta-se que uma boa qualidade de vida somente é adquirida quando o Estado fornece elementos para que isto ocorra, ou seja, desde que haja o respeito à Dignidade Humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988) juntamente aos objetivos fundamentais previsto no artigo 3º e seus incisos na CF de 1988, quais sejam: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a

pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, de acordo com o artigo 2º, inciso I, do Estatuto da Cidade, a política urbana tem como um de seus objetivos o direito a cidades sustentáveis, o que se pode entender pelo direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer para todos os cidadãos e gerações, independente de classe social.

Com o aumento da população urbana superior à população rural, conforme expõe Saule Junior (2007, p.32), as cidades cresceram sem a infraestrutura adequada, houve más distribuições das pessoas nestas cidades, o que acarretou o crescimento de inúmeros problemas sociais, como, por exemplo, o descaso com determinados bairros que foram abandonados, a falta de água, falta de saneamento básico, a falta de emprego, pobreza, educação, preconceito e demais situações, as quais comprovam a impossibilidade de qualquer dignidade para as pessoas que ali vivem.

Dando apoio à questão do aumento populacional, Oliven (2010, p. 19) posiciona-se no sentido de que a insegurança e todos os problemas sociais que fazem surgir a violência, são resultados do sistema capitalista, que exacerba as desigualdades sociais brasileiras, ainda mais gritante no ambiente urbano.

Diante desta situação, o Estado, nas palavras de Souza (2000, p. 368), tem um enorme descaso quanto à assistência e às necessidades básicas das pessoas, fazendo com que as classes discriminadas se organizem em atividades marginalizadas, e acabem gerando um processo paralelo de poder que desafia constantemente o sistema legal, potencializando o surgimento de bandos intitulados como mantenedores da ordem social daqueles locais.

Ou seja, o crescimento desordenado das cidades, segundo Penteado Filho, Vasques e Frugoli (2014, p.42) fez com que desaparecesse o controle social informar onde as pessoas se tornam anônimas, de modo que as famílias, o Estado, as escolas, os trabalhos e demais entes, não consigam mais impedir o surgimento de atos antissociais.

Ainda sobre o crescimento e desenvolvimento das cidades, Shecaria (2008, p.167) menciona que existem 05 (cinco) tipos de Zonas que dividem a cidade e cada uma tem um desenvolvimento diferente e quanto mais distante da zona central, maior é o grau de descaso com a população que ali reside:

Uma cidade desenvolve-se, de acordo com a ideia central dos principais autores da teoria ecológica, segundo círculos concêntricos, por meio de um conjunto de zonas ou anéis a partir de uma área central. No mais central desses anéis estava o Loop,

zona comercial com os seus grandes bancos, armazéns, lojas de departamento, a administração das cidades (...). A segunda zona, chamada de zona de transição, situa-se exatamente entre a zonas residenciais (3ª zona) e a anterior (1ª zona), que concentra o comércio e a indústria. Como zona intersticial, está sujeita à invasão do crescimento da zona anterior, e por isso, é objeto de degradação constante.

Assim, essas categorias abandonadas, conforme defini Brettas e Moraes (2009, p. 21), ou seja, de jovens desempregados, de pessoas sem casas adequadas, nômades sem rumo, de dependentes químicos, imigrantes, se tornaram ressaltante no espaço público, devido à grande quantidade de pessoas que vivem nestas condições justamente pela falta de amparo dos órgãos públicos.

Isso acarretou um maior grau de preconceito, pois pessoas com diferentes níveis econômico-social tendem a não conviver através da utilização e apreciação de um mesmo espaço, generalizando situações de insegurança uns em face dos outros, essencialmente quando voltados para pessoas com condições econômicas mais desfavorecidas, como se tal condição significasse a presença de uma pessoa “perigosa”.

Com isso, as pessoas com poder aquisitivo elevado, muitas vezes, a partir de um alto grau de preconceito, se isolam em seus mundos, excluindo o diferente, o que acarreta uma maior fragilidade diante do contexto social. Vejam-se as palavras de Morais (1981, p.12) sobre o medo e o crime:

(...) As casas não mais expõe suas fachadas românticas, pois cercam-nas muros muito altos para dentro dos quais triangulam cães de guardas. As pessoas trafegam em seus automóveis com vidros bem fechados para evitar abordagens perigosas em cruzamentos de semáforos e, dependendo por onde andam a pé, sentem-se como se estivessem em plena prática de “roleta russa”.

No entendimento de Oliven (2010, p. 16), então, existe na realidade uma dramatização da violência, pois há a construção de uma imagem maniqueísta da sociedade: “homens de bem” x “homem do mal”, criando assim, o “marginal” como um bode expiatório, para exorcizar as classes médias assustadas com a inflação, desemprego, perda de *status*, proletarização e a perda do poder aquisitivo.

Neste sentido, “a ausência completa do Estado (não há delegacias, escolas, hospitais, creches, etc.) cria uma sensação de anomia e insegurança, potencializando o surgimento de bandos armados e matadores de aluguel, que se intitulam como mantenedores da ordem” (FILHO, VASQUES e FRUGOLI, 2014, p. 43).

Inclusive, Diniz e Batella (2006, p. 55) afirmam que os delitos não ocorrem no vácuo, mas em um espaço concreto, com inúmeros atributos específicos que na maioria das vezes contribuem para o grande aumento das infrações penais.

Segundo o Livro “Portal da Educação” (2012, p. 19), os fatores de violência também

são marcados por uma geração racista, preconceituosa e que não aceita a religião ou a cultura de povos diferentes. Outros casos também compreendem drogas, desrespeitos, educação, entre outros. Ademais, não há como combater nenhum tipo de violência sem antes mesmo eliminar todos os fatores que as concretizam.

A criminalidade, para Fragoso (1991, p.441), tende a aumentar, pois está nitidamente associada à estrutura social de forma injusta e desigual, o que torna grande parte da população marginalizada, com menores abandonados ou em estado de carência. Em sentido contrário, enquanto o Estado não voltar sua atenção para essas situações, será inútil punir e elaborar sistemas de repressão de delitos.

A grande distorção de direitos é nítida perante a sociedade e segundo o posicionamento de Celso Lafer (1988, p. 210), tem-se que neste caso a violência é considerada uma forma racional, pois tem por finalidade justificar um fim para o reequilíbrio de uma disfunção social.

Neste momento, então, faz-se menção à concepção de Conceição (2008, p.58), na qual, amparando-se no pensamento de Celso Lafer, define a diferença entre crime e violência. O primeiro é apenas atos típicos e antijurídicos definidos em lei. Já o segundo é definido como uma força bruta, a invasão dos direitos da pessoa, ou seja, a prática de atos chocantes que magoam e frustram os princípios necessários para dignificar os valores fundamentais individuais e sociais das pessoas, o que eventualmente não pode ser visto como um crime. Ressalta-se que a violência é fonte de alimento para a criminalidade.

Já em outras situações, segundo Fernandes e Fernandes (2002, p. 386), alguns autores de delitos são definidos como pessoas da alta classe social, que na maioria das vezes possuem poder político, econômico ou social, e que por isto, na maioria dos casos seus delitos permanecem impunes, sendo estes autores de delitos específicos que se diferenciam dos criminosos comuns, consistindo nos piores criminosos existentes na sociedade. Assim, a este tipo de delitos cometidos pela alta classe social denominamos de Cifra Dourada da Criminalidade, ou também, mais popularmente conhecido como “Crimes do Colarinho Branco” (White collar crime).

Logo se percebe que a criminalidade não está vinculada à pobreza, pois pessoas de altas classes sociais são autores de inúmeros delitos. O que realmente diferencia os criminosos diz respeito apenas aos tipos de delitos praticados, pois enquanto os mais pobres tendem a praticar crimes como furto, roubo (crimes contra o patrimônio), entre outros, os criminosos de classe economicamente elevada praticam fraudes contra o Poder Público, causando grandes prejuízos ao sistema financeiro do País.

Ressalta-se que por muitas vezes os órgãos responsáveis pelo controle social formal, como, por exemplo, a polícia judiciária, do mesmo modo como o senso comum, acaba automaticamente exercendo preconceito quando existem delitos praticados por pessoas com condições econômicas desfavorecidas, pois não analisam o contexto fático da situação a que se refere à vida da pessoa, sendo bem diferente, neste caso, o tratamento dos criminosos pertencentes à elite.

Diante de toda esta situação, acaba-se que existe um grande problema no sistema brasileiro ao que se refere aos crimes realmente denunciados e praticados como pela efetiva punição de seus autores. Acontece que, na maioria das vezes é a classe baixa que sempre é devidamente punido, mesmo que sejam delitos insignificantes, como por exemplo, o furto de comida. Assim, segundo Pentead Filho, Vasques e Frugoli (2014, p. 45), isto acarreta um maior nível de preconceito da sociedade para com os punidos, gerando uma difícil reinserção na social, ocasionando o que se denomina de Teoria do Etiquetamento ou Rotulação.

É nesta linha de pensamento que Martini (2007, p. 45) informa:

A nossa legislação ordinária e especial é rica em demonstrações de seletividade da norma penal. À guisa de exemplo, tem-se a disparidade entre as penas previstas para os crimes contra o patrimônio público e privado. O crime de roubo é punido muito mais severamente do que o de sonegação fiscal, levando à conclusão de que, para o conjunto a sociedade brasileira, subtrair uma carteira mediante grave ameaça é mais gravoso do que sonegar milhões em impostos, ainda que o roubo de carteira apresente à vítima somente prejuízos materiais, enquanto a sonegação pode ceifar inúmeras vidas, por subtrair recursos que seriam aplicados em políticas públicas.

Os autores Filho, Vasques e Frugoll (2014, p.38) mencionam ainda, que existe também a questão do tratamento diferenciado para as próprias vítimas, as quais muitas vezes são discriminadas, seja pelas falhas na Polícia, pela manipulação às avessas, fazendo com que estas vítimas deixem de prestar queixas, pois sabem que será pior por não terem o amparo necessário devido a todas as circunstâncias supramencionadas, contribuindo assim para o que se conhece por Cifra Negra, ou seja, a existência de um grande número de delitos que por alguma razão não são levados ao conhecimento das autoridades, contribuindo assim, para uma estatística divorciada da realidade, sendo, portanto, uma estatística falsa.

Complementando a ideia supracitada, é importante trazer as palavras de Juarez Cirino dos Santos sobre o que vêm a ser Cifra-Negra:

a cifra negra representa a diferença entre aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sobre pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social. (SANTOS, 2006, p. 13)

É em meio a este contexto que Saule Junior (2007, p.39) afirma que de acordo com a

Carta Cidade, as autoridades nacionais têm um papel fundamental para a adoção de medidas legislativas e normativas para que haja progressivamente a implantação de meios apropriados para que toda a população possa ter uma vida digna, com a plena efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, previstos na Constituição Federal de 1988.

Ademais, é também fundamental, segundo o Livro de Criminologia do Portal da Educação (2012, p. 55) que haja urgentemente uma maior valorização dos bons policiais, melhorias nas condições de trabalho dos destes, reposição de policias, pois nos dias atuais, o índice de policiais que estão prestes a se aposentares é muito elevado como também é necessário à criação de novos métodos de treinamento e reciclagem, como uma forma de selecionar apenas policiais honestos e bons, substituindo assim, os policiais corruptos que usam de seus cargos para cometer inúmeras infrações penais.

Somente com a modificação das atitudes e medidas tomadas pelo Poder Público e com a conseqüente valorização dos direitos indispensáveis previstos na Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais, é que faz surgir a possibilidade de ocorrer a diminuição de crimes no espaço público, pois a partir do momento em que todos forem tratados iguais perante a Lei, ninguém terá motivos para ingressar na vida criminosa.

4 DO DIREITO À CIDADE

O capítulo II da Constituição Federal de 1988 trata da Política Urbana com menção às diretrizes expostas em suas normas, contidas nos artigos 182 e 183.

A norma presente no artigo 182 evidencia que o desenvolvimento urbano é essencialmente executado pelo Poder Público municipal, de maneira a “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Esse artigo contém, ainda, quatro parágrafos. O primeiro deles torna obrigatório o plano diretor que deve ser aprovado pela Câmara Municipal, em cidades com mais de 20 mil habitantes, por ser compreendido como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”.

O § 2º do artigo 182 da Constituição, ao dispor que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” está a reforçar o que consta na norma do artigo 5º, XXIII da CF/88, qual seja, que “a propriedade atenderá sua função social”, seja ela urbana ou rural.

Na sequência, o § 3º traz a tona a desapropriação de imóveis urbanos desde que com prévia e justa indenização, bem como o § 4º faculta ao Poder Público municipal, a partir de lei específica contida no plano diretor, em relação ao proprietário de solo urbano não edificado,

subutilizado ou não utilizado, o dever de que este promova seu adequado aproveitamento, sob a possibilidade de incidir penas sucessivas, as quais seguem em três incisos do § 4º do artigo 282.

Ainda na elucidação das normas constitucionais especificamente direcionadas para a realização da política urbana no Brasil, tem-se o artigo 283. De acordo com tal dispositivo legal quem “possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”, a chamada usucapião especial de imóvel urbano, com especificações contidas nos incisos I, II e III.

Aproveitou-se o momento para demonstrar, antes que se adentre ao direito à cidade em si, que a política urbana, assim como outras searas, foi elencada a valor constitucional necessário para o desenvolvimento humano e social nas cidades, de modo que o direito de usufruí-la não seja restrito, mas aberto a todas as pessoas.

Observa-se, então, a existência de diretrizes gerais para política urbana que resultaram na regulamentação das normas insertas nos artigos 182 e 183 já mencionados, com a instituição do Estatuto da Cidade, Lei nº. 10.257 de 10 de julho de 2001 que, de acordo com Nelson Saule Junior, é oriundo do projeto de lei nº. 5.788/90 que sofreu alterações a fim de atender às demandas sociais, podendo ser considerado o “marco referencial” para a instituição do Estatuto da Cidade como lei que regulamenta a política urbana prevista no capítulo II do texto constitucional (2004, p. 206-207).

O Estatuto da Cidade, diferentemente da perpetuação de segregações socioespaciais, busca democratizar a cidade e seu usufruto, de maneira a tornar o espaço urbano mais flexível e passível de acesso comum, independente de qualquer condicionamento, visto que deve existir a exploração do espaço público em harmonia com a configuração e permanência do espaço privado.

A identidade individual é inserida na identidade coletiva fomentada por espaços públicos criados na cidade. A troca simultânea enriquece a consolidação de ambientes democráticos e valoriza o ser enquanto pessoa humana que ali frequenta e atua na perspectiva de munícipe e cidadão. A observação e a relação com “outro” tende, com isso, a ser reprogramada do outro “perigoso” para o outro indivíduo possuidor de condição humana igual a mim. O estranho passa a ser semelhante.

Mas por que a ideia de se ter e efetivar uma política urbana voltada para as funções sociais da cidade e sua democratização? Além da cidade também ser um direito, ela é a

concretização dos valores da sociedade através da criação do meio ambiente artificial, influenciando diretamente na forma de vida e nas relações sociais prezadas naquele espaço. É por isso que um projeto urbano que vise sua reestruturação e consolidação do direito à cidade influencia positiva ou negativamente na apreciação do convívio comum que inclui o “outro”.

Adiante cabe definir o que é o direito à cidade.

O direito à cidade é conceito concebido pelo sociólogo e filósofo francês Henri Lefebvre na década de 1960. Desde então adquiriu presença nas discussões de diversos autores e, nas palavras de seu criador:

O direito à cidade não pode ser concebido como um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais. Só pode ser formulado como direito à vida urbana, transformada, renovada. [...] Basta abrir os olhos para compreender a vida cotidiana daquele que corre de sua moradia para a estação mais próxima ou distante, para o metrô superlotado, para o escritório ou para a fábrica, para retornar à tarde o mesmo caminho e voltar para casa a fim de recuperar as forças para recuperar tudo no dia seguinte. O quadro dessa miséria generalizada não poderia deixar de se fazer acompanhar pelo quadro das —satisfações que a dissimulam e que se tornam os meios de eludi-la e de evadir-se dela. (2001, p. 117-118)

A cidade compreende a vida cotidiana e não pode ser apreendida como um produto acabado com fórmulas prontas e tidas por universais. A cidade é experiência viva que descobre e é redescoberta a cada nova moradia edificada, a abertura de ruas, construções de espaços comuns de convivência como parques e praças, estruturação de transporte, entre outras maneiras. Logo, a cidade é percebida em cada detalhe que alcança o todo.

Nas palavras de David Harvey (2013, s.p.):

A cidade pode ser julgada e entendida apenas em relação àquilo que eu, você, nós e (para que não nos esqueçamos) ‘eles’ desejamos. Se a cidade não se encontra alinhada a esses direitos, então ela precisa ser mudada. [...] A liberdade da cidade é, portanto, muito mais que um direito de acesso àquilo que já existe: é o direito de mudar a cidade mais de acordo com o desejo de nossos corações.

O direito à cidade abrange não só o aspecto físico da realização do ambiente urbano, mas consagra também com tanta importância quanto o aspecto relacional da vida nas cidades. Assim, o direito à cidade é a efetivação do “nós” em comunhão com “ele”, “ela”, “eles”, “elas” e “eu”. Entretanto, como já foi apresentado no capítulo dos limites socioespaciais da cidade, bem como no capítulo da violência urbana, a tendência moderna é que as cidades não conjuguem vozes para alcançar um fim comum, mas tenham seu espaço fragmentado em prol da proteção ao outro.

Demonstra-se, com isso, uma falha na interpretação do direito à cidade para sua própria concretização: a cidade deve unir, aproximar as pessoas mesmo que em grandes distâncias; ela não deve oprimir e segregar, pois seu pleno exercício depende de uma liberdade de existir que só pode ocorrer quando uns aceitam aos outros na composição de um

mesmo espaço. A diferença deve ser cultivada e não reprimida.

Porém, o medo do outro aliado ao que Lira chama de criminalidade urbana violenta (2017, p. 27) traduz a ausência de confiança e insegurança que as pessoas recriam umas nas outras quando precisam conviver em uma grande cidade consolidada em desigualdades sociais e limitações territoriais com base em uma “evitação social”.

Torna-se insustentável, a partir de tais considerações, que os indivíduos possam formar um coro uníssono para o exercício do direito à cidade. E é a criação de fronteiras urbanas em intensificação ao medo, à violência e à criminalidade que a cidade deixa de ser usufruída como bem de uso comum. Alguns grupos não se misturam com os outros ou não freqüentam o mesmo espaço que aqueles por medo e sensação de insegurança:

O crime veio para compor o cenário cotidiano da cidade. Se para uma parte urbana, onde preferencialmente habitam moradores pertencentes às classes médias e altas, o crime repercute em sentimentos de medo e insegurança – visível nas estatísticas de crime contra o patrimônio e contra a pessoa, na reorganização dos comportamentos coletivos nas ruas e nos espaços públicos, na regulação da proximidade e distância entre as classes sociais [...], o crime e suas organizações vieram, paradoxalmente, em uma era de reconhecidos avanços econômicos, sociais e da própria vida democrática, a aprofundar desigualdades e segregar ainda mais o território urbano. (ADORNO; DIAS; NERY, 2016, p. 403)

A segregação do espaço urbano limita por si só o exercício completo do direito à cidade. O medo, a violência e a criminalidade fazem surgir “novas formas de sociabilidade e, sobretudo, na organização sócio-espacial das cidades. Em urbes como Vitória, os hábitos sociais dos cidadãos foram alterados a partir das preocupações e medos de se tornarem a próxima vítima de assassinato, latrocínio, sequestro ou roubo.” (LIRA, 2017, p. 60).

Destarte, não é difícil perceber que em virtude da fragmentação das cidades e das novas formas de sociabilidade pautadas pelo medo e pela preocupação com a criminalidade violenta, o direito à cidade sofre limitações em seu exercício, pois se as pessoas não convivem como iguais, mas diferentes em maio a uma condição humana única, o espaço artificial será utilizado como forma de poder e dominação.

O outro, portanto, é tão somente mais um alguém com o qual não há diálogo, debates democráticos ou trocas de experiências. A função social da cidade e seu projeto democratizador tornam-se quase utópicos, vez que a intolerância ao diferente e o medo do estranho, do “outro perigoso”, tende à autoproteção, com o fito de que ninguém seja a vítima seguinte da criminalidade violenta.

Na continuidade do pensamento desenvolvido neste capítulo, tratar-se-á, na próxima parte do texto, de alguns exemplos que limitam o pleno exercício do direito à cidade.

5 CRIMINALIDADE URBANA E RESTRIÇÃO DO DIREITO À CIDADE

Já se notou que o espaço urbano está eivado de segregação socioespacial, de maneira que esta segregação tem influência na ocorrência de delitos, bem como na condição social fornecida pelo próprio Estado à sua população, isto porque a violência surge como uma forma de questionar o poder sobre os problemas encontrados na sociedade, diante do abandono quanto aos seus patrimônios, saúde, educação e a efetivação dos direitos fundamentais aos homens previstos na Constituição Federal de 1988.

Diante disto, Filho, Vasques e Frugoli (2014, p. 46) afirmam que, inspirada na Escola de Chicago, surgiu uma Teoria conhecida como Lei e Ordem (Broken Windows) ou Tolerância Zero. A referida teoria parte da premissa de que existe uma relação entre a desordem e a criminalidade, devendo os espaços públicos e privados ser conservados, a fim de que não gerem a impressão de abandono, a inibir o surgimento do pensamento de que em tais lugares não existe a presença de autoridades.

Ademais, os referidos autores (2014, p. 46) ainda mencionam que aquela teoria baseou-se em um experimento feito por um psicólogo chamado Philip Zimbardo, onde dois automóveis foram colocados em bairros distintos: um no bairro de classe alta de Palo Alto (Califórnia) e outro no Bronx (Nova York). Verificou-se que neste último bairro, o veículo foi depenado em apenas 30 minutos, enquanto no primeiro bairro o veículo permaneceu intacto por uma semana e somente foi saqueado por vândalos após os pesquisadores quebrarem uma das janelas.

Aqui é possível perceber, de acordo com abordagem realizada no primeiro capítulo deste artigo, que os bairros urbanos em consonância, essencialmente, com direcionamentos segregatórios voltados para questões de capacidade econômica, possuem diferentes características, o que viabiliza tal compreensão através da descrição da teoria anteriormente apontada, ou seja, há a existência do crime, porém, com distintas maneiras de execução.

Com isso, segundo o Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa (2016, p. 2) quando existe uma insuficiência de ordem, por menor que seja, é gerada a ideia de deterioração, desinteresse e despreocupação na sociedade, como também pode gerar uma percepção de ausência de lei, normas e regras, levando a sociedade a quebrar os códigos de convivência. É por essa razão que os crimes desta natureza tendem a ocorrer com maior recorrência nas áreas de desordem.

Seja na desordem ou não desordem, a interpretação sob a ótica das cidades em meio a referidas características que agregam os “iguais”, mas não toleram os “desiguais”, fomentam o desencontro com o “outro”, pois na visão de Francisco Sabatini “A segregação

como homogeneidade social do espaço é uma negação da cidade, porque é uma negação da diversidade.” (VILLEN; PITTA, 2017, s.p.), assim, o que antes deveria ser um espaço de descoberta e realização constante, passa a ser ambiente de isolamento social, podendo-se perceber diferenças até mesmo na produção do crime como reflexo da produção do espaço.

Acrescenta-se, como propõe Vergara (2002, s.p.) que a maior parte da criminalidade é gerada justamente pela pobreza, e tem como principal vítima as pessoas mais pobres, o que ocasiona um aumento gradativo da criminalidade quanto aos crimes violentos. Ressalta-se ainda, que nestes meios de maior pobreza os crimes patrimoniais não têm grandes escalas, pois há preferência por regiões mais ricas, justamente pela diferença de estrutura e qualidade de vida, existindo, portanto, um patrimônio com valor econômico alto.

Nas reflexões de Francisco Sabatini isso se relaciona com os efeitos subjetivos da segregação social, diretamente no que diz respeito ao “efecto barrio”, ou seja, atribuir a cada indivíduo as características comuns do bairro (2012, s.p.), no caso, os crimes patrimoniais têm correspondência com a associação de que as pessoas que moram em bairros elitizados possuem maior condição econômica do que aquelas moradores de bairros “pobres”, tidas por marginalizadas.

A precariedade de infraestrutura e segurança pública nos bairros menos abastados impulsionam a criminalidade, pois

(...) a maior parte da criminalidade gerada em meio à pobreza tem como vítimas os próprios pobres, que ainda vivem o drama de não ter a quem recorrer, visto que, em muitos bairros de baixa renda, a presença da polícia e de serviços de saúde é muito menor. Isso é verdadeiro especialmente em relação aos crimes violentos, enquanto os crimes contra o patrimônio, guiados muito mais pela oportunidade, ocorrem nas regiões mais ricas das cidades, onde há patrimônio para ser subtraído.

Segundo o entendimento de Filho, Vasques e Frugoli (2014, p. 71), essas situações de abandono causam condições desforáveis para a habitação de qualquer indivíduo, propiciam a promiscuidade, a perda, o desaparecimento de valores, o desrespeito com o próximo como também outros valores comportamentais fundamentais, impelindo aqueles indivíduos que residem ou “sobrevivem” nestes lugares a situações de prostituição, tráfico de drogas, crimes contra o patrimônio, incluindo ainda os crimes contra a vida. Assim,

Cabe ressaltar que a criminalidade violenta encontrou na cidade brasileira, produto dos processos de transição econômica e demográfica da metade do século XX, o seu palco privilegiado. O que permite assumir o caráter predominante da criminalidade violenta urbana. A criminalidade violenta está essencialmente concentrada nas áreas urbanas. Usualmente, sabe-se que violências de todos os aspectos e motivos também ocorrem nas zonas rurais. Entretanto, são nas cidades e metrópoles que os desentendimentos interpessoais aparecem com maior vigor, talvez pela própria estrutura centralizadora e concentradora que o meio urbano apresenta. (LIRA, 2017, p. 18)

A criminalidade violenta, então, conduz as cidades à geração do medo. As pessoas perdem a confiança nas outras e passam a viver com receio de seus semelhantes, pois não se sabe quando uma tentativa de roubo, tiroteio, seqüestro, homicídio ou outros crimes podem ocorrer em virtude do dinheiro. Isso alimenta o caos em agregação ao medo e como observa Batista (2003, p. 20), “o medo corrói a alma” e a partir de então o indivíduo é aprisionado em si mesmo e no seu espaço de pertencimento, pois “O sujeito moderno seria tutelado então pelo terror ao estranho” (BATISTA, 2003, p. 34).

Diante disso vê-se que as pessoas com condições econômicas mais baixas são privadas de seus direitos fundamentais de qualidade de vida, limitando ainda, que estas pessoas frequentem determinados lugares ou possam obter determinados bens que desejam, pois por serem completamente ignorados pelo Estado, vivem esquecidas, possibilitando o surgimento de grupos criminosos que comandam determinadas regiões, esculpindo suas regras e normas mesmo que estas sejam o oposto da determinação legal.

Com a exposição do medo em virtude do terror ao estranho e à criminalidade urbana violenta, soma-se o surgimento de organizações criminosas que fazem com que a população adquira ainda mais medo de utilizar e frequentar determinados lugares na cidade, o que coaduna claramente para uma limitação de se viver a cidade enquanto direito. O terror ao estranho ao limitar as relações de sociabilidade e redesenhá-las, o faz também na disposição do espaço urbano.

Ressalta-se que o crescimento dos crimes e da violência, no entendimento de Adorno apud Bittar (2008, p. 221) também está relacionado à disseminação do Crime Organizado, principalmente ao tráfico de drogas, que é um fenômeno que vem se intensificando com o passar dos anos. Vale ressaltar, ainda, que a grande quantidade de furtos e roubos ocorridos nos grandes centros, tem nítida relação com a utilização dos objetivos e valores adquiridos ilegalmente com a manutenção do consumo de drogas. Para sustentar o vício, os indivíduos se predispõem a cometer crimes de motivação econômica, e na maioria das vezes, com violência em razão do uso da droga (FRANCISQUINHO; FREITAS, 2008, p. 22).

Nessa mesma linha de pensamento, Misse (2006, p. 109) afirma que o fator “droga” é abstraído pelo mercado de consumo, sendo que resta o mercado ilícito. Destaca que a principal diferença é pela alta taxa de lucratividade e baixa especialização exigida dos varejistas e conseqüentemente com grande risco de concorrência envolvendo transação no referido mercado.

Juntando-se o medo nas cidades, a criminalidade urbana violenta, o terror ao estranho, as problemáticas que envolvem o tráfico de drogas e seus usuários no país, bem

como a imagem de caos que é vendida pela mídia, o ambiente urbano torna-se uma máxima do pavor e a aversão ao “outro” é composta sob tais égides, visto que é melhor se proteger no alcance de seus limites face ao estranho, interpretado como inimigo de guerra.

Não são apenas as elevadas taxas de criminalidade e as formas de violências que trazem preocupação, segundo Belchior (2007,s.p.), mas as consequências dos efeitos tangíveis, como, por exemplo, os gastos com os setores públicos e privado para correção de danos combinado com elementos intangíveis como os traumas e problemas psicológicos que afetam as vítimas, parentes e amigos. É por tudo isto que as autoridades, pesquisadores e a sociedade deverão buscar uma solução ao grave problema da violência e criminalidade.

Nas palavras de Soares (2007, s.p.), a educação que restringe a criminalidade deve ser incentivada e priorizada desde a infância, não somente pelas famílias e amigos da criança, mas principalmente pelo Estado que deve fornecer os meios adequados para que a boa educação se concretize, como pontua Alves (2007, s.p.) na obra “Educar para não encarcerar”, é preciso priorizar a elevação da qualidade do sistema educacional, desde a infância, como uma forma de prevenção à criminalidade.

Assim, o direito à cidade tem se mostrado restrito ao limite do estranho, do medo, do medo do “outro”, da criminalidade e da criminalidade violenta urbana como vítima, que da mesma forma como as pessoas nas cidades, precisa viver “escondido”, protegido, limitado ao seu horizonte de proteção com a finalidade de viver bem, tendo em conta que a democratização da cidade aliada à incorporação da diversidade social não é opção escolhida pela sociedade no presente momento.

6 CONCLUSÕES

Diante do raciocínio desenvolvido alcançam-se conclusões de que o medo aliado à criminalidade urbana em uma insegurança geral quanto à criminalidade violenta urbana limitam as relações de sociabilidade da mesma maneira que restringem o exercício pleno do direito à cidade, visto que não permite o usufruto comum e igualitário do ambiente urbano ao criar fronteiras territoriais e sociais de convivência.

Chama-se a atenção para o fato de que as cidades estão divididamente organizadas no sentido de que a urbe possui segregação socioespacial com propostas a atender uma diferenciação de poderio econômico e de desigualdade social que também afeta o modo como as pessoas constroem, consolidam e vivem a geografia das cidades.

A incorporação natural das diferenças de condição econômica na consolidação do espaço urbano alimenta uma veneração do “ter” em detrimento do “ser” e as proporções de tal

idolatria recaem em consequências humanas que resultam na seleção daqueles que frequentam determinado local ou região da cidade e do “outro” enquanto sujeito estranho e perigoso à vivência usual.

No mesmo sentido, o medo, a ausência de confiança, o temor da violência e da criminalidade fomentam arquiteturas de cunho segregacionista e de autoproteção como é o caso dos citados enclaves fortificados, com a dramatização da violência em uma acepção de imagem maniqueísta da sociedade.

O direito à cidade, reinventado a cada descoberta e exploração do território urbano resta, então, limitado. A cidade tem seu potencial democratizador restringido, pois pessoas “iguais” tendem a ocupar o mesmo espaço não criando interfaces de aproximação comum que ensejam a convivência em um mesmo ambiente.

A criminalidade urbana aliada ao medo do “outro” e ao medo da violência advinda do “outro” faz com que pessoas não usufruam a cidade como um todo. Um território urbano dominado por uma organização criminosa, por exemplo, demarca o limite da tolerância estranha, traça uma linha fronteira de aceitação. Dessa forma, não são todas as pessoas que podem utilizar esse espaço, apesar da natureza pública das vias urbanas.

Com isso, a arquitetura do medo e a separação física das pessoas também geram intolerância quanto ao uso de espaços urbanos idênticos. Uma praça ou um parque deveriam reunir os indivíduos independentes de qualquer diferença criada socialmente, mas com a ocorrência do inverso, os espaços públicos estão na decadência de se tornarem obsoletos.

Observa-se que a convivência comum já não é querida, o que torna mais fácil a rejeição do “outro” pela diferença do que a aceitação em virtude de sua condição humana única, pois a aceitação exige o enfrentamento e a rejeição, o esquecimento. Assim, a segregação do espaço urbano e a seu não frequentar em razão do medo e da criminalidade são formas de limitação ao exercício do direito à cidade.

7 REFERÊNCIAS

ALVES, Ariel de Castro. **Educar para não encarcerar**. São Paulo, 2007;

ADORNO, Sérgio; DIAS, Camila Nunes; NERY, Marcelo Batista. A cidade e a dinâmica da violência. In: KOWARICK, Lúcio; FRÚGOLI JR., Heitor (orgs.). **Pluralidade urbana em São Paulo: vulnerabilidade, marginalidade e ativismos**. São Paulo: Editora 34; FAPESP, 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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

_____. **Tempos líquidos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BRASIL. 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: 16 maio 2017.

_____. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.257, de 10 julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. **Violência e realidade brasileira: civilização ou barbárie?** In: Ver. Kaálysis. Florianópolis, v. 11. n 2pp 214-224, jul./dez.2008.

BELCHIOR, Fátima. **Os custos da violência no Brasil**, IPEA, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://desafios2.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=2518>. Acesso em: 18 maio 2017.

BRETTAS, Kris; MORAES, Renato Almeida de (Orgs.). **Olhares sobre a prevenção à criminalidade**. Belo Horizonte: Instituto Elo, 2009.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Tradução: Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2000.

CAMPOS, Carmen H.; CARVALHO, Salo. **Tensões atuais entre a criminologia feminina e a criminologia crítica: a experiência brasileira**. In: CAMPOS, Carmen H. (Org.) Lei Maria da Penha (comentada em uma perspectiva jurídico-feminista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPENA, Carla. Cidades Sustentáveis. In: GARCIA, Maria (Coord.). **A cidade e seu estado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CONCEIÇÃO, José Antônio da. **Segurança Pública: violência e direito constitucional**. São Paulo: Nelpa, 2008.

DINIZ, Alexandre Magno Alvez; BATELLA, Wagner. Barbosa. **Abordagens espaciais no estudo da criminalidade violenta nas cidades médias**. In: Simpósio Internacional sobre Cidades Médias, Uberlândia. Anais: Uberlândia, 2006.

FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FRANCISQUINHO, Sérgio; FREITAS, Solange Pinheiro. **A influência das drogas na**

criminalidade. Paraná: Universidade Estadual de Londrina, 2008.

HARVEY, David. A liberdade da cidade. VAINER, Carlos; HARVEY, David; MARICATO, Ermínia et al. In: **Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil.** Col. Tinta Vermelha, Boitempo, 2013.

KOWARICK, Lúcio. **Escritos urbanos.** Fotografia de Tomás Rezende. São Paulo: Ed. 34, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade.** Tradução: Rubens Eduardo Farias. São Paulo: Centauro, 2001.

LIRA, Pablo Silva. **Geografia do crime e arquitetura do medo: uma análise dialética da criminalidade violenta e das instâncias urbanas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrópoles, 2017.

MARICATO, Erminia. **Paraentender a crise urbana.** São Paulo: Expressão Popular, 2015.

MARQUES, Eduardo; REQUENA, Carolina; HOYLER, Telma. Estrutura social, segregação e espaços. In: KOWARICK, Lúcio; FRÚGOLI JR., Heitor (orgs.). **Pluralidade urbana em São Paulo: vulnerabilidade, marginalidade e ativismos.** São Paulo: Editora 34; FAPESP, 2016.

MARTINI, Márcia. **A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas.** Disponível em:

<<http://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/650/3.4.1%20A%20sel>> Acesso em: 18 maio 2017.

MISSE, M. **Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MONGIN, Olivier. **A condição urbana: a cidade na era da globalização.** Tradução: Letícia Martins de Andrade. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.

MORAIS, Regis de. **O que é violência urbana?** São Paulo: Brasiliense, 1981.

ODON, Tiago Ivo. **Tolerância zero e janelas quebradas: sobre o risco de se importar teorias e políticas**(Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa). Brasília: Senado Federal, 2016.

OLIVEN, Ruben George. **Violência e cultura no Brasil.** Rio de Janeiro: Biblioteca Virtual de Ciências Humanas do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio Penteado. VASQUES, Paulo Argarate. FRUGOLI, Ugo Osvaldo. **Delegado de polícia: criminologia e medicina legal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

PORTAL DA EDUCAÇÃO. **Criminologia.** Campo Grande: Portal da Educação, 2012.

REVISTA EXAME. **Os crimes mais cometidos por adolescentes no Brasil.** São Paulo:

Abril S.A. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/os-crimes-mais-cometidos-por-adolescentes-no-brasil/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

SABATINI, Francisco. Segregación residencial de los grupos populares em Chile: efectos urbanos y educacionales. Instituto de Estudios Urbanos, PUC-Chile. *Colóquios 2012 – Agenda Educación – Chile em país segregado? De la ciudad a la escuela*. Santiago, Universidad Alberto Hurtado. Disponível em: <http://www.cide.cl/documentos/presentaciones_agenda_educacion/Agenda_septiembre_segrecion_FSabatini.pdf>. Acesso em: 19 jun 2017.

SANTOS, Juarez, Cirino dos Santos. **A Criminologia Radical**. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A relevância do direito à cidade na construção de cidades justas, democráticas e sustentáveis**. In: _____. Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

_____. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SCHECARUA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOARES, Sergei Soarez Dillon. **Educação: um escudo contra o Homicídio?** Texto para discussão nº. 1298. IPEA, Brasília, Ago. 2007.

SOUZA, Marcelo Lopes. **O desafio metropolitano: um estudo sobre a problemática sócio-espacial nas metrópoles brasileiras**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

VERGARA, R. A. **Origem da criminalidade**. 2002. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/a-origem-da-criminalidade/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

VILLEN, Gabriela; PITTA, Amanda. UNICAMP. Comunidade interna. **Especialistas apontam propostas para democratização do direito à cidade**. 2017. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2017/04/05/especialistas-apontam-propostas-para-democratizacao-do-direito-cidade>>. Acesso em: 12 jun 2017.

WACQUANT, Löic. **Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada**. Tradução de João Roberto Martins Filho et al. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2001. 2ª ed. setembro, 2005.

O ACESSO AO TRABALHO COMO PRINCIPAL FATOR DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL

José Antonio da SILVA¹
Fabiani Daniel BERTIN²

RESUMO

O sistema penitenciário brasileiro se encontra esgotado, tanto em sua estrutura e funcionamento, quanto na sua capacidade de vagas para atendimento da alta demanda existente, devido aos altos índices de criminalidade. A falência do sistema prisional se apresenta evidenciada nos altos índices de reincidência em infrações penais, ou seja, o sistema não está funcionando, está transformando um pequeno infrator em um grande criminoso. Grande parte dos indivíduos que passam algum tempo presos retornam para a sociedade em condições sociais, psicológicas e econômicas piores do que as que tinham antes. A busca de soluções para problemas como o alto número de encarcerados e as altas taxas de criminalidade e de reincidência passa pela efetiva ressocialização dos egressos do sistema penal e pela sua reinserção na sociedade, mas exige, acima de tudo, que estes egressos tenham oportunidades de trabalho com emprego fixo. Algumas medidas estão sendo implementadas por alguns órgãos do Poder Judiciário no sentido de promover a integração dos egressos no mercado de trabalho, no entanto, pouco tem sido alcançado, assim, buscam-se novas ideias que possam auxiliar na conquista desse objetivo. A inserção do egresso do sistema prisional no mercado de trabalho é a melhor forma de reduzir a reincidência, por isso a importância de se tratar desse tema.

PALAVRAS-CHAVE: Egresso do sistema penal; ressocialização; reinserção; trabalho.

ABSTRACT

The Brazilian prison system is depleted, both in its structure and functioning, and in its ability to fill vacancies to meet the high demand, due to high crime rates. The bankruptcy of the prison system is evidenced in the high rates of recidivism in criminal offenses, that is, the system is not working, it is transforming a small offender into a big criminal. Most of the individuals who spend some time in prison return to society in worse social, psychological and economic conditions than they had before. The search for solutions to problems such as the high number of prisoners and high crime rates and recidivism is due to the effective resocialization of the egress of the penal system and their reintegration into society, but above all, it requires that these egress have opportunities to work with fixed employment. Some measures are being implemented by some organs of the Judiciary in order to promote the integration of egress in the labor market, however, little has been achieved, thus, new

-
- 1 Policial Rodoviário Federal. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Licenciado em Ciências Sociais pela Universidade Metropolitana de Santos. Pós-graduando em Direito do Estado pelo Projuris/FIO e em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito. Licenciado em História pela Universidade Metropolitana de Santos. E-mail: prfjose@gmail.com.
 - 2 Licenciada em História pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezin ho, (2011). Advogada, formada na Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho, (2016). Especialista em Gestão Pública pela Faculdade São Brás, Curitiba (2015). Pós-graduanda em Direito Público pelo Complexo de Ensino Luiz Flávio Gomes (2017-2018). Integrante dos Grupo de Pesquisa "INTERVEPS - Intervenção do Estado na vida das pessoas", e "Direitos fundamentais e a sistematização precedentalista vinculante no Brasil", ambos da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogada militante na subseção de Santo Antônio da Platina/ Paraná. E-mail: fabidireito.ziron@gmail.com

ideas are sought that can help in achieving this goal. The insertion of prison egress into the labor market is the best way to reduce recidivism, which is why it is important to address this issue.

KEY-WORDS: Egress of the penal system; resocialization; Reinsertion; job.

INTRODUÇÃO

A gravidade dos problemas do sistema carcerário no Brasil já é amplamente conhecida. São problemas de todos os tipos, podendo-se dizer que a principal causa de todos os problemas é a superpopulação carcerária, a qual alimenta uma engrenagem que provoca o aumento da criminalidade e da insegurança na sociedade.

Por outro lado, observa-se que os objetivos pretendidos com o encarceramento não estão sendo alcançados, pois o cárcere está, a cada dia mais, funcionando apenas como um depósito de gente, um espaço que serve apenas para segregar o indivíduo que cometeu algum crime; quando deveria, em verdade, funcionar no sentido de ressocializar esse indivíduo, proporcionar o ensino pedagógico que lhe falta, capacitá-lo para o mercado de trabalho quando sair da prisão.

Com toda essa ineficiência da pena de restrição de liberdade, observa-se um alto índice de reincidência em infrações penais, o que faz a engrenagem girar, aumentando o número de encarcerados e aumentando os índices de criminalidade. O que tem sido feito é investir na estrutura penitenciária e aumentar o número de vagas nos presídios, mas essa política não vem apresentando bons resultados.

Nesse sentido, esse trabalho busca, através de pesquisa bibliográfica, analisar as condições que são oferecidas ao egresso do sistema prisional para retomar a sua vida normal; tendo que enfrentar o preconceito e as demais dificuldades para voltar a viver em sociedade, observando que a maior de todas as dificuldades é, sem dúvida, a obtenção de um emprego fixo, que possa garantir alguma estabilidade financeira e emocional ao ex-presidiário, evitando que ele volte a delinquir.

A busca por um emprego se torna mais difícil ainda em tempos de crises econômicas como a atual, pois ocorre uma escassez de empregos para todos os trabalhadores, dificultando muito a obtenção de emprego pelo egresso do sistema prisional, uma vez que este carrega consigo todo o estigma de ex-detento e tem que enfrentar o preconceito em todos os grupos sociais.

A busca de soluções passa por diversos caminhos a serem seguidos, como o investimento na humanização do sistema prisional, a exemplo do sucesso que tem sido

obtido com as APACs; na oferta de educação escolar e capacitação profissional para os presos e na criação de incentivos à contratação de ex-presidiários. Algumas medidas vem sendo implantadas no sentido de melhorar a oferta de emprego para esses egressos; e aqui são apresentadas ideias que poderão servir de estímulo na busca desse objetivo.

DOS DILEMAS DE UM CÁRCERE FALIDO

Ao mergulhar no universo do cárcere e de seus desdobramentos não há como não mergulhar também na obra de Michel Foucault. Nesse sentido, a obra *Vigiar e Punir*, escrita em 1975, desvenda as estruturas do sistema carcerário, suas justificativas, e ainda, suas consequências para a sociedade, e, principalmente, para o indivíduo que é submetido à pena de privação de liberdade. Assim, com base em Foucault, cabe trazer aqui a discussão sobre o fracasso de um sistema carcerário ineficiente frente ao caos de uma desenfreada exclusão social e seus reflexos na vida em sociedade, buscando, a partir dessa análise, compreender como se dão as dificuldades encontradas pelas pessoas que já cumpriram penas de restrição de liberdade para se readaptar à vida em sociedade “A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça” (FOUCAULT, 1987, p. 284).

Sabidamente e muito à frente de seu tempo, Foucault abre as portas e convida o leitor a refletir sobre a arquitetura - e que aqui seja entendida como estrutura - de algumas das instituições de maior relevância perante a sociedade, arquitetura muito além dos cimentos e construções nelas empenhados, tais como a Escola, o Hospital e as Prisões. Segundo Foucault (1987, p. 293): “A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela”.

A liberdade é um bem de valor imensurável. É, em essência, um direito fundamental. Restringir a liberdade de alguém é um ato de extrema invasão desse direito tão grandioso. No entanto, em que pese o valor da liberdade, o Estado tem o poder de restringi-la, buscando garantir a própria liberdade da coletividade. Deve se ater, no entanto, aos direitos fundamentais, mesmo em se tratando de uma pessoa que se encontra encarcerada. Segundo Janaína Machado Sturza e Renata Maciel (2016, p. 265):

A proteção aos direitos fundamentais busca limitar o poder do Estado, da religião e de outras instituições. Implica o reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos, isto é, a possibilidade de serem atores de sua própria história. Nesse sentido, o indivíduo recusa a dominação e elege a liberdade como condição de felicidade central, percebe a si e ao outro como sujeitos de direitos.

No decorrer da história da humanidade os legisladores, os juízes e os administradores públicos sempre buscaram evitar e combater as ofensas mais graves

cometidas por uma pessoa contra a outra através da punição do agressor, impondo-lhe uma pena. A história das penas é muito cruel. Já houve penas de todos os tipos que se possa imaginar, com os mais perversos requintes de crueldade e tortura contra o condenado, conforme relata Foucault no livro *Vigiar e Punir* (FOUCAULT, 1999, p. 8):

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes e que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas.

Percebe-se que a punição se prolongava enquanto o corpo resistisse, o que poderia ser por horas ou até mesmo, dias. Percebe-se, claramente, um cenário de tortura, ainda mais se comparado aos dias de hoje. Porém, o cuidado com as comparações desatentas pode ter como preço o anacronismo, algo meticulosamente perigoso à historiografia.

Com o tempo passando, as realidades e culturas foram se modificando, e eis que a forma de punir também foi alterada. Passou-se a mudar o foco da punição, os castigos corporais passaram a serem substituídos pela restrição da liberdade do indivíduo, seja como forma de afastá-lo do convívio social para evitar novas infrações, seja como forma de usar a prisão como um exemplo para que outras pessoas não se aventurassem cometendo crimes. No início, não havia ainda a ideia de buscar a ressocialização do infrator, o objetivo era apenas de segregá-lo e castiga-lo.

Clodomiro José Bannwart Júnior e Rogério Cangussu Dantas Cachichi, analisando a obra de Foucault, observam a evolução do instituto da pena e do estudo sobre o indivíduo criminoso (BANNWART JÚNIOR e CACHICHI, 2015, p. 88):

Se começarmos com a arqueologia, veremos que os homens do nosso tempo passaram por um processo que, nas instituições penais, desenvolveu-se ao longo de todo o século XIX. Tal processo deu origem a novas lentes com as quais os homens de hoje veem o criminoso. Constituem-se as lentes do humanismo e das chamadas “ciências humanas”. A partir dessas novas lentes, repensamos as punições e os próprios crimes. Além disso, passamos a acreditar que deve haver uma ciência do criminoso (a criminologia) que o estude sob múltiplos prismas: biológico, antropológico, sociológico, psicológico etc.

Assim, passou-se de um sistema de castigos corporais e de pena de morte para o sistema de encarceramento. Um ambiente em que pessoas são depositadas sob a custódia do

Estado a fim de aguardarem suas sentenças e/ou cumprirem suas penas, dando à sociedade a sensação de pagamento pelos atos cometidos e tendo como finalidade, em tese, um tratamento de ressocialização, de modo a reintegrar o indivíduo ao meio social que o espera.

Mas, a questão que não se cala é: seria esse método o mais adequado à ressocialização e à reinserção do preso na vida social, ou estaria ele sendo punido duplamente ao vivenciar a realidade carcerária brasileira, tão desprovida de condições minimamente dignas de sobrevivência?

Isso porque, como não é novidade para ninguém, o sistema carcerário no Brasil está, há muito, condenado ao fracasso. A falta de políticas públicas eficientes na área social, principalmente em educação, saúde, urbanização e saneamento básico; faz com que os índices de criminalidade venham aumentando constantemente no Brasil. A partir desse aumento da criminalidade, o poder público, ao invés de investir em soluções na origem e na causa do problema, decide combater apenas os seus efeitos, ou seja, aumenta-se as ações punitivas do Estado, enrijecem-se as leis penais e processuais penais, e assim, chega-se ao resultado atual: cadeias e penitenciárias cada vez mais lotadas. Conforme observa Camila Maria Rosa Casari

(2017, p. 36):

Segregar do convívio social, por um determinado período de tempo, aqueles que cometem delitos, parece ser realmente a única preocupação do Estado, da mesma forma que o era em tempos medievais, sem qualquer preocupação com o respeito aos direitos e garantias que a própria legislação estatal consagra.

A situação vem se agravando de forma muito rápida, sendo que, mesmo observando o aumento do número de encarcerados, o Estado não se preocupa em criar e implantar políticas públicas efetivas visando a ressocialização desse exército de presidiários. Ou seja, a tendência é de que uma vez penalizado com a restrição de liberdade, o indivíduo se torne ainda mais violento, pois não apenas não recebe um tratamento digno na prisão, como também não passa por processos de ressocialização e de treinamento para o mercado de trabalho.

O aumento do encarceramento se acelerou nos últimos tempos, segundo dados do relatório global da organização Humans Right Watch³:

Entre 2004 e 2014, cadeias e prisões passaram por graves problemas de superlotação e violência. O aumento de 85% no número de presos nesse período, se tornou vital para que, nos primeiros dias de 2017, o país assistisse dois dos maiores massacres da história do sistema penitenciário brasileiro.

Sabe-se, pois, que a demanda por vagas no sistema penitenciário é muito maior do

3 <https://www.brasilefato.com.br/2017/01/20/em-dez-anos-numero-de-presos-no-brasil-aumenta-85/>

que a quantia de vagas, o que ocasiona uma séria e comprometedora superlotação, um problema de políticas públicas, ou, na realidade, passa a ser um problema de saúde pública. Isso porque a prisão deveria ser um espaço destinado à ressocialização e reintegração do preso, sendo que, não obstante a sua privação de liberdade, cabe ao poder público, por meio da instituição penitenciária o dever de zelar não apenas pela integridade física e psicológica do apenado, mas também pelo sua formação enquanto cidadão, preparando-o para retornar à vida em liberdade.

O problema vem se avolumando a cada dia. Enquanto isso, os governantes, envoltos em crises políticas e em verdadeiras guerras pela manutenção do poder, não se voltam para a busca de soluções efetivas para a atual crise carcerária. O Brasil ocupa hoje o terceiro lugar mundial em número de presidiários. Segundo o Conselho Nacional de Justiça⁴:

Atualmente, os mais de 700.000 presos que se encontram cumprindo penas no país em regime de encarceramento mais ou menos rígido fazem do Brasil o país com a terceira maior população prisional, em termos absolutos. E o modelo de encarceramento que praticamos, infelizmente, alimenta um ciclo de violências que se projeta para toda a sociedade, reforçado por uma ambiência degradante em estabelecimentos que pouco ou minimamente estimulam qualquer proposta de transformação daqueles que ali estão. O tratamento digno e com respeito de presos é indício da civilização de uma sociedade e o primeiro passo que se dá na tentativa de regenerar a vida daqueles que um dia haverão de estar entre nós.

A Constituição Federal do Brasil trata expressamente dos direitos dos presos em seu art. 5º, onde são assegurados, ao menos no plano teórico, algumas garantias fundamentais referentes aos presidiários, à imposição e à aplicação das penas. Assim a Constituição Federal restringe os tipos de penas aplicáveis, e ainda proíbe todo tipo de pena que possa prejudicar o condenado de forma mais intensa que a própria restrição de sua liberdade. De acordo com o artigo 5º da Constituição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

4

<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>

Embora no plano real ainda não se veja o efetivo cumprimento de todas as garantias constitucionais, a previsão de direitos em nível constitucional se revela de extrema importância para o pleno exercício desses direitos. De acordo com Emerson Garcia (2016, p. 60): “Na medida em que a democracia passou a permear as estruturas estatais de poder, a consequência natural foi o aumento da proteção dispensada ao ser humano”. Além disso, como um conjunto de normas que emana seus princípios para todas as demais normas legais, o texto constitucional direciona todo o ordenamento infraconstitucional, prevendo regras que deverão, obrigatoriamente, serem seguidas na elaboração das leis, principalmente as leis penais, como Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal e todas as demais leis penais extravagantes. Dessa forma, a Constituição estabelece, ainda em seu artigo 5º:

- XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
- XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
- L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
- LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
- LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
- LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;
- LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
- LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;
- LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
- LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;
- LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

A prisão deveria ser apenas uma restrição de liberdade do indivíduo. No entanto, ao ser presa, a pessoa perde muito mais que sua liberdade, perde direitos inalienáveis, perde a própria dignidade. Se a situação prisional nas penitenciárias já é degradante, sabe-se que, certamente, nas cadeias, onde ficam os presos à espera de uma decisão definitiva de seus processos; a situação é muito pior. Além disso, o Brasil conta com um número exagerado de presos provisórios, fazendo com que a temporada na prisão seja muito mais cruel com os presos.

Embora a Constituição garanta, em seu inciso LXXVIII do artigo 5º, a celeridade dos processos, o que se vê ainda são processos se arrastando longamente, prejudicando não

apenas a execução das penas, mas também o direito a uma prestação jurisdicional célere e eficaz. Essa demora processual prejudica o réu, uma vez que ele fica mais tempo cumprindo prisão provisória em locais de piores condições de vida do que em penitenciárias, que, ainda que estejam longe do ideal, são mais estruturadas que as cadeias. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 606):

O Brasil parece ser o único país de que se tem notícia a prever o julgamento do processo penal em três instâncias para a execução da sentença condenatória. Nos demais ordenamentos - a maioria deles essencialmente garantista - privilegia-se o julgamento das instâncias ordinárias, reservando às Cortes Constitucionais ou Tribunais Superiores a excepcional revisão dos julgados.

O indivíduo que é privado de sua liberdade pelo Estado tem direito, constitucionalmente, a um atendimento humanizado, sendo que seus direitos devem ser respeitados, independentemente de qualquer julgamento subjetivo de valor realizado pelos executores penais. À instituição prisional responsável pela execução da pena, cabe o zelo pela efetividade de direitos concedidos aos encarcerados, de modo que seja garantida a dignidade de todos eles.

Conforme lembra Luiz Edson Fachin (2016, p. 55):

O conteúdo normativo do artigo 5º, XLIX, consiste na proteção e garantia da saúde física e moral do preso. Vale dizer, é dever do Estado garantir que as condições de encarceramento sejam dignas, de tal forma que suas condições de saúde física e moral sejam bem protegidas. Tal previsão é densificada e pormenorizada em normas infraconstitucionais que não são novas e de há muito conhecidas pelos Estados.

Porém, infelizmente, não é o que de fato acontece. Na prática, o sistema carcerário dispõe de problemas, inclusive estruturais, que comprometem o oferecimento do mais básico tratamento ao presidiário, observando as mínimas condições de dignidade humana. Quanto a isso, explicam Lara e Kiefer (2016, online):

As prisões brasileiras se transformaram em um amontoado de pessoas sem expectativas de uma ressocialização. São indivíduos ignorados pela sociedade, guardados e esquecidos, por vezes nem lembramos que ali existem indivíduos que estão pagando pelo crime que cometeram nas prisões que em muitos casos mais se aproximam de masmorras da idade média. Acreditar simplesmente que esses indivíduos não existem, que essa população carcerária é somente um dado estatístico e distante da nossa realidade é ingenuidade e varrer a sujeira para debaixo do tapete, pois eles existem, são uma realidade para toda a sociedade e não só para o Estado.

A intrincada questão da segurança pública outorga ao Estado o direito exclusivo do uso da força e da punição como uma forma de garantir direitos à coletividade. Assim, da mesma forma que cabe ao Estado a garantia de segurança a todos os cidadãos, cabe também a garantia de segurança e dignidade a todos aqueles que o próprio Estado retirou da sociedade e colocou sob sua custódia em estabelecimentos prisionais. Camila Maria Rosa Casari

(2017, p. 1263) adverte que:

A atuação do Estado no sistema prisional, ignorando a validade da própria legislação em vigor, originada de forma democrática pelo Poder Legislativo, não difere em nada dos cidadãos que agem em desacordo com a legislação e, portanto, cometem delitos. Na verdade, a conduta do Estado em negar efetividade às leis que garantem os direitos fundamentais dos reclusos, e infinitamente pior que a conduta delitiva que originou a aplicação da sanção penal, posto que é um celeiro da reincidência e aumento da criminalidade, desatendendo ao interesse da justiça e da proteção a sociedade.

Observe-se que, em um estado democrático de direito, o princípio da dignidade humana deve nortear todas as leis e todas as ações do poder público, conforme lembram Diego Nassif da Silva e Vladimir Brega Filho (2016, p. 1003) “Em que pese o governo das leis ter sobrepujado o governo dos homens em outras épocas, cabe destacar que o último reencontro de Direito, Política e Ética, deu-se sob o valor da dignidade da pessoa humana e à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948”.

Entretanto, mesmo com toda a proteção legal reservada ao preso, não raras são as violações dos direitos dos presos. Obviamente, que rol de direitos é extenso, e daí também a dificuldade de executá-los, indo desde ao mais básico que é a garantia de segurança quanto à integridade do preso, passando pelo acesso à educação, saúde, desenvolvimento de atividades laborais - inclusive com possibilidade de aperfeiçoamento e qualificação de mão de obra - capazes de proporcionar aos egressos melhores condições para o enfrentamento da nova vida que o espera além dos muros do cárcere, reduzindo assim as probabilidades de reincidência.

Apesar dos elevados investimentos públicos no sistema prisional, o déficit de vagas continua aumentando, em virtude do exponencial aumento no número de presidiários, conforme aponta Camila Maria Rosa Casari (2017, p. 40):

Informações sobre população prisional, coletadas através do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça⁶¹, demonstram que existem atualmente 2.770 estabelecimentos penais no Brasil, com o total de 392.340 vagas, ocupadas por 647.410 presos (desse total, 242.932 são presos provisórios), com um déficit de vagas no montante de 255.070.

Com o constante aumento nos índices de criminalidade, e o conseqüente aumento no número de encarceramentos - que acaba retornando em mais criminalidade devido às altas taxas de reincidência - tem-se o crescimento contínuo do número de presidiários no Brasil. Por mais que se construam unidades prisionais, sempre faltarão vagas no sistema. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen, de junho de 2014:

Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade.

As atuais políticas criminais não estão dando resultado. Há que se modificar o foco, passar a investir na área social, principalmente em educação pública de qualidade, para reverter esse quadro de crescimento da criminalidade. Não adianta ficar construindo presídios, se não são alteradas as políticas públicas que visam a redução da criminalidade.

A ineficiência das políticas públicas em questões criminais é tão antiga que se pode encontra-la na obra de Cesare Beccaria (2011, p. 35):

À medida que as penas forem mais brandas, quando as prisões já não forem a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade penetrarem nas masmorras, quando enfim os executores impiedosos dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão contentar-se com indícios mais fracos para ordenar a prisão.

Há que se rever as políticas criminais e que se modificar os paradigmas que fundamentam as ações do poder público no atendimento das demandas sociais. As medidas voltadas para a despenalização de infrações de menor potencial ofensivo têm funcionado muito bem como fator de redução do encarceramento. Imagine-se como estaria o sistema se ainda fossem aprisionados todos os infratores de crimes de menor potencial ofensivo. Agora faz-se necessária a mudança de rumo na área social, buscando reduzir a criminalidade primária. Mas isso dependerá da boa vontade dos homens que comandam o País.

A DIGNIDADE HUMANA EXTRAÍDA DO LABOR

A sociedade em geral reconhece a valoração que deve ser atribuída ao trabalho, bem como a sua influência em todas as áreas do convívio social. Enquanto atividade indispensável para a manutenção das necessidades materiais individuais e familiares, o trabalho deve ser sempre entendido como um direito de todas as pessoas, uma vez que representa o próprio direito a usufruir de outros direitos, direito a obter condições materiais lícitas e legítimas para desfrutar da vida social e até mesmo, para a própria sobrevivência. Além disso, serve como estímulo e incentivo à dignificação do homem como tal, uma vez que representa a inserção em alguns grupos sociais e ainda, uma realização pessoal.

Pode-se observar que, ao longo da História, o trabalho passou por diversas fases e foi se transformando, passando por variadas facetas e objetivos. Sérgio Pinto Martins tece comentários sobre o decorrer histórico dessa área tão estimada e fundamental ao homem. “Inicialmente, o trabalho foi considerado na Bíblia como castigo. Adão teve de trabalhar para comer em razão de ter comido a maçã proibida” (MARTINS, 2014, p. 4). Nota-se que a atividade laborativa em si era considerada como um castigo. Observamos a origem da palavra trabalho, segundo o Dicionário Etimológico Origem das Palavras, (2017, online):

Do latim *tripalium*, termo formado pela junção dos elementos *tri*, que significa “três”, e *palum*, que quer dizer “madeira”. *Tripalium* era o nome de um instrumento de tortura constituído de três estacas de madeira bastante afiadas e que era comum em tempos remotos na região europeia. Desse modo, originalmente, “trabalhar” significava “ser torturado”

Martins lembra ainda que “Na Grécia, Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho tinha sentido pejorativo. Envolvia apenas força física. A dignidade do homem consistia em participar dos negócios da cidade por meio da palavra. Os escravos faziam o trabalho duro, enquanto os outros poderiam ser livres” (MARTINS, 2014, p. 5).

Com o tempo, prossegue Martins, surgem as corporações de ofício, em que as figuras principais restringem-se aos mestres e aos aprendizes. Tais corporações prolongaram-se até a Revolução Francesa, época em que os ideais daquelas entram em conflito com o dessa. “A Revolução Francesa de 1789 e sua Constituição reconheceram o primeiro dos direitos econômicos e sociais: o direito ao trabalho. Foi imposta ao Estado a obrigação de dar meios ao desempregado de ganhar sua subsistência” (MARTINS, 2014, p. 6).

Diante disso, negar a relevância do trabalho enquanto um direito social, e ainda, negar a oportunidade de que indivíduos venham a desenvolvê-lo, seria, indubitavelmente, negligenciar o direito mínimo de usufruir de sua própria dignidade, intrínseca à condição humana. Sendo ele, inclusive, uma forma de sociabilidade e humanização, conforme bem ressaltado por Barbosa (2010, online): “É a partir da transformação de objetos em produtos que prolonguem e facilitem a sua vida que o homem se distingue dos outros animais e pode ser considerado ser humano. Eis a chave da humanização”.

Portanto, a prática de atividades laborativas assume características enobrecedoras - não só diante da sociedade como um todo, mas também, diante de si mesmo - ao longo da existência do ser, ao passo que, por ele, se pode modificar as estruturais sociais já estabelecidas, promovendo oportunidades de mudanças a todos os indivíduos.

Destarte, não seria exagero, tampouco antecipação, afirmar a existência de uma ponte entre o ato de trabalhar e o princípio da dignidade humana. Desse modo, negar o acesso ao mundo laboral, seria o mesmo que restringir, de fato, a efetiva possibilidade do exercício do direito à dignidade humana. Essa dignidade representada pelo direito ao trabalho se estende aos encarcerados, conforme lembra Camila Maria Rosa Casari (2017, p. 1260):

A Lei de Execução Penal, em seus dispositivos legais, garante ao preso assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa, bem como assistência ao egresso. Prevê em seu artigo 28 que o trabalho do condenado, é um dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva.

Isso porque quando se nega ao homem o ato de trabalhar - de executar atividades que além de enobrecerem seu espírito, mantêm vivo seu corpo - nega-se, também, o exercício

de um dos princípios mais inerentes à caracterização de um indivíduo como pessoa humana. Ao negar algo que lhe sustenta vivo, retira-lhe, pois, o próprio sentido de existir. E isso é traduzido pelas palavras de Nicolau (2012, online): “A vida depende do trabalho. O trabalhador depende do trabalho para sobreviver e ter uma existência digna. Dessa forma, sem o trabalho não há dignidade”.

Quanto à dignidade, mola propulsora do próprio ordenamento jurídico pátrio, e pedra fundamental dos direitos humanos, ressalta Sarlet (2005, p. 20):

Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade - ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária - independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos - mesmo o maior dos criminosos, são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. (p.20)

O ser humano necessita ter condições adequadas e propícias para desenvolver suas atividades laborais, garantindo sua sobrevivência, mantendo sua família e contribuindo, com o seu trabalho, para que a sociedade como um todo possa se desenvolver, tanto economicamente quanto socialmente, exercitando a auto dignidade, bem como fazendo do trabalho uma oportunidade de desenvolvimento coletivo.

No entanto, apesar de toda a proteção outorgada ao trabalhador por meio da legislação trabalhista em vigor, não é rara a veiculação de notícias pela mídia denunciando situações nas quais o trabalhador é alvo de exploração, assédio, remunerações abusivas, condições de trabalho desumanas que levam o trabalho a ser considerado como de condições análogas ao trabalho escravo.

Ocorre ainda, com muita frequência, que mesmo não se enquadrando como condição análoga à de escravo, o empregado tem seus direitos trabalhistas violados, sendo explorado pelo empregador, porém, por medo de ficar desempregado, o trabalhador se cala e prefere continuar nesse círculo de violência laboral, uma vez que necessita de seu ganha pão.

A atual crise política e econômica vem provocando um aumento nos índices de desemprego, assim como, vem aumentando a exigência de mão de obra mais qualificada, o que se torna um empecilho à obtenção de um emprego formal, pois a grande concorrência no mercado de trabalho exige de cada indivíduo um desempenho cada vez melhor e maior capacitação. Se isso já representa obstáculos para a grande maioria dos trabalhadores, imagine-se para quem estava encarcerado e saiu do sistema penal, carregando consigo todo o estigma imputado aos ex-presidiários e totalmente desatualizado quanto às necessidades do mercado de trabalho.

O DIFÍCIL RECOMEÇO

Como visto, a principal forma de manutenção da vida e da convivência social se manifesta por meio da atividade laboral. A inserção primária no mercado de trabalho - o primeiro emprego do jovem - já apresenta inúmeras dificuldades, devido às próprias limitações do mercado e às dificuldades inerentes à falta de experiência profissional e de capacitação para o trabalho.

Se a busca por um emprego já apresenta grandes dificuldades para o jovem que parte para sua primeira experiência no trabalho, imagine-se o quanto essa busca é difícil para uma pessoa que passou algum tempo cumprindo pena de restrição de liberdade em algum estabelecimento prisional. Por outro lado, o excessivo número de presidiários no Brasil coloca nas ruas diariamente um novo contingente de ex-presidiários que necessitam, certamente com mais urgência que outras pessoas, conseguir um emprego para reiniciarem suas vidas.

Facilmente se nota que a necessidade de conseguir um emprego é mais urgente para quem acaba de sair de um presídio do que para as outras pessoas, pois, por mais que a situação dessa pessoa esteja difícil, se entende que pelo menos ela não veio de uma situação de isolamento social em razão da privação de liberdade. Além disso, embora a maioria dos obstáculos à obtenção de um emprego sejam comuns a todos, o egresso do sistema penal terá que enfrentar ainda o preconceito sistemático que se encontra arraigado em quase todas as pessoas.

A conquista da estabilidade social e financeira do egresso do sistema penal por meio de um emprego fixo é um importante fator de prevenção da reincidência em infrações penais, e por consequência, da redução das altas taxas de criminalidade existentes hoje no Brasil. Por isso é tão importante a criação e execução de programas que atendam às necessidades desses egressos e os insira plenamente na sociedade, conforme ressaltam Toledo, Kemp e Machado (2014, p. 86):

É importante considerar que altas taxas de reincidência repercutem na segurança pública, afetando todos os setores da sociedade. Evidencia-se, pois, a necessidade de planejamento e implementação de programas de reintegração social que atendam à população de forma a facilitar a ampliação de possibilidades para egressos do sistema prisional.

Outro obstáculo do egresso no acesso a um emprego é a falta de qualificação, na realidade, na maioria dos casos, a falta de alfabetização suficiente para conseguir um emprego, já que a maior parte dos presos do Brasil não possui nem mesmo o ensino fundamental. Camila Maria Rosa Casari salienta que apenas 10 % dos presos estudam (2017,

p. 43):

Em relação à assistência educacional, que, segundo a Lei de Execução Penal, compreenderá a instrução escolar e a formação profissional da pessoa privada de liberdade, devendo o ensino fundamental ser obrigatório, somente uma em cada dez pessoas privadas de liberdade realiza atividade educacional no país. Das pessoas realizando atividade de ensino básico, a maior parcela (61%) cursa o ensino fundamental.

No entanto, o maior problema a ser enfrentado pelos egressos de presídios é o preconceito generalizado existente contra eles na sociedade. Esse preconceito é sentido na pele por todos aqueles egressos de baixo poder aquisitivo, pois, os poucos infratores de altas classes que passam algum tempo presos no Brasil, não necessitam de procurar emprego ao sair.

Após o cumprimento da pena estabelecida pela sentença penal condenatória, o indivíduo não se livra da punição. É como se permanecesse eternamente cumprindo uma pena. A prisão marca o indivíduo socialmente⁵:

A liberdade que eu sonhava e almejava passou a ser uma tormenta”, diz. Desempregado e com três filhos, sua família tem sobrevivido com o trabalho de sua mulher, que é depiladora. R. N. foi condenado em 1999 por assassinato por motivo passionai. Ele disse que não se conformou com uma traição. "Já paguei o que tinha de pagar e estou enfrentando a sociedade, que é conservadora e não quer me oferecer oportunidades.

Há que se ressaltar que em uma sociedade como a brasileira nos dias atuais, em que o aumento da violência faz com que impere o medo e a insegurança, tanto no ambiente doméstico quanto nas atividades de trabalho, estudo e lazer; o preconceito contra ex-presidiários, ao contrário de outros tipos de preconceitos que não podem se basear em nenhum fundamento lógico, encontra certa justificativa, e deve ser compreendido como um medo natural que todas as pessoas têm de inserir em seu local de trabalho ou em sua residência uma pessoa que já foi condenada pela prática de algum - ou alguns - crime(s).

Mas, como todos os outros preconceitos, esse também deve ser superado, uma vez que o próprio fato de a pessoa estar em busca de um trabalho honesto já afasta grande parte de eventuais desconfianças que possam recair sobre ela. Além disso, nada impede que uma pessoa que nunca respondeu nenhum processo penal e que nunca foi presa por nenhum motivo venha a praticar algum crime em seu local de trabalho, como acontece muitas vezes. Ou seja, o fato de o funcionário ser primário ou não na prática de infrações penais não significa que haverá ou não haverá algum comportamento delituoso dele no seu ambiente de trabalho. Assim, se o empresário ou mesmo a pessoa física se fundamentar plenamente no medo de ser vítima de alguma infração penal, não irá contratar nenhum funcionário, pois

5 <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/12/apesar-de-leis-ex-presos-enfrentam-resistencia-no-mercado-de-trabalho.html>

qualquer pessoa está sujeita a errar, seja pela reincidência, seja pela primeira vez.

Nesse sentido, é inadmissível que medos comuns a todas as pessoas influenciem negativamente na oferta de emprego aos egressos do sistema prisional, funcionando como uma ferramenta de aumento dos índices de criminalidade, conforme lembram Toledo et al (2014, p.

87):

Considerando que o trabalho se realiza em um contexto de relações sociais de produção e que ele é fundamental tanto para a construção da identidade do sujeito quanto para seu sentimento de filiação, pertença, reconhecimento e dignidade, importa saber como ele se apresenta ao sujeito egresso do sistema prisional, diante de sua trajetória pessoal e ocupacional. A população advinda do sistema prisional já apresenta, em sua maioria, uma trajetória marcada por desfiliação na qual a escassez de possibilidades de inserção no mercado formal de trabalho é recorrente. Tal escassez é reafirmada, justamente, pela necessidade de políticas públicas de reinserção.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem como uma de suas atribuições o dever de zelar pelo bom funcionamento de todas as atividades judiciais, e isso inclui as atividades relacionadas à execução das penas, de acordo com a Lei de Execuções Penais - Lei 7.210/84. Cabe ao CNJ a atividade de fiscalização das condições de cumprimento das penas e de estudos relacionados ao número de presidiários e às medidas que devem ser tomadas para que se alcancem melhores resultados com a execução das penas e efetiva reintegração dos ex- presidiários, conforme o artigo 1º da Lei de Execuções Penais: Art. ‘1º- A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Na busca por proporcionar melhores condições de reintegração do egresso do sistema prisional na sociedade, o CNJ criou um programa voltado especificamente para esse fim, chamado “Projeto Começar de Novo”, o qual foi instituído pela Resolução nº 96, de 27 de outubro de 2009, do CNJ. O objetivo deste projeto consta no artigo 1º desta Resolução: “promover ações de reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário e de cumpridores de medidas e penas alternativas”.

Nota-se que, apesar da maior incidência de preconceito se relacionar às pessoas que já cumpriram pena em regime fechado ou semiaberto, o CNJ estendeu o alcance do projeto aos cumpridores de medidas e penas alternativas, visando atender também às necessidades destes, em virtude de também encontrarem dificuldades para a reinserção social, principalmente na busca por um emprego.

Além disso, as metas do Projeto Começar de Novo incluem atividades de capacitação e efetivo trabalho de presidiários ainda durante o tempo em que estão

cumprindo suas penas, de forma que a volta do preso à vida em liberdade se dê de modo progressivo, conforme estabelece o artigo 33 do Código Penal, em seu parágrafo 2º: “§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso”.

Na execução do projeto Começar de Novo o CNJ conta com a participação de diversas entidades e empresas, públicas e privadas, para aumentar a oferta de capacitação profissional e de emprego formal para presidiários e egressos do sistema penal, conforme estabelece a Resolução 96:

Art. 2º O Projeto Começar de Novo compõe-se de um conjunto de ações educativas, de capacitação profissional e de reinserção no mercado de trabalho, a ser norteado pelo Plano do Projeto, anexo a esta Resolução.

§ 1º O Projeto será implementado com a participação da Rede de Inserção Social, constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e pelas entidades públicas e privadas, inclusive Patronatos, Conselhos da Comunidade, Universidades e Instituições de ensino fundamental, médio e técnico-profissionalizantes.

Dentro do Projeto Começar de Novo, o CNJ elaborou uma cartilha de orientação aos empregadores quanto aos procedimentos para a contratação de egressos do sistema prisional, de forma a aumentar a oferta de emprego e a reinserção social deles. Esta cartilha, chamada de Cartilha do Empregador, tem por objetivos (Cartilha do Empregador, 2011, p. 7):

Coordenar e fomentar, em âmbito nacional, as propostas de trabalho e de cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema penitenciário. Colima-se trazer informações claras ao futuro empregador e reafirma-se que no valor do trabalho lícito estão a força motriz de toda a sociedade e o campo fértil para o resgate da autoestima do preso e do egresso, de sorte que o Estado, as empresas e os indivíduos podem contribuir para o recomeço de várias vidas

Observa-se que o campo de ação do projeto do CNJ é amplo, abarcando tanto os presos que ainda cumprem pena em regime fechado - e podem realizar trabalhos para empresas no interior dos estabelecimentos prisionais - quanto aqueles que estão em regime semiaberto, incluindo os que foram condenados a medidas e penas alternativas, e ainda, os que já estão em liberdade. Esses são os egressos, que segundo o CNJ, com base no artigo 26 da Lei de Execuções Penais (Cartilha do Empregador, 2011, p. 15): “Egresso é aquele indivíduo que já foi liberado definitivamente, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento e o liberado condicional, durante o período de prova”.

No entanto, apesar do conceito estabelecido pela Lei de Execuções Penais para o termo egresso compreender apenas o período de um ano a contar da saída da prisão, pode-se observar que o ex-presidiário carrega o estigma de condenado por muito mais tempo, alguns, por toda a vida.

O ex-presidiário Oscar Moreira passou quase cinco anos preso na Casa de Custódia de Curitiba, onde conheceu a dura realidade vivida pelos presidiários. Ao sair da prisão e vivenciar as dificuldades enfrentadas para conseguir um emprego, criou uma ONG para auxiliar os egressos em sua reinserção na sociedade. A ONG Amigos Nova Jerusalém Organização Social (Anjos), funciona desde 2007, em Curitiba. Segundo o próprio Oscar Moreira⁶:

Existe um preconceito muito grande das pessoas com os ex-presidiários. Ninguém quer ajudá-los. Pelo contrário, quer que eles se danem. A ONG oferece assessoria jurídica e psicológica aos que saem da cadeia; ajuda às famílias dos presos, que muitas vezes não têm o que comer; acompanhamento por assistentes sociais; cursos profissionalizantes; enfim, tudo o que o preso necessita para se ressocializar e não voltar ao crime.

A grande barreira para a integração social do ex-presidiário é realmente o preconceito. É um obstáculo que precisa ser superado. Conforme salienta Rogério Greco (2011, p. 443): “Parece-nos que a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade”

Com o objetivo de atrair mais empresários e aumentar o número de vagas de trabalho para presos, o ordenamento jurídico garante alguns benefícios às empresas que optarem por instalar unidades de produção no interior de presídios e para oferecer trabalho externo aos presos internados em regime fechado, como forma de incentivar as empresas a colaborarem com a profissionalização e com a progressiva reintegração na sociedade. Assim, o CNJ lembra aos empresários que (Cartilha do Empregador, 2011, p. 17):

O trabalho do preso no regime fechado e semiaberto não está sujeito ao regime da CLT. Portanto, o empresário fica isento de encargos como férias, 13º e FGTS. Dependendo do piso salarial, a redução nos custos da mão de obra pode chegar a 50%. A remuneração mínima corresponde a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo. Normalmente, nos convênios firmados entre empresas e presídios é estipulado um salário mínimo como pagamento

Nota-se que, infelizmente, é necessário oferecer esses benefícios aos empresários para que se possa promover o trabalho dos presos em regime fechado e a sua qualificação profissional, e ainda, a remissão da pena nos termos do artigo 126, § 1º, inciso II, da Lei de Execuções Penais, na proporção de um dia de pena para cada três dias de trabalho.

No entanto, o preso que se encontra cumprindo pena em regime aberto ou em regime domiciliar deve ser contratado da mesma forma que o trabalhador livre, com todos os direitos garantidos na CLT e com salários iguais, uma vez que eles, embora ainda estejam cumprindo pena, estão em liberdade. Portanto, devem ser assegurados a eles todos os direitos

6 <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/ex-presidiario-funda-ong-e-ajuda-ex-colegas-a-nao-voltarem-a-cometer-crimes-4nbcwp0hddpmhfyu0edisxatz>

trabalhistas.

Embora os direitos trabalhistas devam ser garantidos em sua plenitude aos trabalhadores, o que se torna um empecilho ao oferecimento de estímulo quanto à redução do custo às empresas para a contratação de cumpridores de penas em regime domiciliar e aberto, e, por extensão, aos egressos; há que se considerar a possibilidade de criação de outros mecanismos de incentivo à contratação destes, como a instituição de benefícios tributários a essas empresas privadas.

Em busca de criar mecanismos que auxiliem no aumento da contratação de egressos, novas ideias estão surgindo. Segundo a Cartilha do Empregador, (2011, p. 19):

O Conselho Nacional de Justiça tem incentivado a União, Estados e Municípios à edição de lei ou decreto, no seu âmbito de competências, que estabeleça a reserva de percentual mínimo de vagas de trabalho criadas em obras e serviços contratados pelo Poder Público a apenados, egressos e ex-cumpridores de medidas socioeducativas.

Observa-se que, por enquanto, trata-se apenas de incentivos do CNJ a que a Administração Pública crie leis nesse sentido, não havendo obrigatoriedade para tal. O CNJ busca incentivar a União, os Estados e os Municípios a criarem esse tipo de lei no seu âmbito de competência. No entanto, encontra-se em tramitação no Senado Federal o PLS (Projeto de Lei do Senado) nº 153/2014, de autoria do Senador Antonio Carlos Rodrigues, o qual:

Altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, para fixar reserva de vagas para egressos do sistema penitenciário e apenados em regime semiaberto e aberto, nas contratações de obras e serviços.

O texto deste Projeto de Lei estabelece a reserva de, pelo menos, 5% da mão de obra para egressos do sistema penitenciário e apenados em regime aberto e semiaberto. Encontra-se atualmente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando relator, ou seja, sua tramitação está muito lenta, refletindo a inércia das autoridades brasileiras em relação aos problemas de segurança pública.

Embora a criação de leis como essas sejam o início de uma mudança de paradigmas em relação ao descaso histórico do Brasil com os apenados, há que se considerar que ainda é um passo muito tímido, levando-se em conta a necessidade de medidas urgentes no sentido de ressocialização de presos e egressos, devido ao elevado número de presidiários no País. Assim, há que se incentivar a contratação de egressos por meio da outorga de benefícios fiscais às empresas que se dispuserem a contratá-los. A criação de tais benefícios deverá ser estabelecida em lei, criando-se parâmetros para a sua incidência.

Há que se considerar ainda que a legislação brasileira - penal, processual penal e de

execuções penais - se encontra desatualizada, em desacordo com atuais condições sociais, políticas e econômicas. O processo penal e as formas de execução de penas se mostraram ineficientes frente ao crescimento dos índices de criminalidade. As políticas penais devem ser revistas. Reinéro Antonio Lérias (2013, p. 31) salienta que “procedimentos judiciais penais utilizados no Brasil do século XVI ainda persistem entre nós”. Reformas do Código de Processo penal e da parte especial do Código Penal se encontram em tramitação no Congresso Nacional, mas não se pode esperar muitos avanços nessas reformas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A redução dos elevados índices de criminalidade existentes hoje no Brasil passa, necessariamente, pela redução da reincidência em práticas criminosas. Por outro lado, não há como negar que a atual carência ou ineficiência na prestação de serviços públicos essenciais como educação, saúde, saneamento e urbanização funcionam como fator de aumento da criminalidade, e também, do aumento da reincidência.

As ações do CNJ no sentido de aumentar a oferta de emprego aos presidiários e ex-presidiários, tais como o Programa Começar de Novo e a divulgação da Cartilha do Trabalhador, ainda apresentam resultados muito tímidos. Há que se reestruturar esses projetos e criar novas frentes de ações para garantir maior - e melhor - oferta de emprego aos egressos do sistema prisional.

Iniciativas como o PLS (Projeto de Lei do Senado) nº 153/2014, de autoria do Senador Antonio Carlos Rodrigues, deveriam ter mais incentivos e tramitação mais rápida nas casas legislativas, assim como outras medidas legais que proporcionem a melhoria das condições de vida e a garantia de emprego aos egressos. Não há que se falar em criação de leis que obriguem as empresas a contratar esses egressos, no entanto, podem-se criar mecanismos legais de incentivo a essas contratações, tais como benefícios tributários e prioridade nas contratações com o poder público.

Paralelo à implantação dessas medidas de incentivo ao aumento da contratação de ex-presidiários, há que se investir no sistema prisional, humanizando o tratamento dado aos presos, e oferecendo a eles novas e efetivas oportunidades de estudo e capacitação profissional durante o tempo de encarceramento. A simples restrição da liberdade já é um grande martírio e marca profundamente - e negativamente - a condição psicológica da pessoa. Portanto, não é necessário que o preso seja submetido aos tratamentos degradantes a que estão sendo expostos diariamente no atual sistema penal, pelo contrário, esse tipo de tratamento só aumenta o comportamento agressivo e antissocial da pessoa, funcionando como

incentivo à reincidência.

A reforma na estrutura do sistema penitenciário deve levar em conta a efetiva separação dos presos por nível de periculosidade, criando diversas alas isoladas entre si para os diversos segmentos de infrações cometidas, uma vez que o crescimento das facções e organizações criminosas está criando um sistema de cooptação de presos, obrigando-os a se filiar a esses grupos e a se “profissionalizar” no crime. Essa tem sido a maior causa das reincidências e uma das maiores dificuldades na ressocialização do egresso, pois a temporada na prisão, por menor tempo que tenha, acaba por inserir o indivíduo no mundo do crime ao invés de promover a sua ressocialização.

A humanização do cárcere e a oferta de emprego ao ex-presidiário, permitindo a sua reintegração na sociedade, não são favores que a sociedade presta a ele, são o melhor caminho para a redução da criminalidade e para a pacificação social. Por outro lado, não há que se olvidar que se deve exigir dos governantes maior atenção e maiores investimentos em áreas sociais críticas, como educação, saúde, esporte, saneamento e urbanização. Essas são as ações que poderão, efetivamente, reduzir os índices de criminalidade, e por consequência, o número de encarcerados, possibilitando a existência de um sistema prisional mais humano e eficiente.

REFERÊNCIAS

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José, CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (orgs). **Sociologia Jurídica: de acordo com a Resolução 75/2009 do CNJ**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2011.

BRASIL, **Cartilha do Empregador**. Conselho Nacional de Justiça, Brasília: 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em 19/05/2017.

BRASIL, **Cidadania nos Presídios**. Conselho Nacional de Justiça, Brasília: 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/campanha-2011/cartilha_do_empregador.pdf. Acesso em 15/05/2017.

BRASIL, **Código Penal**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Rio de Janeiro: 1940.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 1988.

BRASIL, **Lei de Execuções Penais**. Lei nº -7.210, de 11 de Julho de 1984. Brasília: 1984.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**

– **INFOPEN**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-tercafeira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 13/06/2017.

BRASIL, **Projeto de Lei do Senado nº 153/2014**. Senado Federal, Brasília: 2014.

BRASIL, **Resolução nº 96, de 27 de outubro de 2009**. Projeto Começar de Novo. CNJ. Brasília: 2009.

CASARI, Camila Maria Rosa. **A Responsabilidade do Estado Devido à Falta de Vagas para Trabalho e Estudo do Recluso do Sistema Penitenciário**. Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, [S.l.], jan. 2017. (p. 1255 - 1275). Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1157>. Acesso em: 26/06/2017.

CASARI, Camila Maria Rosa. **Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Carcerário Brasileiro: Ativismo Judicial Estrutural Dialógico como Forma de Superação de Falhas nas Políticas Públicas e Efetividade dos Direitos Fundamentais dos Presos**. Dissertação de Mestrado. Jacarezinho, PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2017.

DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO ORIGEM DAS PALAVRAS. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/trabalho/>. Acesso em 25/05/2017.

FACHIN, Luiz Edson. **A proteção dos Direitos Fundamentais e as Garantias Constitucionais**. In: CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico (orgs). Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia. (p. 47 - 58), 1. ed. Curitiba: Ministério Público, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 27 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARCIA, Emerson. **Promoção e Proteção dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. In: CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico (orgs). Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia. (p. 59 - 70), 1. ed. Curitiba: Ministério Público, 2016.

GASPARIN, Gabriela, **Apesar de leis, ex-presos enfrentam resistência no mercado de trabalho**. Portal G1, 17/12/2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/12/apesar-de-leis-ex-presos-enfrentam-resistencia-no-mercado-de-trabalho.html>. Acesso em 05/06/2017.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LARA, Eliana Ingrid, KIEFER, Cristian. **A Reinserção e ex-Detentos no mercado de trabalho: garantia de integração e inclusão social**. Revista Letras Jurídicas, número 4, 2016. Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=1174>. Acesso em 30/05/2017.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. **O Processo Penal e os Direitos Humanos sob os Grilhões de Nosso Passado Inquisitorial**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 13-42, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/212>. Acesso em: 12 jun. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NICOLAU, Maira Ceschin. **A efetividade do princípio da dignidade humana nas relações de trabalho**. 2012. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7368/A-efetividade-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em 09/05/2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio da Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2005.

SILVA, Diego Nassif da; BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais no Brasil: uma História de Inefetividade**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 11, n. 3, p. 999-1028, dez. 2016. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22507>>. Acesso em: 11/06/2017.

STURZA, Janaína Machado; MACIEL, Renata. **Democracia, Cidadania e Direitos Humanos: a Conjuntura Atual do Estado Democrático de Direitos**. Revista Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/642>. Acesso em: 10/06/2017.

TOLEDO, Isadora d'Ávila, KEMP, Valéria Heloisa, MACHADO, Marília Novaes da Mata. **Os sentidos do trabalho para egressos do sistema prisional inseridos no mercado formal de trabalho**. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho, vol. 17, n. 1. USP, São Paulo: 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cpst/article/view/112334/110298>. Acesso em 02/06/2017.

ULBRICH, Giselle. **Ex-presidiário funda ONG e ajuda “ex-colegas” a não voltarem a cometer crimes**. Gazeta do Povo, 19/04/2016. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/ex-presidiario-funda-ong-e-ajuda-ex-colegas-a-nao-voltarem-a-cometer-crimes-4nbcwp0hddpnhfyu0edisxatz>. Acesso em: 02/06/2017.

JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA NO BRASIL: UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL

Renan Cauê Miranda PUGLIESI¹

RESUMO

O presente trabalho consiste na investigação acerca da justiça restaurativa e da possibilidade de aplicá-la aos casos envolvendo atos infracionais cometidos por adolescentes. Partindo-se do panorama atualmente vivenciado pela justiça brasileira, que evidencia a falência do modelo de justiça retributiva, busca-se realizar estudo acerca da justiça restaurativa, em suas características básicas, para se vislumbrar a possibilidade de sua aplicação envolvendo adolescentes infratores, apresentando-se, por fim, algumas das experiências brasileiras acerca da temática. O objetivo buscado consiste em apresentar argumentos que evidenciem ser mais eficazes os modelos restaurativos quando as finalidades são a reeducação, a restauração e a busca pela justiça, envolvendo o adolescente em conflito com a lei, sem nunca olvidar o caráter de ser em formação desse indivíduo. A metodologia pauta-se na utilização do método dedutivo, tendo sido utilizada, na formação do texto, a pesquisa bibliográfica e o levantamento de dados.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa. Adolescente. Ato infracional. Experiência brasileira. Novos paradigmas.

RESUMEN

Este trabajo consiste en la investigación sobre la justicia restaurativa y la posibilidad de aplicarla a casos relacionados con actos ilegales cometidos por adolescentes. Partiendo del panorama experimentado actualmente por los tribunales brasileños, lo que pone de relieve el fracaso del modelo de justicia retributiva, buscamos llevar a cabo estudio sobre la justicia restaurativa en sus características básicas, a vislumbrar la posibilidad de su aplicación que implique menores delincuentes, se presentando por último, algunas de las experiencias brasileñas sobre el tema. El objetivo que se persigue es el de presentar argumentos que se presenten pruebas de restauración modelos más eficaces cuando los fines son la rehabilitación, restauración y la búsqueda de la justicia, la participación de los adolescentes en conflicto con la ley, sin olvidar el carácter para estar en la formación de ese individuo. La metodología se guía en el uso del método deductivo, después de haber sido utilizado en el texto de la formación, la búsqueda bibliográfica y recopilación de datos.

PALABRAS CLAVE: Justicia restaurativa. Adolescente. Acto Delictivo. Experiencia brasileña. Nuevos paradigmas.

INTRODUÇÃO

À luz da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da sistemática penal que vigora no Brasil, o principal enfoque do trabalho foi analisar a

1 Graduado em Direito pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP. Conciliador da Justiça Federal, Subseção de Jacarezinho/PR. Membro do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais - GP CERTOS - registrado no CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas e Direitos Sociais, registrado pelo CNPq. <renan.pugliesi@gmail.com>.

possibilidade de aplicação da justiça restaurativa em casos envolvendo atos infracionais cometidos por adolescentes, buscando-se evidenciar a possibilidade – ou, até mesmo, necessidade – de se implementar modelos restaurativos no Brasil, havendo experiências brasileiras que corroboram essa tese.

A escolha do tema partiu da necessidade de se buscar via alternativa apta a solucionar o problema vivenciado na sociedade brasileira, em que os conflitos nunca são plenamente resolvidos, deixando sequelas aos envolvidos. Do mesmo modo, os ritos processuais atuais constantemente excluem as partes, deixando seus interesses e sentimentos em segundo plano, enfocando mais na aplicação da medida socioeducativa, algo que, na maior parte das vezes, não atinge a finalidade de reeducar o adolescente. Assim, fica clara a necessidade de se encontrar novas fórmulas para enfrentar velhos problemas.

Deste modo, a problematização central levantada reside na seguinte questão: diante do panorama vivenciado pela justiça brasileira, quão vantajosa pode ser a aplicação da justiça restaurativa em casos envolvendo adolescentes em conflito com a lei e quais os desafios para sua plena implementação no Brasil?

Nesta linha, buscou-se evidenciar os possíveis benefícios da justiça restaurativa e a possibilidade de sua aplicação no Brasil em casos de adolescentes que cometeram atos infracionais, tal qual se dá em outras partes do mundo. A partir da análise da figura do adolescente, como objeto principal do estudo, bem como do tratamento que ao mesmo deve ser dispensando, buscando-se preservar o *princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente*, tratou-se de evidenciar que a busca pela justiça se torna mais eficaz através dos métodos restaurativos, inclusive para o autor do ato infracional.

A metodologia utilizada baseou-se no uso do método dedutivo, pois foram traçados inúmeros conceitos básicos, bem como realizados estudos acerca da justiça restaurativa e dos atos infracionais, para então buscar comprovar a eficácia da aplicação dos modelos restaurativos em lides envolvendo adolescentes, havendo, inclusive, análise de alguns projetos aplicados Brasil. Como técnicas de pesquisas, foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica indireta – através da coleta de dados na doutrina e demais obras científicas -, bem como a análise de dados estatísticos, dando tons de concretude ao tema abordado.

1 JUSTIÇA RESTAURATIVA: ASPECTOS CONCEITUAIS E PRÁTICOS

O ser humano sempre buscou a melhor forma de se adaptar à convivência com seus semelhantes, utilizando-se de regras de conduta para tanto. Estas têm por fim controlar as individualidades e manter a paz social, sendo pressupostos de existência das sociedades

atuais. Sem elas, não seria possível a resolução dos conflitos que necessariamente existem – e sempre existirão -, não bastando que se ponha fim à lide, mas que seu termo seja alcançado com vistas à solução mais justa possível.

Dito isto, é preciso notar que existem, em todo ordenamento jurídico, normas de natureza penal que preveem condutas e sanções para o caso de sua violação. Visam atribuir maior proteção à determinados bens jurídicos diante da ameaça de punição, em penas que podem chegar à restrição da liberdade. Tem-se, assim, a chamada justiça retributiva.

O modelo de justiça tradicional apresenta muitos defeitos e omissões que não podem mais ser aceitos num Estado Democrático e Social de Direito – como se autodeclara o Brasil através da Constituição Federal. Ainda que o modelo criminal brasileiro, em tese, também almeje a ressocialização dos presos, isso não acontece de fato, sendo o fim ressocializador algo completamente ignorado não só pelos operadores do Direito e aqueles diretamente envolvidos com o sistema prisional, como também pela própria sociedade. O cenário atual apresenta superlotação prisional, exclusão, marginalização e estigmatização, relegando o infrator à invisibilidade social.

Assim, a justiça restaurativa vem despontando como verdadeira alternativa a esse modelo que vem se mostrando ultrapassado – ao menos, se adotado isoladamente.

Para melhor compreender o que se entende por justiça restaurativa, como o próprio termo permite inferir, busca uma restauração. Em verdade, traçar um conceito é uma tarefa árdua, uma vez que esta modalidade de fazer justiça pode ser concretizada através de várias formulas diferentes, a dizer: apoio à vítima (*victim support*), mediação vítima-ofensor, conferência restaurativa, círculos de sentença e cura (*healing and sentencing circles*), comitês de paz (*peace committes*), conselhos de cidadania (*citizen boards*), serviço comunitário (*community service*), dentre outros (ACHUTTI, 2012, p. 104-108). Contudo, os pontos em comum se destacam, constituindo-se sempre num processo voluntário, inclusivo e de busca pelo consenso.

Os estudiosos alertam que:

No debate criminológico, o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, pelo potencial que tem para responder às demandas da sociedade por eficácia do sistema, sem descuidar dos direitos e garantias constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores, da reparação às vítimas e comunidade e ainda revestir-se de um necessário abolicionismo moderado (PINTO, 2005, p. 20).

Como se pode notar, os modelos restaurativos acarretam muitos benefícios de várias ordens, resguardando os direitos constitucionais fundamentais dos envolvidos no ato delituoso, havendo maior atenção às necessidades da vítima e à busca pela ressocialização do

ofensor, para quem o sistema retributivo normalmente reserva apenas a previsão de punição pelo mal cometido.

Diante desse sombrio panorama de insatisfação de vítima, ofensor e comunidade – que, por vezes, são obrigados a assumir as consequências da insuficiência da estrutura judiciária -, surgem os modelos restaurativos como mecanismos complementares que buscam reverter essas tendências negativas do sistema, visando, também, ao fortalecimento das estruturas institucionais (CHÁVEZ, 2016a, p. 29).

Segundo Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 21), a justiça restaurativa surge como uma “luz no fim do túnel da angústia de nosso tempo, tanto diante da ineficácia do sistema de justiça criminal como a ameaça de modelos de desconstrução dos direitos humanos, como a tolerância zero e representa, também, a renovação da esperança”.

Assim, o modelo restaurativo traz novos contornos ao sistema de justiça nacional, pois se apresenta como alternativa ao modelo atual, podendo complementá-lo a ponto de impedir que as partes envolvidas no processo sofram não somente com tudo o que gira em torno da prática delituosa, mas também com um processo penal excludente e insensível às suas necessidades.

Nesse ínterim, a diferença entre os modelos pode ser assim esquematizada:

A justiça restaurativa centra sua preocupação não na ideia de “repressão-medo-prevenção” como o faz o sistema penal retributivo, mas na ideia de “dano-reparação-prevenção”, considerando como prioridade os interesses, necessidades e expectativas da vítima no que diz respeito à reparação pelo dano sofrido, a honesta e voluntária reabilitação do infrator e, assim, a busca do bem-estar geral da comunidade (CHÁVEZ, 2016a, p. 30, tradução nossa).²

Assim, a justiça restaurativa apresenta grandes vantagens às partes. Para a vítima, há preocupação com seus interesses e participação no processo que determinará a culpa daquele que violou seus direitos. Segundo Vitto (2005, p. 43-44), o modelo restaurativo apresenta claros benefícios à vítima, na medida em que lhe confere papel importante na formulação da repressão do Estado ao crime, bem como se preocupa em garantir a efetiva reparação do dano e a minimização das consequências do ocorrido, o que evita a vitimização secundária, ou seja, a pessoa tornando-se vítima pela segunda vez, quando o sistema a abandona.

2 La justicia restaurativa centra su preocupación, no en la idea de “represión-miedo-prevenición” como lo hace el sistema penal retributivo, sino en la idea de “daño-reparación-prevenición”, considerando como prioridad los intereses, necesidades y expectativas de la víctima respecto a la reparación por el daño sufrido, la honesta y voluntaria rehabilitación del infractor y con ello, la búsqueda del bienestar general de la comunidad.

Não se pode mais pensar na vítima como mero acessório do processo penal, um instrumento para a busca da punição do ofensor, mas nela como detentora de direitos que foram violados, carecendo de reparação não só financeira, mas no que diz respeito ao seu estado psicológico e noção de empoderamento que certamente foram maculados.

Nesse sentido, busca-se vislumbrar na vítima um sujeito de direito, pois:

[...] em um Estado Democrático de Direito, o respeito aos direitos e garantias individuais, bem como, os limites impostos pela Constituição, despontam como indispensáveis à satisfação dos direitos fundamentais do homem, especificamente protegendo-o contra as arbitrariedades do Estado. [...] Desta feita, uma tutela jurisdicional condizente com esses valores já não pode conviver com uma posição da vítima no processo penal que não seja a de sujeito de direitos, sem que com isso se abandone os direitos e garantias do acusado. [...] O desafio que se apresenta reside na reformulação do sistema processual, viabilizando seu ajustamento às disposições constitucionais, de maneira que os direitos das vítimas sejam reforçados e compreendidos como uma questão de direitos humanos (MAZZUTTI, 2011, p. 47-49).

Além disso, os modelos restaurativos são benéficos também para o infrator, tendo em vista a forma como este vem sendo tratado na estrutura do modelo tradicional, sob visão distante de propósitos humanitários e direitos fundamentais, com enfoque na punição e segregação. A justiça restaurativa, por outro lado, se vale de recursos outros que não a mera responsabilização do causador do dano, através da punição e estigmatização. Antes, almeja, através do encontro com a vítima, achar algumas respostas acerca, por exemplo, dos motivos que teriam levado o infrator aos seus atos, bem como busca, a partir desse ponto, o encaminhamento a possibilidades de superação ou transfiguração (MELO, 2010, p. 53).

De fato, numa sociedade imersa em profundas desigualdades sociais e escassez de oportunidades, não se deve encarar aqueles que cometem crimes como meros inimigos da comunidade, como se todos escolhessem esse estilo de vida para si diante da possibilidade de viver conforme as leis e regras morais que se impõem.

Conforme lembra Chávez (2016a, p. 47), o maior êxito da justiça restaurativa está na possibilidade que a mesma oferece ao infrator de se conscientizar do dano que causou, ao colocá-lo frente a frente com a vítima e com as consequências das suas ações. A partir disso, pode sensibilizar-se com o sofrimento da vítima, gerando sentimento de culpa que possibilitará a reparação do dano, consistindo numa fase imprescindível para que o infrator assuma as consequências dos seus atos.

Por detrás do crime ou ato infracional – aliás, de toda ação humana -, sempre haverá uma história a ser contada, uma carga de valores adquiridos com o tempo, e que evidencia as vivências do autor do ato delituoso, que não podem ser olvidadas, inclusive pela vítima, que certamente buscará entender as razões do crime.

De toda sorte, o autor do delito ou ato infracional deve ser encarado como verdadeiro sujeito de direitos, pois:

O sistema não se legitima sem a efetiva manifestação da vítima e também não encontra legitimidade sem oportunizar ao autor da conduta criminosa uma regra de respeito e preservação do ser humano, ante a dignidade da pessoa humana. Ao autor, seletivamente escolhido pelo sistema penal para sofrer seus dissabores, etiquetado e estigmatizado, morto socialmente, deve, ao menos, ser-lhe dada a oportunidade de reinserção social que não pelo doloroso caminho da pena. Ser tratado de forma digna é condição umbilical para que o delinquente não deixe sua condição humana. O Direito penal há de agir em respeito a todos os princípios fundamentais que gizam seus contornos, rompendo com os falsos pilares propalados pela modernidade (SALIBA, 2007, p. 105-106).

Por outro lado, nota-se que, para determinados modelos, como os círculos, há importância na participação não só das partes – ofensor e vítima -, mas também das pessoas que diretamente podem ter sido afetadas, como familiares e amigos, como também da comunidade em que estão inseridas. Todo e qualquer ato que viole certos padrões sociais e morais, assim como a lei, está apto a atingir grande número de pessoas de determinados círculos e grupos sociais, em maior ou menor escala. Quando tal atentado se manifesta através de um crime, o potencial ofensivo é ampliado, afetando a alma da comunidade estruturada e organizada chamada sociedade.

Explica Howard Zehr (2012, p. 28) que os membros da comunidade detêm necessidades advindas do crime, bem como possuem papéis a serem desempenhados nesses processos. Afinal, as comunidades sofrem o impacto do ato delituoso e, em razão disso, deveriam ser consideradas partes interessadas, por serem vítimas secundárias; seus membros também têm grande importância – inclusive responsabilidades – em relação às vítimas, aos ofensores e a si mesmos.

Afinal, nada melhor que a comunidade para acolher aqueles que foram afetados pelo crime e sofrem com os estigmas impostos pelos membros da sociedade, tornando-se importante componente de transição entre a sensação de exclusão e isolamento causada pelo crime e o retorno ao convívio social, algo que, por sinal, interessa à própria comunidade.

Portanto, os métodos restaurativos trazem novos tons à resolução dos conflitos, através de processo inclusivo que, de fato, deixar transparecer a preocupação não com a punição do infrator, mas, num viés mais humanitário, com o consenso e a restauração das relações sociais atingidas pela perpetração do ato delituoso.

2 DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Primeiramente, é preciso compreender o que se entende por criança e adolescente. De

acordo com os mandamentos do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990, “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. Assim, a Convenção não faz qualquer distinção entre criança e adolescente, enquadrando todos na mesma categoria.

Contudo, a legislação brasileira traz diferenciação interessante, por não considerar que todas as pessoas com até dezoito anos podem ser equiparadas diante da sociedade. Nos termos do art. 2º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), criança é aquela pessoa com 12 anos incompletos, considerando-se adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos.

Agiu bem o legislador, pois é preciso diferenciar a situação da criança, que possui pouca noção de como se comportar diante da sociedade e de suas complexas normas de comportamento, e do adolescente, mais bem desenvolvido, capaz de melhor compreender suas ações e as consequências delas advindas. Da mesma forma, há que se diferenciar o adolescente do adulto, pois aquele ainda não se encontra em estágio de desenvolvimento completo, não podendo ser punido como um adulto que compreende suas ações de forma plena – apesar de ser este, claramente, um critério de distinção marcado por certa dose de arbitrariedade.

Atente-se, ainda, que não há violação da Convenção, pois não há desrespeito às normas da mesma. As previsões trazidas pela referida norma internacional abrangerão tanto os adolescentes quanto as crianças, havendo, quanto a esta última, pequena diferenciação na legislação interna, com intuito de garantir maior proteção, algo além da própria Convenção, que, diga-se, não estabelece limites máximos de proteção, mas padrões mínimos. Assim, qualquer proteção adicional oferecida pelo ordenamento jurídico nacional há de ser ovacionada, não repreendida.

Acerca dos atos violadores da norma penal praticados pela criança e adolescente, o artigo 103 do ECA informa que, “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Nesse sentido, “[...] toda conduta praticada por criança ou adolescente que se amolde à figura típica de um crime previsto no Código Penal ou em leis extravagantes, ou a uma contravenção penal, configura-se como ato infracional” (BANDEIRA, 2006, p. 26-27).

Assim, sempre que criança e adolescente cometerem quaisquer dos fatos previstos em norma de natureza penal, como crime ou contravenção, incorrerá em ato infracional, que ocasionará a aplicação, para as crianças, das medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente -, enquanto que, para os adolescentes, a aplicação

das medidas socioeducativas, previstas no art. 112 da lei. É possível, desse modo, perceber que há diferenciação nas medidas aplicadas às crianças e aos adolescentes, podendo-se notar que, para as primeiras, há maior enfoque na proteção das mesmas, enquanto que, para os últimos, intuito de correção.

Além disso, há que se atentar que a existência de terminologia própria definindo as condutas realizadas por adolescentes como atos infracionais não se trata de mero eufemismo, mas de norma especial que busca enfatizar a natureza extrapenal da matéria, assim como o caráter especial do atendimento prestado ao adolescente em conflito com a lei (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2013, p. 155). Assim, por não se tratar de crime nem contravenção propriamente, não há que se falar em pena, mas em medida socioeducativa, que visa, em última instância, reeducar o adolescente para que se adeque às normas sociais.

O ECA assim dispõe sobre as medidas socioeducativas:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade [sic]; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Como se pode notar, há gradação entre as medidas, começando-se pela mais branda, a advertência, até a mais gravosa, a internação em estabelecimento educacional, que limita a liberdade do adolescente. Essa gradação deve ser proporcional à infração cometida pelo adolescente, sendo diversos os fatores que indicarão a aplicação da medida adequada.

De acordo com o § 1º do art. 112 do ECA, “A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”. Ou seja, deve atender aos imperativos do próprio microsistema do ECA, tendo em vista a proteção do e o melhor interesse do adolescente. Assim, há que se analisar seus “antecedentes”, ou seja, se já cometeu atos infracionais antes, a gravidade dos mesmos, bem como a eficácia das medidas em cada jovem infrator.

Tais medidas, por mais que sua previsão seja pioneira e louvável nas intenções, têm se mostrado ineficazes, havendo sempre um apelo pela medida de internação, que deveria ser a *ultima ratio*. Os estabelecimentos de internação em muito tem se assemelhado às prisões para adultos, inclusive nas falhas quanto às garantias de direitos e finalidade de ressocialização, assumindo verdadeiro caráter punitivo.

Para simbolizar a ineficácia da forma como os atos infracionais têm sido enfrentados no Brasil, traz-se alguns dados do último levantamento realizado pela Secretaria dos Direitos Humanos (2015, p. 20), referentes ao ano de 2013: em 2008 havia cerca de 11.734

adolescentes internados, números que passaram para 15.221 em 2013. O aumento também foi verificado em relação à internação provisória – de 3.715 em 2008 para 5.573 em 2013 – e casos de semiliberdade – 1.419, em 2008, para 2.272, em 2013.

Esses dados mostram o aumento dos jovens internados, corroborando com a ideia de ineficácia do sistema brasileiro de tratamento dos atos infracionais, aliado ao descaso do Poder Público na implementação de medidas de educação e de prevenção da reincidência. Isso exige uma alternativa no tratamento dos adolescentes, havendo que se analisar se a justiça restaurativa seria viável e eficaz.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA E ADOLESCENTES INFRATORES: POSSIBILIDADES DE UMA APLICAÇÃO EFICAZ

A justiça restaurativa, como dito, é uma forma diferente de se alcançar justiça. Não visa prioritariamente à punição, mas a alternativas inclusivas e consensuais para a resolução dos conflitos.

De fato, é preciso notar que um processo que pouco possibilita a participação estimula ainda mais a sensação de exclusão daquele que comete atos infracionais e que acredita não se adequar à sociedade que o cerca. Esse adolescente, que acredita não se encaixar, precisa que lhe sejam apresentadas novas perspectivas, para que passe a acreditar que, primeiro, possui outras alternativas que não uma vida de crimes; segundo, que não é tarde demais para mudanças; e, finalmente, que não está sozinho nessa jornada em busca de algo melhor.

Além disso, o processamento do ato infracional não lhe tratará, por vezes, as reais perspectivas sobre as consequências de seus atos. O contato com a vítima e sua família poderá proporcionar visão mais humana, possibilitando que sentimentos como arrependimento, remorso e ânsia por reparar o dano surjam. Em última análise, o contato pode incutir o sentimento de alteridade no adolescente, alterando sua visão de mundo e da vida.

Além disso, a participação da comunidade pode trazer experiências positivas, através de pessoas que cresceram no mesmo ambiente que o jovem, e que podem transmitir-lhe vivências aptas a demonstrar ser possível ascender dessa condição de marginalidade e criminalidade. O adolescente, muitas vezes, cresce em ambientes hostis, criado no seio de famílias desestruturadas e que pouco oferecem apoio, absorvendo constantemente todos esses elementos e formulando uma visão sobre a vida sem melhores perspectivas. Por vezes, até sabem que existem outras opções, mas acreditam serem elas inalcançáveis para alguém como ele.

Afinal, como poderia um adolescente, filho de pais que estão presos, irmãos envolvidos em organizações criminosas e amigos dando seus primeiros passos para a criminalidade, vislumbrar qualquer perspectiva além do que se apresenta diária e ordinariamente perante seus olhos?

O processo restaurativo pode trazer certa dose de realidade às formulações elaboradas pelo adolescente em seu íntimo, uma vez que estas, por vezes, acarretam uma lógica capaz de justificar seus atos diante das circunstâncias que o cercam, carecendo que sejam desmistificadas.

Deveras, a ideia de um procedimento consensual para menores infratores já vinha sendo defendida pela doutrina, pautada na utilização do juiz de estudo psicossocial realizada por equipe interprofissional (art. 150 do ECA), a fim de conhecer a história do jovem e sua de sua família, estudando o caso, com o intuito de, juntamente com os demais atores, encontrar a medida adequada ao adolescente. Assim, buscar-se-ia a medida de caráter preponderantemente pedagógico, oferecendo ao jovem a oportunidade de conhecer seus limites e se afastar do mundo do crime (BANDEIRA, 2006, p. 63-64).

Portanto, o autor já defendia a busca de consenso entre os atores processuais na definição da medida socioeducativa adequada para o caso concreto. Embora não seja a justiça restaurativa propriamente dita, há um pouco de sua essência. Nesse sentido:

Esse é o ponto de partida para mudança de mentalidade e de posicionamento, abandonando, parcialmente, o velho sistema clássico, caracterizado pela lentidão dos procedimentos, repressão, oneração, inflexibilidade e, o que é mais grave, ineficiente para responder, adequadamente, aos conflitos que lhe são submetidos, e abraçar uma nova postura consentânea com a personalidade em desenvolvimento do adolescente, qualificada pelo consenso [...] (BANDEIRA, 2006, p. 74-75).

De fato, há que se quebrar os paradigmas da atualidade, com processos morosos e pouco inclusivos, na busca pelos métodos restaurativos, não apenas para possibilitar a aplicação da melhor medida socioeducativa a determinado adolescente, mas para que este possa participar ativamente do processo, dialogando com a vítima e com demais atores processuais. Há que se almejar não apenas a restauração estritamente patrimonial, mas das próprias partes, proporcionando ao adolescente maiores chances de compreender seus atos, aceitar as consequências dos mesmos e buscar a reparação do dano e o aprimoramento como cidadão.

É de se notar que a justiça restaurativa, em última instância, respeita a *prioridade absoluta da criança e do adolescente*, preconizada pelo artigo 227 da Constituição Federal. Esta subdivide-se, conforme as lições de Valter Kenji Ishida (2015, p. 2-4), na doutrina da proteção integral e no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Essas seriam

as duas regras basilares que devem se fazer presentes em toda e qualquer interpretação em casos envolvendo criança e adolescente.

Segundo o referido autor, a doutrina da proteção integral refere-se ao necessário reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes, de acordo com o artigo 3º da Lei 8.069/90. Constitui uma nova forma de pensar, com escopo de efetivação dos direitos fundamentais dessa classe de pessoas.

Já o princípio do melhor interesse, de acordo com o artigo 3º, item 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, significa que em todas as medidas relativas às crianças – em sua acepção utilizada por esta Convenção, que tem por criança aquela pessoa de até 18 anos incompletos – terão consideração primordial os interesses superiores desta. Ainda, o artigo 37, c, do mesmo diploma, menciona o princípio do melhor interesse da criança ao cuidar da privação de liberdade do menor infrator.

Diante desses princípios, não há como perder de vista que a opção por métodos restaurativos seja a melhor escolha, uma vez que beneficiará os adolescentes envolvidos no ato infracional das mais variadas formas.

Um dos ambientes que mais carece da aplicação dos métodos restaurativos diz respeito à convivência escolar. De fato, a escola é ambiente essencial para o adolescente, pois diminui a sensação de alienação, envolve-o em relações interpessoais, proporciona ambiente regido por regras, necessitando que seja saudável para que, primeiro, não queiram desistir de frequentar local que proporciona oportunidade e inclusão social, como também a fim de que o lugar origem de tantas esperanças não se transforme em fonte de traumas e tristeza, deixando marcas que levará para o resto da vida. Tais ocorrências, em pessoas que estão formando sua personalidade, pode acarretar consequências horríveis e irrenunciáveis para o sujeito no futuro.

A partir dessas considerações, é preciso notar, nos ensinamentos de Brenda Morrison (2005, p. 297):

A conclusão para a justiça restaurativa é que através da construção da capacidade de estimular relações de companheirismo entre estudantes, as escolas podem abordar os sentimentos de alienação e desesperança que alguns estudantes sentem. A evidência sugere que a base do bem-estar individual, da resiliência, do desenvolvimento social e da cidadania produtiva é nutrir relações positivas dentro da comunidade escolar e da comunidade mais ampla. As teorias que apóiam [sic] a prática de justiça restaurativa têm, de diferentes modos, realçado a influência recíproca entre os indivíduos e os grupos na construção de uma cidadania responsável e zelosa.

Além disso, o ambiente escolar é rotineiramente reconhecido como propício ao *bullying*, que se manifesta através de palavras e atos que denigrem, difamam, excluem, injuriam e por qualquer forma expressem alguma forma de preconceito com relação ao colega

de escola. Esses atos criam situações terríveis de grande sofrimento psicológico por parte da vítima, que culmina no ódio e, por vezes, na agressão física de vingança. Deveras, os traumas na infância e na adolescência são constantemente apontados como causas para a formação de pessoas agressivas e instáveis, fazendo com que aqueles que inicialmente eram vítimas tornem-se agressores durante a vida adulta.

Portanto, através das técnicas restaurativas, de busca pela inclusão dos envolvidos, diálogo e consenso, almeja-se transformar a escola numa esfera de formação propícia para o relacionamento interpessoal saudável, em que os problemas não deixem marcas no íntimo dos jovens. Os métodos de restauração são aparato para a formação de verdadeiros cidadãos, capazes de conviver com as diferenças e aptos a resolver seus conflitos de forma pacífica e consensual, solucionando definitivamente a lide criada.

4 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA: A BUSCA POR NOVOS PARADIGMAS

A crise do modelo tradicional de justiça é evidente no Brasil, havendo o reconhecimento disto por parcela dos estudiosos das ciências sociais, ocasionando pesquisas acerca da viabilidade de programas de justiça restaurativa na realidade da sociedade brasileira, havendo que se notar a implementação bem-sucedida de alguns programas.

Antes de mais nada, a aplicação da “*justiça juvenil restaurativa*” (CHÁVEZ, 2016b, 197) se apresenta como imperativo de cautela, uma vez consistir num modelo equilibrado de justiça, não se configurando numa espécie de abolicionismo extremo, tampouco mantém a perniciosa estrutura que atualmente impera e viola direitos de milhares de adolescentes, impondo condição social de exclusão.

Nesse esteio, Karina Duarte Rocha da Silva (2007, p. 68-69) menciona três experiências pioneiras e expressivas no Brasil, financiadas pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD): em São Caetano do Sul/SP, Porto Alegre/RS e Brasília-DF, todos vinculados institucionalmente ao Poder Judiciário, contando, também, com a parceria da sociedade.

Segundo menciona Eduardo Rezende Melo *et al* (2008, p. 12-21), o programa de São Caetano do Sul é desenvolvido por iniciativa da Vara da Infância e Juventude, contando com o apoio institucional do Tribunal de Justiça do Estado, tendo como enfoque inicial as escolas e os adolescentes em conflito com a lei, havendo o treinamento de facilitadores, escolhidos entre educadores, pais, alunos, assistentes sociais e conselheiros tutelares. Utilizando-se de

círculos restaurativos, o programa se expandiu a todas as escolas da rede estadual, em 2006, atingindo, posteriormente, novos horizontes, para abarcar também a comunidade e a justiça, alcançando-se números expressivos após três anos de implementação do programa, com 260 círculos realizados e 231 acordos concretizados, dentre os quais 223 foram cumpridos.

Cabe à Vara da Infância e Juventude e ao Ministério Público competente a seleção dos casos, o encaminhamento aos círculos, a fiscalização do acordo e de seu cumprimento, bem como a aplicação de eventual medida socioeducativa. Esse encaminhamento geralmente se dará na audiência de apresentação, oportunidade em que o juiz aplica alguma das medidas – mais comumente a de prestação de serviços à comunidade -, que será cumulada ao acordo restaurativo (PALLAMOLLA, 2009, p. 121).

Conforme se pode notar, não só há a aplicação da justiça restaurativa, como é aplicada em conjunto a “justiça tradicional”, até mesmo porque, em última análise, a finalidade das medidas socioeducativas é justamente a reeducação do adolescente. É de se observar, contudo, que, ainda que assim não o fosse, nada impediria a aplicação conjunta dos modelos retributivo e restaurativo, sendo até recomendável que assim o seja, pois dificilmente será possível manter a paz social nos tempos atuais sem a aplicação de medidas com caráter punitivo a determinados casos.

Além disso, é interessante notar que o modelo de São Caetano do Sul se utilizada da prática dos círculos restaurativos, modalidade específica que traz como característica a inclusão de grande número de participantes. Sobre eles:

Os círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade de expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais (PRANIS, 2010, p. 25).

A organização do círculo está voltada para a inclusão e ampla participação, envolvendo não somente as partes, mas seus familiares e membros da sociedade. O modelo dos círculos talvez seja o instrumento restaurativo mais poderoso e eficaz, pela inclusão de grande número de participantes e por possuir estrutura básica bem organizada e equilibrada, que leva à formação do consenso.

Já na experiência de Brasília, a aplicação restaurativa se dá em casos envolvendo crimes mais leves, de competência do Juizado Especial Criminal, que trata de infrações mais leves. Como sua aplicação ocorre em outro âmbito que não o da Justiça Infante-juvenil, prescinde-se de maiores comentários.

Por último, tem-se o programa de Porto Alegre, que, segundo o portal do *Projeto*

Justiça para o Século 21 (s.d., s.p.), consiste em projeto que busca divulgar e aplicar as práticas de justiça restaurativa para a solução de conflitos em escolas, ONGs e comunidade, com o fim de enfrentar e prevenir a violência em Porto Alegre, tendo desenvolvido na 3ª Vara Regional do Juizado da Infância de Juventude e articulado pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.

Assim, o programa de Porto Alegre traz a ideia de aplicação da justiça restaurativa nas escolas, que, indubitavelmente, são ambientes propensos a grande quantidade de conflitos. As salas cheias das escolas, com jovens ainda em formação, construindo suas personalidades, são compostas por uma rede de individualidades com egos latentes, gerando constantes confrontos entre os jovens.

A justiça restaurativa tem poder para trabalhar esse ambiente, envolvendo os jovens conflitantes. Mas não apenas no ambiente escolar, conforme se constata da execução do projeto:

Os critérios para a seleção dos casos são a admissão pelo adolescente da autoria do cometimento do ato infracional, ter vítima identificada e não ser caso de homicídio, latrocínio, estupro nem de conflitos familiares. Na prática, a maior parte dos atos infracionais atendidos pelo programa são roubo qualificado e furto (SILVA, 2007, p. 71).

De acordo com o levantamento realizado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (2015, p. 27-29), em 2013, a maior parte dos atos infracionais ocorridos no Brasil era envolvendo roubo, cerca de 42,03%, algo que se repete no Estado do Rio Grande do Sul, com 41,88% (413 casos), demonstrando grande abrangência pelo programa ora em comento.

Quanto ao procedimento, o portal do *Projeto justiça para o século 21* (s.d., s.p.) informa que existem 3 etapas distintas: a fase do pré-círculo, em que será feito o convite às partes para que participem do círculo, havendo a explicação da metodologia restaurativa e seus principais elementos; a fase do círculo, consistindo na reunião do grupo, com a interação, exposição de necessidades e projeção de ações para compensação dos danos e promoção de mudanças; e, por fim, o pós-círculo, marcado pela fiscalização dos coordenadores acerca do cumprimento das metas traçadas.

De fato, cada fase precisa ser adequadamente executada, havendo a plena compreensão dos participantes, bem como disposição de todos a se abrirem, ouvirem e se manifestarem da forma mais sincera possível, para que a restauração seja completa.

No tocante aos acordos realizados pelo modelo restaurativo aplicado em Porto Alegre, “[...] verificou-se que costumam estar relacionados mais a bases simbólicas do que materiais, sendo comuns a autorresponsabilização do adolescente por meio de um pedido de

desculpas, a responsabilização” (PALLAMOLLA, 2009, p. 126). Isso evidencia como a justiça restaurativa não pode ser encarada de forma simplista, atribuindo-se a ela, como característica principal, a mera reparação do dano material, uma vez que existem muitos outros benefícios a ser observados e que são, de certa forma, mais importantes que a questão material em si.

Tendo sempre em mente que as consequências dos conflitos – ainda mais se envolver ato infracional – são diversas e de ordem variada, nota-se que os danos psicológicos e emocionais talvez sejam mais difíceis de serem reparados, não só por sua complexidade, como também por serem íntimos e, por vezes, passarem despercebidos aos olhares da sociedade. O próprio modelo tradicional de justiça parece não atribuir relevância aos danos psicológicos, embora sejam os que mais causam sofrimento e sequelas.

Assim, o envolvimento dos pais, famílias, sociedade e até da rede assistencial é essencial ao consenso restaurativo eficaz, apto a gerar seus melhores efeitos, não havendo problema em deixar em segundo plano, por vezes, as questões materiais do ato infracional.

Ainda, sobre os acordos, constatou-se grande êxito dos círculos restaurativos, havendo cumprimento em 90% dos casos. Além disso, 95% das vítimas ficaram satisfeitas com o procedimento, não só por acreditarem que houve maior grau de responsabilização do adolescente, como também em razão de poderem expressar seus sentimentos e buscarem entender os fatos relacionados à ofensa e o próprio ofensor. Por outro lado, 90% dos adolescentes aprovaram a experiência, uma vez que se sentiram tratados com mais respeito e justiça (PALLAMOLLA, 2009, p. 126).

De fato, o tratamento humanitário é característica marcante dos modelos restaurativos, não havendo imposições nem menosprezo, dispensando-se atenção a todos os envolvidos no ato infracional, para que possam se expressar, contar suas experiências e se relacionar com a parte “oposta”. Esse tratamento humano facilita o consenso e a participação sincera e espontânea, viabilizando o sucesso da restauração do conflito.

Contudo, na experiência brasileira em análise, restam críticas quanto a sua aplicação que não podem ser olvidadas:

O fato de atuar já na fase de execução do processo, portanto, em um momento distante de quando foi vivenciado o conflito, acarreta alguns problemas, como, por exemplo, a dificuldade na localização da vítima e a sua falta de interesse em participar do procedimento. A escolha pela implantação já nessa fase processual se deu em razão da resistência dos operadores do direito responsáveis pela apuração do ato infracional – magistrados e promotores. Em razão de tentar amenizar os problemas advindos do lapso temporal entre o cometimento do ato infracional e do círculo restaurativo, o programa passou a ser aplicado a casos de adolescentes reincidentes, pois, uma vez que estes já são acompanhados pela Vara de Execução, tornou possível, no momento da prática da infração, o programa intervir mais

rapidamente e tentar marcar o círculo para uma data mais próxima do ato (SILVA, 2007, p. 70).

Verifica-se, nesse sentido, a aplicação do modelo restaurativo de forma um tanto quanto diferente do esperado – e do que geralmente se dá – pois, ao invés de aplicá-lo previamente, como forma de buscar entendimento preliminar e eventualmente dispensar-se a aplicação da medida socioeducativa, o encontro restaurativo se dá já na fase de execução – salvo em casos de reincidência -, o que pode dificultar o próprio encontro.

De fato, o trâmite processual, por vezes, desestimula as partes a buscarem o entendimento, por ser violador de seus direitos por si só, diante de todos os problemas já apontados neste trabalho, envolvendo exclusão e omissão. O próprio infrator pode perder interesse no diálogo, pois sua culpa já terá sido estipulada por terceiro, o que, para ele, representa a velha tentativa do sistema de se impor. Há, portanto, uma considerável distorção do instituto, afetando sua essência.

Assim, verifica-se que os maiores problemas na aplicação da justiça restaurativa estão relacionados aos momentos em que esta é aplicada, em conjunto com a medida socioeducativa, uma vez que evidencia uma incapacidade para substituir o processo tradicional e eventualmente evitar a aplicação da medida socioeducativa. Esse problema torna-se evidente a partir da constatação de que não existem casos de aplicação do projeto que tenham sido resolvidos sem o uso das medidas, apenas dos métodos restaurativos. (PALLAMOLLA, 2009, p. 219).

De fato, é preciso cautela na aplicação da justiça restaurativa, pois não se pode simplesmente querer implantá-la em substituição ao modelo tradicional, uma vez que a aplicação razoável de medidas socioeducativas ainda se mostra necessária, não havendo relação de exclusão entre os modelos.

Por outro lado, a justiça restaurativa não se pode tornar instrumento para a realização das medidas socioeducativas, sob pena a desnaturar o instituto. É preciso lembrar que a aplicação não precisa ser vinculada e que uma não necessariamente deve ser vislumbrada como pressuposto da outra. A justiça restaurativa tem benefícios de várias ordens que não materiais, não estando a serviço da aplicação de pena ao adulto ou de medida ao adolescente, de sorte que deve ser empregada como meio de aprofundar a busca da justiça.

É preciso notar que esses projetos impulsionaram outros posteriormente, a exemplo daquele de Minas Gerais, em que o Tribunal de Justiça, o Governo do Estado, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Prefeitura de Belo Horizonte celebraram acordo através do Termo de Cooperação da Justiça Restaurativa (SANTOS, 2014, p. 33), inclusive para casos

envolvendo atos infracionais, utilizando-se das práticas circulares, conforme a Secretaria de Estado de Defesa Social (2012, p. 7-19).

Embora ainda não sejam plenamente aplicados, com objetos bem definidos e estruturas bem delineadas, tal qual se dá em outros países, a importância desses programas colacionados é patente, tendo em vista a busca pela alteração dos paradigmas jurídicos e sociais que prevalecem na sociedade brasileira, visando uma reestruturação do sistema que lida com jovens infratores.

O maior problema reside, de fato, na recepção da ideia e essência da justiça restaurativa. A sociedade brasileira atual vive período de crise moral e desconfiança, onde a manifestação do ódio se encontra cada vez mais escancarada, com discursos sendo proferidos sem um mínimo de responsabilidade social e ética. O momento de instabilidade política pretendeu justificar, para muitos, as agressões verbais, o preconceito e a raiva, como se as diferenças fossem intoleráveis; a empatia se encontra num horizonte distante, restando a amargura das convenções sociais que mal conseguem disfarçar o olhar de desprezo dos seres humanos para com seus semelhantes.

No mesmo sentido caminha o tratamento daqueles que estiveram em conflito com a lei. Os adultos que cumprem pena e os adolescentes que são submetidos à medida de internação formam uma sociedade paralela, à margem do resto da estrutura social; são símbolos da exclusão e da intolerância impregnadas na sociedade brasileira. O modelo capitalista atende aos interesses de poucos, ilude a classe média que imagina deter algum poder ou riqueza, e impõe, de forma quase aleatória, a miséria de uma quantidade de pessoas que raramente reconhecerão o vocábulo *oportunidade*; a segunda chance dificilmente se apresenta, restando-lhes a vida que já conhecem: crimes, marginalização, pobreza e sofrimento.

Os adolescentes, especificamente, são taxados como pessoas irrecuperáveis, ficam imersos num estigma quase insuperável. Tais concepções, por vezes, são fatores que os impulsionam no caminho da delinquência, pois lhes furtam as esperanças.

Esses pensamentos encontram-se incrustados em toda a estrutura social, dentre representantes do povo, juristas e membros da comunidade em geral; não há ciclo social que se encontra imune a tais formulações.

O maior desafio da justiça restaurativa consiste, portanto, em superar tais paradigmas, a fim de que a população comece a vislumbrar nos menores infratores a esperança de mudança, de uma vida em sociedade e sem violação das leis, de cidadãos em potencial que carecem de maiores incentivos, oportunidades e perspectivas. Só assim haverá a

busca pelo modelo de justiça que os tratem de forma adequada, inclusiva e humanitária.

Assim, “o motivo de tantos de nossos fracassos é a lente através da qual enxergamos o crime e a justiça, pois essa lente é uma construção da realidade bastante específica, ela é um paradigma. Mas este não é o único paradigma possível” (ZEHR, 2008, p. 90).

Há importância notável nessas experiências que, ainda que de pequena abrangência e dispersas pelo vasto território brasileiro, são os primeiros e íngremes degraus na busca por uma sociedade mais justa, que resolve seus conflitos com base na livre participação e no consenso.

Não se deve olvidar a importância de uma justiça restaurativa nacional e consolidada, que possibilite a todo cidadão brasileiro tratamento digno perante à Justiça. Os primeiros programas brasileiros, ainda que regionalizados, oferecem um norte para que a justiça restaurativa se torne uma realidade inarredável, tal qual carece a sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

A falência do modelo de justiça baseado na retribuição está cada vez mais evidente diante de todo o cenário que tem se apresentado à população brasileira, de superlotação carcerária, reincidência e exclusão, com franca violação dos direitos humanos e fundamentais das pessoas, algo que se dá de forma similar quando se trata dos adolescentes.

Os adolescentes, delimitados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, são alvo de previsões próprias, inclusive no que diz respeito ao conflito com a norma penal, momento em que comete o chamado ato infracional, que o sujeita às medidas socioeducativas previstas no próprio ECA.

As medidas socioeducativas, contudo, não têm cumprido seu papel reeducador, principalmente a de internação. Associando-se isso ao fato de prevalecer, no Brasil, um modelo processual por si só excludente, que pouco dá abertura à participação da vítima e vislumbra no adolescente apenas um “objeto de análise”, a busca pela reeducação e ressocialização do infrator torna-se utópica, não havendo possibilidade de êxito.

Nesse ínterim, a justiça restaurativa aparece como solução, havendo maior participação, interação com o outro polo, e assunção, por parte do adolescente infrator, da responsabilidade por seus atos, tratando-o com respeito e levando-se em consideração a qualidade do adolescente de ser em formação e desenvolvimento.

Algumas experiências brasileiras têm despontado como os primeiros passos para a implementação dos modelos restaurativos no Brasil, notadamente a prática dos círculos restaurativos em Porto Alegre. Ainda que a aplicação não seja perfeita, é necessária para que

se busque a mudança dos paradigmas que atualmente imperam na sociedade brasileira, visando uma futura implementação nacionalmente estruturada e sólida, alterando-se os rumos do tratamento dispensado às pessoas em conflito com a lei.

A aplicação da justiça restaurativa não apenas consiste numa alternativa possível, mas amplamente desejável, tendo em vista que apresenta inúmeros benefícios que se coadunam com o trato que deve ser dispensado ao adolescente, podendo ser aplicada em escolas e relacionada a processos judiciais, dando oportunidade para a inclusão do adolescente em decisão que poderá definir os rumos de sua vida, possibilitando o exercício de liberdade, autonomia e cidadania que, por vezes, a própria sociedade lhe negou, consistindo num passo determinante para a sua efetiva inclusão, reeducação e reinserção social; ou seja, oportuniza nova perspectiva para uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Tese de Doutorado (Pós-Graduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/RS: PUC-RS, 2012.

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus: Editus, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 de jul. de 2016.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 de out. de 2016.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 11 de jul. de 2016.

CHÁVEZ, Reyler Yulfo Rodríguez. **Justicia restaurativa**: bases para la reforma del Poder Judicial peruano a partir del programa de prevención 'Justicia, Paz y Seguridad'. 1ª ed. Lima: Essentia Iuris, 2016a.

_____. Paz, prevención y justicia restaurativa. In: COSTA, Ilton Garcia *et al* (org). **Paz, direito e política**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016b, p. 197-199.

DIGIÁCOMO, Murillo José. DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do

Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf>. Acesso em: 17 de jul. de 2016.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. **Processo penal sob a perspectiva da vítima**: uma leitura constitucional a partir dos direitos humanos. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho/PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2011.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine; et al. **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 53-78.

MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul**: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo: Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

MORRISON, Brenda. Justiça restaurativa nas escolas. In: SLAKMON, Catherine; et al. **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 297-322.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula, **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; et al. **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 19-40.

PORTAL JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. **Justiça para o século 21**: instituindo práticas restaurativas. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/>>. Acesso em: 28 de nov. de 2016.

PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Série da reflexão à ação. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa como perspectiva para a superação do paradigma punitivo**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciência Jurídica) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Jacarezinho/PR: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2007.

SANTOS, Fernanda Cunha dos. **Justiça restaurativa juvenil**: justiça restaurativa e adolescente em conflito com a lei. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2014.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Levantamento anual sinase 2013**: privação e restrição de liberdade. Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013>>. Acesso em: 25 de out. de 2016.

SECRETARIA DE ESTADO DE DEFESA SOCIAL. **Projeto básico de implantação de projeto de justiça restaurativa no município de Belo Horizonte/MG**. Belo Horizonte/MG: Secretaria de Estado de Defesa Social, 2014.

SILVA, Karina Duarte Rocha da. **Justiça restaurativa e sua aplicação no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília/DF: UnB, 2007.

VITTO, Renato Campos Pinto de. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, Catherine; et al. **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 41-52.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**: teoria e prática – série da reflexão à ação. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DE EXCEÇÃO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

Danielle Augusto GOVERNO¹

RESUMO

O presente estudo é sobre o fato de que mesmo com a finalidade essencial de ser um país baseado no Estado Democrático de Direito, o Brasil ainda não resolveu o conflito do Direito Penal do Inimigo em face das garantias jurídicas da pessoa humana. O objetivo deste trabalho é demonstrar que esta teoria diferencia o criminoso em cidadão ou inimigo, sendo que na primeira serão mantidos todos os direitos do devido processo legal e afastando-se tais garantias quando se tratar do inimigo. Justifica-se o estudo em virtude de que não se pode esperar mais por mudanças na legislação vigente no assunto ora tratado, pois tal matéria requer o máximo de celeridade, já que há um determinado tempo o Estado de Exceção está sendo utilizado, violando os direitos fundamentais do homem, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido a aplicação desta teoria ao Inimigo, sendo retirado dele os direitos inerentes ao devido processo legal, mantendo-se, de outra banda, as garantias jurídicas ao criminoso normal. É incompatível com o Estado Democrático de Direito, bem como defende ações contrárias aos direitos fundamentais. Trata-se de Direito de Exceção, que retira do sujeito garantias jurídicas já sedimentadas nos ordenamentos jurídicos brasileiro e internacional. Por se tratar de sistema investigativo e repressivo que sacrifica direitos fundamentais, sua existência não coaduna com a Lei Maior, devendo ser repellido qualquer ação ou ato normativo que compartilhe dos preceitos do Direito Penal do Inimigo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Constituição Federal de 1988; Estado de Exceção; Direito penal do inimigo.

ABSTRACT

The present study is about the fact that even with the essential purpose of being a country based on the Democratic State of Law, Brazil has not yet solved the conflict of the Criminal Law of the Enemy in the face of the legal guarantees of the human person. The purpose of this paper is to demonstrate that this theory distinguishes the criminal from a citizen or an enemy. In the first case, all rights of due process will be maintained and such guarantees will be removed when dealing with the enemy. The study is justified because it is not possible to expect any more changes in the legislation in force in the subject under discussion, since this matter requires the maximum speed, since for a certain time the state of exception is being used, violating the rights fundamentals of man, specially, the principle of the dignity of the human person. In this sense, the application of this theory to the Enemy, being removed from him the inherent rights to due process, while maintaining, from another band, legal guarantees to the normal criminal. It is incompatible with the Democratic State of Law, as well as defends actions contrary to fundamental rights. This is an exception law, which removes from the subject legal guarantees already established in brazilian and international legal systems. Because it is an investigative and repressive system that sacrifices fundamental rights, its existence does not conform to the Major Law, and any action or normative act that shares the

1 Danielle Augusto Governo: Bacharel em Direito pela Faculdade do Norte Pioneiro – FANORPI. É Pós-graduanda em Direitos Humanos e Ressocialização pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI. É Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo PROJURIS Estudos Jurídicos. Atua como advogada na área criminalista, em especial no Tribunal do Júri. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Democracia e Direitos Fundamentais”; “A Interferência do Estado na Vida da Pessoa Humana – INTERVEPS”; e “Direitos Fundamentais e a Sistematização Precedentalista Vinculante no Brasil”.

Precepts of the Criminal Law of the Enemy must be rejected.

KEY-WORDS: Fundamental rights; Federal Constitution of 1988; State of exception; Criminal law of the enemy.

INTRODUÇÃO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo pode ser encontrada no ordenamento jurídico brasileiro, a qual acaba limitando algumas garantias do delinquente e possibilitando uma maior eficiência na aplicação da lei penal².

O estudo em tela justifica-se pelo fato de apresentar como a Teoria do Direito Penal do Inimigo é limitada pelos direitos fundamentais, não se devendo permitir que o Estado retire os direitos fundamentais daqueles que cometem crime e contravenções penais, ou seja, daqueles que não agem conforme seu ordenamento legal.

O problema apresentado é o fato de que a Teoria do Direito Penal do Inimigo está assentada em três pilares: a) antecipação da punição; b) desproporcionalidade das penas e relativização ou supressão de certas garantias processuais; e c) criação de leis severas direcionadas à terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros, surgindo daí a necessidade da existência do garantismo penal para que haja também proteção ao acusado.

Cumprir mencionar que a metodologia utilizada foi o método dedutivo, haja vista o presente trabalho partir de análises em obras existentes acerca do assunto, amparando-se principalmente nas obras de grandes doutrinadores da ciência jurídica, além da legislação e das notícias políticas que eclodiram em todo o país nos últimos tempos, ou seja, faz-se uso da dedução para se alcançar uma conclusão a respeito do assunto em tela.

Não serão olvidados os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e o Estado de Exceção, sendo que se mostrará que o próprio texto constitucional cercou-se de cautelas na disciplina dos institutos de crise, assentando dois sistemas distintos em situação de crise: o Estado de Defesa, que utiliza medidas menos gravosas aos direitos fundamentais do que aquelas adotadas no Estado de Sítio, que trata de uma medida mais energética, já que existem situações aflitivas mais graves para que seja decretado.

Será apresentada a conceituação do Direito Penal do Inimigo e seus principais aspectos em face dos direitos fundamentais, pois tal teoria defende a aplicação de sistemas penais distintos para criminosos diferentes, já que em um extremo está o cidadão, considerado

2 Tem-se como exemplos de leis, nesse sentido, a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8072/90) e a Lei contra as Organizações Criminosas (Lei n. 9034/95).

como criminoso normal, sendo que para ele serão respeitadas todas as garantias do devido processo legal, noutro, o Inimigo, que por se afastar da norma sem previsibilidade de retorno, que terá as garantias inerentes ao sujeito de direito afastadas.

Por derradeiro, serão vistos que os direitos fundamentais devem se sobrepor ao direito penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, uma vez que este tem como profissão de fé a igualdade perante todos, isto é, trata-se de uma teoria jurídica inaceitável quando se depara com as minorais, como é o caso dos criminosos.

Diante do lançamento do objeto de estudo destas considerações, verifica-se que este estudo tentará auxiliar no amadurecimento humano sobre o tema, visto ser consequência deste debate a colocação do homem a refletir e buscar melhorar aquilo que já existe. Enfim, o que se pretende com o presente estudo é analisar o instituto jurídico do Direito Penal do Inimigo e sua relação intrínseca com os direitos fundamentais como meio de tornar melhor não somente o Direito em si, mas, mormente, a Justiça.

DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E AS DIMENSÕES DE DIREITO

As declarações de direitos do homem brasileiras sempre positivaram, de forma clara, os direitos fundamentais, haja vista, na evolução histórica dos direitos fundamentais no Brasil, perceber-se que tais declarações tutelaram os direitos em todas as suas constituições. (BASTOS, 1997)

O doutrinador constitucionalista José Afonso da Silva (2005, p. 169) afirma que “a primeira constituição, no mundo a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, a da Bélgica de 1831, a que se tem dado tal primazia”.

Além dessa, todas as outras tutelaram de forma efetiva a existência dos direitos políticos, sociais, e individuais, trazendo efetividade nos tempos em que vigoraram.

Todavia, foi a Lei Maior de 1988 que demonstrou no seu artigo 5º, § 2º, a existência de direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais, dando força à internacionalização dos direitos fundamentais. (BREGA FILHO, 2002)

Com isso, parte-se para à análise dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira, sendo que a característica principal da interpretação constitucional é as suas cláusulas abstratas e genéricas de princípios. (BARROSO, 2009)

De acordo com Robert Alexy (2008), intimamente interligados à interpretação constitucional, estão os princípios fundamentais, que são dotados de um elevado grau de

abstração, permitindo que estes possam ser interpretados com uma maior maleabilidade.

Edilson Pereira de Farias (2000, p. 22) escreve que:

Os princípios constituem critérios objetivos do processo de interpretação- aplicação do direito, ao exigirem do operador jurídico a referência obrigatória aos mesmos, controlando-se, assim, a discricionariedade do interprete aplicador, evitando que este lance mão de valorações meramente subjetivas. Assim, é corrente asseverar que os princípios cumprem um papel de limite da interpretação.

Os direitos fundamentais são dotados de historicidade, universalidade e indivisibilidade, o que faz com que se perceba que os direitos fundamentais durante varias gerações foram tratados de forma igual.

Estes estão relacionados à pessoa humana e são necessários para a garantia da vida, pois, segundo Zulmar Fachin (2012, p. 226): “os direitos fundamentais podem se dividir em cinco dimensões”, sendo a Primeira Dimensão referente ao direito de liberdade, que são os direitos civis e políticos, os quais são o direito à resistência e oposição em face do Estado.

A Segunda Dimensão estaria vinculada ao princípio da igualdade, que são os direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, o Estado tem a responsabilidade de positivá-los, fazendo com que essas garantias sejam efetivadas. (BOBBIO, 2000)

A Terceira Dimensão foi desenvolvida a partir da segunda metade do século XX, vinculada a solidariedade, o qual consiste em um teor de humanismo e universalidade, na qual todas as nações vivem em plena harmonia. (BONAVIDES, 2006)

A Quarta Dimensão, embora tenha começado a ser percebida ainda no final do século passado, é dita como democrática e pluralística.

O doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 58) assevera que “a primeira seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da revolução francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”.

Por fim, há uma possibilidade de uma Quinta Dimensão, a qual está vinculada a tão sonhada “paz”, pois a preocupação da função estatal do direito é a Defesa do cidadão, implicando em constituições escritas, com o desiderato de impor limites ao poder público, respeitando e reconhecendo as garantias relativas aos cidadãos.

DIREITOS E GARANTIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no artigo 5º, da Constituição Federal, são utilizados como um verdadeiro escudo protetivo, em que pese não estarem ilimitados em razão de encontrarem limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Magna Carta.

Mesmo sendo um conjunto de normas para estabelecer os direitos dos cidadãos dentro do Estado, estes por vezes não se consagram de maneira legal, uma vez que a fixação de garantia e a proteção do direito baseia-se no poder público, o qual deve ter meios de reconhecimento adequado processual à Defesa das garantias institucionais. (MORAES, 2012)

No entanto, os direitos e garantias previstos na Constituição servem para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo do direito penal.

O professor Luiz Fernando Kazmierczak (2017, p. 91-92) tece os seguintes comentários:

Ao se buscar quais bens jurídicos merecerão a tutela penal, começaram a surgir teorias segundo as quais a Constituição traria o rol de tais bens, ou seja, nela estariam os fundamentos da proteção jurídico- penal para os valores mais caros de uma determinada sociedade.

Essa relação entre valores sociais estampados na Constituição é um dos fundamentos para as teorias constitucionalistas, mas não é o único.

[...]

Assim, a Constituição Federal, através de seus princípios e bens fundamentais, deve nortear o legislador naquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal, através de uma ordenação axiológica jurídico-constitucional.

Pois, apesar das garantias institucionais virem consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, não seriam verdadeiros os direitos atribuídos diretamente as pessoas, porém a determinadas instituições que possuem sujeito e objeto diferenciado.

Por outro lado, destaca Celso de Mello (STF- Pleno- MS nº 2.164/ SP- Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39206):

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais)- que se identificam com as liberdades positivas , reais ou concretas- acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Assim, há muito o que se fazer para que estes sejam efetivados.

Porém, se comparado aos séculos passados, vê-se que houve uma significativa mudança no parecer histórico de evolução dos direitos fundamentais do homem, ou melhor, resta claro que se vivencia em regra a aplicabilidade das normas que se consubstanciam com os direitos fundamentais democráticos e individuais de eficácia e aplicabilidade imediata. (SARLET, 2015)

Dessa forma, como se vive em dias confusos na ordem social, política e jurídica do Brasil, o Estado de Exceção está sendo o ordinário na atual conjuntura, uma vez que, por

exemplo, o sistema jurídico penal brasileiro não garante a ampla Defesa do acusado em um processo criminal e ao cumprir a pena, inexistem condições jurídicas, sociais, higiênicas e psicológicas para aquele, ou seja, os direitos e garantias fundamentais não estão sendo efetivados pelo Estado brasileiro.

ESTADO DE EXCEÇÃO

Explana-se que o Estado de Exceção precisa de cuidados necessários para que a situação não se transforme em um regime autoritário, os quais acarretem reprimenda aos direitos fundamentais do cidadão tão difundidos no mundo.

Nessa senda, o filósofo Giorgio Agamben (2004, p. 98) comenta que:

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma `guerra civil mundial`, o Estado de Exceção tende sempre mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O Estado de Exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.

Diante destas preocupações, a Lei Máxima deste país, em seu título V, trouxe a disciplina jurídica fundamental sobre o Estado de Defesa, o Estado de Sítio, das Forças Armadas e da Segurança Pública.

Os dois primeiros são instrumentos normativos colocados a disposição do Estado para a superação das chamadas situações de crise, ao passo que as Forças Armadas e a Segurança Pública constituem produto da conjunção de diversas instituições voltadas ou à Defesa do país ou à proteção da sociedade.

Historicamente, o Estado de Exceção não é um direito especial (como o direito de guerra) mas é uma suspensão da própria ordem jurídica. É um termo comum na doutrina alemã, mas estranho às doutrinas italiana e francesa, que preferem falar de decretos de urgência e de Estados de Sítio.

[...]

Atualmente, diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o Estado de Exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. (AGAMBEN, 2004, p. 115)

Especificamente o Estado de Exceção, que tanto pode ser o Estado de Defesa ou Estado de Sítio, tem suas peculiaridades.

Observa-se que são utilizadas em situações extremas, pois tais institutos jurídicos têm natureza excepcional, devendo ser temporárias, só utilizadas quando realmente necessárias e proporcionais à situação de crise que pretendam superar.

Jose Celso de Mello Filho (1986, p. 494) sustenta que:

A Carta Federal institui, neste capítulo, mecanismos cuja função instrumental é viabilizar a Defesa da ordem político-jurídica estabelecida pela comunidade estatal. A preservação da intangibilidade do ordenamento e da autoridade do Estado, ameaçados por situações de crise 'político-institucional' ou social, constitui o objetivo específico desses instrumentos jurídicos postos à disposição do Poder Executivo Federal.

Pode-se dizer que essas medidas constitucionais criam um regime jurídico de legalidade extraordinária, que visam transcender os direitos, já que, em tese, há tempo estipulado para que possa cessar sua efetividade.

O próprio texto constitucional cercou-se de cautelas na disciplina dos institutos de crise.

A Constituição de 1988 assentou dois sistemas distintos em situação de crise: o Estado de Defesa (artigo 136) e o Estado de Sítio (artigo 137).

A diferença está em que, embora ambos sejam pontuados pela característica da legalidade extraordinária, as medidas colocadas à disposição do Poder Executivo da União no Estado de Defesa são menos gravosas aos direitos fundamentais do que aquelas adotadas no Estado de Sítio.

Tornando, desse modo, verídica à afirmação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 60) no sentido de que o Estado de Defesa “consiste numa forma mais branda de Estado de sítio”.

O Estado de Defesa pode ser decretado para preservar, ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009) o Estado de Defesa possui pressupostos para que possa se concretizar.

Dois pressupostos materiais são:

- a) Grave perturbação da ordem pública ou da paz social, mercê de instabilidade institucional ou de calamidade de grandes proporções na natureza;
- b) Que a ordem pública ou a paz social não possam ser restabelecidas pelos instrumentos coercitivos normais. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 453)

Possui também três pressupostos formais:

- a) Prévia oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional;
- b) Decreto do Presidente da República, determinando o tempo de duração do Estado de Defesa, áreas abrangidas e quais medidas adotadas;
- c) Submissão do ato, com sua justificativa, ao Congresso Nacional em vinte quatro horas, que, se não estiver reunido, será convocado no prazo de cinco dias, devendo apreciar o decreto em dez dias, sendo que eventual rejeição ensejará cessação imediata do Estado de Defesa. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 454)

A decretação do Estado de Defesa é de competência do Presidente da República e

posteriormente submetido ao Congresso Nacional, que, deliberando por maioria absoluta, poderá revogar ou confirmar o Estado de Defesa.

O tempo de duração do Estado de Defesa é de no máximo 30 (trinta) dias, podendo ser renovado por mais de uma vez. No Estado de Defesa, as garantias regulares de proteção da liberdade do indivíduo são diminuídas, o indivíduo permanece cercado de garantias quanto ao direito de locomoção, porém de forma menos abrangente do que em situação de normalidade.

No que tange ao Estado de Sítio:

O Estado de Sítio corresponde a suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, apresentando maior gravidade do que o Estado de Defesa e obrigatoriamente o presidente da República deverá solicitar autorização da maioria absoluta dos membros da Câmara dos deputados e do Senado Federal para decretá-lo.

Sendo assim, a gravidade maior do Estado de Sítio exige, em regra, prévio controle político a ser realizado pelo Congresso. (EDUCAÇÃO, 2013, online)

O Estado de Sítio é a medida mais energética, haja vista existirem situações aflitivas mais graves para que seja decretado, podendo ele ser classificado em repressivo e defensivo.

O Estado de Sítio repressivo é aquele que tem como pressupostos matérias a ocorrência de comoção grave de repercussão nacional ou a existência de fatos que comprovem a ineficiência do Estado de Defesa.

No Estado de sítio repressivo, podem ser adotadas as seguintes medidas coercitivas: obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifícios não destinados a essa finalidade; suspensão da liberdade de reunião; intervenção em empresas de serviços públicos; e requisição de bens.

Observa-se que o Estado de Sítio repressivo não pode ser decretado por prazo superior a trinta dias, nem renovado, a cada vez, por período superior, embora sejam possíveis sucessivas renovações.

Este é defensivo e tem por pressuposto material a declaração de Estado de guerra ou a resposta a agressão armada estrangeira.

No Estado de sítio defensivo, qualquer garantia constitucional pode ser suspensa, não havendo nenhuma limitação. Poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira. (CADEMARTORI; MENEZES NETO, 2011)

Em ambos os casos, o Estado de Sítio será decretado pelo Presidente da República, depois de prévia autorização do Congresso Nacional, sendo, de todo modo, necessária a anterior oitiva – não vinculante- do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional.

Diante da preocupação de que o Estado de Exceção possa criar um regime ditatorial,

suprimindo direitos fundamentais, o próprio texto constitucional assentou princípios que devem ser levados em consideração.

Com fulcro na lição de Aricê Moacyr Amaral Santos (1981, p. 33), pode-se afirmar que os poderes de crise devem estar parametrizados pelos seguintes princípios:

- a) Princípio da Necessidade: condicionada a declaração dos Estados de Defesa e de Sítio ao preenchimento de pressupostos fáticos que justifiquem a decretação – comprometimento da ordem pública e da paz social por instabilidade institucional ou atingidas por calamidade pública;
- b) Princípio da Temporariedade: limita temporalmente a adoção das medidas;
- c) Princípio da Proporcionalidade: advoga que as medidas adotadas, dentre as possíveis, devem ser proporcionais aos fatos que justificaram a adoção do Estado de Exceção, no sentido da manutenção e do restabelecimento da ordem.

Dessa forma, a adoção dos poderes de crise faz nascer um regime de legalidade extraordinária, com base em permissivos constitucionais, afastando temporariamente o conjunto de normas jurídicas regentes das relações sociais, que no ponto cedem a regras excepcionais, justificadas pela necessidade de eficiente proteção do país, do Estado e da sociedade.

No atual contexto, a violência aumentou demasiadamente não só no Brasil, mas em todo o mundo, em razão do crescimento descontrolado da população mundial, do capitalismo a qualquer custo, do descaso das autoridades para com as minorias, entre outros tantos fatores.

Em virtude disso, o Estado, em especial o brasileiro, ora assunto deste trabalho, com o intuito de freiar a criminalidade e, conseqüentemente, o descontentamento social, utiliza-se da teoria do Direito Penal do Inimigo, de Gunther Jackobs e Manuel Cancio Meliá (2012), maximizando o direito penal e criando-se uma anomalia do Estado de Direito, isto é, instalando-se o Estado de Exceção.

Diante do exposto, resta óbvio que ditados populares como, por exemplo, “bandido bom é bandido morto” são geralmente usados por uma sociedade confusa e ainda incapaz de entender que a punição excessiva é um remédio amargo para o dito “inimigo” (criminoso) e, mormente, para a própria sociedade, uma vez que, de fato, não se resolve a crise sistemática desse modo.

ANÁLISE SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Günter Jakobs, discípulo de Welzel, tido como um dos mais respeitados e polêmicos juristas da atualidade, idealizou o funcionalismo sistêmico pautado na Teoria dos Sistemas de Luhmann. (MORAES, 2008)

A teoria sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de reafirmar a vigência

da norma.

A rigor, esta é sua descrição do Direito Penal da normalidade ou o que ele próprio denomina ‘Direito Penal do Cidadão’.

Já em uma palestra na Conferência do Milênio em Berlim (1999), Jakobs parece ter apresentado ao mundo, o conceito definitivo de ‘Direito Penal do Inimigo’, levantando muitos questionamentos não só na Alemanha, mas também nas regiões de língua portuguesa e espanhola. (MORAES, 2008)

Ocorre que em 1985, Jakobs apresentara esse mesmo conceito em uma palestra proferida em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt, onde recebeu muito menos publicidade.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2008, p. 182), versando o assunto em tela, ressalta que:

Nesse trabalho Jakobs afirmava, em tom quase trágico, que o Direito Penal deixara de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra um inimigo. Como consequência inevitável, já advertira Jakobs que, frente a um ‘Direito Penal do Inimigo’, não existe hoje uma alternativa visível

A doutrina compreende que o direito penal tem duas faces, sendo a primeira o Direito Penal do Cidadão aplicado ao delinquente comum, que com sua conduta causou uma desautorização da norma, mas que, por não perder sua condição de cidadão, deveria ser processado conforme os preceitos constitucionais.

Já a outra face seria o Direito Penal do Inimigo, que puniria os indivíduos tidos como mais perigosos para a coletividade, como o exemplo citado pelos doutrinadores que é o caso dos terroristas, porque, nesta hipótese, o Estado estaria legitimado a suprimir direitos e garantias individuais, já que o criminoso não mais seria tido como cidadão. (JAKOBS; MELIÁ, 2012)

Versando o tema, Francisco Munõz Conde (2012, p. 65) afirma:

Não sei se Jakobs chegaria a admitir, nem sequer como hipótese, uma proposição tão extrema quanto esta, mas não há dúvida de que é possível chegar a esta conclusão, quando se admite a existência de dois Direitos penais, inspirados em princípios diferentes e com distintas finalidades ou funções. De todo modo, cabe aos que assumem essa distinção como inevitável, aclarar o que se quer dizer com a, bastante ambígua expressão Direito penal do inimigo e quais seriam os limites que o mesmo deveria ter, se é que tem algum.

Ao se traçar o perfil do Direito Penal do Inimigo e do Direito Penal do Cidadão, coloca-se como dois tipos ideais que dificilmente apareceram transladados à realidade de modo puro, até mesmo quando o primeiro se faz presente na apuração de uma contravenção rotineira e o segundo na prevenção pretérita de perigo.

O Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo são faces de uma mesma moeda, dentro de um mesmo contexto jurídico-penal, não se contrapondo, mas sendo aplicadas de modos diferentes, mas visando um mesmo objetivo.

O Direito Penal do Inimigo trata-se, na realidade, de um comportamento baseado em regras e não se deve, portanto, atribuí-lo aos pacificadores, pois poderá se referir, também, aos insurgidos.(JAKOBS; MELIÁ, 2012)

São regras jurídicos-penais as regras do Direito Penal do Cidadão, sendo apenas concebíveis enquanto tipos ideais, haja vista o Direito Penal do Inimigo ser, essencialmente, violência silenciosa; enquanto que o Direito Penal do Cidadão é, sobretudo, comunicação sobre a vigência da norma.

Sem dizer que a pena tem como função um reforço na confiança do Direito, infundindo na coletividade a necessidade de fidelidade ao direito, promovendo uma integração social, visto que a norma penal serve para estabilizar as expectativas sociais frente às frustrações que ocorrem quando há uma violação das normas.

Nesse sentido, Günther Jackobs e Manoel Cancio Meliá (2012, p. 22) asseguram que:

A pena é coação; é coação - aqui só será abordada de maneira setorial - de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora de uma resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.

Assim sendo, os indivíduos criam expectativas decorrentes das interações e do viver em sociedade, que muitas vezes redundam em frustrações e decepções que poderiam levar à desconfiança e quebra da fidelidade às interações sociais, sendo a pena um meio de se restabelecer a confiança, reparando ou prevenindo os efeitos negativos que a violação da norma produziu.

Convém ressaltar que é importante uma defesa em favor do Estado Democrático Constitucional de Direito na preservação das garantias formais e substanciais, porquanto, somente assim, ocorre a Defesa de um direito penal e processual penal humanitário e de *ultima ratio*, sem relativização ou supressão de garantias constitucionais que despersonalizam o ser humano e que fomentam o terror e a aplicação do direito penal do autor. (JAKOBS; MELIÁ, 2012)

Neste ponto, observa-se que a privação da característica de pessoa, apta a transformar um cidadão em inimigo dá-se conforme o sistema fixado pelos doutrinadores, a

partir do reconhecimento de que a qualidade da pessoa, isto é, a personalidade, não é, em princípio, algo dado pela natureza, mas sim uma atribuição normativa, quer seja de caráter moral, social e jurídico. (ZAFFARONI, 2007)

Com efeito, o direito penal excludente deve ser refreado, já que ao eliminá-lo seria tarefa impossível e por isso, é necessário, antes de tudo, reconhecer o Direito Penal do Inimigo e chamá-lo pelo nome e analisá-lo.

Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no Estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.(JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 37)

Entretanto, o Direito Penal do Inimigo melhoraria a tutela de bens jurídicos tradicionais e o Direito Penal do Cidadão, por sua vez, aperfeiçoaria o âmbito de liberdade dos mesmos, uma vez que não é possível combater o terror com os meios de um direito penal de Estado de direito, já que um direito penal que abraça tudo não seria capaz de conduzir de modo satisfatório esse combate, ao tratar seus inimigos como pessoas e não como fonte de perigos. (JAKOBS; MELIÁ, 2012)

Convém assinalar que a promulgação de normas penais simplesmente simbólicas não atenderia ao verdadeiro alcance das normas, uma vez que o direito penal não aparece meramente como instrumento capaz de produzir a tranquilidade das pessoas mediante mero ato de promulgação de normas evidentemente destinadas a não serem aplicadas.

Contudo, diante de processos de criminalização, verifica-se o endurecimento das normas penais já existentes, isto é, a introdução de normas penais novas com o objetivo de promover sua efetiva aplicação.³

Neste sentido, a realidade do direito positivo leva o legislador a reagir com firmeza dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco da luta contra a criminalidade, isto é, com um incremento das penas previstas. (ZAFFARONI, 2007)

Uma prevenção geral para que produza efeito em todos os membros da sociedade, e para que o efeito gerado não seja o medo frente à pena, mas sim a certeza da vigência da norma, que foi agredida pela infração e tornou a ser fortalecida pela pena é preciso a aplicabilidade da prevenção geral positiva.

Vale lembrar que os destinatários da norma não são primariamente algumas pessoas enquanto autoras potenciais, senão todos, porque ninguém pode passar sem interações sociais e, por isso, todos devem saber o que delas podem esperar. (LOPES JÚNIOR, 2008)

3 Como exemplo, tem-se a Lei [13.104](#) de 2015, a qual instituiu o feminicídio, modalidade qualificada do crime de homicídio, no art. [121](#) do [Código Penal](#).

Deve-se dizer que o fenômeno do Direito Penal do Inimigo nas legislações não é consequência de um fator externo a própria evolução dos sistemas jurídico-penais, pois não se trata de um fenômeno conjuntural e não é devido aos fatores exógenos que o Direito Penal do Inimigo não é um mero retorno a uma política criminal autoritária, mas sim uma nova fase evolutiva.

O filósofo Jackobs (2012) exemplifica tal entendimento, ao se referir ao artigo 14, § 3º da Lei de Segurança Aérea, segundo a qual é lícito abater uma aeronave, que pretenda ser usada para atentar a vidas humanas.

Desta forma, para ele, despersonaliza-se estas vítimas civis em favor de outros, interpretando-se o sacrifício da vida como uma contribuição pessoal, o cumprimento de um dever de cidadão, forma mais extrema de ostentação.

Em relação à punição do terrorista como direito de Exceção, Jakobs e Meliá (2012) enfatiza que sua punição antes da produção de lesões ou seu duro interrogatório, não se encaixa em um Estado de Direito perfeito. Porém, tampouco se enquadraria o abatimento de um avião de passageiros.

Ambas as situações pertencem ao direito de Exceção, da mesma maneira que foi criada a comunicação como direito de Exceção, a princípio, inclusive, *praeter legem*, o que, além de tudo, mostra que o Estado não pode fugir do dilema renunciando a regulamentação: a Exceção se produz de qualquer maneira, mesmo sem a sua intervenção, e logo aparecerá o Direito que se adapta a ela.

Convém salientar as sábias palavras de Jackobs e Meliá (2012, p. 79):

Quando se usa em sentido crítico o Direito Penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão só perseguem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta, ou dito em uma nova formulação, que há uma discrepância entre os objetivos invocados pelo legislador - e os agentes políticos que conformam as maiorias deste - e a “agenda real” oculta sob aquelas declarações expressas.

Por isso, o direito penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também um específico tipo de autor, que é definido não como igual, porém como outro.

Em outras palavras, a existência de norma penal persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como outros, não integrados nesta identidade, mediante exclusão do outro.

Para isso, também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, a conduta em questão já esta apenada. Portanto, o direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. (JAKOBS; MELIÁ,

2012)

A par disso, há alguns precedentes jusfilosóficos, sendo Hobbes, Fichte, Kant e Rousseau são citados, porém este último é o que mais teve atenção, o qual acredita que aquele que é tido como o que ataca o direito social e tido como malfeitor deixa de ser membro do Estado, porque está em guerra com o mesmo. (JAKOBS; MELIÁ, 2012)

Neste diapasão, resta evidente que a teoria do Direito Penal do Inimigo afronta os direitos fundamentais, sob muitos aspectos.

Neste ponto, vale transcrever as palavras de Francisco Munôz Conde (2012, p. 66):

Considero que, no momento atual, não basta identificar e descrever nos ordenamentos jurídico-penais atuais embriões ou exemplos evidentes de um Direito penal do inimigo, mas sim que é preciso manifestar também se são compatíveis com o marco constitucional de um Estado de Direito e com os pactos internacionais de direitos civis reconhecidos e acolhidos nos ordenamentos jurídicos dos Estados civilizados.

Os direitos e garantias fundamentais são instrumentos hábeis a nortear a ação estatal e corrigir excessos e equívocos por parte do Estado sancionador, sendo que existem limites que não devem ser nunca ultrapassados, mesmo que sob o fundamento de controle social e punição de criminosos, já que há as regras garantistas, as quais estão consagradas na Carta Cidadã de 1988 que orienta o sistema penal, não podendo o intérprete e nem o legislador esquecê-las.

No tocante à culpabilidade do autor do delito, vê-se que a teoria de Jackobs promove a apreciação do crime sob o aspecto da vida do autor e não pelo próprio ato delituoso, sendo o criminoso, que antes de tudo é um cidadão, julgado não pelo fato realizado, mas por outros elementos, quanto a questão da sua culpabilidade, o que vai de encontro ao direito de dignidade da pessoa humana. (LOPES JÚNIOR, 2008)

Em outros termos, o que o homem pensa e idealiza acaba valendo mais para a sua pena do que o próprio ato realizado e as circunstâncias do crime.

Outro aspecto confrontado é a criminalização de condutas como resposta política a novas condutas havidas e que mereçam reprovação e não a banalização do sistema penal e descrença ante a máquina estatal, pois esta hipótese gera conflito entre garantias constitucionais do réu e a luta pela não propagação da violência, baseado na dignidade da pessoa humana e da segurança pública.

Não se pode olvidar que no quesito igualdade, o Estado promove um tratamento desigual em relação ao inimigo, refutando-lhe uma relatividade do princípio da legalidade, aumentando desproporcionalmente de penas, endurecimento da execução penal e a abolição de direitos e garantias processuais fundamentais.

Merece transcrição literal, neste sentido, a arguta observação de Déa Carla Pereira Nery (2014, p. 87-88):

O alcance da dignidade humana representa a pedra angular do edifício dos direitos humanos, e, por corolário, do Direito Penal do Cidadão. Primeiro, porque tem a função de dar suporte e coesão unitária aos direitos humanos. Segundo, em virtude da conexão interna que apresenta a dignidade com os direitos humanos.

Assim, em que pese o indivíduo não ter seguido a norma penal, ele é um ser de direitos, fazendo jus aos direitos e deveres da dignidade da pessoa humana, visto que continua sendo um cidadão e não é o fato de ter cometido ato atentatório contra o Estado, que abandonará esta condição.

A propósito:

Se o Direito não quer ser mera força, mero terror, se quer obrigar aos cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável, como um ser capaz de reger-se pelos critérios do sentido, da verdade e do valor (do que tem sentido ou é absurdo, do verdadeiro ou do falso, do que é valioso e do que não é). (NERY, 2014, p. 88)

Percebe-se que a teoria do Direito Penal do Inimigo tem impossível aplicação em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil.

Comentando a Constituição Federal, Ivan Carlos da Silva (2013) aproveita e traz à baila o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se vê a seguir:

Com a leitura do artigo 5º da atual Constituição Federal Brasileira, infere-se que é inimaginável dividir a sociedade em duas classes – uma de cidadãos e outra de inimigos – já que a igualdade entre todas as pessoas é tratada como cláusula pétrea. Com base nisso, muitos dos críticos enfatizam que não há razão de ser na distinção feita por Jakobs. No mesmo sentido, se apresenta o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao dispor que “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”.

Nota-se que a Constituição Federal assegura que todos são iguais perante a lei, sem nenhuma distinção, garantindo aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Outra questão imperativa é a do Estado Democrático de Direito, uma vez que as normas contrárias às conquistas históricas dos direitos fundamentais, não podem prevalecer neste tipo de Estado, assim, o Direito Penal do Inimigo não encontra guarida no sistema jurídico brasileiro.

Nesse sentido, é salutar a conclusão do professor Luiz Fernando Kazmierczak (2017, p. 92), em sua obra intitulada de “Terrorismo - Direito Penal Constitucional e os Limites de Criminalização”: “Assim, a Constituição Federal, através de seus princípios e bens fundamentais, deve nortear o legislador naquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal, através de uma ordenação axiológica

jurídico-constitucional”.

Não se deve aceitar, de forma alguma, a penalização do homem pela sua escolha pessoal, pois viola sua autodeterminação e ofende todo um conjunto de princípios fundamentais, gerando um retrocesso aos direitos fundamentais.

Pelo exposto, nota-se que o Direito Penal do Inimigo constitui um importante elemento dentro da estrutura de um sistema totalitário e exerce o mesmo papel que o Direito Nazista e anti-semita exerceu contra os judeus. Isso porque o Direito Penal do Inimigo transforma as normas penais em um instrumento de banalização de seres humanos que passam a ser considerados como coisas, ou pior, como inimigos do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese ter-se conhecimento de que o debate não se finda aqui, vê-se que o direito penal de urgência perde o cerne de seus fundamentos, deixando de ser um instrumento de proteção do cidadão para tornar-se um mero instrumento de contenção social e gestão de riscos, levando a indagar onde ficaria nos casos de punição do suposto inimigo a dignidade da pessoa humana, já que o transgressor é despido de sua cidadania, passando a ser uma ameaça aos outros, isso seria uma forma exacerbada de aplicação de um direito que se pretende ressocializador.

Assim sendo, deve-se analisar com muita cautela a teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que não se pode negar que os direitos fundamentais são essenciais para o desenvolvimento da sociedade e que, portanto, devem ser observados e respeitados.

Analizou-se que é infrutífera buscar a proteção e a promoção de apenas uma parcela dos direitos, visto que estes estão disciplinados por sistemas nacionais, regionais e globais de proteção, além de serem normas imperativas e interligadas.

Para bem compreender como se dá a universalização destes direitos, é mister observar se na prática estes estão sendo positivados, tais como, o direito da ampla defesa e contraditório, presunção de inocência, garantia do processo justo e imparcial, proteção contra tratamento ou punições cruéis, degradantes ou desumanas, entre outros.

A fim de constatar que a soberania do Estado não pode ser maior frente à responsabilidade de garantias a tutela dos direitos fundamentais, faz-se necessário perceber que o direito de punir objetiva a flexibilização na noção de soberania para bem proteger os direitos fundamentais, uma vez que o desprezo e o desrespeito por esses direitos resultam em atos bárbaros por todo o mundo e no Brasil, que ultrajam a consciência da humanidade, da liberdade e da crença.

O objetivo deste estudo foi comprovar que os direitos fundamentais devem ser protegidos por um Estado Democrático de Direito, para que o homem não seja compelido à rebelião contra a tirania e opressão, pois está positivado, de maneira concisa, que as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, dotados de consciência e devem agir em relação umas as outras com espírito de fraternidade.

Pelo exposto, está claro que é urgente proteger os direitos fundamentais para a manutenção do Estado Democrático de Direito, haja vista não ser o problema atual fundamentar os direitos do homem, porém protegê-los, não se tratando de um problema de cunho filosófico, mas sim jurídico, em um sentido mais amplo, político e social.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo, Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã: *Theorie der Grundrechte*, Malheiros, São Paulo, 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.76).
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRECHT, Bertold. *Estudos sobre o teatro*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MENEZES Neto, Elias Jacob de. *Proteção da Liberdade de Expressão e Comunicação como Direito Fundamental na Democracia Constitucional: o Problema da Concentração dos Meios de comunicação de Massas no Brasil*. Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, Vitória, 2011.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- EDUCAÇÃO, Portal. *O Estado de Sítio*. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/educacao/o-Estado-de-sitio/30517>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

- FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 6 ed. atual. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Terrorismo: direito penal constitucional e os limites de criminalização*. Curitiba: Juruá Editora, 2017.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica do Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- NERY, Déa Carla Pereira. *Justiça restaurativa: direito penal do inimigo versus direito penal do cidadão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.
- SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O estado de emergência*. São Paulo, Sugestões Literarias, 1981.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Ivan Costa. *O direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://unisin.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>>. Acesso em: 13 jun. 2017.
- STF. *Pleno- MS nº 2.164/ SP- Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995*.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

O INFORMANTE CONFIDENCIAL COMO DESAFIO DA PERSECUÇÃO PENAL E A TRANSFORMAÇÃO CULTURAL

Gustavo Carvalho KICHILESKI¹

RESUMO

O presente artigo aborda o instituto do *whistleblower*, ou mais conhecido por outros, como informante confidencial, sendo este, reconhecido internacionalmente como uma ferramenta eficiente na persecução penal dos crimes de corrupção. O instituto do informante confidencial, faz relação com a medida nº 4, das 10 medidas de combate à corrupção propostas (PL 4.850/2016) pelo Ministério Público Federal. O artigo explora os principais desafios que a persecução penal contemporânea enfrenta no Brasil, como a utilização do informante confidencial e a duração da persecução penal, também destacamos alguns aspectos como a Institucionalização da Educação Moral e a criminalização da Corrupção Privada que podem colaborar com uma transformação cultural no Brasil. A metodologia utilizada na pesquisa consiste na análise detalhada de artigos científicos, legislações e livros estrangeiros, bem como teses de doutorado sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Persecução Penal, Transformação

ABSTRACT

This article addresses the whistleblower institute, or better known by others, as a confidential informant, who is internationally recognized as an effective tool in prosecuting corruption crimes. The institute of the confidential informant relates to measure 4 of the 10 anticorruption measures proposed (PL 4,850 / 2016) by the Federal Public Ministry. The article explores the main challenges facing contemporary criminal prosecution in Brazil, such as the use of the confidential informant and the duration of criminal prosecution, we also highlight some aspects such as the Institutionalization of Moral Education and the criminalization of Private Corruption that can collaborate with a transformation Cultural in Brazil. The methodology used in the research consists of the detailed analysis of scientific articles, legislations and foreign books, as well as doctoral theses on the subject.

KEY-WORDS: Criminal prosecution, Transformation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o instituto do *whistleblower*, ou mais conhecido como o informante confidencial, em que segundo as experiências internacionais, é uma ferramenta eficaz na persecução penal dos crimes de corrupção. A ideia essencial do informante confidencial é ter uma legislação específica para proteção dos denunciadores de atos de corrupção, desde o recebimento das informações, a medidas que protejam a identidade do noticiante e sua integridade física.

1 Pesquisador integrante do Núcleo de Estudos Criminais da UFPR e do Programa de Iniciação Científica do UNICURITIBA sobre Corrupção (CNPQ). Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (UNICURITIBA). Estagiário do Ministério Público Federal em Curitiba-PR. Membro (associado) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

A metodologia utilizada na pesquisa foi a qualitativa, buscando pontuar reflexões importantes sobre o tema apresentado, seja no ponto de vista científico ou na realidade prática.

No Brasil, não há legislação sobre o tema, somente projeto de lei (inclusive na medida nº 4 das 10 propostas pelo Ministério Público Federal contra à corrupção), enquanto na Convenção Interamericana contra corrupção, da qual o Brasil é signatário, em seu artigo III, parágrafo 8º, há previsão expressa sobre o assunto.

A utilização do informante confidencial é um desafio para persecução penal, seja como objeto de estudo conforme esse artigo ou na realidade da prática forense. Ainda, também são analisados como outros desafios da persecução penal a sua duração e desnecessidade do atropelamento dos direitos fundamentais.

No último tópico do artigo, também é abordado alguns tópicos como a Institucionalização da Educação Moral e a Criminalização da Corrupção privada, que podem ensejar em uma mudança não apenas jurídica, mas também cultural.

Ao final do artigo, destacamos que embora a Operação Mãos Limpas tenha sido um fenômeno internacional acerca do enfrentamento a corrupção, e, em caso semelhante ocorre com a Operação Lava Jato, apenas mudanças legislativas, técnicas e ferramentas (como o informante confidencial-*whistleblower*) não bastam para mudar a sociedade, a transformação cultural parte da conscientização que cada cidadão tem (responsabilidade individual), e como este visualiza e enfrenta o problema da corrupção sistêmica (cleptocracia), ou seja, a transformação cultural deve ir além das investigações, em busca de uma sociedade mais justa.

1. INFORMANTE CONFIDENCIAL (*WHISTLEBLOWER*)

A palavra “*whistle*” é traduzida de forma livre como “assobio” ou “apito”, já “*blower*” significa “soprador” ou “ventilador”, o que permite compreender que o agente *whistleblower* dá notícia de possível infração, independentemente de efetiva apuração administrativa ou judicial.

A legislação *whistleblowing* cria um instituto de política criminal para a descoberta de atos ilícitos. A ideia básica é transformar cidadãos em informantes (noticiantes) em favor do Estado.

A adoção desse conceito passa por diversas dificuldades, que se iniciam com a própria tradução do termo, e que vão ao final desafiar o legislador na construção de um “programa de *whistleblower*”. Já estando os programas de *whistleblower* previstos em instrumentos internacionais, e em codificações de vários países, na tentativa de elaborar de

uma legislação sobre o tema, percebe-se que o Brasil não é pioneiro. Assim, com a devida prudência, indica-se a necessidade de serem aproveitadas essas experiências internacionais, com a finalidade de que sejam colhidos, desde o início, os melhores resultados.

Essa experiência revela uma séria complexidade do tema, e informa com lucidez que tais programas representam, no plano individual, o asseguramento do pleno exercício dos direitos humanos, na perspectiva do direito de livre manifestação e de participação junto a administração pública; e no plano social, ferramentas em prol do interesse público e da sociedade no combate à corrupção, fraudes públicas e irregularidades setoriais (ROCHA, 2016, p. 03).

Segundo Márcio Rocha (ROCHA, 2017), a diferença importante entre o *qui tam author* (é um mandado pelo qual um indivíduo privado que auxilia uma acusação, podendo receber a totalidade ou, parte de qualquer penalidade imposta) e o *whistleblower*, quando comparados com a chamada delação premiada e os acordos de leniência. Para Rocha, a lei ao prever a premiação do *qui tam author e do whistleblower*, faz com que o Estado, para obter informações e aplicar a lei, deva interagir com um cidadão honesto, próximo aos fatos e que não obteve qualquer benefício com a fraude. Essa interação entre Estado e cidadão permitirá que possam eficazmente ser aplicadas integralmente as sanções previstas em lei e ressarcidos os danos.

Trata-se, portanto, de remunerar e incentivar os cidadãos no enfrentamento à criminalidade. Ao contrário, os acordos de delação premiada e de leniência impõem um dever do Estado, para obter informações e aplicar a lei, negociar (justiça consensual) com pessoas e corporações apontadas como desonestas, que já se beneficiaram ilicitamente e causaram danos a sociedade e terão as punições atenuadas por colaborarem com a persecução de terceiros. Ou seja, nos acordos de delação e de leniência, o Estado é obrigado a renunciar em parte à aplicação das penalidades na intensidade prevista em Lei. Isso equivale à consequência prática de que a *qui tam action* e os programas de *whistleblower* trabalham para que o poder público atue em sua maior expressão e a remuneração que eventualmente disponibilizem, além de ser coberta pelo próprio causador do dano, venha a remunerar os noticiantes por um serviço prestado. (ROCHA, 2017),

Peter Jubb (JUBB, 2017) em sua lição sobre o tema, fornece uma boa definição

(...) *Whistleblower* é a pessoa que, detendo posição privilegiada de acesso a dados e informações de uma organização, sem ter obrigação legal, voluntariamente relata, a uma competente autoridade pública, um ato de interesse público, sobre fatos que entende ilegais, não triviais, ou outras irregularidades sob controle de uma organização e que podem configurar atos de corrupção, fraudes, ou violação de um sistema normativo ou regulatório.

Essa inclusão de atores honestos no combate à corrupção e a fraudes em geral, é certamente algo capaz de modificar uma sociedade. Todo cidadão passa a ser potencialmente um repórter de uma situação de fraude e a buscar uma participação nas indenizações e penalidades respectivas.

2. O INFORMANTE CONFIDENCIAL COMO DESAFIO DA PERSECUÇÃO PENAL E A TRANSFORMAÇÃO CULTURAL

2.1. Desafios da persecução penal contemporânea

A persecução penal atualmente apresenta diversos desafios, não só no Brasil, como no mundo, são várias as implicações que podem ocasionar efeitos positivos e negativos na persecução penal. Com o avanço da tecnologia, as formas e instrumentos que os criminosos utilizam para cometer delitos ficam cada vez mais complexas, principalmente nos casos de delitos cibernéticos e de lavagem de dinheiro, com a facilidade do agente abrir *offshores* no exterior, para concretização da lavagem de dinheiro. Esse mesmo avanço da tecnologia deve estar a favor das autoridades investigadoras também.

Por outro lado, a persecução penal para enfrentar estes crimes de dificuldade probatória imensa, como a corrupção (SÁNCHEZ, 2002) , não pode atropelar os direitos fundamentais do acusado, deve-se respeitar a Constituição Federal de 1988 (OLIVEIRA, 1995, p. 232).

Atualmente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assinou com a Transparência Internacional o Termo de Cooperação Técnica nº 02/2017, acerca da cooperação entre os partícipes para a elaboração e implementação de atividades que auxiliem no aprimoramento do sistema judicial brasileiro no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. Nesse sentido, a utilização do informante confidencial corresponderia adequadamente ao “*no aprimoramento do sistema judicial brasileiro no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro*” (BRASIL, 2017).

A persecução penal não deve ter um prazo ilimitado de vigência, caso contrário, isso estaria violando não só os direitos do acusado, como a própria Constituição, o que merece reflexão no sentido de haver uma proporcionalidade para tanto.

A utilização do informante confidencial na persecução penal no Brasil, não é somente um desafio, deve ser refletido como uma meta para melhorar o sistema de persecução penal, como assim já é utilizado no exterior, porém, este instituto merece ser estudado à luz da Constituição e do atual Código de Processo Penal, para verificarmos a sua compatibilidade.

2.1.1. Desnecessidade do atropelamento dos direitos fundamentais

O termo “atropelar” significa segundo o dicionário de língua portuguesa passar por cima, empurrar, no sentido figurado menosprezar, embaraçar a lei. Quando as autoridades investigadoras, durante a persecução penal violam os direitos fundamentais do acusado (muito comum em casos de abuso de autoridade), há claramente um excesso na atuação do estado, isso corresponde a forma pela qual o estado “atropela (sentido figurado: passar por cima) os direitos fundamentais do acusado”.

Nesse sentido, é importante refletir na colocação de Eduardo Vera Cruz Pinto (PINTO, 2017), em que pondera se é necessário que o estado viole direitos fundamentais para conseguir provas em crimes complexos, com grande dificuldade probatória, como a corrupção, o que isso só pode ocorrer em estado de exceção, não em um estado democrático de direito, caso contrário, isso corresponderia uma violação clara.

O fato de ainda não haver processo durante as investigações na fase da persecução penal, não autorizam que o Estado viole os direitos fundamentais do acusado.

A nova postura do direito penal de combate à criminalidade organizada naturalmente impõe ao Estado a criação de novas metodologias de investigação (GIACOMOLLI, 2006, p. 14-15), e a produção legislativa em nível de direito processual penal vem indicando um forte movimento neste sentido. Leis processuais ampliam os meios de investigação criminal e de obtenção da prova de ilícitos penais, como recentemente aconteceu com a promulgação da Lei 12.850/2013 que define organização criminosa, dispõe sobre a investigação criminal e regulamenta meios de obtenção da prova para aquela espécie de criminalidade. Sintomas também podem ser vistos nos deveres de comunicação estabelecidos através da implementação da política de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, recentemente alterada pela Lei nº 12.683/2012), com a adoção de práticas nacional e internacional de combate a esse crime que se desenvolvem com base na utilização de estratégia colaborativa. Inegavelmente, esses deveres de comunicação geram “estados de investigação”, e, verificando-se que indicam a aparência de fato criminoso, também a serviço das autoridades responsáveis pela investigação preliminar policial (CAMARGO, 2017).

Jacinto Miranda Coutinho (COUTINHO, 2015) o ensina com louvor que, mesmo diante os desafios contemporâneos do enfrentamento à corrupção na persecução penal, isso não é justificativa para atropelar a Constituição, pois, *ninguém é a favor ou pode ser a favor da corrupção; mas ninguém está autorizado a passar por cima da Constituição da República e demais leis e, antes, pelos seus fundamentos, seja lá por que for; e em nome de quem for,*

por mais nobre que possa parecer o motivo e ainda que seja ele o combate à corrupção.

2.1.2. Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Transparência Internacional: Termo de Cooperação Técnica nº 02/2017, inovações ?

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assinou o Termo de Cooperação Técnica nº 2/2017 com a Transparência Internacional (2017), dispondo sobre a elaboração e implementação de atividades que auxiliem no aprimoramento do sistema judicial brasileiro no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

O Termo de Cooperação Técnica prevê que os seus participantes devem adotar diversas iniciativas, dentre elas estão: i) produção de estudos de diagnóstico e identificação de melhores práticas nacionais e internacionais sobre a gestão do sistema judicial e a prevenção e sanção da corrupção; ii) capacitação de juízes e funcionários do sistema jurídico em temas anticorrupção e antilavagem de dinheiro – incluindo intercâmbios com outros países; iii) cooperação para a assistência e proteção a vítimas e testemunhas de corrupção, com a colaboração do Centro de Apoio e Incidência Anticorrupção da Transparência Internacional; iv) desenvolvimento conjunto de campanhas de sensibilização e promoção da transparência de dados e informações sobre atos de natureza pública ou de interesse público, do combate à corrupção e do controle social; e v) outras ações que os partícipes acordarem vinculadas aos propósitos desta cooperação (STF, 2017).

Segundo o representante da Transparência Internacional José Carlos Ugaz Sánchez Moreno, este Termo de Cooperação Técnica visa trabalhar nas linhas de capacitação, campanhas e investigações que permitam aperfeiçoar a Justiça em benefício de todos.

Por outro lado, ao assinar o acordo, a Ministra Cármen Lúcia, presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), afirmou que não há Justiça sem ética, segundo a Ministra, o acordo permitirá a implantação de programas e providências para aperfeiçoar mecanismos de controle que permitam maior eficácia no julgamento de ações relacionadas à corrupção (LÚCIA, 2017).

Esse Termo de Cooperação Técnica nº 2/2017, mostra-se indispensável no cenário jurídico atual do Brasil, com a iniciativa de trazer mudanças para o Poder Judiciário e para as autoridades investigadoras, no enfrentamento à corrupção de forma mais especializada.

A urgência de uma legislação que regulamente proteção de noticiantes, vítimas e testemunhas de corrupção, como no caso do informante confidencial, fica cada vez mais notável, conforme o objeto desta pesquisa, demonstrando que o instituto já utilizado no estrangeiro, de forma eficaz, é fundamental para o Brasil.

A posição assumida pelo CNJ nesse Termo de Cooperação Técnica, está indo de acordo com o que a Organização dos Estados Americanos (OEA) e Corte Interamericana de Direitos Humanos já adotavam, principalmente com o projeto de Lei Modelo para *Incentivar La Denuncia de Actos De Corrupción Y Proteger A Sus Denunciantes Y Testigos* (OEA, 2015).

2.1.2.1. A utilização do Informante Confidencial (whistleblower)

A utilização do informante confidencial na persecução penal é muito importante, conforme o objeto desta pesquisa demonstra, principalmente por ampliar as ferramentas que as autoridades investigadoras dispõe para coletar provas, especialmente em crimes complexos, em que há uma grande dificuldade probatória.

Por outro lado, é essencial que o estado adote mecanismo especializadas na proteção de vítimas, noticiantes e testemunhas de crimes de corrupção entre demais outros, caracterizados como crimes de colarinho branco. E, a importância se dá principalmente na esfera do noticiante, em que no Brasil, diferente dos demais países estrangeiros, não tem regulamentação nenhuma sobre isso, o noticiante que leva às autoridades provas, narrativas e indícios da ocorrência de delitos, não tem proteção nenhuma no seu ambiente de trabalho, sujeito a retaliações e, contando também com um lacuna na estrutura do estado para o recebimento, proteção e prosseguimento destas informações, isso ficou muito claro na Operação Lava Jato, na situação da ex-funcionária da estatal Venina Velosa da Fonseca.

A utilização do informante confidencial merece reflexões e, não está imune a críticas, principalmente quando comparamos a inferioridade de detalhes que o Projeto de Lei 4.850/2016 face à Lei Modelo para *Incentivar La Denuncia de Actos De Corrupción Y Proteger A Sus Denunciantes Y Testigos* da OEA.

Contudo, a utilização o informante confidencial no Brasil, desde que adaptada de acordo com a Constituição e o Código de Processo Penal, poderá trazer mais pontos positivos do que negativos, principalmente na questão da valoração da prova, já que o próprio STF considera ilícita a instrução de um Inquérito Policial, baseado somente em denúncias anônimas, sendo diferente do informante confidencial, como ocorre nos Estados Unidos, tendo suas informações com um grau de legitimidade muito maior do que as anônimas (MIGUEL, 2017).

2.1.3. Duração (in)determinada

Um outro desafio da persecução contemporânea que, indiretamente está relacionada o informante confidencial, é justamente o seu prazo de duração, ora, um persecução penal não pode durar para sempre, certo ? Seria razoável uma persecução penal por tempo ilimitado ?

Inquéritos policiais tramitando há cinco, seis, sete, oito, nove, dez, onze, infinitos anos, ações penais em tramite por mais de vinte anos! Haveria compatibilidade com o ordenamento vigente o fato de investigações jurássicas se perpetuarem no tempo ? (CARNEVAL, 2017).

Segundo a Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXVII, incluído pela Emenda Constitucional nº. 45/2004: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. Previsão idêntica encontra-se nos artigos 7.5 e 8.1_da Convenção Americana De Direitos Humanos (Pacto de San José Da Costa Rica).

Nesse sentido, é importante destacar os entendimentos dos diversos Tribunais do país, tem à respeito do tema.

O julgado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em acórdão da lavra do Rel. Des. Nereu Giacomolli, 6ª Câmara Criminal, Apelação nº. 70019476498, j. 14/06/2007, no qual foi reconhecida a irrazoabilidade na duração da persecução penal, considerando que entre o fato e a denúncia decorreu um prazo de quase *sete anos*.

O E. Superior Tribunal de Justiça, através de sua C. Quinta Turma, no julgamento do Habeas Corpus nº. 144593/SP, prolatou acórdão, de relatoria do douto Min. Jorge Mussi, no qual, por unanimidade, foi concedida a ordem para trancar inquérito policial que, injustificadamente, tramitava por **cinco** anos em desfavor do paciente. Outros casos semelhantes de trancamento de inquéritos, que tramitavam por mais de **seis/ oito** anos, podem ser encontrados na jurisprudência do Tribunal da Cidadania.

A existência de uma persecução penal por um tempo totalmente irrazoável, pode ocasionar efeitos nefastos para o investigado e para o próprio estado, ainda mais quando esta, está sobre fundamentos infundados. Aliado a isso, os gastos ordinários, que não penalizam só o investigado ou processado, mas também os familiares, que muitas vezes se privam do básico para patrocinar a defesa do agente.

Desta forma, a investigação ou processo que se arrasta por anos e anos, de forma desarrazoada, em nome da doutrina do “não-prazo”, causa efeitos devastadores na vida dos submetidos à “máquina” falha do Estado, e experimentam a pena de sentar no banco dos réus. No processo penal contemporâneo, que se propaga num sistema ausente de estrutura e recursos financeiros, a prova testemunhal se lança como principal meio. Assim, é evidente

que o transcurso de longo prazo gera o perecimento da prova, pois as vítimas, testemunhas e informantes falecem, não são mais localizadas e quando localizadas não contribuem com a Justiça, já que não se recordam mais dos fatos, o que gera, num primeiro momento, em análise superficial, gasto de dinheiro público em vão, conforme já demonstrado (CARNEVAL, 2017).

2.2. Institucionalização da educação moral: transformação cultural?

A Educação Moral deve tornar-se alvo de Políticas Públicas, inclusive na formação de cidadãos, para propiciar um início de uma transformação de cultura.

Para Jean Jacques Rousseau (ROUSSEAU, 2009, p. 101), a morte do corpo político é tendência natural e inevitável dos governos mais bem constituídos. Se Esparta e Roma pereceram, que Estado pode esperar durar sempre? Se quisermos formar uma instituição duradoura, não cogitemos, pois, torna-la eterna. Para ter sucesso, não cabe tentar o impossível, nem orgulhar-se de dar à obra dos homens uma solidez que as coisas humanas não possuem.

No pronunciamento do Min. Celso de Mello na sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal de 17/03/2016, escreve a respeito da atual *crise moral* que os altos escalões da República Federativa do Brasil enfrenta em razão do sistema corrupto (endêmico) enraizado nesta nação, principalmente em relação as críticas do ex-presidente Lula ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça provocaram reações duras, de representantes do Poder Judiciário, *ipsi litteris* : Min. Celso de Mello

[...] Esse insulto ao Poder Judiciário, além de absolutamente inaceitável e passível da mais veemente repulsa por parte desta Corte Suprema, traduz, no presente contexto da profunda crise moral que envolve os altos escalões da República, reação torpe e indigna, típica de mentes autocráticas e arrogantes que não conseguem esconder, até mesmo em razão do primarismo de seu gesto leviano e irresponsável, o temor pela prevalência do império da lei e o receio pela atuação firme, justa, impessoal e isenta de Juízes livres e independentes, que tanto honram a Magistratura brasileira e que não hesitarão, observados os grandes princípios consagrados pelo regime democrático e respeitada a garantia constitucional do devido processo legal, em fazer recair sobre aqueles considerados culpados, em regular processo judicial, todo o peso e toda a autoridade das leis criminais de nosso País! A República, Senhor Presidente, além de não admitir privilégios, repudia a outorga de favores especiais e rejeita a concessão de tratamentos diferenciados aos detentores do poder ou a quem quer que seja. Por isso, Senhor Presidente, cumpre não desconhecer que o dogma da isonomia, que constitui uma das mais expressivas virtudes republicanas, a todos iguala, governantes e governados, sem qualquer distinção, indicando que ninguém, absolutamente ninguém, está acima da autoridade das leis e da Constituição de nosso País, a significar que condutas criminosas perpetradas à sombra do Poder jamais serão toleradas, e os agentes que as houverem praticado, posicionados, ou não, nas culminâncias da hierarquia governamental, serão punidos por seu Juiz natural na exata medida e na justa extensão de sua responsabilidade criminal! (O GLOBO, 2016).

Em tempos antigos, porém, em situação não muito diferente em que vivencia (*cleptocracia*) o momento atual de crise moral do Brasil, no discurso contra Catilina de Marco Túlio Cícero (106 a.C. - 43 a.C.), cônsul de Roma, recitado no Templo de Júpiter em 8 de Novembro de 63 a.C., local para onde tinha sido convocado o Senado de Roma

[...] Oh tempos, oh costumes! O Senado tem conhecimento destes factos, o cônsul tem-nos diante dos olhos; todavia, este homem continua vivo! Vivo?! Mais ainda, até no Senado ele aparece, toma parte no conselho de Estado, aponta-nos e marca-nos, com o olhar, um a um, para a chacina. E nós, homens valorosos, cuidamos cumprir o nosso dever para com o Estado, se evitamos os dardos da sua loucura. à morte, Catilina, é que tu deverias, há muito, ter sido arrastado por ordem do cônsul; contra ti é que se deveria lançar a ruína que tu, desde há muito tempo, tramas contra todos nós. [...] «Há vários anos já que nenhum crime se viu cometido senão por ti; nenhum escândalo, sem ti; só tu cometeste, sem castigo e com toda a liberdade, o assassinio de muitos cidadãos, a opressão e saque dos nossos aliados; só tu te atreveste não só a desprezar, mas até a subverter e a infringir as leis e os tribunais. Esses crimes de outrora, posto que não devessem ter sido suportados, eu os suportei como pude; mas agora, estar eu toda em sobressalto somente por causa de ti, ser Catilina objecto de medo ao mínimo ruído que surja, não se poder descobrir conjura alguma tramada contra mim em que não esteja implicada a tua intenção criminosa, não, isso é que não devo suportar. Por isso, vai-te daqui e afasta de mim este receio; se ele tem fundamento, para eu não andar oprimida; se é ilusório, para eu, enfim, deixar de uma vez esta vida de medo.» [...] (DISCURSOS, 2016).

Em abril de 2010, na cidade de Lisboa, magistrados, sociólogos, juristas e políticos debateram a corrupção. O pretexto foi um estudo elaborado, em parceria, pelo Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP), e o Centro de Investigação e Estudos de Sociologia-Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa (CIES-ISCTE).

Na opinião do sociólogo Luís de Sousa (SOUZA, 2016), para quem "*o corruptor tem o perfil do comum dos cidadãos*", o crime só pode ser combatido "*se deixar de haver uma cultura de complacência da sociedade*".

A sociedade humana está enferma. Praticamente na UTI. A doença moral deixou-a em coma. Há quem diga que o estágio é irreversível. Despertá-la para uma reação é premente. Urge fazer com que toda pessoa se compenetre de sua responsabilidade individual, cidadã e social. Esse é o papel reservado a ética neste terceiro milênio (NALINI, 2015, p. 38).

Recentemente, uma reportagem de televisão mostrava funcionários públicos afirmando que cobrar comissões indevidas para aprovar projetos faz parte da "ética do mercado". Isso é confundir tudo, trocar o bem pelo mal como se fossem sinônimos. É isso que se pode chamar de crise ética. O que significa dizer que vivemos um momento de crise de valores? Em primeiro lugar, refere-se a uma mudança cultural que está redefinindo os valores de nossa sociedade (OLIVEIRA, 2009, p. 419).

Para Oliveira (OLIVEIRA, 2010, p. 5-11) a crise de valores, se expressa na confusão

entre o bem e o mal, o certo e o errado, o justo e injusto. Em outras palavras, é a confusão entre valor e contra-valor. Os valores são produtos culturais, sujeitos às variações do tempo e do espaço. Sempre que uma determinada cultura decide eleger alguma atitude (porque o campo da ética é o campo das atitudes) como valor, estabelece-se o contra-ponto com a atitude oposta. Assim, à atitude positiva de respeito à vida, por exemplo, contrapõem-se a morte e a violência. Quanto mais clara fica a oposição entre os dois pontos, mais força tem o valor ético estabelecido. Onde reside, então, a confusão de valores? Parece-nos que ela nasce da aproximação dos polos antagônicos: em nosso tempo, por exemplo, vida e morte convivem numa quase perfeita harmonia.

Em termos gerais, pode-se dizer que a crise ética de nosso tempo corresponde a uma inversão de valores e não a uma ausência de valores.

Paulo Eduardo cita o exemplo da corrupção adentre a inversão de valores

[...] Outro exemplo da inversão de valores: a corrupção parece ter virado moda em nosso país. A injustiça tornou-se regra comum em muitos setores da sociedade. O cenário político do país, os escândalos que derrubam deputados e ministros, a generalização da corrupção mostram que as pessoas passaram a dar mais valor aos seus interesses pessoais do que à honra, à dignidade e ao respeito pela população. O individualismo e o egoísmo parecem imprimir profundamente suas marcas em cada um de nós: cada um por si e Deus por todos parece ser a regra de ouro, o princípio moral que orienta, nesses tempos de crise, as nossas escolhas. (OLIVEIRA, 2009, p. 423)

Em conclusão de seus estudos sobre a ética, com louvável brilhantismo, destacamos o ensinamento de Paulo Eduardo (OLIVEIRA, 2009, p. 429-430) frente a crise moral e inversão de valores, mencionando que há quem diga que a ética é uma ótica, isto é, um modo de ver, uma lente que nos permite contemplar o mundo.

Ademais, de acordo com a visão de Judivan (VIEIRA, 2014, p. 56) destaca que a corrupção é o fenômeno tão antigo quanto o homem. Ela o acompanha historicamente em sua jornada e, apesar de tempo comprovar que o fenômeno é qual câncer incurável, também não deixa dúvida de ser possível reduzi-lo a níveis toleráveis, como demonstra o processo educativo de alguns países nos quais a justiça, a moral e o direito se tornaram valores que amalgamam um viver mais digno em sociedade. Se os governos do mundo investirem substancialmente no processo educativo poderemos impulsionar a espécie humana aos estágios de desenvolvimento que a ética, a moral e o direito apregoam e que hoje só cabem no campo do dever ser.

O estágio de indecência constatado em certas esferas causas desespero em quem aspira a um mundo limpo. Ninguém é obrigado a suportar desonestidades. A cidadania tem um compromisso com a efetivação da Democracia Participativa. E participar não é votar a

cada eleição, não se interessar pelo andamento da política e até se esquecer quem mereceu seu sufrágio. O *verdadeiro cidadão*, é aquele que já “*não suporta*” a degradação, a corrupção, o menoscabo, o acinte, o cinismo, precisa empenhar-se numa participação política permanente .

Ao acionar os mecanismos de controle que, para a cidadania, residem na possibilidade de protestar. Junto ao mau político, endereçando *e-mails – correio eletrônico –* para a sua caixa postal, para a sede do respectivo poder e para todos os órgãos de comunicação. Organizar-se em ONGs que tenham por finalidade extirpar a corrupção, causa de incomensuráveis males para a população mais sofrida e para indignância moral em que o Brasil se debate. Não perder a capacidade de indignação e de evidenciá-la por todos os modos (NALINI, 2015, p. 377).

Todavia, percebe-se que o momento atual que Brasil vivencia, é notável que a corrupção habita nas pequenas esferas privadas, como também se faz presente nos altos escalões da República. Deste modo, o país, o povo, sente vergonha acerca da existência de tanta roubalheira por parte dos nossos Políticos, Administradores, Empresários, Doleiros, Funcionários Públicos, em que a imagem da nação foi por ladeira abaixo frente ao cenário internacional, com a sua moralidade totalmente deteriorada por estes “*sanguessugas do dinheiro público*”.

Nesse sentido, Philippe Benoni ressalta que o primeiro passo para o enfrentamento à corrupção nasce das nossas pequenas atitudes, o que o autor denomina de *sentimento constitucional*, dizendo que para que ressuscite esse *sentimento constitucional*, deve-se antes crucificar e matar o sentimento adverso: o de se apropriar daquilo que não é seu; o de não coisificar as pessoas; o de forjar uma convivência injusta e desigual; o de sorratamente matar a República. É disso que, no fundo, se tratam a corrupção e o desvirtuamento. Práticas abusivas levam ao assenhoramento da lei, do erário, do *locus* público, de um Estado que não lhe pertence. E é por isso que, mesmo no calvário que o Brasil se encontra, mesmo nutrindo esse sentimento de “assenhoramento institucional”, devem ser respeitados os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal, sob pena de nos tornarmos nossos próprios algozes. Afinal, o sentimento constitucional nasce primeiro em mim (SILVA, 2017).

2.3. Criminalização da corrupção privada

À medida que a sociedade se mobiliza, a cultura de tolerância com a corrupção, pouco a pouco, também muda. Essa transformação é fundamental para evitar que o problema se perpetue. No Brasil, há uma aparente cultura de tolerância. Muitas pessoas que reclamam do problema não pensariam duas vezes antes de oferecer um “cafezinho” para o guarda, para

tentar evitar a multa. A corrupção do servidor público, tão propagada, e a do particular, um pouco menos discutida, são como duas faces da mesma moeda: não há corrupção pública sem alguém disposto a pagar. Há quem receba e quem paga (DALLAGNOL, 2017, p. 216).

No Brasil, infelizmente, ainda não há a criminalização da corrupção privada, no entanto, já há autores discutindo sobre isso, como o caso de Luiz Regis Prado e Beatriz Dias Rizzo (RIZZO, 2012, p. 12).

A criminalização da corrupção entre particulares é ponto de honra para a comunidade penal internacional, haja vista a Ação Comum Europeia de 22.12.1998, a Convenção do Conselho da Europa sobre a Corrupção, de 27.01.1999, e, mais impactante, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Mérida de 2003).

O Projeto de lei nº 232/2012 que dispõe sobre o novo Código Penal, em seu artigo 167, criminaliza a corrupção entre particulares, com a seguinte redação para este tipo penal:

Corrupção entre particulares Art. 167. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante da empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida. (BRASIL, 2017).

Para Rogério Taffarello (TAFFARELLO, 2017), é chegado o momento de a sociedade e a comunidade jurídica discutirem serenamente – pois toda produção legislativa em matéria penal requer serenidade e reflexão – um modelo de tipificação dessa modalidade de corrupção, a fim de tutelar a ética e a probidade também nos negócios essencialmente privados, no âmbito de empresas e de associações civis. Com isso, suprir-se-á uma relevante lacuna de nossa legislação criminal e se estará a reforçar a importância da honestidade como valor tanto em relações negociais públicas quanto privadas.

2.4. Fortalecimento do sistema anticorrupção

O informante confidencial enaltece a responsabilidade que o cidadão tem com a transparência, seja este cidadão servidor público de empregado de instituição privada, a ideia de *transparência*, hoje, aparece como o núcleo duro de qualquer estratégia anticorrupção. Aliás, não é mera coincidência que a principal instituição mundial dedicada à luta anticorrupção carregue em seu nome a palavra. Isso porque a ideia está por detrás de outros mecanismos que geralmente se recomenda, como maior controle do financiamento de campanhas e fiscalização das contratações públicas. De fato, há o consenso de que a abertura do governo aos cidadãos é uma das forças motrizes de boa governança (FILHO, 2015, p.

2015).

O ordenamento jurídico Brasileiro possui várias legislações que são utilizadas no enfrentamento a corrupção, sendo denominadas de Sistema Brasileiro Anticorrupção (NEVES, 2016), composto basicamente pelos seguintes atos normativos principais: o Código Penal, Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), Lei nº 9.613/98 de lavagem de dinheiro, Lei 8.666/93 prevendo as fraudes de licitações, Lei nº 13.303/2016 dispendo sobre o estatuto das estatais, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.747/85); Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e Lei 8.137/90 prevendo as infrações à ordem econômica.

Na obra “O jogo sujo da Corrupção”, Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2017, p. 279) também acredita que a regulamentação no país do informante confidencial, de boa fé, sendo o colaborador que não participou do crime (*whisblowing*), prevendo as devidas recompensas pelas informações sobre a corrupção, seria uma alternativa para o fortalecimento do controle do estado no enfrentamento à corrupção sistêmica.

Certamente, com a regulamentação de um instituto (no caso o informante confidencial) acerca da proteção de noticiantes, vítimas e testemunhas de atos de corrupção, fortalecerá o Sistema Brasileiro Anticorrupção, bem como o legislador estará cumprindo o artigo III, parágrafo 8º da Convenção Interamericana Contra Corrupção, na qual o país é signatário.

2.4.1. Combate à impunidade: Adágio do Crime não deve compensar

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 1998) vem sistematicamente considerando como violação ao dever de proteção a não apuração, de forma rápida, dos crimes praticados em detrimento dos direitos humanos/fundamentais. Para a Corte, a impunidade dos criminosos, entendida como a falha em seu conjunto de investigação, persecução, captura, processo e condenação, ofende os direitos das vítimas. Há, portanto, uma obrigação do Estado de “investigar seriamente, com os meios ao seu alcance, as violações cometidas no âmbito de sua jurisdição, a fim de identificar os responsáveis, impor-lhes as sanções pertinentes e assegurar à vítima uma adequada reparação” (LIMA, 2017).

Os direitos fundamentais não podem ser utilizados como escudo para a prevalência da impunidade, o STF, ao julgar um relevante processo ligado à chamada “Operação Hurricane”, na qual havia indícios de participação de autoridades públicas, inclusive magistrados, em atividades ilegais no Rio de Janeiro, admitiu a utilização da chamada prova

emprestada, onde uma escuta telefônica autorizada por juiz criminal (portanto, lícita) pôde ser utilizada também para fins de apuração das responsabilidades administrativas dos envolvidos (PELUSO, 2007).

George Lima enaltece ainda que sacralizar as garantias criminais, como se fossem valores absolutos e exageradamente inflexíveis, significa abrir a porta para a impunidade e, vale enfatizar, os direitos fundamentais não compactuam com a impunidade, já que o Estado tem o dever de punir qualquer violação a esses direitos. Portanto, jamais se deve imputar aos direitos fundamentais a culpa pela impunidade crônica que assola o país. A culpa não é dos direitos em si, mas das interpretações extremistas que são feitas, inclusive por alguns membros do Judiciário, que colocam as garantias processuais como valores intocáveis e inflexíveis, sem atentar para a idéia de proporcionalidade e para o dever de combater a criminalidade, e, portanto, punir os ilícitos penais, ao contrário de representar uma violação a direitos fundamentais, significa, antes de tudo, uma forma de proteger esses direitos (LIMA, 2017).

Conforme aduz Moro (MORO, 2010, p. 167), “o que é essencial é privar o criminoso dos ganhos decorrentes de sua atividade, ou seja, confiscar o produto do crime. É a consagração do velho adágio de que ‘o crime não deve compensar’”.

Desta forma, é necessário que haja uma evolução dos mecanismos de enfrentamento à criminalidade para que possa com paridade de armas e de fato combater o crime organizado e restabelecer a ordem social e econômica em nossa sociedade (LINHARES, 2016, p. 121-142).

Nesse sentido, conforme o autor Solon Linhares ensina, essa necessidade de haver uma “evolução dos mecanismos de enfrentamento à criminalidade” corresponderia a regulamentação do informante confidencial no Brasil.

2.5. A busca por uma sociedade mais justa: preservação do estado democrático de direito, indo além da lava jato

A preocupação de enfrentar a corrupção, principalmente de forma intergeracional, é um problema que diz a respeito à todos os cidadãos.

No entanto, mantêm seus anseios sociais e buscam uma sociedade mais justa, com menos violência e corrupção e uma condição mais sustentável. A grande vantagem dessa geração é que eles trazem traços de comportamento das gerações anteriores, aliado a uma forte responsabilidade social e preocupação com o meio ambiente e a sustentabilidade do planeta (COUTINHO, 2015).

Assim como ocorreu na Operação Mãos Limpas na Itália, conforme a fala de Gherardo Colombo (um dos principais membros do *pool* – Força Tarefa – de *Mani Pulite*), não pode ser desprezado naquilo que é uma das suas conclusões mais importantes, inclusive no que ele fala dele mesmo. De fato, como ele mesmo diz, *Mani Pulite* não mudou a Itália (como nada parecido vai mudar o Brasil), nem serviu para o que veio, tendo produzido injustiças por agir mal (COLOMBO, 2015, p. 91).

[...] Mãos Limpas não mudou a Itália, e para isso entender basta olhar por aí. O nível de transgressão deste país permaneceu aquele de antes. Do ponto de vista estritamente judiciário, ela foi a prova provada que em uma situação do gênero a administração da justiça não alcança os seus escopos. E que, funcionando muito mal, pode também criar injustiças. A mim, porém, Mãos Limpas serviu muito [...] (COLOMBO, 2015, p. 91).

Segundo Chemim (CHEMIM, 2017, p. 257), junto ao cuidado em melhorar os instrumentos legais no combate à corrupção, a lição italiana também nos faz voltar os olhos para a necessidade de uma revolução educacional. Este sempre será o caminho imprescindível para mudar a cultura da corrupção. Como a sabedoria popular já sentenciou: se quisermos um mundo melhor para nossos filhos, precisamos decidir que filhos deixaremos para o nosso mundo.

O problema é que ao mesmo tempo ficamos esperando heróis que possam nos salvar. Sozinho, nenhum indivíduo ou grupo vai transformar o Brasil. Só a sociedade é capaz de trazer para si a transformação com o que sonha. Precisamos para de agir como vítimas do passado para sermos autores da nossa história. Se as reformas necessárias para alcançar o sonho de um país melhor não vem de cima para baixo, precisa construir de baixo para cima (DALLAGNOL, 2017, p. 264).

Para Dallagnol, portanto, a janela da oportunidade está aberta e é hoje que decidimos o país que teremos amanhã. Todos juntos, precisamos mover a alavanca de reformas, mostrando que o Brasil não é terra de ninguém e muito menos propriedade privada de corruptos e corruptores. É uma terra de brasileiros e brasileiras que querem justiça. E, nós, como sociedade, vamos alcança-la (DALLAGNOL, 2017, p. 264).

3. CONCLUSÃO

O instituto do *whistleblower* ou informante confidencial, consiste em uma ferramenta eficaz de enfrentamento à corrupção em vários aspectos, fornecendo proteção ao noticiante de atos de corrupção, seja funcionário público ou empregado particular, resguardando a sua integridade física e o sigilo das suas informações e, sua utilização na persecução penal encontra-se como “desafio”.

A aplicação do *whistleblower* segundo a doutrina estadunidense, está diretamente ligado à persecução penal e na proteção do patrimônio público, nos casos de improbidade administrativa ou desperdício de dinheiro público, auxiliando as autoridades investigadoras tanto na fase investigatória como judicial. O *whistleblower* é instituto que merece atenção, pois, diante a sua previsão em convenções internacionais e, regulamentação em diversos países, é certamente, um meio de prova que bate de frente quanto ao código do silêncio, que vigora principalmente nas organizações criminosas e na corrupção sistêmica.

A reflexão sobre o *whistleblower* no Brasil, começa a ganhar novos olhares, principalmente por ter relação direta com a medida nº 4, das 10 medidas de combate à corrupção propostas pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, o estudo do instituto no direito norte americano e na Inglaterra merece atenção, pois, nestes países, a sua aplicação é realizada com sucesso. No Brasil, ainda não há regulamentação sobre o *whistleblower*, porém, já há estudos sobre o assunto, como nesta pesquisa e, sua importância é realçada inclusive, quando o país tem como pano de fundo um cenário de corrupção sistêmica em uma das maiores investigações do mundo a “Operação Lava Jato”.

A simples cópia do instituto do *whistleblower* para o Brasil não é aconselhável, pois, cada nação, tem sua constituição, sua cultura, e, portanto, deve ser instituído de modo que seja compatível com o seu ordenamento jurídico.

Incentivar o enfrentamento à corrupção, é lutar por uma sociedade com serviços públicos de saúde adequados, uma educação pública de qualidade, nos quais são severamente prejudicados com o dinheiro público furtado por esses ladrões de colarinho branco, em que já tinha-se uma destinação certa, porém, por primazia do interesse individual sob o público, foi desviado, demonstrando assim, na realidade, que enfrentar a corrupção não é preocupação somente das autoridades, pelo contrário, é de quem mais interessa, “a sociedade”.

Nesse sentido, diante um cenário de corrupção sistêmica que o Brasil hoje vivencia, cristalizando uma verdadeira crise moral, onde a educação moral se deteriorou, dão ensejo a necessidade de uma mudança cultural em que o povo, deve ser indignado com a corrupção, em todos os sentidos e, erradica-la de sua vida (reporto-me a corrupção privada que ainda não foi criminalizada no Brasil), pois, de nada adianta estudarmos com afinco uma das principais legislação de combate à corrupção, pontuarmos aspecto que merecem atenção e podem ser melhorados, aprofundar estudos sobre ferramentas de combate à corrupção, de forma a contribuir para melhorar o sistema, se as leis não forem respeitadas pela população (sentido lato), pelos operadores do direito, que muitas vezes as ignoram, todo o esforço empenhado, será em vão. Nesse sentido, impõe-se a adoção de um programa educacional com forte

conotação na ética, com o propósito de alterar situações paradigmáticas presentes na sociedade. Talvez sejam necessárias décadas ou gerações para ocorrer essas mudanças que se encontram estratificadas no espírito da sociedade.

Ao final, registra-se que a corrupção é um sistema endêmico na sociedade brasileira e, por essa razão, é um problema de todos, de forma a merecer atenção plural, pois suas consequências atingem as pessoas em toda a sua magnitude. Sendo assim, seu estudo, principalmente através da implantação de um sistema educacional centrado no processo de valorização dos atos praticados pelas pessoas na sociedade, com o propósito de resgatar o princípio da boa-fé e da eticidade que inspiraram a comissão dos notórios durante a proposta de elaboração do novo Código Civil. Dessa forma, ao lado do desenvolvimento científico, poderão ser adotadas medidas para curar esta doença degenerativa do caráter do ser humano. Uma nova postura ética institucionalizada com o propósito de mudar o perfil valorativo das pessoas. Essa postura, com toda certeza, é o “*calcanhar de Aquiles*” que merece especial atenção da sociedade na medida em que representa o principal ponto a ser mudado, pois, o ser humano e seus conhecimentos, é resultado de aprendizado, constituído de um somatório de informações adquiridas ao longo do processo civilizatório adquirido através das suas heranças genéticas e culturais fornecidas pela própria *educação*. Nesse sentido, a educação por si só, não é capaz de mudar o mundo, *mas, é capaz de mudar pessoas, e pessoas sim, são aptas e capazes de mudar o mundo.*

REFERÊNCIAS

CAMRGO, Rodrigo de Oliveira. Compliance, Investigação e Direitos Fundamentais. Instituto de Direito Econômico Aplicado. Disponível em: < <http://www.institutoidea.net.br/compliance-investigacao-e-direitos-fundamentais/>>. Acesso em 11.06.2017.

CARNEVAL, Marcelo, HELENE, Paulo Henrique. Persecuções penais jurássicas e o fracasso da intervenção estatal – Por Marcelo Carneval e Paulo Henrique Helene. Artigo. Empório do Direito. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/tag/persecucao-penal/>>. Acesso em 11.06.2017.

CHEMIM, Rodrigo. Mãos Limpas e Lava Jato. Editora Citadel, Porto Alegre/RS, 2017.

COLOMBO, Gherardo. *Lettera a um figlio su Mani Pulite*. Milano: Garzanti, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?. Revista IBCCRIM, Boletim nº 277. São Paulo/SP, Dezembro de 2015.

CRÍTICAS de Lula ao STF e ao STJ provocaram reações duras. Jornal G1.com. Disponível

em : <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2016/03/criticas-de-lula-ao-stf-e-ao-stj-provocaram-reacoes-duras.html>>. Acesso em 07.05.2016

DALLAGNOL, Deltan. A luta contra corrupção. Editora Primeira Pessoa. Rio de Janeiro, 2017.

FILHO, André Pimentel. **(Uma) Teoria da Corrupção**. Editora Lumen Iuris. Rio de Janeiro. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. A Fase Preliminar do Processo Penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

GOMES, Luiz Flávio. O Jogo Sujo da Corrupção. Editora Astral cultura. Bauru/SP. 2017.

LIMA, George Marmelstein. Direitos Fundamentais e Impunidade: em defesa da aplicação do princípio da proibição de abuso de direitos fundamentais. Disponível em :<https://direitosfundamentais.net/2008/09/09/direitos-fundamentais-e-impunidade-em-defesa-da-aplicacao-do-principio-da-proibicao-de-abuso-de-direitos-fundamentais/#_ftn1> Acesso em 11.06.2017.

LINHARES, Solon Cícero. O Confisco Alargado de Bens Como Instrumento Frente à Criminalidade Transnacional. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41, n. 2, p. 121 - 142, jul./dez., 2016.

MIGUEL, João M. Silva. Cartas Anônimas: uma perspectiva jurídica. Disponível em : <<https://www.publico.pt/espaco-publico/jornal/cartas-anonimas-uma-perspectiva-juridica-183472>> Acesso em 13.06.2017

MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. Revista dos Tribunais. 12ª ed. São Paulo. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. Ed. Método. 3ª edição. São Paulo. 2016.

OLIVEIRA, William Terra de. Algumas questões em torno do novo Direito Penal Econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.3, fasc.11, p. 232, jul./set.1995.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo de. **Crise dos Valores : Desafio a Sustentabilidade**. Coleção Angrinho. 2009.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo de. **Sala de Aula: espaço de vivência ética**. Revista Educação Marista. Curitiba, Editora Universitária Champagnat, Ano V, n. 10, p. 5-11, jan/jun 2005.

RIZZO, Beatriz Dias. A corrupção entre particulares: Só agora ? E por que agora ?. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim IBCCRIM Nº 20, Ano 20, setembro de 2012, p. 12

ROCHA, Márcio Antônio. **Subsídios ao debate para implantação de programas de whistleblower no Brasil**. ENCCLA. Dezembro de 2016.

ROCHA, Márcis Antônio. **A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*.** *Revista de Doutrina do TRF 4ª Região*.

ROUSSEAU, Jean Jacques **O Contrato Social**. L&PM POCKET. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre. 2009.

SANCTIS, Fausto Martin. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro. Destinação de bens apreendidos. Delação Premiada e Responsabilidade Social**. São Paulo. Saraiva.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Série as ciências criminais no século XXI; v. 11.

SILVA, Philipe Benoni Melo. O tribunal da corrupção: morte e Ressurreição do Sentimento Constitucional – Por Philipe Benoni Melo e Silva. Artigo. Empório do Direito. Disponível em < <http://emporiiododireito.com.br/o-tribunal-da-corrupcao-morte-e-ressurreicao-do-sentimento-constitucional-por-philipe-benoni-melo-e-silva/>>. Acesso em 11.06.2017.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Corrupção Privada. Artigo. Estadão. 2015. Disponível em : <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corrupcao-privada/>>. Acesso em 11.06.2017.

VIEIRA, Judivan J. **Coleção Corrupção no Mundo**. Thesaurus. Brasília. 2014. Vol. II. p. 147.

VOTO, vencedor do Min. Cezar Peluso no Inq-QO/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 25/4/2007 Site: <<http://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro02.html>>. Acesso em 07.05.2016.

OS DIFERENTES MODELOS IDEOLÓGICOS E SUA INFLUÊNCIA NO SISTEMA PENAL: DO ABOLICIONISMO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO¹
Luiz Fernando KAZMIERCZAK

RESUMO

O presente trabalho, partindo-se da divisão entre Direito Penal liberal e Direito Penal moderno, buscou explicitar os principais movimentos ideológicos que apontam saídas para o supramencionado ramo do direito gerir a sociedade. Assim, foram abordadas informações a respeito do movimento “Lei e Ordem”, Direito Penal do inimigo, Direito Penal mínimo, abolicionismo, garantismo e direito penal do risco. Convém explicitar, ademais, que em razão dos novos riscos criados pela era industrial e novas tecnologias, o Direito Penal sofre influência, na medida em que deve trazer segurança para uma sociedade que se sente desprotegida das possíveis situações catastróficas. Dessa forma, correntes são explicitadas para tutelar o risco, entendendo-se como solução a busca da atualização da ciência penal pelo contato com outros subsistemas e instituições, a fim de que responda as demandas sociais, sendo observadas, para tanto, todos os direitos e garantias conquistados a passos lentos. O método utilizado foi o dedutivo, partindo-se da existência de duas correntes penais, das quais se pode aferir diversos movimentos ideológicos que regem o Direito Penal. Tal metodologia se alia à pesquisas bibliográficas e documentais, por meio de livros, artigos científicos, teses e dissertações.

PALAVRA-CHAVE: Direito Penal; Movimentos Ideológicos; Sociedade de Risco; Direitos e Garantias.

ABSTRACT

The present work, starting from the division between liberal Criminal Law and modern Criminal Law, sought to make explicit the main ideological movements that point out to the aforementioned branch of the law to manage society. Thus, information about the "Law and Order" movement, the Criminal Law of the enemy, minimum Criminal Law, abolitionism, guaranty and the criminal law of risk were addressed. It should also be made clear that, because of the new risks created by the industrial age and new technologies, criminal law is influenced, as it must bring security to a society that feels unprotected from possible catastrophic situations. In this way, currents are explained to protect the risk, understanding as a solution the search for the updating of criminal science through contact with other subsystems and institutions, in order to respond to social demands, being observed, for this, all rights and Guarantees won by slow steps. The method used was the deductive, starting from the existence of two criminal chains, from which one can measure several ideological movements that govern the Criminal Law. This methodology is combined with bibliographical and documentary research, through books, scientific articles, theses and dissertations.

KEY-WORDS: Criminal Law; Ideological Movements; Society of Risk; Rights and Guarantees.

1 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.

INTRODUÇÃO

É possível observar a existência de duas correntes opostas que regem o modo como o Direito Penal deve atuar, consistentes no Direito Penal liberal ou clássico e o Direito Penal moderno. A primeira é decorrente de um Estado liberal, o qual busca garantir direitos e liberdades do indivíduo frente ao Estado. O Direito Penal, enquadrado em tal corrente, possui intervenção mínima, recheada de direitos e garantias.

Contudo, observou-se que o Estado liberal gerou apenas uma igualdade formal, razão pela qual outros movimentos passaram a buscar uma igualdade material. Para tanto, provou-se necessária a intervenção estatal, surgindo um Estado Social. Derivado deste, vem o Direito Penal moderno, caracterizado pela expansão do mencionado ramo do direito, flexibilização de garantias e atuação pautada na prevenção.

Em razão dessa situação, há movimentos ideológicos penais que se aproximam de ambas as correntes moduladoras do Direito Penal, as quais vão desde o abolicionismo até as que pregam um Direito Penal do Inimigo. Tais correntes, sem se pretender esgotar o tema, foram tratadas no presente trabalho, ressaltando-se suas características, origens e consequências.

Cumprido ressaltar resumidamente a respeito das mesmas. A primeira corrente trabalhada é a conhecida como Direito Penal Máximo, a qual utiliza a aplicação de penas como *prima ratio*, bem como protege todos os bens jurídicos, com punições severas, sem se atentar a importância dos mesmos. Há ainda o Direito Penal do Inimigo, o qual realiza uma discriminação entre indivíduos, chegando ao ponto de considerar alguns como “não pessoas” ou “não cidadãos”, em razão de oferecerem insegurança à sociedade.

Ao lado da corrente aliada ao Direito Penal liberal, vislumbra-se o Direito Penal mínimo, buscando uma mínima intervenção e penas humanizadas, com princípios que orientam o aplicador do direito, bem como o legislador. Há ainda a tese do garantismo, o qual também prega a incidência do Direito Penal somente quando necessário, trazendo uma série de princípios e garantias processuais e penais, visando proteger a vítima e também o acusado. Busca-se minimizar a violência e maximizar a liberdade.

Encontra-se, ainda, a tese abolicionista, a qual, em razão da falibilidade do sistema penal, aponta outras saídas diversas da lei penal, buscando práticas libertadoras. Contudo, sofre críticas, haja vista que em determinadas situações, somente o sistema penal é capaz de reger adequadamente.

Por fim, o presente trabalho dissertará a respeito da sociedade de risco, a qual, em razão das novas tecnologias e outros fatores, encontra em seu meio riscos globais, como catástrofes ou crimes gravíssimos, tais como o terrorismo. Assim, serão apontadas características que um sistema penal sofre em razão dessa situação.

1. DIREITO PENAL LIBERAL E DIREITO PENAL MODERNO

Diante das mutações pelas quais a sociedade percorre, o Direito busca se adequar para bem atender aos interesses, sendo certo que o Direito Penal é influenciado por tal processo. É possível encontrar duas correntes que visam responder aos problemas apresentados, quais sejam, Direito Penal liberal e Direito Penal moderno, os quais diferenciam-se na aceitação ou não dos interesses como passíveis de proteção penal, bem como na preservação ou flexibilização de garantias fundamentais. (SOARES, 2015, p. 14)

Decorre o Direito Penal liberal do Estado liberal, o qual visava garantir as liberdades dos cidadãos perante arbitrariedades do Estado. Assim, é caracterizado pela existência de garantias que visam proteger os indivíduos. Luiz Flavio Gomes permeia sua obra de detalhes referentes ao assunto. Tem-se que o Direito Penal liberal ou Clássico surgiu entre a segunda metade do século XVIII e a primeira do Século XIX, sendo inspirado pelo Iluminismo, com a influência de autores como Beccaria, Montesquieu, Carrara, entre outros. Ademais, objetiva um direito penal voltado para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa contra as intervenções punitivas do Estado, sendo almejado também a redução de violência, despotismo e arbitrariedade os quais são características do direito anterior. Ressalta-se ainda que tal corrente possuía duas finalidades: servir de instrumento para proteção de bens jurídicos, bem como proteger para a liberdade do cidadão. (2005, p. 17-19)

Em razão de tais garantias, a intervenção penal é mínima, sendo utilizado como *ultima ratio legis*. (SOARES, 2015, p. 18). Por outro lado, o Estado liberal acarretou tão somente em igualdade formal entre os indivíduos, razão pela qual determinados movimentos passaram a buscar por uma igualdade material, sendo necessário, para tanto, intervenção estatal objetivando a concretização de um Bem-Estar Social, fazendo com que uma Constituição Liberal se transformasse em Constituição Social, período conhecido como “Estado Social”. (SOARES, 2005, p. 24)

Deriva desse novo modelo de Estado, qual seja, o Estado Social, o Direito Penal moderno, sendo caracterizado, em sua ideologia predominante, pela expansão do Direito Penal em razão da existência de novos âmbitos de proteção, aumento de penas, flexibilização de garantias, e atuação pautada na prevenção. (SOARES, 2015, p. 19) Tem-se que o Direito

Penal moderno rompe com a ideologia do Direito Penal liberal, na medida em que

leva ao extremo a pretensão de tutela de bens jurídicos, acabando por colocar dentro do direito penal muita coisa que nele não encontra solução adequada, levando até suas últimas consequências a premissa da proteção dos bens jurídicos, assim como a ideia de prevenção, ou ainda quando a inverte radicalmente para transformar o direito penal de *última* em *prima ratio*, particularmente para a “solução” dos mais agudos e, com frequência, irresolúveis problemas sociais. (GOMES, 2005, p. 23, grifo do autor)

Em razão dessa situação, o Direito Penal moderno comete agressões contra princípios fundamentais, tais como intervenção mínima, legalidade, culpabilidade, necessidade, proteção preponderante de bens individuais, danosidade real da conduta, dentre outros. Ao se desviar dos conceitos originais de intervenção, acaba modulando um Direito Penal simbólico ou retórico. (Gomes, 2005, p. 23-24)

Dessa forma, quando o Estado busca proporcionar um bem-estar social, objetiva, por meio do Direito Penal, aumentar seu âmbito de atuação, razão pela qual se verificam as características do Direito Penal moderno. Segundo Martin (2005, p. 47), é possível observar correntes que se adequam às características típicas de um Direito Penal Moderno, tais como Direito Penal do risco, Direito Penal do inimigo, Direito Penal de velocidades diferentes, dentre outras espécies. (apud SOARES, 2015, p. 29)

Por outro lado, um Direito Penal recheado de garantias pode ser encontrado na corrente relativa do Direito Penal liberal, sendo exemplo o Direito Penal mínimo. Corroborado com tal entendimento Crespo:

Do ponto de vista político-criminal, parece que na ciência penal houve certo consenso nas últimas décadas em torno da ideia de que o Direito Penal é a forma mais grave de intervenção do Estado diante do indivíduo, que ocasiona para este último consequências altamente estigmatizadoras, e que por isso é preciso restringir e justificar ao máximo sua intervenção. Essa ideia, aliada à crise do pensamento ressocializador, faz com que surjam em um determinado momento diversas propostas que *vão desde as puramente abolicionistas até as reducionistas do sistema penal*. Essas últimas estão representadas inicialmente pela busca de alternativas à pena privativa de liberdade, e mais recentemente se centram em dois aspectos: a alternativa despenalizadora, em franca oposição à tendência expansionista do Direito Penal contemporâneo, e as propostas consistentes em devolver protagonismo à vítima do conflito penal. (2004, p. 1, grifo do autor)

2. MOVIMENTOS IDEOLÓGICOS PENAIIS

As principais correntes que buscam apontar a ação do Direito Penal perante as questões apresentadas pela sociedade serão estudadas no presente trabalho, sendo certo que não se pretende esgotar o tema, conforme se demonstrará abaixo.

2.1 Direito Penal Máximo e Movimento “Lei e Ordem”

É comum encontrar na mídia notícias chocantes, tais como casos de estupros, roubos

com altos índices de violência, sequestros, bem como outras situações afins, divulgados por meio do sensacionalismo, tudo visando à obtenção de audiência e, conseqüentemente, maiores lucros.

Observa-se a crítica ao direito penal e ao sistema penal, pregando-se a necessidade do recrudescimento das penas, de forma a incutir na mentalidade da sociedade a esperança de que o Direito Penal seja a solução para a criminalidade, fazendo com que os indivíduos, já fragilizados e tomados pela sensação de medo e insegurança, acreditem em tais premissas.

É por meio da difusão de ideias midiáticas, com profissionais despreparados e visando, normalmente, o lucro, que se difunde o movimento do “Lei e Ordem”, o qual prega um Direito Penal Máximo.

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (...) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados. (GRECO, 2009, p. 12)

Atualmente, é possível verificar que uma das missões do Direito Penal é proteger os bens jurídicos de maior importância para a sociedade, tutelando, conseqüentemente, a sociedade.

A missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução de penas. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo as relações sociais escolhidas pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. (BATISTA, 2007, p. 116)

Sua atuação deverá ser efetivada com *ultima ratio*, de forma que, se bens jurídicos de menor relevância forem perturbados, caberá aos demais ramos do Direito efetivar a proteção.

A premissa acima descrita, contudo, vai de encontro à ideologia presente no movimento da Lei e Ordem, vez que prega a proteção de todos os bens jurídicos existentes, sem se atentar a real importância dos mesmos. A respeito dessa vertente, veja-se o entendimento do doutrinador Rogério Greco:

O Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser oprimidas. (2009, p. 16)

Assim, prega-se que o Direito Penal seria a solução para acabar – ou reduzir – a criminalidade existente. É válido apresentar uma das vertentes relacionadas ao supramencionado movimento, qual seja, a política da tolerância zero, a qual foi inspirada pela teoria das “janelas quebradas”.

A teoria das “janelas quebradas”, publicada em 1982, cuja autoria se atribuiu a James Q. Wilson, retratou um experimento consistente em deixar dois automóveis iguais em locais diferentes. Tem-se que um dos veículos foi deixado em um bairro pobre, sem placas e com vidros quebrados. Constatou-se que, em vinte e quatro horas, o veículo foi depredado. Já o segundo carro permaneceu em um bairro de pessoas com maior poder aquisitivo, estando, inicialmente, intacto. Contudo, os pesquisadores quebraram uma das janelas, e a partir de então, obteve-se a depredação do automóvel pela população do local. (MATEUS SILVA, 2015, online)

Tal situação ocorre porque a depredação transmite a ideia de abandono. Assim, se ninguém se importa com um determinado local, aparenta-se a ausência de autoridade para conter os crimes. (DUARTE e CURI, 2015 p. 40)

Inspirada por essa teoria, nasce a política da tolerância zero, a qual é intolerante a qualquer conduta, ainda que de mínima ofensividade aos bens jurídicos presentes na sociedade. Por meio de tal política, busca-se combater inclusive delitos de menor monta do cotidiano, tendo como objetivo reduzir a criminalidade. Foi aplicada pelo ex prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, no ano de 1994, de forma a combater a criminalidade nas ruas, reprimindo lavadores de carro, prostitutas, sem teto, pichações e bêbados. (ALLAN FERREIRA, 2009, p. 1119)

Para Greco, tem-se que:

Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento anti-social, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador. (2009, p. 14)

Ademais, Guilherme Nucci ressalta que as punições serão realizadas de forma severa, a fim de que sirvam de exemplo aos demais indivíduos da sociedade e, dessa forma, aprendam a não cometer atos graves. De acordo com esse raciocínio, a vadiagem deve ser punida de forma rigorosa, para que não se transforme em furto, ou futuramente em roubo e até latrocínio. (2014, p. 314)

Tendo em vista como a política da tolerância zero se exterioriza de forma excludente e seletiva para determinados indivíduos, é válido ressaltar a crítica de Jock Young:

Como manobra que objetiva limpar as ruas dos “destroços” humanos; como parte do processo de exclusão concomitante à emergência de uma sociedade com grande população marginalizada e empobrecida, a qual deve ser dominada e contida – um processamento atuarial que se preocupa mais com o saneamento do que com justiça. (2002, p. 199-200)

Ressalta-se ainda que tal política visa tão só a punição dos criminosos, sem qualquer

busca por uma ressocialização dos mesmos.

A Broken Windows Theory, assim, não prega a reforma do "desordeiro", mas tão-só sua punição, sua exclusão. Julga-o não somente por dar a ele um antecedente criminal, tampouco por condená-lo, mas por tornar o indivíduo alguém que precisa ser controlado, removido e observado. A categoria do "desordeiro" permite a Tolerância Zero, e esta o abuso do Estado e a barbárie do Soberano. A desordem do Estado, enfim, garante a ordem. A violência policial é necessária; um meio para um fim maior. (COUTINHO e CARVALHO, 2003, *online*)

Embora a rigidez trazida pelo movimento Lei e Ordem seja admirada por determinadas pessoas, observa-se que tais indivíduos pensam na aplicação de penas rigorosas aos outros, incluídos em diversa categoria da sociedade. Assim, essa minoria concordante com tais premissas não vislumbra, sequer, a possibilidade de eventualmente serem parte da categoria que sofrerá as penas mais rigorosas. Ademais, observa-se a incompatibilidade de tal sistema com um Estado Democrático de Direito, haja vista que a rigurosidade no tratamento do criminoso, bem como a falta de objetivos que visam ressocializar, dentre outras características, são situações destoantes dos direitos e garantias fundamentais.

2.2 Direito Penal do Inimigo

Tem-se que o movimento conhecido como “Direito Penal do Inimigo” é derivado da ideologia pregada pelo “Direito Penal Máximo”, sendo uma de suas vertentes mais agressivas. A referida ideologia foi desenvolvida por Günter Jakobs, nos anos de 1990. (GRECO, 2009, p. 17) Ademais, tal teoria pega uma divisão: no âmbito dogmático, existem pessoas e não-pessoas; já no âmbito criminal, pode-se falar em Direito Penal do Cidadão e outro do inimigo. (SÁNCHEZ, 2007, p. 02)

A fim de ilustrar tal diferenciação, tem-se que “Direito é o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação.” (JAKOBS, 2007, p. 25) Assim, percebe-se que o indivíduo considerado inimigo recebe tratamento mais rigoroso que os cidadãos comuns, haja vista ser uma fonte de perigo para a sociedade, enquanto os cidadãos comuns, quando praticam crimes, recebem as garantias e benefícios previstos na lei, como a observância da dignidade da pessoa humana, suspensão condicional do processo, progressão de regime, dentre outros.

Dessa forma, o Direito Penal do cidadão será aplicado aos delitos que forem cometidos acidentalmente por cidadãos, ou seja, pessoas que estão vinculadas as normas e ao direito, e que somente de forma incidental manifestam abusos de conduta em suas relações sociais (PRADO, 2013, p. 133). Assim, o mencionado Direito Penal irá servir aos indivíduos que vivem de acordo com as regras previstas na sociedade e no ordenamento jurídico, sendo

que um desvio de conduta será uma situação eventual, sem habitualidade, o que demonstra que o indivíduo não oferece perigo à sociedade e ao Estado.

Por outro lado, percebe-se que o Direito Penal direcionado ao inimigo visa penalizar indivíduos que oferecem insegurança ao Estado, haja vista que cometem delitos de forma recorrente, se afastando do Direito de forma duradoura e não oferecendo uma garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa (JAKOBS, 2007, p. 35), razão pela qual perdem a personalidade no mundo jurídico, sendo vistos como inimigos, e consequentemente, acabam desprotegidos de direitos e princípios fundamentais.

Greco, de forma resumida, analisa a definição de Direito Penal do inimigo segundo o raciocínio de Jakobs:

Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um *Direito Penal do Cidadão* e um *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. (2009, p. 18, grifo do autor)

Para Jakobs, tem-se que “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da idéia (sic) de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.” (2007, p. 20). Assim, “o Estado pode 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, 2007, p. 42)

Dessa forma, para o autor da teoria do Direito Penal do Inimigo, fala-se que “o Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra inimigos: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”. (JAKOBS, 2007, p. 30)

Ademais, tem-se que o Direito Penal do inimigo pune o indivíduo por ser considerado uma não-pessoa, ou seja, por sua personalidade, por ser quem é, e não pelo fato que cometeu, ferindo, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, basilar de todo o ordenamento jurídico. Observa-se, assim, um direito penal do autor, agindo de forma discriminatória, tratando um indivíduo como coisa, e não como pessoa.

Manuel Cancio Meliá destaca a respeito do assunto:

O direito penal do inimigo jurídico-positivo vulnera, assim se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos o princípio do fato. Na doutrina tradicional, o princípio do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, quer dizer, como rechaço de um Direito penal orientado com base na “atitude interna” do autor. (2007, p. 80)

Sendo um movimento tão radical, o Direito Penal do inimigo recebe diversas críticas. Embora busque atenuar as consequências dos crimes, como o terrorismo e tráfico, a punição dos delinquentes não ocorre de maneira compatível com um Estado Democrático de Direito, o qual possui garantias que não podem ser retiradas ao ofensor, haja vista sua condição de ser humano. A esse respeito, Zaffaroni aduz:

O inimigo da sociedade ou estranho, quer dizer, o ser humano considerado como ente perigoso ou daninho e não como pessoa com autonomia ética, de acordo com a teoria política, só é compatível com um modo de Estado absoluto (...)" (2007, p. 12)

Assim, o Direito Penal do Inimigo não pode ser aplicado no contexto de uma sociedade regida pelo Estado Democrático de Direito, haja vista a ocorrência de discriminação, segregação e retirada de garantias constitucionais e processuais conquistadas lentamente pela civilização.

2.3 Direito Penal Mínimo

Tendo em vista os agrupamentos formados pelos homens, bem como a formação da sociedade, foram necessárias a criação de regras para possibilitar uma boa convivência. Tais regras, entretanto, acabam retirando parte da liberdade dos indivíduos, os quais consentem com tal restrição, visando um bem maior, qual seja, o bem estar.

Beccaria analisa como tal premissa se relaciona com o direito de punir do Estado. Veja-se:

Por conseguinte, 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, verifica-se que o Direito Penal é a ciência aplicável diante da transgressão de regras que visam proteger bens considerados importantes para a sociedade. Contudo, diante da análise histórica da aplicação do Direito Penal, verifica-se uma série de injustiças, em razão da desproporção das penas e punição de atos insignificantes.

Exemplo disso é o que ocorreu no século XVIII, na Europa, época em que vigia o regime absolutista. Tem-se que a legislação penal foi marcada por excessiva crueldade, sem se atentar a real gravidade do delito e com sanções desproporcionais. A respeito de tais fatos, Bitencourt aduz:

As características da legislação criminal na Europa em meados do século XVIII – século das luzes – vão justificar a reação de alguns pensadores agrupados em torno de um movimento de ideias que têm por fundamento a razão e a humanidade. As leis em vigor inspiravam-se em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento

gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com sua condição social. (2010, p. 69)

A partir de então, com a evolução e desenvolvimento da história, surgiu a ideia de um Direito Penal Mínimo, buscando-se a humanização das penas, bem como uma mínima intervenção estatal. Ademais, tem-se que o mencionado movimento entende ser a finalidade do Direito Penal a proteção dos bens realmente necessários para a convivência em sociedade, os quais não podem ser protegidos tão somente pelas demais áreas do ordenamento jurídico. (GRECO, 2009, p. 24)

Ressalta-se que Rogério Greco explicita a adoção de diversos princípios relacionados ao movimento do Direito Penal Mínimo, os quais servirão de orientação para o legislador na criação e revogação de tipos penais, bem como aos aplicadores da lei penal, quais sejam: dignidade da pessoa humana, intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância, individualização da pena, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação das penas, culpabilidade e legalidade. (2009, p. 24)

Outrossim, o princípio da intervenção mínima também deve ser analisado mais detidamente, vez que, somado ao da dignidade da pessoa humana, possibilitam a existência de um Direito Penal mais justo e efetivo para a sociedade. Para Greco, tem-se que:

De acordo com o princípio da intervenção mínima, coração do Direito Penal Mínimo, a sua primeira missão é a de orientar o legislador quando da criação ou revogação de tipos penais. Todo o raciocínio correspondente ao princípio da intervenção mínima girará em torno da proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, bem como da natureza subsidiária do Direito Penal. (2009, p. 25)

Observa-se, dessa forma, uma política que visa descriminalizar determinadas condutas permeadas de menor gravidade, bem como punir somente ações que perturbem bens de alto valor social, além de superar o atual sistema penal, adequando-o a defesa dos direitos humanos. Assim, os princípios previstos na Constituição Federal encontram maior proteção diante da intervenção mínima, vez que se busca evitar arbitrariedades.

2.4 Garantismo Penal

Diante de teorias extremas que buscam justificar as penas e elaborar propostas de como deve funcionar o Direito Penal, tais como Direito Penal Máximo e Abolicionismo, pode-se encontrar como intermediária a corrente que trata do Garantismo Penal. Trata-se de uma teoria cuja autoria pertence ao professor Luigi Ferrajoli, o qual a explica em seu livro intitulado “Direito e Razão”, voltada para garantias penais e processuais.

O autor da teoria, Ferrajoli, apresenta três diferentes significados o garantismo,

conforme será demonstrado abaixo. A primeira definição aduz:

“Garantismo” designa *um modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do *Estado de Direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (2002, p. 684, grifo do autor)

Assim, observa-se a preocupação em se garantir a liberdade do cidadão, bem como criar limitações ao poder de punir do Estado, tudo com o fim de se preservar os direitos fundamentais de um povo. João Fiorillo de Souza entende que o garantismo, segundo tal concepção, seria sinônimo de um Estado de Direito, de forma a minimizar a violência e maximizar a liberdade. (2013, p. 53)

Já na segunda definição,

“Garantismo” designa uma *teoria jurídica* da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2002, p. 684, grifo do autor)

Em outras palavras, tal definição, para João Fiorillo de Souza, entende que vigência, validade e efetividade se encontram em categorias distintas. Assim, vigência se relaciona com o aspecto formal de elaboração de leis, devendo-se observar aspectos relativos a competência, forma e procedimento; validade, por outro lado, seria o aspecto material de elaboração, exigindo que os conteúdos estejam de acordo com regras superiores. Por fim, efetividade se refere à aplicação concreta da norma. (2013, p. 54)

Em relação ao terceiro significado, pode-se entender que:

“Garantismo” designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito material e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente *externo*. (FERRAJOLI, 2002, p. 686)

Observa-se, assim, uma definição voltada a entender a finalidade do garantismo, com uma visão externa do ordenamento jurídico, pautada em uma crítica filosófica.

Convém ressaltar uma importante vertente da corrente estudada: o garantismo é

composto por dez axiomas, analisando assim o “como” e “quando” punir, proibir e julgar. Formam um conjunto que busca explicar as condições necessárias para a intervenção penal, sendo elaborado mediante influência do pensamento jusnaturalista presente nos séculos XVII e XVIII. Os seis primeiros são garantias penais, e os demais, garantias processuais. (SOUZA, 2013, p. 41-42) São eles: *Nulla poena sine crimine*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; *Nula necessitates sina injuria*; *Nulla injuria sine actione*; *Nula actio sine culpa*; *Nulla culpa sine judicio*; *Nullum judicium sine accusatione*; *Nulla accusatione sine probatione*; *Nulla probatio sine defensione*. (FERRAJOLI, 2002, p. 75)

Referem-se, respectivamente, ao princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em reação ao delito, legalidade, necessidade ou economia processual, ofensividade ou lesividade, materialidade da ação, culpabilidade ou responsabilidade pessoal, submissão à jurisdição, princípio acusatório, ônus acusatório da prova e, por fim, ampla defesa ou contraditório.

É válido ressaltar que para Ferrajoli, se em um determinado modelo penal todas essas garantias formalizadas em axiomas estiverem presentes, será possível visualizar a incidência de um “direito penal mínimo”; por outro lado, em um sistema em que há a ausência de tais garantias, vislumbra-se uma intervenção máxima, veiculada em um “direito penal máximo”. Dessa forma, diante dos ordenamentos jurídicos existentes, é possível falar-se em graus de garantismo ou em tendência ao direito penal mínimo ou máximo, conforme o grau de incidência de tais garantias. (SOUZA, 2013, p. 42)

Assim, tem-se que a corrente do garantismo penal traz diversos princípios típicos de um sistema penal que possui garantias processuais e penais, protegendo-se não somente a vítima, mas também o acusado, de forma a evitar uma conduta autoritária por parte do Estado. Ademais, conforme já citado, busca-se minimizar a violência e maximizar a liberdade, garantindo-se direitos fundamentais, propondo de forma similar ao movimento minimalista, a aplicação do direito penal somente quando necessário.

2.5 Abolicionismo

Em sentido diametralmente oposto a corrente do Direito Penal Máximo, é possível vislumbrar o movimento conhecido como Abolicionismo. Diante da falibilidade do sistema penal, tendo em vista que o mesmo atinge, na prática, somente uma parcela bem delimitada da sociedade, bem como da questão conhecida como cifra negra, além de outras situações, nasce a corrente abolicionista. Greco procura fundamentar a existência do mencionado movimento penal:

A crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir com as funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra corresponde às infrações penais que não foram objeto de persecução penal pelo Estado, a seleção do que deve ou não deve ser considerado como infração penal, bem como a possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio dos outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo, etc.), os seus conflitos interindividuais, levaram um grupo de autores a raciocinar, definitivamente, com a tese abolicionista. (2009, p.7-8)

Greco ressalta que a corrente nasceu no final da Segunda Guerra Mundial. Seu idealizador é o professor Fillipo Gramatica, tendo o mesmo fundado no ano de 1945, em Gênova, um Centro de Estudos de Defesa Social. É importante ressaltar ainda que o renomado professor possuía uma posição radical a respeito do tema, sendo que, para ele, a Defesa Social consistia na ação do Estado visando garantir a ordem social, utilizando-se de meios que gerariam a abolição do Direito Penal, bem como dos sistemas penitenciários vigentes. (2009, p. 7)

Tem-se que a corrente abolicionista possui como pesquisadores Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie e Sebastian Scheerer, com a finalidade de questionar o significado de punições e instituições, além de buscar a descriminalização, ou seja, deixar de considerar determinadas condutas como infrações penais, bem como despenalização, consistente na eliminação da pena diante de certas condutas, as quais, ainda assim, são consideradas criminosas, se despontando como uma solução para o caos penitenciário. (NUCCI, 2014, p. 374)

Dessa forma, tem-se que o movimento busca a deslegitimar o poder punitivo, prega sua incapacidade para resolver conflitos, além de postular pelo desaparecimento do sistema penal, ao mesmo tempo em que procura substituí-lo por outros modelos de solução de conflitos, mais informais. Os mentores acima mencionados possuem diferentes bases ideológicas, sendo que Louk Hulsman possui um modo fenomenológico como base, enquanto Thomas Mathiesen, em sua primeira fase, trás abordagem marxista. Já Nils Christie utiliza-se da base fenomenológico-histórica. (GRECO, 2009, p. 8)

A respeito de seu significado, é válido ressaltar o conceito apontado por Ferrajoli:

O abolicionismo penal - independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários - configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal - com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias - que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista. (2002, p. 175)

Tem-se que, dentre as missões do direito penal, encontra-se a de defender a sociedade, proteger os bens jurídicos e garantir segurança, confirmar validade das normas,

dentre outras funções. Assim, busca resolver casos. Além disso, mediante a pena, tal ramo do direito visa retribuir o mal do crime com seu próprio mal, de forma a restaurar a justiça e também intimidar os indivíduos para que não mais cometam delitos, ou tratará de conter e tratar o criminoso. (BATISTA, 2007, p. 112)

Contudo, a crítica abolicionista se contrapõe a todo o exposto, questionando o surgimento da lei, a proibição de comportamentos, a necessidade da tipificação de uma conduta, além de outros apontamentos. Greco assim delimita a questão:

A crítica abolicionista é construída desde o momento em que surge a lei penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob a ameaça de sanção, questionando critérios, bem como a necessidade do tipo penal incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal. (...) (2009, p. 9)

Em resumo, a corrente abolicionista, diante das críticas tecidas em face do sistema penal, aponta outras alternativas para que se resolvam situações decorrentes de delitos. Busca-se, assim, um discurso que requer práticas libertadoras, procurando resolver conflitos mediante conciliação. (PASSETTI, 2004, p. 16)

Em que pese o abolicionismo seja uma corrente com ideias inovadoras, para diversos autores trata-se de uma teoria inaplicável na sociedade atual, haja vista que, diante de determinadas situações, não é possível utilizar outro ramo do direito, exceto o direito penal, para tratar do caso. Veja-se as lições a respeito do tema:

Embora extremamente louvável o discurso abolicionista, o certo é que, para determinados fatos graves, infelizmente, não existe outro remédio a não ser o Direito Penal, não havendo qualquer possibilidade, pelo menos na sociedade atual, de abirmos mão do sistema penal, sob o argumento de que os outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de resolver quaisquer tipos de conflitos e lesões a bens jurídicos de relevo. (GRECO, 2009, p. 10)

Assim, a tese abolicionista, de forma geral, entende que o Direito Penal e seu sistema traz mais consequências negativas do que positivas, razão pela qual deve ser afastado. Diante de conflitos, pugna-se pela utilização de alternativas ao sistema penal, mediante ações mais informais existentes. Contudo, há diversas críticas ao movimento, especialmente no sentido de que há determinadas situações que somente o Direito Penal é capaz de lidar adequadamente.

2.6 Direito Penal do risco

No período conhecido como sociedade industrial, observa-se a utilização da tecnologia a serviço do homem, bem como objetivando o progresso. Para tanto, foram explorados recursos da natureza, criadas de novas formas de produção de energia, sendo certo

que a sociedade possuía crença na ciência, ou seja, no poder em que a mesma tem de solucionar as adversidades.

Contudo, efeitos colaterais decorreram da busca pelo progresso. Diante da poluição do solo e da água, o risco de acidentes nucleares, a degradação do meio ambiente, novas armas globalmente destrutivas, são exemplos de situações que criaram para a sociedade uma sensação geral de medo, insegurança e descontrole, situação esta que caracteriza a sociedade de riscos. Dessa forma, “as anteriores celebradas fontes de riqueza (energia atômica, indústria química, tecnologia genética etc). transformam-se em imprevisíveis fontes de perigo.” (BECK, 2011, p. 62)

Atualmente, o risco envolve ameaça global, que surge para toda a humanidade por meio da fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear, gerando, assim, uma possível autodestruição da Terra. (BECK, 2011, p. 25) Assim, em razão dessas possíveis catástrofes, a sociedade marcada pelo risco tem como objetivo a busca por segurança.

A mídia é outro fator de influência para a sensação de insegurança dos cidadãos. Mas, conforme adverte Silva Sánchez, o medo da criminalidade não é criado pelos meios de comunicação ou instituições públicas, sendo que os mesmos apenas reforçam ou estabilizam medos que já existem. (2013, p. 50)

Ademais, advoga-se que, em face dos fenômenos atuais, ocorreu uma verdadeira expansão do Direito Penal. (Silva Sánchez, 2013, p. 177) O Direito Penal recebe alterações em suas características, sendo que a lógica para sua utilização é a de que os piores eventos devem ser tratados com os instrumentos mais poderosos do Estado, e essa pressão sobre o Direito conduz a uma expansão do Direito Penal. (LEITE, 2008, p. 32)

Outrossim, em face do medo e da sensação de insegurança disseminados, somados ao ideal de segurança que, em tese, o Direito Penal pode proporcionar, origina propostas extremas como o Direito Penal do Inimigo (LEITE, 2008, p. 36), já abordado neste trabalho. Ademais, embora tal corrente vá de encontro ao Estado Democrático de Direito, é possível observar a aplicação de suas teses no ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão dessa situação, deve-se analisar como o Direito Penal pode se comportar frente aos riscos, sendo certo que em razão de ser um poderoso instrumento do Estado, sofre influência dos mesmos. Diversas razões como o medo e influência da mídia geram discussões doutrinárias, que apontam caminhos a serem seguidos por tal ramo do ordenamento. Pode-se apontar, de acordo com Amaral (2007, p. 119) dois caminhos para a dogmática penal: ou se admite que a nova criminalidade possui força tão poderosa a ponto de modificar os tipos clássicos de delinquência, ou então, setorizar as regras da parte geral do direito penal,

apontando, por fim, que basta a atualização epistemológica da teoria do delito.

Convém ressaltar ainda características que a proposta de um direito penal do risco pode apresentar. Jorge de Figueiredo Dias aponta algumas delas:

Alteração do modo próprio de produção legislativa em matéria penal, retirando cada vez mais aos Parlamentos a reservada competência que em tal matéria normalmente lhe assiste, para atribuir aos Executivos; antecipação da tutela penal para estádios prévios (e inclusive muito distanciados) da eventual lesão de um interesse socialmente significativo, até ao ponto em que se perde ao menos para a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger; alterações dogmáticas básicas, no sentido do “enfraquecimento” ou “atenuação” de princípios como os que classicamente presidem à individualização da responsabilidade, à imputação objectiva (sic), à culpa, à autoria; consequente extensão, em suma, do âmbito da tutela penal *em assumida contradição com o princípio político-criminal da intervenção mínima ou moderada*. (2001, p. 168, grifo nosso)

Observa-se que a proposta de um direito penal do risco se distancia do já estudado Direito Penal mínimo, sendo certo que fere direitos e garantias conquistados em uma longa jornada, situação esta capaz de afrontar os ideais de um Estado Democrático de Direito e Constitucional.

A fim de apontar-se um caminho para o Direito Penal, é conveniente ressaltar o raciocínio de Amaral. Aponta-se que existirá a legitimidade da intervenção penal de acordo com as expectativas sociais sobre a norma se ocorrer um diálogo entre o direito penal e outras instâncias do conhecimento.

Com a alteração da sociedade, admite-se que o direito penal se altere e atualize, visando se adequar ao ambiente social, seja aumentando sua complexidade ou a indiferença diante das mudanças ambientais.

Basta, assim, que o direito penal disponha-se, enquanto subsistema social, *a rever-se e redefinir-se por meio dos contatos com os demais subsistemas* (ou ramos do conhecimento, como, por exemplo, a economia, a antropologia, etc.) *e nos contatos com o entorno* (ou as estruturas, as instituições, as formas de organização e os fatores sociais dinâmica e organicamente considerados), visando delimitar – pelo consenso – o risco penalmente desaprovado conforme expectativas sociais. (AMARAL, 2007, p. 136, grifo nosso)

Assim, com base em diálogo com a sociedade e suas instituições, chega-se a uma atualização do mencionado ramo do direito, permitindo-se que se definam os riscos a serem tutelados, garantindo-se uma resposta às novas demandas da sociedade, sempre, contudo, pautada nas garantias e direitos já existentes.

Corroborando com essa visão da prevalência de direitos e garantias Jorge de Figueiredo Dias, o qual, após abordar uma série de propostas para o Direito Penal frente aos novos riscos, conclui:

O novo século e o novo milénio [sic] devem, em conclusão, assistir à persistência da função do direito penal de exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais tanto

individuais e pessoais, como sociais e trans-pessoais [sic]; porque essa função é exigida pela persistência do ideário personalista, pelo património [sic] irrenunciável dos direitos humanos, numa palavra, pelo quadro axiológico dos valores que nos acompanha desde o século XVIII e deve ser aperfeiçoado no futuro – mesmo num futuro onde tenha mudado radicalmente a relação entre o Homem e a Natureza. (2001, p. 185)

Em resumo, defende-se no presente trabalho ser possível e necessária a atualização do direito penal em face das alterações da sociedade, a fim de que, como subsistema do direito, possa responder às demandas existentes e permitir a segurança. Contudo, é preciso que se baseie na permanência de um sistema provido de garantias e direitos, a fim de que não ocorram retrocessos históricos, tendo como justificativa o medo de novos riscos que o sistema jurídico ainda não encontrou solução consensual para reger.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou analisar os diferentes modelos ideológicos existentes, os quais visam disciplinar o Direito Penal, ensejando ao mesmo características diversas, que vão desde o abolicionismo ao Direito Penal do inimigo, de acordo com a corrente adotada.

Ademais, analisando-se as principais correntes, pode-se entender que o movimento Lei e Ordem, difundido pela mídia por meio do medo e da crença no Direito Penal como a solução de todos os conflitos, apresenta características contraditórias ao Estado Democrático de Direito. Outrossim, tal movimento pretende que o Direito Penal atue como *prima ratio*, protegendo de forma severa todos os bens jurídicos existentes, sem a análise da necessidade de sua proteção.

Deriva do supramencionado movimento o Direito Penal do Inimigo, o qual faz uma diferenciação entre cidadão e o inimigo, tendo em vista que este é motivo de insegurança para a sociedade. De lado oposto, encontra-se o Direito Penal mínimo, utilizando a sanção como *ultima ratio*, de forma subsidiária, protegendo somente os bens jurídicos necessários para a convivência pela sociedade e que não podem ser defendidos unicamente pelos demais ramos.

Há ainda a corrente do garantismo penal, a qual é intermediária entre Direito Penal máximo e abolicionismo. Tal movimento obedece à legalidade, minimiza a violência e maximiza a liberdade, impondo limites a atuação estatal. Dessa forma, encaixa-se em um Estado Democrático de Direito.

Em sentido mais radical, há a corrente abolicionista, a qual se criou em razão das falhas do sistema penal, bem como da cifra negra e da seletividade das punições. Prega, dessa forma, a incapacidade do sistema penal em resolver conflitos, deslegitima o poder punitivo e

visa substituir o Direito Penal por outros modos de solução de conflitos, como a conciliação.

Por fim, pesquisou-se a respeito do Direito Penal do risco, o qual é sentido em razão da poluição, desmatamento, risco de acidentes nucleares, armas globalmente destrutivas e situações catastróficas passíveis de ocorrerem. Gera-se, assim, uma expansão do direito penal, sob a lógica de que os eventos devem ser tratados por um instrumento poderoso do Estado.

Em razão dessa situação, é possível encontrar diversas correntes que apontam como o sistema penal deve se portar diante de tais riscos, sendo apontado como uma saída adequada a solução de Claudio do Prado Amaral, o qual defende a necessidade do Direito Penal contatar os demais subsistemas, estruturas e instituições em seu entorno, para, com isso, se atualizar e possibilitar a tutela adequada dos novos bens. Contudo, é preciso que o faça mantendo as garantias e direitos tão duramente conquistados no decorrer da história da civilização.

Diante dos estudos em torno dos movimentos ideológicos, foi possível analisar a existência de correntes cujos princípios podem se mostrar opostos, ainda que visem tratar do mesmo problema, qual seja, a solução de conflitos apresentados pela sociedade. Assim, percebe-se que a aplicação de tais escolas deve ser feitas com cautela, vez que podem apresentar conceitos que afrontam o Estado Democrático de Direito, a exemplo das citadas legislações inspiradas pelo Movimento “Lei e Ordem”, que, apesar disso, são vigentes no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11 ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. Tradução Flório de Angelis. 2ª Reimpressão – Bauru, SP: Edipro, 1997.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. 2 ed. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. - 15 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 23-29, 2003. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/teoria-das-janelas-quebradas-e-se-a-pedra-vem-de-dentro-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho-e-edward->

[rocha-de-carvalho/](#)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”, 2004. Disponível em: <<http://professorluizregisprado.com/Artigos/Eduardo%20Demetrio/Eduardo%20Demetrio%20Crespo-Do%20Direito%20Penal%20Liberal%20ao%20Direito%20Penal%20do%20Inimigo.pdf>> . Acesso em: 03 jun. 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DUARTE, Mauro Henrique Tavares; CURI, Vinícius Fernandes Cherem. Os influxos do Movimento Law and Order e The Broken Windows Theory no Brasil. Artigo publicado no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=233> . Acesso em: 10 mar. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. As grandes transformações do direito penal tradicional. 1 ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. 3 ed. - Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Allan Hahneman. Tolerância Zero" e "Lei e Ordem": os ‘ditos’ e os ‘interditos’ do poder punitivo - Estado de Goiás de 2003 a 2009, Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3853.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 4 ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2009.

LEITE, Larissa; [RIOS, Rodrigo Sánchez](#). Sociedade de risco e Estado Democrático de Direito: uma análise das medidas patrimoniais de urgência no direito processual penal brasileiro. Curitiba, 2008. Acesso em: 03 jun. 2017. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tede_busca/arquivo.php?codArquivo=936>

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 10 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JAKOBS, Günter. Direito Penal do inimigo: noções e críticas / Günter Jakobs, Manuel Cancio Melliá; org. e trad. André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

PASSETTI, Edson. Curso livre de abolicionismo penal. 1 ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. Ensaio sobre um abolicionismo penal. In: Verce – revista semestral autogestionária do Nu-Sol. n. 9, 2006. p. 34-114. Disponível em:

< <http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>> Acesso em: 17 mar. 2017.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 / Luiz Regis Prado. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. Los indeseados como enemigos – la exclusión de seres humanos del status personae. 2007. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017

_____. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3 ed. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Mateus Maciel César. Teoria das janelas quebradas na criminologia, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36275/teoria-das-janelas-quebradas-na-criminologia>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

SOARES, Gleison dos Santos; [MENDES, José Aurivaldo Sacchetta Ramos](#); [PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas](#); [ARGÔLLO, Helvécio Giudice de](#). O discurso do direito penal do risco e sua ilegitimidade como fundamento da política criminal no Estado Democrático de Direito brasileiro. Salvador, 2015. Acesso em: 03 jun. 2017. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17251>>.

SOUZA, João Fiorillo de. A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. 22 ed. - Curitiba: Juruá, 2013.

YOUNG, Jock. A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. trad.: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no direito penal. 2 ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DO PROJETO DE LEI Nº 4471/2012 COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À LETALIDADE DA AÇÃO POLICIAL NO BRASIL

Mariana Vargas FOGAÇA¹
Gisele Augusta ANDRÉ²

RESUMO

A manutenção da segurança pública é uma das atribuições conferidas da Polícia Militar. Contudo, relatórios e pesquisas divulgados nos últimos anos indicam que a Instituição tem ultrapassado os limites inerentes a sua função e cometido excessos que violam direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Aqueles que deveriam garantir direitos tornaram-se os responsáveis de grande parcela das lesões corporais e mortes ocorridas no país. Esses casos, na maioria das vezes são arquivados ante a falta de indícios de autoria e materialidade, eis que não são preservados elementos de prova essenciais, como perícias e oitiva de testemunhas. Diante desse cenário, o presente estudo tem por objetivo analisar sistematicamente o Projeto de Lei n. 4471/2012 e verificar se ele possuiu reais condições de ser instrumento de combate à violência policial no Brasil. O aludido projeto, que aguarda apreciação do Plenário da Câmara, pretende tornar mais rigorosa as investigações em caso de lesão corporal ou morte, decorrentes da ação policial. Através da pesquisa bibliográfica interdisciplinar, foi possível constatar que as alterações propostas pelo projeto de lei podem ser eficazes como forma de preservar elementos relacionados ao crime, no entanto, os problemas que envolvem os altos índices de crimes envolvendo policiais são estruturais, e não serão sanados apenas com rigor de normas.

PALAVRAS-CHAVE: Letalidade Policial. Projeto de Lei n. 4471/2012. Polícia Militar. Segurança Pública.

ABSTRACT

The maintenance of public safety is one of the duties assigned to the Military Police. However, reports and studies published in recent years indicate that the institution has exceeded the limits inherent to its function and committed excesses that violate fundamental rights and guarantees of the human person. Those who should ensure rights became the leaders of a large proportion of injuries and deaths in the country. These cases, most of the time are archived at the lack of evidence of authorship and materiality, behold, they are not preserved evidence essential, such as expertise and hearing of witnesses. Given this scenario,

- 1 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG - 2014/2018). Pesquisadora em projeto de iniciação científica, com o tema "Os limites e as possibilidades do Projeto de Lei n. 4471/2012 como instrumento de combate à letalidade da ação policial no Brasil" (2015/2016). Integrante do Projeto de Extensão "Falando em família" (UEPG - 2015/2017). Integrante do projeto de pesquisa "Aspectos Controvertidos do Direito de Família na pós modernidade" (PROPESP/UEPG-2016/2017). Presidente do Centro Acadêmico Carvalho Santos - UEPG, gestão 2016. Representante discente junto ao Departamento de Relações Sociais (UEPG, 2015-2017). Estagiária da Defensoria Pública do Estado do Paraná, com atribuição na área da Infância e Juventude - Infracional e na área Criminal (2016). Estagiária da 4ª Vara da Justiça Federal da 4ª Região, com atribuição na área Previdenciária (2017).
- 2 Possui ensino médio pela E. E. Prof. Orestes Óris de Albuquerque. Atualmente é graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) Desenvolveu projeto de iniciação científica intitulado "É proibido sair às ruas: a atuação policial nas manifestações de 2013/2014 nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro" (2015/2016). Participou como colaboradora do projeto de extensão "Falando em família" (2016) . Pesquisadora do projeto de pesquisa "Justiça, democracia e direitos humanos" (2016/2017). Estagiária na 2ª Vara do Trabalho do TRT da 9ª Região.

the objective of this study is to examine systematically the Project of Law No 4471/2012 and check if he possessed real conditions to be an instrument for combating police violence in Brazil. The aforementioned project, which awaits consideration by the full house, you want to make more rigorous investigations in case of bodily injury or death, resulting from police action. Through the literature research interdisciplinary, it was established that the amendments proposed by the draft law can be effective as a way of preserving elements related to crime, however, the problems that involve the high rates of crimes involving police officers are structural, and will not be solved only with rigor of standards.

KEY-WORDS: Police Lethality. Project of Law No 4471/2012. Military Police. Public Security.

INTRODUÇÃO

Com a vigência do Estado Democrático de Direito, espera-se das instituições públicas a observância dos direitos e das garantias fundamentais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No entanto, a violência exercida pelo Estado através da polícia, principalmente a Polícia Militar, anda em descompasso com esses direitos e garantias. Essa realidade se verifica em diversas pesquisas e relatórios divulgados no decorrer dos últimos anos, no que tange à violência policial.

No relatório final da pesquisa “Autos de Resistência”: uma análise dos homicídios cometidos por policiais militares do Rio de Janeiro’, é divulgado que entre 2001 e 2011, cerca de 10 mil pessoas foram mortas em confronto com a polícia no estado.³ Os inquéritos dessas mortes, na maior parte das vezes, quando chegam a ser instaurados, são arquivados devido à falta de elementos probatórios de autoria e materialidade, pois não são preservados meios de provas capazes de elucidar corretamente o caso.

O Ministério Público, responsável por exercer o controle externo da atividade policial, além de não possuir carga probatória suficiente para prosseguir com as investigações, reconhece prontamente que essas ações ilegais estão acobertadas pelas excludentes da ilicitude.⁴ Em suma, considera-se que o policial ao exercer sua profissão, apenas reagiu à resistência supostamente ilegal dos cidadãos, eis que não há indícios – devido à deficiência na colheita de provas – de que isso não ocorreu.

Aspecto interessante diz respeito ao perfil das vítimas, eis que a letalidade policial não atinge os socialmente privilegiados, porém, majoritariamente negros, pobres, e moradores

3 MISSE, Michel. “Autos de resistência”: Uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Disponível em: <http://www.necvu.ifcs.ufrj.br/images/Relatorio%20final%20Autos%20de%20Resist%C3%Aancia.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2016.

4 O artigo 23 do Código Penal Brasileiro prescreve: "Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito."

das periferias brasileiras.

Diversos setores da sociedade tem se unido e buscado alternativas para combater a violência policial, contudo, os avanços ainda são ínfimos. A Resolução Conjunta n. 2, de 13 de outubro de 2015 do Conselho Superior de Polícia e do Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil aboliu definitivamente em todo território nacional o registro da letalidade como “autos de resistência” em inquéritos e boletins de ocorrências; no entanto, os termos que passaram a ser utilizados mantêm a ideia de que a vítima estaria resistindo à ação policial. Ao mesmo passo, a Proposta de Emenda à Constituição n. 51/2013, que aguarda apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados, também visa à diminuição da letalidade policial através da desmilitarização e a consequente unificação da polícia civil e militar, embora sua aprovação esteja longe de ser aprovada.

A despeito dos projetos acima elencados, o objeto principal do presente estudo é analisar e descrever o Projeto de Lei n. 4471/12 e verificar suas reais perspectivas de sucesso no combate à letalidade policial no Brasil. Além disso, discutir os principais argumentos que o orientam e verificar se as alterações propostas poderão ser instrumento eficaz no combate a letalidade das ações policiais e na garantia de direitos humanos e fundamentais.

1 A LETALIDADE DA AÇÃO POLICIAL NO BRASIL

A Polícia Militar, nos termos do inciso V, do artigo 144 da Constituição Federal, é uma das instituições responsáveis pela segurança pública no país, sendo responsável pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Consoante o §5º do artigo supracitado, o exercício de sua atividade ostensiva cabe às polícias militares.

A relação entre a polícia e a sociedade se baseia em uma estrutura autoritária e verticalizada, que se edificou, sobretudo, durante o período ditatorial pelo qual o Brasil passou, o que influencia na dificuldade de incorporação de valores democráticos nas ações das polícias militares do país.⁵

Apesar da expectativa criada pelo inciso III, do artigo 5º da Constituição da Federal de 1988 que dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, bem como dos diversos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, a tortura e as violações de direitos humanos não foram abolidas como práticas sistemáticas e institucionalizadas, e tais direitos não foram incorporados pelas instituições de segurança pública e nem parecem ser efetivados por elas. Tais violações continuam “a ser

5 SANTANA, Marilson. A prática de tortura no Brasil. Movimento Nacional de Direitos Humanos. 2003, p. 02. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Praticadetortura_Brasil_Balanco.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

prática corriqueira como instrumento de investigação ou punição junto às instituições públicas brasileiras do sistema de justiça e segurança pública, especialmente nas corporações policiais e nas delegacias de polícia”.⁶

Observa-se que os direitos humanos, sistematicamente violados durante o período ditatorial, receberam tutela na nova ordem constitucional, no entanto, as ações de segurança pública no Brasil ainda são marcadas pelo antagonismo entre a efetivação dos direitos humanos e a atuação policial.⁷

A sensação de insegurança no século XXI atingiu níveis intoleráveis no Brasil.⁸ De acordo com os dados do relatório de Progresso Social (IPS) de 2014, o Brasil é 11º país mais inseguro do mundo para se viver.⁹ Os altos índices de criminalidade geram cobranças de medidas que limitem a violência e a desordem social.

Dentre as providências tomadas pelo Estado como forma de resposta aos clamores sociais, a fim de conter a criminalidade, adotou-se medidas ainda mais violentas e repressivas, como a criminalização e a majoração das penas de determinados crimes. Tais atitudes imediatistas, que em vez de responder a este problema social com medidas direcionadas à base estrutural da sociedade, a exemplo de amplificação de direitos sociais, buscam apenas intimidar os indivíduos para que eles não ofendam a lei penal, sob a ameaça de uma pena mais grave.

Segundo o Mapa de Violência da UNESCO¹⁰ do ano de 2011, o Brasil ocupa o sexto lugar no ranking mundial, no que se refere à taxa de homicídios provocados pela utilização de arma de fogo entre a população mais jovem do país. Boa parte desta taxa é decorrente da ação policial.

A Polícia Militar, constitucionalmente responsável pela manutenção da segurança pública, tem ultrapassado os limites inerentes à sua função, pois, de acordo com o 8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública a polícia brasileira matou cerca de seis pessoas por dia no país no ano de 2013, o significa cerca de 2.000 mortes.¹¹

As normas prescrevem que as ações dos agentes de segurança pública devem estar

6 SANTANA, Marilson. A prática de tortura no Brasil. Movimento Nacional de Direitos Humanos. 2003, p. 02. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Praticadetortura_Brasil_Balanco.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

7 GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 386.

8 GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 357.

9 BRASIL é o 11º país mais inseguro do mundo no índice de Progresso Social. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/brasil-e-o-11-pais-mais-inseguro-do-mundo-no-indice-de-progresso-social.html>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

10 WASELFISZ, J. J. *Mapa da violência*. Os jovens do Brasil. Brasília: UNESCO, 2014, p. 150.

11 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Edição VIII. São Paulo, 2014.

em estrita consonância com a lei, a fim de fornecer segurança em seu sentido preventivo e repressivo. Contudo, as ações da Polícia Militar se concentram em ações repressivas, o que tem gerado ainda mais medo e insegurança, pois sistematicamente violam os direitos daqueles que são objeto de suas atuações.

Neste sentido, no estudo “Violência policial em São Paulo” do 5º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos, a pesquisadora Viviane de Oliveira Cubas assevera que, apesar de não se poder afirmar com veemência que as execuções sumárias são práticas recorrentes utilizadas pela polícia, é indiscutível a indiscriminada utilização de força letal por parte dos agentes policiais e a precariedade das investigações e da produção de elementos de perícia em casos que envolvem execuções realizadas por policiais.¹² Além disso, a autora ressalta que o “[...] pouco empenho dos promotores de justiça nesses casos (órgão encarregado do controle externo da polícia) indica que não é possível ter plena confiança de que todas essas ações foram absolutamente legítimas e justificáveis”.¹³

Não obstante o Ministério Público tenha a função de realizar o controle externo da atividade policial, conforme prescreve o artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal, sua atuação tem se mostrado insuficiente e sem efetividade. Apesar de ser o titular da ação penal e responsável pelo controle externo da atividade policial, de acordo com a ONG *Human Rights Watch* no relatório “Lethal Force: Police Violence in Rio de Janeiro and São Paulo” de 2009, nos últimos 10 anos a Ouvidoria do Rio de Janeiro recebeu cerca de 7.800 reclamações a respeito da atuação policial, no entanto, desse número surgiram apenas 42 processos criminais propostos pelo Ministério Público.¹⁴

O controle externo que deveria ser realizado pelo Ministério Público precisa ser repensado, eis que, além de não possuir equipe especializada para intervir em casos de letalidade policial, a instituição atua em um elevado número de processos ao mesmo tempo e é tardiamente comunicado dos casos de morte decorrentes de intervenção policial, fazendo com que muitos indícios dos crimes se percam com o tempo, o que compromete as investigações.¹⁵

12 CUBAS, Viviane de Oliveira. *Violência Policial em São Paulo. 5º Relatório nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil*. São Paulo, 2012, p. 115. Disponível em: <<http://www.usp.br/imprensa/wp-content/uploads/5%C2%BA-Relat%C3%B3rio-Nacional-sobre-os-Direitos-Humanos-no-Brasil-2001-2010.pdf>>. Acesso em: 05 jun. de 2016.

13 CUBAS, Viviane de Oliveira. *Violência Policial em São Paulo. 5º Relatório nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil*. São Paulo, 2012, p. 120. Disponível em: <<http://www.usp.br/imprensa/wp-content/uploads/5%C2%BA-Relat%C3%B3rio-Nacional-sobre-os-Direitos-Humanos-no-Brasil-2001-2010.pdf>>. Acesso em: 05 jun. de 2016.

14 HUMAN RIGHTS WATCH. *Força Letal: Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e em São Paulo*. 2009, p. 06. Disponível em: <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/brazil1209ptwebwcover.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

15 LIMA, João Marcelo M. Ainda em busca de controle: um olhar sobre o Ministério Público Paulista e a

Outra especificidade diz respeito ao perfil das vítimas: de acordo com o estudo “Desigualdade Racial e Segurança Pública em São Paulo: Letalidade policial e prisões em flagrante”, da análise de 734 mortes ocorridas entre o período de 2009 e 2011, decorrentes de intervenção policial, 61% das vítimas eram negros.¹⁶ Esse dado está em consonância com o pensamento de Nilo Batista¹⁷, Regina Célia Pedroso¹⁸ e Vera Malaguti¹⁹, que ressaltam que os maiores atingidos pela seletividade do sistema penal são os marginalizados pela sociedade: pobres, predominantemente negros, moradores de favelas e das periferias dos grandes centros.

De acordo com Ronald Dworkin, é função do governo tratar a todos em igualdade de condições, no entanto, “[...] pessoas de uma linhagem, classe, credo, nação ou talento têm parecido importar mais do que as outras pessoas”.²⁰ O relatório da Anistia Internacional demonstra que na cidade do Rio de Janeiro a grande maioria das ocorrências de mortes decorrentes de intervenção policial em 2014 ocorreu nas áreas mais pobres, como a Zonas Norte e Oeste.²¹

De acordo com Célia Regina Pedroso, a legislação brasileira utiliza “o termo ‘classes perigosa’ como sinônimo de ‘classes pobre’ e isso significa dizer que o fato de ser pobre o torna automaticamente perigoso à sociedade”.²²

Ainda no relatório “Lethal Force: Police Violence in Rio de Janeiro and São Paulo” da ONG *Human Rights Watch* são apontadas diversas falhas nas investigações das mortes decorrentes da intervenção policial, como a falta de elementos de perícia e da preservação da cena do crime²³. O Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria

violência policial. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*. Marília: UNESP, 2012, p. 53. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/download/2235/1853>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

16 GRUPO DE ESTUDOS SOBRE VIOLÊNCIA E ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS. *Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em flagrante*. São Paulo: UFSCAR, abr. 2014, p. 10. Disponível em: <http://www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/Sum%C3%A1rio-Executivo_FINAL_01.04.2014.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

17 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

18 PEDROSO, Célia Regina. *Estado autoritário e ideologia policial*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas: Fapesp, 2005, p. 46.

19 BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 34.

20 DWORKIN, Ronald. Valores entram em conflito? Uma perspectiva de um “ouriço”. *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos*. v. 41, n. 47. Bauru: jan.-jun., 2007, p. 140. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35928/Valores_Entram_em_Conflito.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

21 ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015, p. 33. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.

22 PEDROSO, Célia Regina. *Estado autoritário e ideologia policial*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas: Fapesp, 2005, p. 46.

23 HUMAN RIGHTS WATCH. *Força Letal: Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e em São Paulo*. 2009. Disponível em: <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/brazil1209ptwebwcover.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

Pública do Estado de São Paulo também listou no Parecer ao Projeto de Lei n. 4471/2012 as principais falhas investigativas envolvendo mortes decorrentes da intervenção policial; entre elas, a falta de preservação da cena do crime; perícias e laudos incompletos; falta da oitiva das testemunhas e de fotografias do local e das vítimas; inquéritos policiais não instaurados, entre outras.²⁴

Tendo isso em vista, medidas precisam ser pensadas como meio de diminuir a letalidade policial. A aprovação do Projeto de Lei n. 4.471/2012 proposto pelos deputados Paulo Teixeira, Fábio Trad, Delegado Protogenes e Miro Teixeira é apresentado como uma tentativa de impedir que as mortes realizadas por policiais sejam simplesmente justificadas como legítima defesa sem a devida investigação.

2 O PROJETO DE LEI N. 4.471/12 E SEUS FINS

O Projeto de Lei n. 4.471/12²⁵ visa a alterar os artigos 161, 162, 164, 165, 169 e 292 do Código de Processo Penal e tornar mais rigorosa as investigações em caso de mortes ou lesões corporais, decorrentes da ação de agentes de segurança pública. A proposta de alteração é uma resposta aos indícios de que não são realizadas diligências investigatórias mínimas em casos que envolvem letalidade policial, eis que grande parte dos casos são arquivados sem o adequado esclarecimento dos fatos.

O intuito é que o rito investigativo em caso de lesão corporal ou morte decorrente de intervenção policial seja o mesmo previsto para os crimes praticados por pessoas comuns. Com isso, evita-se que os casos sejam prontamente justificados como resistência à ação policial, eis que boa parte dos homicídios cometidos por policiais eram registrados de modo específico pela polícia, como “auto de resistência”, acarretando rito investigativo diferente do caso de homicídio comum.

As alterações propostas pretendem preservar os meios de provas e garantir a correta e imparcial apuração dos casos que afrontem a integridade física ou a vida da população. O objetivo é que nos casos em que resultem morte ou lesão corporal envolvendo agentes estatais seja instaurado um inquérito policial contendo requisitos probatórios mínimos, como a preservação dos meios de prova para perícias e obrigatoriedade de diversos elementos que

24 MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá. *Parecer ao Projeto de Lei 7771/2012. Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2014, p. 09. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/31/documentos/parecer%20projeto%20de%20lei%204471.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

25 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 4.471/12*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B61479D2D159EF790094C25FEFABE54D.proposicoesWeb2?codteor=1027001&filename=PL+4471/2012>. Acesso em: 18 jun. 2016.

atualmente são facultativos, como fotografias do local e dos objetos envolvidos, bem como desenhos e esquemas do cadáver.

Além disso, a intenção é proibir que as vítimas de confronto sejam socorridas pela própria polícia, devendo ser obrigatório contatar apoio especializado para prestar assistência médica à vítima. Torna obrigatório também o exame de corpo de delito em caso de morte violenta envolvendo agentes do Estado e proíbe que pessoas que não componham o quadro de peritos e auxiliares participem do exame e da autópsia. O laudo pericial elaborado deverá ser entregue em até dez dias ao Ministério Público, à autoridade policial, à família da vítima e ao órgão correcional.

O atual artigo 162, parágrafo único, do Código de Processo Penal²⁶, prescreve que o exame interno é prescindível caso exista a possibilidade de precisar as causas da morte sem ele, bastando o exame externo do cadáver, quando não houver infração penal a apurar. No entanto, se as mudanças forem de fato acatadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a autópsia tornar-se-á obrigatória em casos envolvendo policiais.

Ainda, o artigo 292 do Código de Processo Penal²⁷ prevê que os agentes estatais poderão usar os “[...] meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência [...]”. Contudo, essa terminologia é abrangente e permite grande margem discricionária aos agentes de segurança pública; logo, almeja-se que a nomenclatura seja alterada para “[...] uso moderado dos meios necessários [...]”.²⁸

O atual ordenamento jurídico brasileiro não prescreve quais os procedimentos a serem adotados no caso específico de morte ou lesão corporal envolvendo a letalidade policial. Tendo isso em vista, o objetivo das alterações é garantir o controle e a fiscalização imparcial das atividades de segurança pública do país.

Diversos órgãos externaram apoio às alterações propostas pelo Projeto de Lei, como a Defensoria Pública do Estado de São Paulo²⁹ e a ONG Conectas³⁰, apesar disso, ele ainda aguarda apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados.

26 BRASIL. Decreto nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

27 BRASIL. Decreto nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

28 BRASIL. *Projeto de lei nº 4.471/12*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B61479D2D159EF790094C25FEFABE54D.proposicoesWeb2?codteor=1027001&filename=PL+4471/2012>. Acesso em: 18 jun. 2016.

29 MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá. *Parecer ao Projeto de Lei 7771/2012. Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2014, p. 09. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/31/documentos/parecer%20projeto%20de%20lei%204471.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

30 PELO fim dos autos de resistência. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/aco/justica/noticia/26584-pelo-fim-dos-autos-de-resistencia>> Acesso em: 18 jun. 2016.

Apesar da delonga para a aprovação do Projeto de Lei n. 4.471/2012, algumas alterações foram conquistadas no combate a letalidade policial. Em 04 de janeiro de 2016 foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução Conjunta n. 2, de 13 de outubro de 2015 do Conselho Superior de Polícia e do Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil. Ela aboliu definitivamente a utilização do termo “auto de resistência” de boletins de ocorrência e inquéritos policiais em todo território nacional. Essa medida já havia sido adotada pelo Estado de São Paulo em janeiro de 2013 através da Resolução SSP-05 de 2013.³¹

O termo “autos de resistência” era utilizado, basicamente, para mascarar a prática de homicídios cometidos por policiais. O procedimento, que supostamente deveria ser utilizado apenas em situações excepcionais em que a vida do policial estivesse em risco, tornou-se regra. A resolução determina que o registro de morte ou lesão corporal em decorrência da ação de agentes de segurança pública seja registrado como “lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial” e “homicídio decorrente de oposição à intervenção policial”.

A resolução publicada frisa também que deverá ser apurado, através do delegado responsável pelo caso, se os policiais envolvidos em casos de “lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial” ou “homicídio decorrente de oposição à intervenção policial” utilizaram moderadamente os meios necessários para combater a violência ou se defender. Além disso, a norma prescreve que deverá ser aberto um inquérito policial sempre que a ação resultar em lesão corporal ou morte em decorrência da utilização da força por agentes estatais.

A abolição dos “autos de resistência” - antiga exigência dos defensores dos direitos humanos, como Maria do Rosário Nunes, presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana³², - é mais um passo no combate à letalidade da ação policial. No entanto, para a Anistia Internacional, as alterações são insuficientes. De acordo com Vivian Calderoni, advogada do Programa de Justiça da ONG Conectas, a nova nomenclatura mantém a conjectura de que a vítima estaria resistindo ou agindo em oposição à ação policial³³ e oculta os casos de execuções extrajudiciais cometidas por eles.

O Estado de São Paulo é um exemplo de que a mudança de nomenclatura não contribui para a diminuição da letalidade policial, pois, apesar de já ter abolido as expressões

31 SÃO PAULO. Resolução n° 05/2013 SSP. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2013/janeiro_2013/2013%2001%2016%20Conhe%C3%A7a%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%2005%20da%20Secretaria%20de%20Seguran%C3%A7a%20P%C3%ABblica_0.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2016

32 NUNES, Maria do Rosário. Resolução n° 08 de 21 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cddph/resolucoes/2012/resolucao-08-auto-de-resistencia>> Acesso em: 18 de jun. 2016.

33 STRUCK, Jean-Philip. *Fim do “auto de resistência” é mudança cosmética, dizem os especialistas*. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/midia/noticia/40507-carta-capital-fim-do-auto-de-resistencia-e-mudanca-cosmetica-dizem-especialistas>>. Acesso em: 08 de jun. 2016.

“autos de resistência” em 2013 através da Resolução SSP-05 de 2013, e substituído os termos por “morte decorrente de intervenção policial”, de acordo com a ONG *Human Rights Watch*, as mortes provocadas por policiais paulistas em 2014 aumentaram 93% (noventa e três por cento) em relação ao mesmo período do ano anterior, o que significa 505 mortes no Estado de São Paulo decorrentes da ação policial.³⁴

Além disso, a alteração de nomenclatura atinge os mecanismos investigativos da polícia federal e civil, no entanto, não abrange a Polícia Militar, que é a maior responsável por tais ocorrências.

Logo, a resolução, isoladamente, revela-se insuficiente e sem grande efetividade, todavia, a aprovação do Projeto de Lei n. 4.471/2012 pode fornecer a esperada efetividade investigatória no combate da letalidade policial, uma vez que garantirá meios de prova capazes de amparar uma investigação consentânea a realidade. Ademais, é necessário frisar que a Polícia e o Ministério Público já possuem o dever de investigar os abusos de poder cometidos pelas autoridades policiais, no entanto, impera o dogma de que as vítimas dão causa a ação policial, o que ocasiona a inércia por parte daqueles que deveriam apurar os fatos. Assim, requer-se também uma alteração dogmática das instituições, em tratar a letalidade policial como exceção, não como regra.

Outro projeto relacionado à atuação policial, e que aguarda apreciação da Câmara dos Deputados, é a Proposta de Emenda Constitucional n. 51/2013 que propõe a desmilitarização da polícia do Brasil. O objetivo da PEC é extinguir a Polícia Militar e criar um modelo policial civil e unificado, menos violento, em consonância com a democracia e condizente com os direitos humanos e fundamentais.

O objetivo da unificação da polícia surgiu da constatação de resquícios autoritários da ditadura militar nas instituições públicas brasileiras, especialmente as de segurança pública. Mesmo com o fim do regime ditatorial e a consolidação de direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição de 1988, as instituições de segurança pública não sofreram significativas alterações após este período, o que permitiu que diversas violações de direitos humanos persistissem.³⁵

De acordo com o artigo 144, §6º da Constituição Federal a Polícia Militar é força auxiliar do Exército. Decorrente disso, é que o treinamento recebido pela polícia é para situações de guerra e não para atuar junto à sociedade civil. O despreparo da Polícia Militar

34 HUMAN RIGHTS WATCH. *Relatório Mundial 2015: eventos de 2014*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2015/country-chapters/268103#5d8cdf>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

35 SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Reflexões sobre a desmilitarização e unificação das polícias brasileiras*. p. 07. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/34.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2016.

em atuar em meio a população civil pode ser observado em diversas situações, como nos confrontos em favelas e nas manifestações populares. No entanto, situações que poderiam ser contidas de maneira amistosa tem se transformado em massacres sangrentos.³⁶

De acordo com o pensamento de Silveira, “[...] desmilitarizar a polícia significa romper com uma estrutura completamente incompatível com os princípios democráticos, medida que demandaria uma radical separação entre as polícias militares e as Forças Armadas [...]”. A unificação da polícia civil e da ostensiva, ainda de acordo com o pensamento do autor, acarretaria uma maior eficiência das funções desenvolvidas pelas polícias e contribuiria para a diminuição da violência policial, que tem como uma de suas causas o treinamento de guerra recebido pelos policiais militares e a herança história da ditadura militar que ainda hoje têm refletido nas ações de segurança pública.³⁷

3 DA NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA E DOS DOGMAS INSTITUCIONAIS

A aprovação do Projeto de Lei n. 4471/2012 apresenta-se como um grande avanço no combate à letalidade policial, uma vez que inibirá as omissões da polícia e permitirá que o Ministério Público tenha maior carga probatória para a propositura da ação penal (indícios de autoria e materialidade da infração penal), o que auxiliará na correta averiguação da ocorrência de crime, de seus autores e em quais condições ocorreram as mortes ou as lesões corporais decorrentes da ação policial. Contudo, a aprovação do projeto de lei não garante a cessação da letalidade policial.

Pela análise do ordenamento jurídico vigente, é possível observar que ele já prevê a necessidade de investigação das mortes ou lesões corporais decorrentes da ação policial, mesmo que genericamente. A polícia tem o encargo de instaurar o inquérito policial e apurar todos os elementos de prova possíveis; o Ministério Público deve realizar o controle da atividade policial e conduzir as investigações de modo a elucidar corretamente o caso, e existindo indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, deve oferecer a denúncia.

No entanto, ao que parece a polícia tem encontrado brechas na legislação para justificar suas condutas com base na própria lei, a exemplo das causas justificativas de excludentes de ilicitude e culpabilidade.

36 SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Reflexões sobre a desmilitarização e unificação das polícias brasileiras*. p. 10. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/34.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2016.

37 SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Reflexões sobre a desmilitarização e unificação das polícias brasileiras*. P. 12. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/34.pdf>> Acesso em: 20 jun.2016.

O Ministério Público, apesar de possuir amplos poderes de fiscalização, tem permanecido inerte aos altos índices de letalidade policial. De acordo com o artigo 129, inciso VI da Constituição Federal, a instituição pode “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los [...]”³⁸ e ainda, acompanhar e fiscalizar a atividade policial e oferecer denúncia contra a polícia. No entanto, os resultados obtidos pela instituição estão abaixo da expectativa e incompatíveis com a garantia da ordem jurídica.

A aprovação do projeto de lei pode contribuir para que número maior de inqueritos sejam instaurados, o que, conquanto, não garanta que os casos serão efetivamente punidos. De acordo com o Juiz Criminal Rubens Casara “[...] há uma longa tradição no Brasil de naturalização da violência policial dos homicídios e desaparecimentos que tem como vítimas essa população indesejada [...]”.³⁹

A cultura da violência é tão intrincada na instituição policial que a aprovação de normas mais severas de controle *a posteriori* de suas ações não refletirá significativamente na redução dos altos índices de violência em curto prazo, pois, a cultura da violência não será abolida apenas com rigor de normas, eis que os níveis de criminalidade não têm ligação direta com o rigor da sanção penal.

Logo, o fim da letalidade policial não depende tão somente da aprovação do Projeto de Lei n. 4471/2012, uma vez que ele apenas prevê regras mais rigorosas a investigação dos abusos de poder policial. A eficácia das alterações propostas devem vir acompanhadas de mudanças estruturais, como o maior comprometimento e treinamento da instituição responsável pelo controle externo da atividade policial e a criação de políticas públicas que não tenham caráter meramente repressivo, mas que envolvam e responsabilizem diversos setores sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ano de 2013 cerca de seis pessoas por dia foram mortas no país pela polícia⁴⁰, dado que reafirma que a letalidade é um efeito sistêmico da Instituição policial no Brasil. Como meio de responder aos índices alarmantes de violência surge o Projeto de Lei n.

38 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

39 FEITOSA, Charles; REZENDE, Renato; NASCIMENTO, Vinícius. *O que é terrorismo?* Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yRsoegl-ANI>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

40 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Edição VIII. São Paulo, 2014.

4471/12 que visa alterar o Código de Processo Penal, preservar meios de prova e tornar mais rigorosas as investigações dos casos que envolvam lesão corporal ou morte decorrentes da ação policial.

O Projeto de Lei n. 4471/12 surge ante a necessidade da correta apuração dos casos que envolvem letalidade policial, uma vez que muitos deles não são submetidos a apreciação do Poder Judiciário, seja por falta de indícios de autoria e prova da materialidade ou por enquadrar sumariamente a conduta policial em uma das excludentes da ilicitude.

O projeto prevê a preservação do local do crime e dos meios de prova, estabelecendo o procedimento a ser adotado com relação à perícia, à coleta de dados e informações, à oitiva de testemunhas, ao exame dos vestígios, ou seja, visa coletar o maior número de elementos de prova a permitir a correta e imparcial elucidação dos casos que envolvam lesão corporal e morte decorrentes da ação policial.

A aprovação do referido projeto trará muitos avanços no que diz respeito à investigação dos casos, eis que através das alterações realizadas será ampliado o controle e fiscalização da atividade policial. No entanto, não é coerente acreditar que a simples aprovação do projeto de lei irá acabar com os altos índices de letalidade policial, pois dele não refletem alterações institucionais profundas.

As alterações prevêm rigor nas investigações dos casos de morte ou lesão corporal decorrentes da ação policial, ou seja, visa regular o controle feito posteriormente a violação da integridade física e mental das pessoas. No entanto, não reflete significativamente no combate a cultura da violência que tem se perpetrado na Instituição policial.

O problema não está na falta de normativas que impedem a letalidade. O ordenamento jurídico brasileiro está repleto de normas que reprimem a violação de direitos e garantias fundamentais pelo Estado. No entanto, essas normas têm sido periodicamente violadas e nenhum órgão público tem tomado para si a responsabilidade de tamanhas violações.

A cultura de que as vítimas são responsáveis pela letalidade policial ainda está na mente dos responsáveis pelo sistema de justiça criminal brasileiro. O Ministério Público, que deveria ser o principal órgão de fiscalização de tais casos, permanece inerte, pois, ou acredita que os policiais agiram consoante a estrita legalidade, ou, caso assim não entenda, não possui elementos probatórios suficientes para propositura de uma ação penal.

Portanto, a aprovação do aludido projeto se faz necessária, embora quando considerado isoladamente, provavelmente não consiga atingir seu principal fim: combater a letalidade policial. Requer-se mais que uma alteração legislativa, necessita-se de uma

alteração institucional profunda e a humanização das instituições de segurança pública do país e da efetiva prevalência dos direitos previstos na Constituição.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho*: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015, p. 33. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL é o 11º país mais inseguro do mundo no índice de Progresso Social. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/brasil-e-o-11-pais-mais-inseguro-do-mundo-no-indice-de-progresso-social.html>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 4.471/12*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B61479D2D159EF790094C25FEFABE54D.proposicoesWeb2?codteor=1027001&filename=PL+4471/2012>. Acesso em: 18 jun. 2016.

BRASIL. Decreto nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

CUBAS, Viviane de Oliveira. *Violência Policial em São Paulo. 5º Relatório nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil*. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.usp.br/imprensa/wp-content/uploads/5%C2%BA-Relat%C3%B3rio-Nacional-sobre-os-Direitos-Humanos-no-Brasil-2001-2010.pdf>>. Acesso em: 05 jun. de 2016.

DWORKIN, Ronald. Valores entram em conflito? Uma perspectiva de um “ouriço”. *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos*. v. 41, n. 47. Bauru: jan.-jun., 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35928/Valores_Entram_em_Conflito.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

FEITOSA, Charles; REZENDE, Renato; NASCIMENTO, Vinícius. *O que é terrorismo?* Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yRsoegl-ANI>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Edição VIII. São Paulo, 2014.

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE VIOLÊNCIA E ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS. *Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em*

flagrante. São Paulo: UFSCAR, abr. 2014. Disponível em: <http://www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/Sum%C3%A1rioExecutivo_FINAL_01.04.2014.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Força Letal: Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e em São Paulo*. 2009. Disponível em: <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/brazil1209ptwebwcover.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Relatório Mundial 2015: eventos de 2014*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2015/country-chapters/268103#5d8cdf>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

LIMA, João Marcelo M. Ainda em busca de controle: um olhar sobre o Ministério Público Paulista e a violência policial. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*. Marília: UNESP, 2012. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/download/2235/1853>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá. *Parecer ao Projeto de Lei 7771/2012. Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/31/documentos/parecer%20projeto%20de%20lei%204471.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

MISSE, Michel. “Autos de resistência”: Uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Disponível em: <http://www.necvu.ifcs.ufrj.br/images/Relatorio%20final%20Autos%20de%20Resistencia.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2015.

NUNES, Maria do Rosário. Resolução nº 08 de 21 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cddph/resolucoes/2012/resolucao-08-auto-de-resistencia>> Acesso em: 18 de jun. 2016.

PEDROSO, Célia Regina. *Estado autoritário e ideologia policial*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas: Fapesp, 2005.

PELO fim dos autos de resistência. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/26584-pelo-fim-dos-autos-de-resistencia>> Acesso em: 18 jun. 2016.

SANTANA, Marilson. A prática de tortura no Brasil. Movimento Nacional de Direitos Humanos. 2003, p. 02. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Praticadetortura_Brasil_Balanco.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

SÃO PAULO. Resolução nº 05/2013 SSP. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2013/janeiro_2013/2013%2001%2016%20Conhe%C3%A7a%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%2005%20da%20Secretaria%20de%20Seguran%C3%A7a%20P%C3%ABlica_0.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2016

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Reflexões sobre a desmilitarização e unificação das polícias brasileiras*. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/34.pdf>>. Acesso em: 20 jun.2016.

STRUCK, Jean-Philip. *Fim do “auto de resistência” é mudança cosmética, dizem os especialistas*. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/midia/noticia/40507-carta-capital-fim-do-auto-de-resistencia-e-mudanca-cosmetica-dizem-especialistas>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

WASELFISZ, J. J. *Mapa da violência*. Os jovens do Brasil. Brasília: UNESCO, 2014.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: UMA ANÁLISE SOBRE CRIMES DE GÊNERO E ALTERNATIVAS DE RESSOCIALIZAÇÃO

Vanessa Lima ALVES¹
João Augusto Arfeli PANUCCI²

RESUMO

O presente trabalho visa compreender o fenômeno da pornografia de vingança, bem como os contornos sociais da prática. Em um primeiro momento, busca-se entender o conceito desta violação e contexto de sua execução. Sendo necessário também efetuar um levantamento a respeito dos números de ocorrência através de um olhar clínico, baseado na disparidade de gênero, o qual elucida um problema já conhecido pela mulher brasileira, qual seja a violência. Logo após, se faz um estudo a respeito do tratamento jurídico da conduta no ordenamento brasileiro por meio da análise dos dispositivos atuais e também daqueles que aguardam aprovação. Em um último momento procura-se demonstrar a efetiva necessidade de tipificação específica para tal atentado à intimidade com fundamento naquilo que se extraiu a partir da análise do tratamento jurídico contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVES: Pornografia de Vingança. Crime de Gênero. Lei Maria da Penha. Crime contra a Honra.

ABSTRACT

The present work aims to understand the phenomenon of revenge porn, as well as the social outlines of the practice. At first, we try to understand the concept of this violation and its execution context. It is also necessary to carry out a survey regarding the occurrence numbers through a clinical view, based on the gender disparity, which elucidates a problem already known by Brazilian women, namely violence. Afterwards, a study is made on the legal treatment of conduct in the Brazilian order by means of the analysis of current devices and also those awaiting approval. At the last moment it is tried to demonstrate the effective necessity of specific typification for this attack to the intimacy based on what was extracted from the analysis of the contemporary legal treatment.

KEY-WORDS: Revenge Porn. Gender Crime. Maria da Penha Law. Crime Against Honor.

1 INTRODUÇÃO

O termo *revenge porn*, surgido do inglês, significa pornografia de vingança ou revanche pornográfico. Consiste na conduta pela qual uma pessoa expõe a outra em ambiente virtual através da divulgação de fotos, vídeos ou quaisquer outras mídias sem sua anuência e com intenção de vingar-se por alguém conflito existente entre as partes. Dentro desse contexto, além do direito a privacidade e intimidade, é preciso que se levantem uma série de

1 Discente do 7º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

2 Docente das disciplinas de Filosofia e Prática Jurídica Penal do Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Advogado.

discussões, desde a conduta social, que, por vezes, dá respaldo para tal prática, até o tratamento jurídico oferecido a tal violação.

A respeito da primeira problematização dita anteriormente, mostra-se necessária análise sobre do que se trata tal conduta criminosa, a origem e razão da nomenclatura que intitula a prática, visto que, como há de ser estudado, o próprio nome recebido pela divulgação de conteúdo íntimo denota todos os seus contornos e reflexos sofridos pela construção social baseada em gênero. Dessa forma, sobre esse último objeto, o presente trabalho busca entender um pouco sobre a disparidade de gênero e a influência deste tema quando se fala em revanche pornográfico, tudo isso com precípua base na obra histórica da ilustre autora Simone de Beauvoir.

Assim, a fim de esclarecer a referida temática social se faz necessário um levantamento dos dados de ocorrência da prática delitiva que servem como prova material de que, além de um problema de violação a intimidade, a pornografia de vingança recebe suporte de todo um sistema baseado na dominação masculina.

Após uma análise social esta pesquisa levanta alguns dos tratamentos jurídicos direcionados a esta problemática, isto é, o olhar do direito para a divulgação de material íntimo nos dias atuais. Tal exame se faz necessário, uma vez que não existe regulamentação específica sobre o assunto, sendo inevitável uma verdadeira ciranda jurídica a fim de enquadrar a conduta em algum dispositivo já existente.

Mediante tal pesquisa foi possível constatar que no Código Penal Brasileiro não há tipo específico para o comportamento infringente e, diante disso, ele acaba sendo enquadrado como algum delito contra a honra, a depender do caso, podendo ser tipificado como difamação ou injúria. Não havendo tipificação específica, ao longos dos anos, foram surgindo diversos marcos normativos na legislação brasileira visando uma melhor regulamentação da conduta, desde projetos e lei em trâmite no Congresso, até dispositivos preexistentes sendo alterados com a intenção de inserir novas hipóteses de enquadramento.

O objeto dessa pesquisa é traçar um panorama geral sobre a conduta do revanche pornográfico, analisando o contexto da prática criminosa, bem como a influência que os processos de socialização entre homens e mulheres exercem sobre assuntos de violação a intimidade e sexualidade.

Sequencialmente, importa relutar à reflexão sobre a natureza da prática criminosa em tela, tendo em vista que aparentemente se mostra transcender as fronteiras de mera conduta delitiva, surgindo como efetiva modalidade de discriminação e criminalização por gênero, como outras condutas já reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico, a exemplo do

feminicídio.

No mais, pretende-se elencar que, frente o inegável reconhecimento da ineficácia da pena privativa de liberdade, o contexto de violência contra a mulher vem exigindo formas alternativas de ressocialização do agente, partindo da premissa de efetivação do auto reconhecimento de comportamento errôneo por parte do agressor, fator que se mostra altamente mais efetivo para futura mudança comportamental.

Para desenvolvimento deste trabalho, valeu-se, precipuamente, do método indutivo, haja vista a utilização de pesquisas empíricas para verificação da temática, bem como do método dialético, impondo-se a compreensão do contexto social que circunda os fatos aqui tratados.

2 CONCEITO E ANÁLISE SOBRE A NOMENCLATURA

A nomenclatura que intitula este trabalho surgiu do inglês "revenge porn" que significa pornografia de vingança ou revanche pornográfico. Consiste na exposição de uma pessoa na internet, ou outros meios de comunicação, por meio de fotos ou vídeos que, inicialmente, não tinham a intenção de serem divulgados.

Dentro do tema, ainda, é pertinente discorrer sobre o uso do termo "pornografia" para se referir a tal conduta. De acordo com o dicionário Aurélio da língua portuguesa³ se considera pornografia:

Estudo ou descrição da prostituição.

2 - Descrição ou representação de coisas consideradas obscenas, geralmente de caráter sexual.

3 - Qualquer coisa (livro, revista, filme, etc).

4 - Ação ou representação que ataca ou fere o pudor, a moral ou os considerados bons costumes.

Pela simples leitura conceitual constante do dicionário tratado, verifica-se que o termo "pornografia" remonta a comportamento social desprezível, eivado de carga repreensiva quanto a quem o pratica, como se notoriamente se percebe ao tratar o fato como "ação que ou representação que fere o pudor, a moral ou os considerados bons costumes."

Desta forma, a própria nomenclatura da conduta traz uma mensagem implícita a respeito do tema que aqui se propõe tratar. Essa exposição de imagens e vídeos com conteúdo sexual por parte de uma das pessoas envolvidas busca dizer apenas uma coisa: a pessoa que está nessas imagens fez algo "errado" e merece ser punida moralmente.

Por se tratar de uma definição que tem como princípio basilar o conceito de pudor há a tentativa de dizer que a pessoa por trás dessas imagens ofendeu tal mandamento social.

3 Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/pornografia>>. Acesso em 10 de Abril de 2017.

Portanto, é possível perceber que o próprio conceito do termo que dá nome à conduta já traz uma carga pejorativa, preconceituosa e de condenação antecipada do indivíduo.

Essa condenação social, que impõe um julgamento sobre a pessoa exposta, acaba acarretando um comportamento injusto para com o indivíduo, pois, não obstante o sentimento de vergonha e humilhação causado pela divulgação das imagens, a pessoa que até então foi vítima de um injusto, se vê num ambiente de constante crítica que inverte os polos da relação a colocando como culpada.

Sendo assim, diz-se pornografia de vingança uma vez que o ato é praticado como forma de retaliação ao sujeito que está representado no material – vídeos ou fotos – publicado, comumente decorrente do término de um relacionamento ou qualquer conflito que se estabelece entre vítima e agente que dá publicidade ao ato, portanto, não se enquadrando nesta divulgação a mera exposição sem intuito de retaliação ou vingança, a qual, vale dizer, também detém conotação criminosa, porém, em outro contexto.

3 CONTEXTO DE OCORRÊNCIA E RELEVÂNCIA SOCIAL

Com base no conceito estabelecido, tendo em vista que o ato de pornografia de vingança é praticado como forma de repreensão ao sujeito que está representado em cenas de cunho pornográfico, cumpre destacar o contexto em que o ato, ressalta-se, criminoso, costuma ocorrer.

Importa ressaltar que, como será verificado em sequência, os atos de pornografia de vingança podem ter qualquer pessoa figurando como sujeito passivo, não exigindo qualquer característica peculiar para sua caracterização. Entretanto, em análise de dados empíricos, perceber-se-á que a maioria das vítimas da prática em questão são mulheres.

Com os avanços tecnológicos e fácil acesso aos mais variados equipamentos tecnológicos, tomou contornos de normalidade a captura e manutenção de mídias de vídeo, áudio e imagens.

Fato notório é que esta prática, por vezes, se dá entre casais, os quais passam a armazenar arquivos sobre sua vida cotidiana, sendo que em alguns casos referidos artigos possuem conotação sexual e pornográfica.

Ao que se percebe, o revanche pornográfico tende a ocorrer quando, após a captura e armazenamento de documentos de cunho pornográfico, estabelece-se um conflito entre os sujeitos. Geralmente, decorrente de término perturbado da relação amorosa, uma das partes resolve, a fim de prejudicar o ex parceiro, dar publicidade ao material sexual, como meio de denegrir a sua imagem perante à sociedade.

A ONG Safernet é referência no combate a crimes virtuais no Brasil, contando com a ajuda de diversos profissionais da Polícia Federal, Ministério Público, advogados, psicólogos, entre outros, elabora reiteradas pesquisas sobre o tema que merecem destaque.

Em 2012 a ONG atendeu 48 (quarenta e oito) pessoas vítimas dessa prática, ao passo que em 2013 o número pulou para 101 (cento e uma) pessoas, ou seja, a procura aumentou em 110%. No ano de 2014, só até o mês de Abril, 21 (vinte e uma) pessoas já tinham buscado ajuda junto a ONG⁴.

Este tipo de prática esteve presente desde o início da era digital, mas com o tempo foi ganhando cada vez mais visibilidade para que pudesse ser encarada como um tipo de violência.

Fato que merece destaque é que o ato criminoso em análise comumente possui como vítima mulheres que, confiando em seus parceiros, acabaram se deixando filmar ou fotografar em ambientes e práticas íntimas. Demonstra-se esta afirmação com base em pesquisa da ONG supracitada que denota que 81% das vítimas atendidas são mulheres⁵, logo, nos fazendo crer que, em que pese a possibilidade de pessoa do sexo masculino poder ser vítima deste ato, a prática vem se mostrando corriqueiramente como forma de violência contra a mulher.

Rememora-se que os dados aqui tratados são conseguintes do número de denúncias que chegam ao conhecimento da ONG tratada, podendo-se crer que há inúmeros casos que integram à cifra negra da criminalidade. No corpo dos estudos criminológicos, entende-se por cifras negras a parcela de crimes praticados que, por diversos motivos, não são comunicados e não chegam ao conhecimento das autoridades policiais, não sendo incorporados as estatísticas de criminalidade.

Notório que no âmbito tratado há considerável parcela de práticas delituosas que não tem comunicação oficial aos órgãos de investigação, haja vista, por vezes, a vítima preferir esconder o ato para relativizar os processos de vitimização e consequências sociais e psíquicas à buscar punição para o agressor.

Diante desses números trazidos é preciso levantar uma questão muito relevante a respeito da disparidade de gênero, fenômeno com o qual muitas brasileiras sofrem até os dias atuais. É possível perceber que grande parte das vítimas assistidas pela ONG são mulheres e a busca por ajuda nesta organização contempla uma realidade no país.

É preciso saber que há uma diferença no processo de socialização entre homens e

4 Disponível em: <<http://youpix.virgula.uol.com.br/comportamento/porno-vinganca-safernet/>>. Acesso em 10 de Abril de 2017.

5 Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/pornografia-de-vinganca-crime-rapido-trauma-permanente.html>>. Acesso em 10 de Abril de 2017.

mulheres e isso se reflete em diversos aspectos da vida em sociedade. Desde o uso das cores rosa e azul, dos esportes a serem praticados, comportamentos sociais pré definidos e até na questão sexual, que é o assunto pertinente para o presente trabalho.

Mediante um profundo estudo social, a autora Simone de Beauvoir já estudava os fenômenos de gênero em sua obra “O Segundo Sexo”⁶. A partir deste trabalho, que é um marco histórico social acerca das questões de gênero, é possível relacionar a disparidade de gênero com o fenômeno da dominação masculina, também estudado pelo sociólogo francês Pierre de Bourdieu⁷. Conforme vão amadurecendo meninos e meninas têm incentivos diferentes. Enquanto às meninas é encorajado se resguardar e a nunca demonstrar interesse sexual, pois, à elas não é concedida esta prerrogativa, vez que no entendimento coletivo tal conduta sugere promiscuidade, aos meninos este processo inicia-se de forma completamente diferente, sendo um motivo de orgulho qualquer conquista de ordem sexual.

Meninas e mulheres crescem ouvindo sobre passividade e recato, isso porque uma mulher para ser valorizada e desejada deve manter-se virgem e não demonstrar desejo jamais. Ao passo que ao homem, a sociedade aponta o mesmo sentimento como algo natural, uma necessidade, ou até como um instinto, inclusive buscando na natureza masculina, justificativas para comportamentos desvirtuados da moral média social, como práticas de assédio.

Dessa forma, através dos papéis socialmente impostos, a vida sexual parece tornar-se uma disputa, onde o homem é o vencedor e a mulher é o prêmio. Isso encontra fundamento até mesmo no ensinamento que é dado às mulheres baseado na resistência, isto é, “se fazer de difícil” ou dizer não quando quer dizer sim. Todos esses comportamentos servem para reforçar a ideia de Beauvoir⁸ quando diz que a mulher seria uma recompensa, não gozando de autonomia alguma e servindo como mero deleite masculino. Isso se reflete inclusive no momento do ato sexual, onde o homem tem um comportamento ativo e de dominador, enquanto à mulher cabe a submissão.

Os papéis de dominador e dominado estão presentes em todos os âmbitos da vida em sociedade e não seria diferente quando o assunto é sexualidade.

Há uma constante tentativa de fazer com que esses papéis sejam lembrados a todo o momento, de modo que a mulher se sinta impotente e subordinada ao homem, deixando a impressão de que esta não tem desejos ou ambições, mas sua vontade é condicionada àquilo

6 BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo: A experiência vivida. 2. Ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

7 BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. 12. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

8 BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo: A experiência vivida. 2. Ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967. p. 11.

que o homem deseja.

Simone de Beauvoir dizia ainda que “A mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem, e não este em relação a ela; a fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é o Sujeito, o Absoluto; e ela é o Outro”.⁹

Tendo em vista o fenômeno social da dominação masculina é possível enxergar que a prática do revanche pornográfico é, como citado anteriormente, uma forma de reafirmar à mulher que a transgressão do papel que lhe foi imposto terá uma consequência negativa. Dessa forma, o dominador entende que tem direito de punir a dominada a ponto de destruir sua moral perante a sociedade, passando a mensagem de que determinada mulher desobedeceu a seu papel de subordinação inquestionável. Isso ocorre porque, apesar de muitas evoluções, a sociedade ainda tem uma raiz machista pautada na disparidade de gênero e dominação masculina.

Sendo assim, percebe-se que o tema ganha relevância social por diversas facetas. De início, a raiz histórica de machismo que continua a trazer consequências de submissão às mulheres que sofrem diversos prejuízos por práticas de desigualdade entre os sexos. Ademais, indiscutível a ofensa a bem jurídicos de personalidade há muito reconhecidos como a intimidade, privacidade e dignidade sexual, os quais possuem expressa tutela constitucional, cível e criminal. No mais, as afirmações anteriores são ratificadas pelos dados estatísticos de ocorrência citados inicialmente, indicativos clarividentes que é um fato corriqueiro em nossa sociedade.

4 TRATAMENTO JURÍDICO ATUAL

Atualmente, não existe regulamentação específica para a prática da revanche pornográfica, logo, se faz necessário o enquadramento da conduta em tipos penais ou legislações específicas já existentes para que o responsável seja punido.

É inegável que a conduta caracteriza ato criminoso, haja vista o bem jurídico que se posta a ofender. Entretanto, frente a ausência de previsão específica, o caso concreto acaba por ensejar a imputação por delito contra a honra, nos termos das tipificações eleitas no Código Penal ou em legislações extravagantes.

Nestes termos, verificar-se-á as hipóteses possíveis.

4.1 Código Penal

Como dito anteriormente de forma superficial, a conduta da pornografia de vingança

9 Ib idem. P. 11.

não encontra tipo penal específico no Decreto-lei 2.848/40. Desta forma, é preciso encontrar um meio para enquadrar a conduta em algum dispositivo.

A Justiça brasileira, ante a divulgação de conteúdo íntimo, classifica tal conduta como crime de difamação ou injúria, previstos, respectivamente, nos artigos 139 e 140 do diploma supra mencionado.

O delito de difamação consiste na imputação de fato ofensivo a reputação de alguém. Importante saber, conforme ensina o ilustre professor Luiz Régis Prado¹⁰ buscando traçar um raciocínio didático, que não deve o fato imputado revestir-se de caráter criminoso, do contrário, restará configurado o crime de calúnia. Ainda, é requisito para a configuração do delito que o fato imputado chegue a conhecimento de terceiros, uma vez que o bem da vida protegido é a honra objetiva da vítima.

A imputação, ainda, não pode ser genérica, pois, nesta hipótese poderia recair no delito de injúria, que por sua vez, trata-se da conduta de injuriar alguém, ofendendo-lhe sua dignidade ou decoro. Nesta hipótese, não há a necessidade do conhecimento por parte de terceiros para a consumação do delito, posto que o bem jurídico tutelado é a honra subjetiva, ou seja, a percepção íntima que a própria vítima tem de si.

Diante do conceito traçado, percebe-se que ao divulgar as imagens íntimas contendo cenas de natureza sexual, fica caracterizado o dolo daquele que divulgou no sentido de ofender a honra da vítima, incorrendo, assim, na previsão criminosa do artigo 139 do Código Penal. Da mesma forma, incidiria o artigo 140 em caso de exposição e violação à honra, mesmo que não houvesse conhecimento de terceiros, pois, esta situação não é requisito essencial dessa hipótese delitiva.

Ambos os crimes (difamação e injúria) são delitos de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal e passíveis de suspensão condicional do processo, salvo em casos de violência doméstica contra a mulher conforme o artigo 41 da lei 11.340/06. Dessa forma, se for reconhecido entre autor e vítima um relacionamento íntimo não serão aplicados os benefícios da lei 9.099/95.

4.2 Estatuto Da Criança E Do Adolescente

Nos casos que envolvem menores pode a conduta do agente recair no artigo 240 ou 241 e suas demais alíneas da lei 8.069/90.

Diz o artigo 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

¹⁰ PRADO, Luiz Régis. Código Penal Comentado: Jurisprudência, Conexões Lógicas Com Os Vários Ramos Do Direito. 10. Ed. São Paulo. 2015. p. 597.

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

Como se extrai desse dispositivo aquele que produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente pratica crime apenado com pena privativa de liberdade de 4 (quatro) a 8 (oito) anos e multa. Sendo que nos casos em que o agente comete o crime prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento, poderá ter sua pena majorada.

O artigo 241 em seu caput classifica como crime a conduta de vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

A alínea “a” deste dispositivo tipifica a conduta de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente;

A alínea “b” aduz que adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente caracteriza também um crime;

Enquanto a “c” envolve o ato de simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual;

Já a “d” elenca ainda a atitude de aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

E por fim a alínea “e” explica que para efeito dos crimes previstos nesta lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente

sexuais.

É fato que por estarem em um período de formação, além de terem mais contato com a internet e ainda não medirem as consequências de suas ações, isso tudo somado ao alcance da rede virtual, as crianças e adolescentes formam uma grande parcela das vítimas atingidas pela prática deste delito. A própria ONG Safernet relata que meninas de 13 a 15 anos constituem a maior parte de vítimas do chamado sexting (divulgação de mensagens ou imagens eróticas via mensagem de texto)¹¹.

4.3 Lei 11.340 – Maria Da Penha

A lei 11.340 é, sem dúvidas, uma das maiores inovações no que diz respeito a proteção a integridade física e psicológica da mulher. Mesmo com algumas lacunas e falhas em sua aplicação, a lei foi uma conquista para os direitos da mulher.

O artigo 5º da lei 11.340 em seu inciso III elucida que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Diante disso, é possível perceber que a lei protege não só o bem-estar físico, mas também psicológico da mulher, considerando que a tutela vai além da situação de coabitação. Não é requisito essencial, portanto, que a vítima e o agressor morem juntos.

Ainda no artigo 7º da mesma lei, se extrai do inciso II o ensinamento de que considera-se violência contra mulher, entre outros casos, a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação, bem como a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Ante o exposto, a lei traz algumas das hipóteses de violência moral e psicológica que são inerentes a prática do revanche pornográfico, uma vez que, antes da divulgação das mídias, na maioria das vezes o agressor dá início a um processo de perseguição e chantagem, com a finalidade de coagir a vítima e fazer com que esta atenda suas solicitações. Quando a

11 Disponível em <http://new.safernet.org.br/helpline>. Acesso em 25/06/2017.

coação é infrutífera, o agressor parte para o ataque através de todos os meios de comunicação, buscando assim, além de degradar a imagem da vítima moralmente, puni-la de certa forma.

Conforme dito anteriormente, nos casos em que a situação de violência acontece num contexto de relacionamento íntimo, o agressor, ora indiciado, não poderá gozar dos benefícios da lei 9.099/90 por força do artigo 41 da lei 11.340.

5 DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA

A pornografia de vingança é uma prática que sempre aconteceu e vem ganhando cada vez mais força com o advento da internet. A cada dia surge uma nova rede social e, com ela, uma nova forma de se relacionar.

É fato, desde os primórdios naturalistas, que o direito segue a sociedade, dessa forma, a cada mudança pela qual a coletividade passa, faz-se necessário análise jurídica e sociológica perante tais fatos, de modo que se possa regulamentar tais relações e eventuais transgressões as regras de conduta.

Parte das inovações no mundo jurídico surgiram a partir de casos concretos. Não muito longe do assunto e da conquista dos direitos da mulher, temos o exemplo da elaboração da lei 11.340, chamada de Maria da Penha, em razão das batalhas as quais essa mulher precisou travar até que pudesse ver seu agressor punido, e além disso, mudou o cenário para que outras milhares de brasileiras pudessem se libertar e levar sua luta como inspiração. Outro marcante exemplo foi a criação da lei 12.737, conhecida por Lei Carolina Dieckmann, por conta da violação da intimidade sofrida pela atriz, a qual ensejou a criação do tipo penal descrito no artigo 154-A do Código Penal.

Diante disso, cabe questionar: quantos casos envolvendo pornografia de vingança precisarão acontecer para que o ordenamento jurídico tome as providências cabíveis? O caso de Rose Leonel, criadora da ONG Marias da Internet¹², é um marco histórico a respeito do revanche pornográfico no Brasil, tendo em vista que ela foi uma das primeiras mulheres que conseguiu ver seu agressor sendo condenado. O caso aconteceu no ano de 2005, há mais de 10 anos. Mesmo sendo um símbolo de umas das primeiras condenações nesse sentido, o autor foi condenado a um ano, 11 meses e 20 dias de detenção e multa, mas mesmo assim, sempre tornava a perseguir a vítima.

Tomando como referência o caso supracitado, é possível perceber que a prática não é uma novidade, porém, até hoje as vítimas dessa ofensa encontram dificuldade em efetivar

12 Disponível em <<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2013/08/apos-fotos-intimas-pararem-na-web-mulher-diz-sofrer-preconceito-diario.html>>. Acesso em: 24/04/2017>. Acesso em 28 de Abril de 2017.

seus direitos, seja por conta do acesso a justiça, o qual não é objeto de abordagem neste trabalho, seja por conta da sensação de impunidade quanto à conduta dos agressores.

Como foi possível visualizar nos tópicos anteriores através da análise de cada diploma normativo atual, é preciso efetuar diversas manobras interpretativas a fim de punir o autor do crime. Ainda, em âmbito penal, o crime é tratado como ofensa à honra, todavia, o bem jurídico que se ofende aqui não é somente este, mas toda uma esfera de privacidade e dignidade sexual da vítima. Em um Código Penal antigo que sofreu alterações para retirar crimes que protegiam apenas a chamada mulher honesta, não parece coerente tratar uma violação tão ampla e gravosa que é a pornografia de vingança como uma mera violação a honra.

Além disso, a pena para quem comete tal violação é branda, de forma a favorecer o agressor, enquanto a vítima tem sua vida social abalada e seu estado psicológico totalmente desestruturado, tendo em vista que na visão da coletividade há um preconceito e julgamento constante que, por vezes, tem consequências irreversíveis na vida do ofendido, como o suicídio por exemplo, que é totalmente comum nesses casos. Foi o que ocorreu com Julia Rebecca¹³, uma jovem piauiense de 17 anos que, após consentir a gravação de um vídeo caseiro com uma garota e um rapaz, teve sua intimidade exposta sem sua permissão e sofreu uma série de segregações sociais, que, além de uma depressão profunda acarretaram seu suicídio.

A criminalização da pornografia de vingança, além de, possivelmente, inibir a prática ou reiteração da divulgação de conteúdo íntimo, pode servir como uma forma de justiça para a vítima, ultrapassando o sentimento de impunidade que vigora na sociedade brasileira.

Importante dizer também que a tipificação específica do revenge porn não é mera tentativa de vingança, mas sim uma forma de materializar as funções preventiva e retributiva da pena, assim como é válido dizer que aquilo que se entende por imediatismo e o simbolismo penal não cabem como justificativa a fim de deslegitimar a proposta.

Ademais, a tutela civil dos direitos da personalidade evidentemente ofendidos com a prática em tela, exige a condenação em reparação de danos morais suportados pela vítima que, entre outras consequências, passa a ser estigmatizada pela sociedade em geral. Inclusive, há o caráter educativo das condenações cíveis que se compatibiliza diretamente com a questão em apreço.

É preciso criar mecanismos a fim de proteger os bens-da-vida considerados

13 Disponível em <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>>. Acesso em 27 de Abril de 2017.

fundamentais. Essa prática além de violar a intimidade, privacidade e moral da vítima, também pode ser encarada como uma violação a sua dignidade sexual, agora olhando através de uma perspectiva de gênero, principalmente, se levado em consideração que as vítimas, em sua maioria são mulheres que, ainda hoje, no século XXI, veem sua intimidade e sexualidade tidas como tabu. E sua conseqüente autodeterminação como motivo de degradação moral. Dessa forma, se o único modo de atingir a autonomia feminina precisa passar pelas vias jurisdicionais, é preciso que o direito dê respaldo para que se execute esse ato.

6 A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA COMO UM CRIME DE GÊNERO

Conforme anteriormente relatado, a prática da pornografia de vingança pode ser caracterizada tanto em prejuízo do homem, quanto da mulher, a depender do sujeito que é exposto pelas imagens pornográficas publicadas por vingança e tem seu bem jurídico ofendido.

Entretanto, pela análise das pesquisas quantitativas anteriormente mencionadas, há de se convir que a maioria das vítimas desta prática são do sexo feminino, fator que denota o caráter preconceituoso e voltado à submissão do gênero feminino pela pornografia de vingança.

Em que pese os avanços sociais, legais e políticos em combate à desigualdade de gênero, fato é que nossa sociedade ainda convive com inúmeras situações preconceituosas em prejuízo das mulheres, precipuamente quando se trata de questões sexuais.

Talita Tatiana Dias Rampin¹⁴ em acertada análise relata:

Talvez o expoente máximo dessa cultura de negação de direitos diga respeito à liberdade. Culturalmente, o corpo feminino é um palco de discussão e interesse público. Desde sua infância a mulher é levada a “preservar” seu corpo e intimidade de modo a servir, futuramente aos anseios morais machistas predominantes. Virgindade, sexo, aborto, gravidez, orientação sexual tudo relacionado ao corpo e intimidade feminina torna-se questão de “interesse público” e é tutelado por outros sujeitos (os hegemônicos) como se sua titularidade fosse de outrem que não a própria mulher.

A passagem transcrita destaca importante concepção ainda atual em nossa sociedade, qual seja a delimitação de padrões morais e comportamentais observados como corretos e impostos aos indivíduos que a compõe.

Não há dúvidas que a mulher, histórica e atualmente, sofre com pressões e julgamentos extremamente mais severos que o homem. A figura feminina, apesar de significantes avanços, como anteriormente destacado, ainda sofre a imposição de padrões de

14 Rampin, Talita Tatiana Dias. “Direitos Humanos e Gênero: Um Aporte quase Universal.” In “Marcadores Sociais da Diferença e Repressão Penal”. Borges, Paulo César Corrêa (Org.) 2011. P. 98

comportamento sociais que limitam a sua liberdade de agir e pensar.

O campo da sexualidade talvez seja o mais marcante e preconceituoso. Neste, temos a regra de que a mulher “correta” é aquela que se preserva sexualmente, não podendo se expor ou se satisfazer, devendo se resguardar por completo, servindo apenas para satisfação do prazer sexual masculino. Percebe-se que não se compreende que a mulher possui um desejo à se preencher, restando a prática sexual apenas como indivíduo necessário à cumprimento da lascívia masculina.

Deste modo, percebendo a mulher praticamente como objeto sexual, sem qualquer liberdade, notoriamente se volta a coibir e condenar a mulher que age fora dos padrões de moral e costume da sociedade.

Trazendo ao bojo considerações da “Criminologia Feminista”, Lilian Ponchio e Silva¹⁵ tece importante consideração, assim dizendo:

O fato é que a sexualidade feminina é o ponto que mais desperta discriminações. Historicamente, o exercício da sexualidade da mulher foi condicionado a ser exercido somente com a finalidade de reprodução. Sendo assim, o controle social manifestou-se, essencialmente, pela regulação moral da sexualidade da mulher. De um modo geral, é possível afirmar que, da submissão à figura paterna, a mulher passava à submissão do marido. [...] Dessa forma, ao longo dos tempos, constata-se que a mulher sofreu as mais variadas formas de violência, desde expressões jocosas a respeito de sua função materna, salários inferiores, alegação de incapacidade de exercer direitos políticos, agressões verbais e físicas. Portanto, é possível visualizar o fenômeno da violência contra a mulher presente em todos os âmbitos sociais e em suas mais variadas formas, acentuando suas diferenças.

Sem adentrar aos contornos específicos da Criminologia feminista, mesmo porque suas vertentes e discussões sobre igualdade fogem da temática deste trabalho, fato é que acertadamente a construção teórica em apreço expõe a realidade patriarcal e discriminatória ainda incidente em nossa sociedade.

O senso comum e conservador arraigados em nossos costumes levam a crer que a mulher que pratica atos sexuais fora de um relacionamento sério é desvirtuada moralmente, merecendo desprezo e “não servindo para preenchimento de seu papel social”, o qual, vale dizer, é previamente fixado por indivíduos que pouco se importam com os sentimentos e desejos femininos particulares.

Parece-nos crível que a pornografia de vingança adentra facilmente à esta temática de violência de gênero, não somente por ter – quantitativamente – mais vítimas do sexo feminino, mas sim pelo caráter discriminatório, de submissão e preconceituoso que constitui a prática.

15 E SILVA, Lilian Ponchio. “Sistema Penal: Campo adequado para Efetivação dos Direitos Humanos das Mulheres? In “Marcadores Sociais da Diferença e Repressão Penal”. Borges, Paulo César Corrêa (Org.) 2011. P. 110.

A veiculação de imagens de mulheres em contextos íntimos e sexuais ao tomar conhecimento público resulta em pensamentos julgadores de comportamento errado e condenatório em prejuízo da própria vítima, por vezes, livrando o próprio agressor.

Não dificilmente são tecidos comentários como “Quem mandou se deixar fotografar/filmar?”, “Cada um sofre as consequências dos atos que pratica”, “Se estivesse em casa quieta não teria acontecido isto”, sem adentrar a palavras e pensamentos de baixo calão que geralmente circundam os casos em tela.

A reflexão de que a mulher deve se preservar sexualmente faz com que em decorrência da publicidade das imagens pornográficas, a vítima seja socialmente condenada de forma ferrenha, passando por grave humilhação perante a sociedade.

Ao que se denota, a pornografia de vingança talvez seja ato de maior representatividade e magnitude dos processos de vitimização atual.

Inicialmente, a vítima sofre danos morais e em face de sua honra subjetiva em larga escala. Após, o sentimento de preconceito e condenação que sofre, por vezes, da própria família e do seio social alarga o processo de vitimização no contexto que envolve exatamente aqueles que mais deveriam lhe apoiar. Sem desconsiderar outros pontos, o tratamento preconceituoso e humilhante que sofre das próprias autoridades estatais, sejam elas policiais ou judiciais, quando se resolve denunciar o fato, agrava a situação vexatória que abate a vítima, geralmente desestimulando a comunicação de delitos desta espécie.

O processo de vitimização ocorre em tamanha escala e incidência que não dificilmente as vítimas de pornografia de vingança acabam por perder relações familiares, necessitam alterar sua atividade profissional, seu círculo de amizades e convivência e, até mesmo, mudar de cidade residencial, tamanha são as condenações e gravames sociais que recebem.

Noutro giro, o homem que veicula as imagens – e que, por vezes, até aparece nas mesmas – praticamente não sofre prejuízos morais e psíquicos, afinal a posição dominante que assume na sociedade o vangloria por galgar posições de conquistas femininas, reafirmando sua condição de macho dominante e tratando a mulher como mero objeto de premiação.

Evidente que o agressor, quando devidamente investigado e processado, não resulta impune desta prática, afinal, como anteriormente relatado, há meios punitivos de acordo com o ordenamento jurídico atual, apesar de sua evidente desproporcionalidade resultante da análise do binômio *quantum* da pena – gravidade da ofensa.

Todavia, o que se pretende demonstrar é que o ato de pornografia de vingança não

constitui mera prática delitiva. O ato caracteriza uma forma atual – haja vista envolver novas tecnologias que em décadas anteriores não existiam – de discriminação e desigualdade para com os sexos, a qual perdura desde os primórdios da humanidade, constituindo efetiva agressão de gênero e não mero delito em prejuízo de direitos da personalidade tuteláveis penalmente.

Assim sendo, verifica-se que a atual tipificação do delito, em qualquer das hipóteses anteriormente indicadas, não supre a necessidade social de se tutelar o gênero feminino e desfazer o enraizado costume social discriminatório, preconceituoso e patriarcal ainda existente, mostrando-se a extrema necessidade de tutela e repreensão jurídica – como a seguir demonstrada não somente penal – para proteção, renovação e evolução do pensamento social quanto à mulher, desmitificando e descaracterizando o binarismo de gênero como meio de discriminações.

6 A CONSCIENTIZAÇÃO DO AGRESSOR COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO

Evidente que a busca por tutela penal, primariamente, nos leva a automaticamente pensar em reprimenda corporal, oriunda de imposição pena privativa de liberdade para punição do sujeito ativo do crime praticado.

Noutro giro, diuturnamente, a pena privativa de liberdade vem se mostrando indevida, a se citar, prioritariamente, pelos índices de reincidência¹⁶ atualmente percebidos em nosso país, demonstrando a ineficácia de seu intuito de prevenção especial, bem como pela sensação de impunidade que permeia o seio social, refletindo a falência do caráter preventivo geral.

Em artigo que relata o contexto de violência doméstica, Miriam Luciana Freitas Elias destaca¹⁷:

A incidência do Direito Penal em toda e qualquer situação de violência doméstica, mesmo em relação às contravenções de menor potencial ofensivo, como a perturbação à tranquilidade, por exemplo, pode levar à uma consequência indesejada de aumento no grau de violência na ação do agressor.

16 Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça divulgou relatório de pesquisa formulado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada intitulado “Reincidência Criminal no Brasil”. Neste, demonstrou e explicou as diversas pesquisas e índices delimitados nas últimas décadas. Apesar da divergência entre os índices, resultante da diferente premissa utilizada em cada pesquisa, fato é que o menor índice resultante alcança ao montante de 30% de reincidência entre os condenados no Brasil. Relatório disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em: 25/06/2017.

17 ELIAS, Miriam Luciana Freitas. “Lei Maria da Penha e os Centros de Educação e Reabilitação de Agressores”. P. 8-9. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/44.pdf>; Acesso em: 28/06/2017.

Ao que se percebe, no âmbito de violência doméstica, a reprimenda corporal ao agressor, apesar de necessária, não somente segue a regra de ineficácia da pena privativa de liberdade, como traz maior prejuízo para relação conflituosa que deu ensejo à ação penal, por vezes culminando em novas agressões à mulher, causando, dentre outras consequências, um temor em denunciar novamente seu companheiro às autoridades policiais.

Em que pese os meios punitivos venham se mostrando há décadas quase que completamente ineficazes, parece-nos que há mínima preocupação estatal em buscar vertentes alternativas para ressocialização do agente.

Fugindo a regra de um país com uma das maiores populações carcerárias do mundo¹⁸, no âmbito da violência contra a mulher, atualmente, apesar de tímida, têm-se percebido uma correta evolução no tratamento do condenado, adotando-se como uma das medidas grupos de reflexão e conscientização dos agentes, por meio de palestras, conversas e contato com demais agressores, tendo como premissa básica o auto reconhecimento do erro praticado.

Um fator presente no artigo 30 da Lei 11.340/06 é a previsão de atuação de equipes multidisciplinares a fim de “[...] desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares [...]” (grifo nosso).

Isto é, em que pese a Lei Maria da Penha acertadamente se volte à precípua proteção da mulher vítima de violência doméstica, fato é que não se pode olvidar de sua interpretação teleológica que nos leva a crer que fora estabelecido um objeto, ainda que secundário, de busca pela reestruturação familiar, levando-se em consideração o auxílio estatal para vítima, mas também para o agressor e a família como um todo.

Atualmente, há projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, já aprovado pelo Senado Federal, que visa alterar o artigo 23 da Lei 11.340/06, trazendo como uma das medidas de urgência de proteção a determinação de frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação.¹⁹

A Lei 11.340/06, especificamente em seu artigo 45, já havia inovado alterando o artigo 152 da Lei de Execução Penal prevendo a obrigação de comparecimento do agressor à programas de recuperação e reeducação. Entretanto, o projeto de lei anteriormente

18 Em 2016, o Ministério da Justiça, por meio do Infopen, publicou levantamento onde relatava que a população carcerária brasileira supera seiscentos e vinte e duas mil pessoas. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 26/06/2017.

19 Texto final aprovado no Senado Federal disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4458098&disposition=inline>. Acesso em: 28/06/2017.

mencionado se diferencia desta medida ao ponto que intenciona a recuperação do agressor antes mesmo de eventual ação penal e condenação transitada em julgado, requisito essencial para aplicação quanto ao disposto no artigo mencionado da Lei 7.210/84.

Ao que se denota, os grupos de reflexão – ou qualquer outro instrumento de reeducação psicológica – atua de forma completamente diversa à pena privativa de liberdade, desfazendo-se do estigma de punição ao agente, incidindo sobre a conscientização do comportamento errôneo que o leva a agredir sua companheira.

A pena corporal prioritariamente leva ao sentimento de raiva por quem a sofre, por vezes resultando no raciocínio de culpar a vítima do delito pela situação de restrição da liberdade e não o seu próprio ato. De forma diversa, a atuação psicológica por meio de palestras e troca de experiências entre homens agressores levam a pacificação das relações conjugais e, precipuamente, à mudança de pensamento e comportamento, fazendo com que o agressor perceba, voluntariamente, a gravidade e prejudicialidade do seu ato.

Infelizmente, as medidas alternativas à pena privativa de liberdade ainda são pouco difundidas no sistema criminal brasileiro. Neste ponto, destaca Alice Bianchini²⁰:

Centros de educação e reabilitação de agressores estão previstos na Lei Maria da Penha, mas tanto quanto os serviços especializados de atendimento à mulher agredida, ainda são pouquíssimos no País. [...]. Os centros de reflexão para homens agressores inserem-se no grupo de programas de intervenção que pretendem produzir um efeito ressocializador no condenado, utilizando técnicas como a psicoterapia. É sabido que muitos dos homens agressores também foram, eles próprios, vítimas de violência quando crianças, e tendem a reproduzir essa cultura da brutalidade. O grande desafio desses centros é quebrar esse ciclo vicioso.

Apesar de lenta, a constituição de centros de reabilitação vem aumentando no território brasileiro, valendo destacar que os índices de ressocialização atingem resultados impressionantes, mostrando-se o instrumento como benéfico instrumento no combate à violência doméstica.

Nos termos do trabalho de Vivian Zorzella e Elisa Celmer²¹, pouquíssimos participantes dos grupos voltam a agredir suas companheiras. Exemplificando, as autoras relatam que no grupo reflexivo de Porto Alegre, existente desde 2011, de 120 (cento e vinte) homens participantes, apenas um voltou a praticar agressões. No município carioca de São Gonçalo, pesquisa demonstrou que um índice de menos de 2% de participantes do grupo, que já totalizaram 236 (duzentos e trinta e seis) homens, reincidiu na prática violenta. Por fim, em

20 BIANCHINI, Alice. “Homens agressores: grupos de reflexão, prevenção terciária e violência doméstica.”. 2013, p. 01

21 ZORZELLA, Vivian Lorea; CELMER, Elisa Girotti; “Grupos de Reflexão sobre Gênero com Homens Acusados de violência Doméstica: Percebendo Vulnerabilidades e repensando Polarizações.”. P.16-17. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/viewFile/28714/15309>. Acesso em: 28/06/2017.

São Caetano, município paulista, após a instalação do grupo de reflexão, teve-se notícia de apenas uma reincidência na prática criminosa.

Portanto, parece-nos notório, inclusive quantitativamente, que a instalação, manutenção e desenvolvimento de grupos de reflexão e reeducação de agressores se mostra instrumento hábil e de incontestável eficácia para ressocialização do agente agressor.

Não se pretendo, aqui, defender o completo afastamento da aplicação da pena corpórea, a qual, apesar de toda crítica comportada, ainda se mostra necessária na maioria dos casos de agressão. No entanto, convictamente se aduz que não há motivo para que se restrinja o tratamento a prisões, inclusive previamente à eventual sentença condenatória, refutando a utilização de outros meios de ressocialização.

No contexto aqui tratado, inegavelmente a pornografia de vingança constitui violência contra a mulher, comportando a aplicação destas medidas de reflexão para os sujeito que porventura venham a praticar os atos que caracterizam-na, ainda que fora do contexto da Lei 11.340/06.

Sendo assim, verifica-se que os grupos de reflexão devem ser incentivados e expandidos, posto que se mostram como meio de relevante eficácia na prevenção de delitos contra mulheres e de ressocialização do agente agressor.

7 CONCLUSÃO

Mediante a análise dos dados de ocorrência da pornografia de vingança é possível perceber que além de se tratar de um crime virtual, questão emergente no país com o advento da *internet* e da globalização, este é um delito que encontra escopo no sistema de dominação masculina e disparidade de gênero ainda muito presentes na sociedade brasileira.

Foi possível entender, ainda, que a própria nomenclatura dada à conduta evidencia uma visão preconceituosa por parte da sociedade, visando um pré-julgamento e uma condenação da vítima e conseqüente favorecimento do autor. Isto é, por mais que se entenda que o agressor agiu de forma criminosa, a coletividade busca justificar a conduta com base no histórico e no comportamento permissivo da vítima.

A partir do estudo realizado sobre a legislação brasileira, foi constatado que ainda inexistente dispositivo específico que trate da pornografia de vingança, sendo indispensável uma manobra normativa com finalidade de punir o agressor. Com base na referida análise concluiu-se que os dispositivos atuais passíveis de enquadramento da conduta criminosa daquele que divulga conteúdo íntimo são, por vezes, ineficientes.

Por outra forma, percebe-se que os mecanismos atuais não são capazes de inibir a

conduta delitiva, muito menos puni-la, visto que as penas existentes são demasiadamente brandas, pois, o autor em grande parte dos casos verá seu processo suspenso ou sua pena convertida em alguma medida alternativa, ao passo que a vítima seguirá perseguida por olhares de julgamento e verá sua imagem exposta por muito tempo, considerando que o ambiente virtual tem um alcance inimaginável.

Isso posto, se faz necessária a sustentação da tese que advoga pela necessidade da criminalização da pornografia de vingança por se tratar de um meio moderno de violação aos direitos de privacidade e intimidade, bem como uma nova forma de violência contra a mulher. Tendo em vista que o direito deve seguir a sociedade e, dessa forma, criar mecanismos de tutela às prerrogativas sociais e também proporcionar a devida punição e prestação da justiça, fica mais do que clara a indispensabilidade da interferência estatal neste assunto, a fim de criar dispositivo específico tipificando a conduta e impondo uma sanção proporcional às consequências causadas pelo evento criminoso, mas também com função social de, ainda que lentamente, desconstituir os meios discriminatório por gênero existentes.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: A Experiência Vivida**. 2. Ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BIANCHINI, Alice. **Homens agressores: grupos de reflexão, prevenção terciária e violência doméstica**. 2013, p. 01

BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). Vários Autores. **Marcadores sociais da diferença e da repressão penal**. São Paulo: NETPDH, Cultura Acadêmica, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 07 de janeiro de 1940. Código Penal.

_____, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.

_____, Lei nº 12.737, de 30 de janeiro de 2012.

_____, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

BUZZI, Vitória de Macedo. **Pornografia De Vingança: Contexto Histórico-Social E Abordagem No Direito Brasileiro**. 1. Ed. Florianópolis. Empório Do Direito. 2015.

DWORKIN, Andrea. **Pornography: Men Possessing Women**. Disponível em <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/PornIntro1.html>. Acesso em: 20 abr. 2017.

ELIAS, Miriam Luciana Freitas. **Lei Maria da Penha e os Centros de Educação e Reabilitação de Agressores**. P. 8-9. Disponível em:

<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/44.pdf>; Acesso em: 28/06/2017.

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

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. **Vitimologia E Direitos Humanos: O Processo Penal Sob A Perspectiva Da Vítima**. Curitiba. Juruá Editora. 2012.

PEREIRA, Luísa Winter e SILVA, Tayla de Souza. **Por Uma Criminologia Feminista: Do silêncio ao empoderamento da mulher no pensamento jurídico criminal**. Disponível em <<http://www.oabpr.org.br/downloads/dossiecompleto.pdf>>. Acesso em: 15 de Abril de 2017.

PRADO, Luiz Régis. **Código Penal Comentado: Jurisprudência, Conexões Lógicas Com Os Vários Ramos Do Direito**. 10. Ed. São Paulo. 2015.

SANTANA, Léa Menezes e RUBIM, Lindalva Da Silva. **Feminismo E Pornografia: Distanciamentos E Aproximações Possíveis**. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/liti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/viewFile/349/225>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

ZORZELLA, Vivian Lorea; CELMER, Elisa Girotti; **Grupos de Reflexão sobre Gênero com Homens Acusados de violência Doméstica: Percebendo Vulnerabilidades e repensando Polarizações**. P.16-17. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/viewFile/28714/15309>. Acesso em: 28/06/2017.

SUICÍDIO: A INCORPORAÇÃO DA PROBLEMÁTICA NO AMBIENTE CARCERÁRIO

Ana Clara de Oliveira ANTUNES

RESUMO

O suicídio, uma constante problemática social se mostra presente em meios anômicos, diz respeito à forma em que o exterior age com o sujeito, resultando desse ato uma ação de resposta interior. O presente trabalho científico fará uma análise do problema buscando entender as relações que injetam no indivíduo a transgressão do limite psicológico. Em meio ao tema, o assunto é explorado em ambiente carcerário, sendo o suicídio de presos custodiados em unidade prisional. Discorrendo sucintamente a relação que o ambiente e suas situações assumem perante o indivíduo, adentrar-se-a ainda na conduta do Estado, já que o indivíduo se rendeu a prática suicida em situação de sua responsabilidade, constituindo a Responsabilidade Civil do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Suicídio. Ambiente Carcerário. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

Suicide, a constant social problem is present in anomic media, refers to the way in which the outside ages with the subject, resulting from this act an action of inner response. The present scientific work will make an analysis of the problem seeking to understand as transactions of the psychological limit. In the middle of the subject, the subject is explored in prisons, being the suicide of custodial prisoners in prison unit. To discuss successfully the relationship with the environment and its situations assume before the individual, will also enter into the conduct of the State, since it is an individual presents a suicidal practice in the situation of his responsibility, constituting the Civil Responsibility of the State.

KEY-WORDS: Suicide. Carcerario Environment. Civil responsibility.

INTRODUÇÃO

Em progressão de pesquisa, o presente artigo é uma análise acerca do assunto suicídio, que segundo a Organização Mundial da Saúde é designado como um problema grave de saúde pública. Em interação ao assunto é estudado a problemática no ambiente carcerário, local onde o indivíduo é entregue às mãos e poder do Estado.

Mediante a maneira explicada, o tema foi disseminado de forma que se entenda desde sua origem até a Responsabilidade Civil, ou seja, a responsabilidade assumida pelo Estado. As iniciativas do suicídio nesta pesquisa se originaram com o pensamento do sociólogo Émile Durkheim, que dentre os estudos, sua teoria é designada como a mais apropriada e atual, visionando os acontecimentos e a conjuntura com que ocorrem.

Foi de intensa importância a apresentação de dados estatísticos como maneira de comprovar a séria realidade, tendo como pretensão uma conscientização sobre sua presença

na sociedade. Os dados têm como necessário não garantir argumentos questionadores sobre a perpetuação do problema.

A proposta apresentada, também buscou compreender os fatores limites que levaram o suicida se render ao ato extremo, dando ênfase na relação que o ambiente e os indivíduos que compõem o local agregam ao ser. Sendo assim, foi aberto espaço à explicação, compartilhamento de atitudes e modos de pensar, já que o espaço carcerário integra diversos tipos de indivíduos com diferenças entre si, onde se faz por necessário essa troca de informação para o convívio. Ainda com relação ao ambiente, é proposto que o local tem a capacidade de moldar o sujeito de acordo com as características encontradas no mesmo meio.

O cárcere é retratado de forma realista, apresentando sua demasiada falta de estrutura e condições para que repasse aos indivíduos que ali se perpetuam uma possibilidade de ações racionais, frisando o pensamento de que a peculiaridade do local é responsável pelos atos alucinados e revoltosos.

O suicídio por detentos, não é estudado de forma profunda em âmbito brasileiro, sendo apresentadas também, taxas demonstrativas ocorridas em outros países. Não se mostrando menos humana ou de menor importância por estar relacionado em local onde “abriga” infratores, as taxas representam ações que acontecem em grande fluxo e que devem ser observadas como qualquer outra ação anômica em sociedade, garantindo que o problema possa ser amenizado.

Em visão ao acontecimento no local carcerário, é imposto ao Estado sua Responsabilidade Civil, já que a ação suicida foi reproduzida em local de sua custódia, pois exposta por Lei de Execução Penal, era de seu dever garantir ao indivíduo apreendido por ele, a assistência de programas específicos de saúde e, também, a prevenção da ação danosa intencional. Sendo assim após o ato o Estado se dispõe a reparar de forma que cabe a ele o erro cometido.

1. ASPECTOS DO SUICÍDIO

O suicídio, calcado no ambiente desde o início das relações humanas, obteve um maior espaço na formação das civilizações gregas, onde o indivíduo não obtinha o direito de pensar em si próprio com individualidade nos seus atos, permanecia a necessidade de comunidade, ou seja, suas ações eram visadas pela coletividade antes de serem praticadas, tendo eles o poder de decisão entre o certo e errado. O decorrente ato, em permissão social era diagnosticado como demasiadamente corajoso caso contrario era denominado uma transgressão (RIBEIRO, 2015).

A igreja e a religião citadas em época, por vários séculos não se posicionaram em relação ao suicídio. Porém, na Idade Média foi condenado de maneira a explicar que aquele que garantiu a vida era o único a ter o poder de retirá-la, sendo designado como um atentado (SOUZA, 2017).

No decorrer da história o ato foi muito praticado, porém o termo suicídio foi caracterizado em 1737 por Desfontaines, definido por ele como “o assassinato ou morte de si mesmo”, com significado etimológico “Sui= ação de si mesmo e Caedes= ação de matar” (RIBEIRO, 2015).

O estudo suicida se iniciou rigorosamente no período Revolucionário Industrial, com interesse sociológico analisado e estudado por Durkheim que obtém a visão mais atualizada perante o assunto e que divide a ação em três categorias suicidas egoísta, anômico e altruísta. O sociólogo ainda supõe que as ações eram divergentes entre cada um dos fatos, mas de uma forma que não se disseminem totalmente, não obtendo a perda da forma literal do ato.

Suicida egoísta: a pessoa se mata, por perder o sentido de integração com seu grupo social, isto é, suicida-se para não sofrer mais. Concentra, assim, maior prioridade em seus próprios interesses do que nos da sociedade. Suicida altruísta: é aquele que sacrifica sua vida pelo bem do grupo. A pessoa se mata para não dar trabalho aos outros (geralmente pessoas de idade). Suicida anômico: a pessoa se mata por causa dos desequilíbrios de ordem econômica e social. O suicídio não apenas está associado com a falência, mas também com a súbita aquisição de dinheiro. (NEGRELLI, 2006, p.23-24).

A taxa de suicídios constitui, portanto, uma ordem de fatos única e determinada; é o que demonstram, ao mesmo tempo, sua permanência e sua variabilidade. Já que esta permanência seria inexplicável se ela não se devesse a um conjunto de caracteres distintivos, solidários uns com os outros, que, apesar da diversidade das circunstâncias ambientes, se afirmam simultaneamente; e esta variabilidade testemunha a natureza individual e concreta destes mesmos caracteres, uma vez que variam como a própria individualidade social. (DURKHEIM, 1973, s.p).

Segundo Durkheim, o suicídio, tem por dispor uma ação auto-dirigida que visa ao sofrimento, acarretada por uma ação introduzida na sociedade a partir de anomias que agem sobre o ser, trazendo a invasão no seu limite psicológico. “Sendo toda morte que resulta mediata ou imediatamente de um ato positivo ou negativo realizado pela própria vítima” (DURKHEIM, 2000, p.11).

As características psicológicas se diferem a cada indivíduo, os limites oscilam em decorrência do ambiente em que permanece, onde se faz a fundamentação de um pensamento, ou biologicamente, mas que também pode ser uma reação ao local, sendo explicada pela carência de neurônios produtores de lucidez.

[...] chama-se suicídio toda morte que resulta mediata ou imediatamente de um ato positivo ou negativo, realizado pela própria vítima. Mas essa definição é incompleta; não faz a distinção entre duas espécies de mortes muito diferentes. Não poderíamos incluir numa mesma classe a tratar da mesma maneira a morte do alucinado que se

joga de uma janela alta por acreditar que ela se encontra no mesmo nível do chão e a do homem, são de espírito, que se atinge sabendo o que esta fazendo. Até mesmo, num certo sentido, há muito pouco desfechos mortais que não sejam consequência próxima ou distante de algum procedimento do paciente. As causas de morte situam-se fora de nós muito mais do que em nós e só nos atingem se nos aventurarmos em sua esfera de ação. (DURKHEIM, 2000, p. 11-12).

O suicídio, mesmo com todas as divisões, é nitidamente relacionado aos fatores sociais. Com essência no ato do indivíduo, pensa-se qual seria o limite que desencadeou ao suicida essa ânsia pelo fim da vida.

Estudado de forma antagônica e complementar, o caso é complexo envolvendo fatores a se aprofundar em razão de busca por explicações, em olhar mais psiquiátrico se destaca o limite ultrapassado de forma individual, ou seja, se observa exclusivamente um caso por vez, já a sociologia trata o assunto de uma forma coletiva e menos intensa de cada ato (SOUZA, 2017).

Psicologicamente, em nenhum dos tipos de suicídio se descarta a presença da depressão ou seu nascimento, que dentre as mudanças nas atitudes do indivíduo esta exposta à falta de paciência, insônia, problemas com memorização, agitação, ataque de pânico e alguns também se mostram mais agressivos, porém negam ter o suicídio como uma idéia formada (NOGUEIRA, 2012).

Segundo o Centro de Valorização a Vida (CVV), tudo se inicia tendo uma idéia de conflito com si mesmo chamado ambivalência, originada pelo sentimento de esquecimento e solidão. O ato de pensar em suicídio é corriqueiro e que faz parte da natureza humana, e sofre estímulos pela possibilidade de escolha, entretanto é mais comum em pessoas já exaustas interiormente e fragilizadas. A Organização Mundial da Saúde (OMS), afirma que 90% dos casos de suicídio podem ser evitados se o problemático se dispuser a receber ajuda.

O que move a preocupação brasileira em relação ao suicídio é que, a sociedade age em relação ao tema de forma natural, pois se tornou um tabu, perdendo um pouco seu status em conversas de muita importância com jovens e adultos. E em visão mundial as taxas de suicídio se mantêm estáveis, já no Brasil a média tem crescido (CVV, 2017).

2. SUICÍDIO NO MUNDO

Faz-se por observar que o maior objeto estudado quando se trata do assunto suicídio é a tentativa de entender onde o problema se funda e a que fator ele se agrega. O assunto é de interesse social desde a percepção das relações turbulentas entre os indivíduos, caso que sempre ocorrerá em sociedade, porém mesmo sendo um fato contínuo e que não visa seu fim, o suicídio é designado segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) como um grave

problema de saúde pública que deve ser analisado na pretensão de buscar maneiras de intervenção (OMS, 2015).

Resultante de uma fragilidade emocional, o suicídio se encontra, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), entre as dez causas de morte mais frequentes em muitos países do mundo, Martins (2014). Em apresentação pela Organização pelo menos 16 milhões de pessoas tentam suicidar-se anualmente no mundo e deste número mais de 800 mil realizam claramente o ato. E em complemento sobre o assunto, faz-se a estima de que dos 194 países da OMS, regularmente apenas 60 deles mantêm informações sobre a problemática pública (RIBEIRO; CARVALHO, 2014).

Atualmente o suicídio é responsável por mais de 804 mil mortes por ano um equivalente a uma morte a cada 40 segundos em face mundial, ocorrendo em todas as regiões do mundo, 75% das mortes por suicídio em 2012 ocorreram em países pobres e em países em desenvolvimento, sendo a segunda maior causa de mortes entre pessoas na faixa etária entre 15 e 29 anos, o número anual de mortes por suicídio ainda excede o número de vidas perdidas por homicídio e guerra juntos (OMS, 2014).

Nos Estados Unidos, o suicídio é a décima maior causa de morte, tendo como um total anual aproximado de 44 mil mortes ocasionado pelo ato, em média 121 suicídios por dia. Em análise a taxa masculina de morte é 3,5 vezes maior em relação à feminina, em observação complementar, foi relatado que sete dos 10 suicídios eram representados por homens brancos em 2015 (AFSP, 2015).

A taxa de suicídio por idade no país em 2015 foi hierarquicamente de 19,6 entre os adultos na faixa etária de 45 a 64 anos, 19,4 em indivíduos de 85 anos ou mais e em olhar voltado para jovens e jovens adultos (15 a 24 anos) a taxa foi menor, tendo em resultado de 12,5 no ano (AFSP, 2015).

Em decorrência dos dados recentes, faz por se pensar que sua perpetuação é moderadamente recente:

A taxa mundial de suicídios cresceu de 10,1 para 16, por 100 mil habitantes, entre 1950 e 1995. Segundo o Relatório sobre a Saúde no Mundo, elaborado pela OMS, nos últimos 30 anos, as taxas de suicídio cresceram, nos 39 países em que há dados completos disponíveis sobre o assunto. (NEGRELLI, 2006, p. 30).

Ainda em relação aos fatos, em 1980 na faixa etária de 15 a 29 anos o suicídio representava 4,4 por 100 mil habitantes brasileiros, caiu para 4,1 na década de 90, porém em 2000 a representatividade do problema aumentou e ultrapassou os dados apresentados em 1980, atingindo 4,5. Portanto resultando em um crescimento de aproximadamente 27%. (BBC, 2017).

Alarmantemente o suicídio vem crescendo e sua perpetuação é de maior fator em regiões em desenvolvimento ou mais pobres, no Brasil esse índice obteve um crescimento de 10%, desde 2002, BBC (2017). Pode-se fazer a verificação de que o local possui certa responsabilidade na ação do indivíduo, sendo assim em maior número e crescimento em ambientes vagarosos, de forma que se pode provar a partir da pesquisa do sociólogo Julio Waiselfisz:

“O sociólogo aponta Estados do Centro-Oeste e Norte em que a taxa de suicídio de jovens é maior, num fenômeno que os especialistas costumam associar aos suicídios entre indígenas: Mato Grosso do Sul (13,6) e Amazonas (11,9).” (WASELFISZ, 2017, on-line)

Os países determinados em desenvolvimento em 2003 mostram as taxas alarmantes. A Associação Chinesa considera o suicídio a principal causa de morte em visão jovem no país. Em matéria para a Saúde Mental a associação ainda cita que a maior porcentagem é representada por indivíduos residentes em áreas rurais. Mediante as taxas ocorre um suicídio e oito tentativas a cada dois minutos, ocasionando um total de 250 mil mortes por ano (BBC, 2008).

Sendo designada a mais alta numeração da América Latina, Cuba é responsável pelo levantamento de 16,6 por 100 mil habitantes apresentados pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS, 2014).

A Índia calculada como liderança entre as taxas de suicídio, aponta 258 mil casos entre 2010 e 2012. Calcado em país de menor desenvolvimento a África de acordo com a OMS apresenta esses números de tal forma, frisando as localidades, em Moçambique os casos resultantes em morte foram aproximadamente 4.360 indivíduos, divididos em 2.721 casos praticados por homens e 1.939 por mulheres. Em Angola com base nos relatórios, foram registradas 2.206 mortes, também divididos por sexo, 1.594 homens e 612 mulheres (RIBEIRO; CARVALHO, 2014).

Em observações decorrentes às características e as taxas apresentadas em localidades de menor desenvolvimento se faz possível o comparativo entre essas localidades, em que a situação ocasionalmente pode estar em desordem, relacionando com o atual estado carcerário.

3. RELAÇÃO ENTRE LOCAL E INDIVÍDUO

Em inúmeras questões sobre o suicídio, é pronunciado sobre o local onde o indivíduo, vítima de si mesmo se encontra e o que levou a ultrapassar seu limite mental e psicológico. Como ampliação do tema, é tratado sobre essa ação dentro do ambiente carcerário, que além do assunto ser muito criticado em ambiente externo, os rumores se

tornam piores em decorrência do ambiente enclausurado.

O ato suicida é introduzido diretamente com o local onde o indivíduo se fixa, sendo assim, as características do ambiente e os indivíduos que ali se encontram, possuem plena responsabilidade no ato cometido ou de uma tentativa.

“O macrossistema engloba modelos institucionais da economia, sociais, educacionais, legais e de sistemas políticos, que indiretamente afetam a vida dos indivíduos e são dependentes do período em que ocorrem.” (BARROS, 2013, p. 23).

Em ambientes carcerários com visão voltada para o indivíduo em reclusão, é observado que o local possui a capacidade de moldá-lo, sendo assim, o detento se adequa às 6 características do presídio. Essas adequações em casos são registradas de forma negativa. “Muitos presos já chegam aos presídios com sérios distúrbios psíquicos e emocionais e outros adquirem rapidamente esses distúrbios no ambiente prisional.” Silveira (2017). Reatando assim ao pensamento de Durkheim em relação ao suicídio por distúrbio.

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos, no ano de 1998, contabilizou um número em torno de 283.800 presos portadores de uma doença mental. Destes, 16% encontravam-se em uma prisão estadual e 7% nas prisões federais. Este mesmo estudo verificou que 25% do total de presos em cadeias recebem tratamento para problemas emocionais ou mentais, e 10% dos homens e 15% das mulheres relataram ter recebido, ao menos uma noite, atendimento psiquiátrico. Nesse mesmo estudo, foi encontrado um percentual de 10-15 % dos reclusos, como portadores de uma doença mental severa; 59% destes estavam sob a influência de álcool ou de drogas, no momento do delito. (NEGRELLI, 2006, p.41).

As adequações podem ser explicadas pela convivência em semelhança com o que está exposto à sua volta, sendo assim indivíduos com necessidades semelhantes é automaticamente natural a origem de conflitos, seja ele relacionado a outros seres, ou em crivo mental (FORTES, 2017).

Esclarecido biologicamente, o cérebro possui a capacidade de adaptações decorrentes, é exposta como se fosse um novo aprendizado, através de pulsações nervosas, o órgão reage rapidamente com o espaço e ações que são reproduzidas no meio (LEITE, 2012).

Essas adaptações são abastecidas pela influência do ambiente ao ser humano, porém a situação pode acontecer de modo inverso. “O ambiente é capaz de influenciar o comportamento humano assim como o comportamento de um humano é capaz de influenciar o ambiente porque nós humanos vivemos em interação”, como explica a psicóloga, Patrícia Martins (2015).

O local onde o indivíduo está inserido é capaz de proporcionar formas variadas de sentimento, que são introduzidas de acordo com suas características. “Se você vive num meio crítico, tenso, provavelmente se sentirá mais insegura e tensa também” (BARRA, 2015).

Dentre esses sentimentos já agregados a um indivíduo, mesmo já pertencentes a ele por uma longa data, é possível que, a partir do momento em se apresenta ao cérebro novos tipos de comportamentos, o órgão é capaz de inibir outros aprendizados e se afiliar ao atual, sendo o que mais se encaixa no momento, Botelho (2013). Gerando uma nova construção de identidade.

Com iniciação para a construção de identidade, ocorre que ao se integrar a participação em uma organização onde se estabelece diferentes maneiras de pensar e agir, para que permaneçam em convívio, os indivíduos compartilham essas maneiras e inevitavelmente cada um absorve uma característica que mais se sobressai dentre eles.

Ao ingressar em uma organização, indivíduos com características diversas se unem para atuar dentro de um mesmo sistema sociocultural na busca de objetivos determinados. Essa união provoca um compartilhamento de crenças, valores, hábitos, entre outros, que irão orientar suas ações dentro de um contexto preexistente, definindo assim as suas identidades. (Karina Ribeiro Fernandes e José Carlos Zanelli, 2006, s.p).

Em meio ao compartilhamento de características e identidades pode se dizer que, nessa transmissão os indivíduos também praticam o ato de imitação, caracterizada dessa forma pelo sociólogo, Émile Durkheim. Entretanto, em seu pensamento os indivíduos não precisam estar em mesmo local, apenas ter o conhecimento das ações de outro ser. (DURKHEIM, 2000 p.129).

3.1 Ambiente carcerário

O presídio e o ato de aprisionar marcaram um ponto determinante na história da justiça penal. Segundo Michel Foucault (1999, p.15) [...] nesta penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena.

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. (FOUCAULT, 1999, p. 20).

O ambiente entrou em declínio e se tornou um problema que necessita ser revisado e restabelecido. A atual situação carcerária está em total desordem. “Com a superlotação exagerada, cresce a tensão entre os membros de facções criminosas e entre os presos e os agentes prisionais” (PEDROSA, 2015).

A superlotação é um dos problemas que afligem os presídios no Brasil. Dados de 2014 do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) mostram o crescimento gradual da população carcerária no Brasil. Em 2004, o país tinha 336 mil presos. Dez anos depois, esse número quase dobrou, com 622 mil, sendo 584,7 mil em

prisões estaduais, 37,4 mil em carceragens de delegacias e 397 nas quatro prisões federais em funcionamento no país. A quantidade de vagas, porém, não acompanha o crescimento. Em 2014, o número de vagas era 371,8 mil. (BRANDÃO, 2017, online).

As tensões estimuladas pela superlotação prejudicam o funcionamento dos encarcerados de maneira mental e na convivência, Foucault (1999). O ambiente carcerário é composto por indivíduos em que foi preciso a ação do estado em decorrência de um crime cometido, sendo assim, contém a presença de grupos estruturados por delinquentes, o que é visto como algo que obstaculiza o regime democrático, medidas preventivas do Estado e operadores da segurança.

Com esses fatores que ajudam no bloqueio do Estado, pioram ainda mais a situação carcerária. Mediante a análise legislativa, é possível compreender que o sistema prisional possui regras legais a serem seguidas para manter o funcionamento gradativo do ambiente, podendo ser exemplificada pela Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210 de 1984). Uma das mais complexas e que garantiria uma boa administração de local caso fosse colocada em prática, provando assim a dificuldade que o país possui em agir ao que é imposto (ROSSINI, 2014).

O ambiente carcerário em pauta seria seu uso como meio de reabilitação e ressocialização até que se alcance sua função social e que não se tornassem pessoas mais frustradas. Tendo em vista que o governo é responsável por uma boa parte da criminalização (VASCONCELOS et al., 2011).

As situações em que os presidiários vivem, são de total precariedade, as celas onde são abrigados a coabitar, recolhe muitas vezes o dobro de indivíduos em relação à capacidade de lotação máxima, possui lixo, insetos e esgoto aberto entre os detentos, os deixando sujeitos a todo tipo de doença.

Segundo Bitencourt (2011) apud Rossini (2014):

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos.

O ambiente hostil libera ao sujeito que se integra a ele, todo tipo de repugnância e por período maçante com a mesma situação, agrega um sentimento de nojo e irritação, desencadeando a agressividade e fúria por justiça. Que por seguinte pode ocasionar desde o suicídio até rebeliões entre detentos.

4. SUICÍDIO EM INDIVÍDUOS EM RECLUSÃO

O suicídio é a ação do indivíduo de acordo com a opressão recebida por ele de forma externa, a problemática esta introduzida também no ambiente carcerário. Já que se aponta ser um local demasiadamente sem desenvolvimento para sobrevivência.

O local como já citado, tem responsabilidade perante a ação do indivíduo, pela transferência de características negativas, anexando ao indivíduo já problemático, fatores que podem ultrapassar os limites psicológicos e levarem a execução de suicídio.

No decorrer dos acontecimentos, diversos estudos empíricos investigaram a relação entre a taxa de suicídio nos presídios e o ambiente prisional.

Um estudo feito pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça, levantou taxas de suicídios no ambiente carcerário que apresentou altos números. Entretanto alguns líderes de quadrilha forjam suicídios para se favorecerem de tal forma, sendo assim, pode haver distorção nos resultados.

Mesmo com o contraponto, as taxas mostradas foram que, entre os anos de 2006 a 2008 o suicídio cresceu 40% passando de 77 para 108. Em análise a proporção suicida é praticamente cinco vezes maior em ambiente recluso do que do lado de liberdade. Em geral, segundo o Datasus em 2007 foram efetuados 8.500 suicídios, fazendo uma média de um caso a 9 cada 22.331 pessoas. E nas selas, foram 97 suicídios, um caso a cada 4.354 detentos (O GLOBO, 2009). Ainda citada na pesquisa, em apenas um mês, foram registrados cinco suicídios em uma penitenciária de Alagoas.

Relacionado ao fato dos suicídios objetivados por quadrilhas dentro do ambiente carcerário, mostra que eles possuem total controle aos outros detentos e agem com tirania. De maneira grave, esses “chefes” após não serem pagos por outros presos relatam a presença de dívidas e como muitos dos devedores já sabem as reações destas quadrilhas acabam cometendo o ato antes que sofram essas brutais consequências.

O homem se matou quando estava sob custódia na Penitenciária de Mirandópolis (SP). De acordo com seu companheiro de cela, quando aconteceu o suicídio o homem estava sendo ameaçado por outros detentos devido a uma dívida por causa de drogas. Os filhos dele ingressaram então com uma ação alegando que houve culpa da administração, devido a omissão de cautela. (Rover, 2016, s.p).

Com mais ênfase na pesquisa, porém de âmbito internacional, já que as pesquisas brasileiras são escassas, as taxas de morte nas cadeias portuguesas é o dobro da média Européia. A taxa de mortes nas prisões dos 47 países que compõem o Conselho da Europa foi de 25,3 por 10 mil presos, incluindo também mortes por doença (CORDEIRO, 2015).

No ano de 2015, a taxa de mortes era de 50,5 por 10 mil reclusos em Portugal – praticamente o dobro da taxa média européia de 26,3. Enquanto Itália, França e Espanha têm

taxas a rondar a média ou abaixo dela, Portugal aproxima-se de países do Leste Europeu, abaixo da Ucrânia (com uma taxa de 63,6) ou da Arménia (70), Bulgária (com 46,7) e muito acima de países como a Roménia (29,5) ou a Hungria (22,4) (CORDEIRO, 2015).

Na França os dados geraram polémica, em três dias foram registrados quatro suicídios, aumentando o total para 105 casos até o início de dezembro em 2008. Dados anteriores mostraram uma média parecida, sendo de 94 e 96 casos. A situação trouxe para o país um debate sobre a superpopulação carcerária e as condições de detenção nos presídios da França, já amplamente criticadas em um recente relatório do comissário para os direitos humanos do Conselho da Europa (FERNANDES, 2008).

O ambiente carcerário deveria ser livre de objetos em que se possa fazer seu uso de maneira perigosa, pelo fato de estar lidando com mentes perversas já de origem anterior, ou, em que o ambiente mesmo ás transformou. Em análise as notícias, mostram que a maioria das maneiras suicidas são realizadas por enforcamento.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL

O meio prisional, onde permanece em tutela indivíduos infratores é de comando Público, já citado anteriormente, o Estado tem a responsabilidade legal de manter o detento em condições de forma que não haja a transgressão do bem maior mundial, sendo os Direitos Humanos, até que o indivíduo se restabeleça e possa voltar ao convívio social livre.

Entretanto, caso o Estado falhe e o detento venha a óbito, foi decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 30 de março de 2016 que o Estado possui total responsabilidade na morte, sendo ela de forma natural ou forçada, de idéia suicida.

Para o relator do recurso, ministro Luiz Fux, até mesmo em casos de suicídio de presos ocorre a responsabilidade civil do Estado. O ministro apontou a existência de diversos precedentes neste sentido no STF e explicou que, mesmo que o fato tenha ocorrido por omissão, não é possível exonerar a responsabilidade estatal, pois há casos em que a omissão é núcleo de delitos. O ministro destacou que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIX, é claríssima em assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral. (STF, 2016, on-line).

Sendo assim de sua responsabilidade o Estado não se esquivava do pagamento de indenização pelo fato ocorrido, o (Supremo Tribunal Federal [STF] 2016), discorre que:

No caso dos autos, o estado foi condenado ao pagamento de indenização pela morte de um detento ocorrida na Penitenciária Estadual de Jacuí. Segundo a necropsia, a morte ocorreu por asfixia mecânica (enforcamento), entretanto, não foi conclusivo se em decorrência de homicídio ou suicídio. Em primeira instância, o Rio Grande do Sul foi condenado a indenizar a família do detento. Ao julgar recurso do governo estadual, o TJ-RS também entendeu haver responsabilidade do ente estatal pela morte e manteve a sentença. (Supremo Tribunal Federal [STF], 2016, s.p).

Designando assim a Responsabilidade Civil do Estado, a família do detento, recebe

indenização pelo fato ocorrido. Se ficar comprovado a omissão ao dever em custódia (ROVER, 2016, s.p).

6. CONCLUSÃO

Com base na análise do fator suicídio, pode-se concluir que, o tema em sua caracterização pura é de total responsabilidade social, como foi explicada de forma que se encaixa na atualidade por Durkheim. Sendo assim, maneira em que o indivíduo recebe uma pressão psicológica, capaz de atingir o limite cerebral determinado por cada um.

Considerou-se que, para se haver uma coerção social é preciso viver em sociedade ou em um meio onde se é possível compartilhar diferentes formas de agir e pensar. Chegando a conclusão que, essa transferência pode gerar uma nova identidade ou caráter ao indivíduo.

Assim, nesta forma de distribuição percebeu-se que em ambiente carcerário, o detento tem a capacidade de imitação e de ser moldado pelo local. Embasado pelo estudo das características do ambiente hostil, o indivíduo se agrega a tais atos negativos, podendo levá-lo até a loucura ou piorar a saúde mental já irregular. Sendo comprovado pela pesquisa, o ambiente carcerário vive em constante declínio e desorganização.

Idealizando a temática junto ao ambiente carcerário, foi de fácil percepção que o local influencia os atos e principalmente o suicídio.

De forma que se fez por perceber, o cárcere é de responsabilidade pública, ou seja, o Estado tem o dever de manter esses detentos de maneira que não transgrida os Direitos Humanos. Essa forma de responsabilidade agregada a ele é nomeado como Responsabilidade Civil do Estado. Por meio garante uma indenização caso o detento, perante seus “cuidados” venha a falecer de maneira natural ou por suicídio.

REFERÊNCIAS

- AFSP. **Suicide Statistics**. Disponível em: <<https://afsp.org/about-suicide/suicide-statistics/>>
- BBC. **Crescimento constante: taxa de suicídio entre jovens sobe 10% desde 2002**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39672513>>
- BBC. **Suicídio é a 1ª causa de morte de jovens chineses, diz relatório**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,suicidio-e-a-1-causa-de-morte-de-jovens-chinesesdiz-relatorio,239499>>
- BRANDÃO, Marcelo. **Más condições das prisões facilitam crescimento de facções, dizem especialistas**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/mascondicoes-das-prisoas-facilitam-crescimento-de-faccoes-dizem-especialistas>>

CORDEIRO, Ana. **Taxa de mortes nas cadeias portuguesas é o dobro da média europeia.** Disponível em: <<https://www.publico.pt/2015/01/10/sociedade/noticia/taxa-de-mortes-nas-cadeiasportuguesas-e-duas-vezes-a-da-media-europeia-1681584>>

DURKHEIM, Émile. **O suicídio.** São Paulo, 2000.

FERNANDES, Daniela. **Suicídios em prisões geram polêmica na França.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/12/081204_suicidioprisaofrancadf.shtml>

FERNANDES, Karina e ZANELLI, José. **O processo de construção e reconstrução das identidades dos indivíduos nas organizações.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552006000100004>

FORTES, Wanessa. **Sociedade, direito e controle social.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8675>

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Editora Vozes. Petrópolis. 27ª Edição. 1999.

LEITE, Suely. **Neurociência: Um novo olhar educacional.** Disponível em: <<http://neuropsicopedagogianasaladeaula.blogspot.com.br/2012/09/neurociencia-um-novoolhareducacional.html>>

MARTINS, Patrícia. **Por que o ambiente influencia no comportamento humano?** Disponível em: <<https://br.mundopsicologos.com/perguntas/por-que-o-ambiente-influencia-no-comportamentohumano>>

NEGRELLI, Andréia. **Suicídio no Sistema Carcerário: Análise a partir do perfil biopsicossocial do preso nas Instituições Prisionais do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul.** 2006.

O GLOBO. **Cresce índice de suicídios em prisão.** Disponível em: <<http://imirante.com/mobile/sao-luis/noticias/2009/02/14/cresce-indice-de-suicidios-emprisao.shtml>>

OMS, Organização Mundial da Saúde. **OMS: suicídio é responsável por uma morte a cada 40 segundos no mundo.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-suicidio-e-responsavel-por-uma-morte-a-cada-40-segundos-nomundo/>>

OPAS. **Cuba el país de América con mayor tasa de suicídios.** Disponível em: <<https://www.martinoticias.com/a/aumenta-suicidio-en-cuba/78116.html>>

RIBEIRO, Daniel. **Suicídio: critérios científicos e legais de análise.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5670/suicidio-criterios-cientificos-e-legais-de-analise>>

RIBEIRO, José e CARVALHO, Victor. **Índia é o país com a mais alta taxa de suicídio.** Disponível em: <http://jornaldeangola.sapo.ao/sociedade/india_e_o_pais_com_a_mais_alta_taxa_de_suicidio>

ROSSINI, Tayla. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33578/o-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>.

ROVER, Tadeu. **Estado deve indenizar por suicídio dentro de estabelecimento penitenciário.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-11/estado-indenizarsuicidio-dentro-presidio-decide-tj-sp>.

SOUZA, Felipe. **Suicídio – História e taxas no Brasil e no mundo.** Disponível em: <http://www.psicologiamsn.com/2011/12/suicidio-historia-brasil-mundo.html>.

STF. **Estado tem responsabilidade sobre morte de detento em estabelecimento penitenciário.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313198>