

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY



VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018
POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Editores responsáveis por essa edição:

Editores especiais

Antonio Henrique Graciano Suxberger e Bruno Amaral Machado

Editores gerais

Marcelo Dias Varella e Ivette Esis Villarroel

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 8	n. 1	p. 1-800	abr	2018
--	----------	------	------	----------	-----	------

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Brazilian Journal of Public Policy

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

CONSELHO EDITORIAL

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovi, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

EDITOR

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

EDITORA ADJUNTA

Ivette Esis Villarroel, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

EQUIPE TÉCNICA

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.rbpp.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.
– vol. 8, n. 1 (abr. 2018) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Sumário

I. DOSSIÊ ESPECIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL	19
PENAL ABOLITIONISM AND REFORMISM REVISITED	21
Roger Matthews	
1. Introduction	21
2. The Politics of Abolition	22
3. The Problem of Strategy	25
4. Cracks in the Penal Edifice?	27
5. Postfordism, Post-Discipline and Control.....	29
6. Summary and Conclusion.....	31
References.....	32
A FORMULAÇÃO DA AGENDA POLÍTICO-CRIMINAL COM BASE NO MODELO DE CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL	37
Mário Lúcio Garcez Calil e José Eduardo Lourenço dos Santos	
1. Introdução	38
2. Políticas públicas e política criminal: conceitos iniciais.....	38
3. Políticas públicas, política criminal e intervenção estatal.....	42
4. A formulação da política criminal enquanto política pública: o “modelo integrado das ciências criminais”.....	45
5. Considerações finais	51
Referências.....	52
TRIAL WITHOUT UNDUE DELAY: A PROMISE UNFULFILLED IN INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.....	55
Cynthia Cline	
1. Introduction	56
2. The right to speedy trial: its origins.....	57
2.1. Origins of the right.....	57
2.2. States with an independent right to speedy trial.....	58
2.3. The Right as Part of a Fair Trial Guarantee.....	59
2.4. The United States of America	60
3. Non-tribunal international jurisprudence	62
3.1. The human rights committee	62
3.1.1. General comment 32 and speedy trial.....	62
3.1.2. The committee’s case law	63

3.2. The European Court of Human Rights	65
3.2.1. The guide on article 6	66
3.2.2. ECHR jurisprudence.....	67
4. The themes of non-tribunal jurisprudence	67
5. The ICTY/ICTR/ICC and speedy trial.....	68
5.1. The ad hoc tribunals	68
5.2. The International Criminal Court.....	71
6. Reason for lengthy delays in international trials	72
6.1. Structure of the tribunals: number of judges.....	72
6.2. Structure of the tribunals: physical plant.....	73
6.3. Languages and translations	74
6.4. Complex litigation	75
6.5. Bureaucratic infighting within the ICTR	75
6.6. The ICC	75
7. Remedies for violation of the right.....	76
7.1. Dismissal.....	76
7.2. Dismissal if the defendant cannot be tried fairly	77
7.3. Reduction in sentence.....	77
7.4. Cash payments	77
7.5. Conclusion as to remedy	77
8. Suggestions to speed trials.....	78
8.1. Pretrial proceedings	78
8.2. Trial practices	79
8.2.1. Time limits on presentation of evidence	79
8.2.2. Use of documentary evidence.....	80
8.2.3. Guilty pleas	80
8.3. Conclusion on shortening trials	81
References.....	88

CONSTITUIÇÃO, STF E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA DA EXECUÇÃO DAS PENAS

Bruno Amaral Machado e Rafael Seixas Santos

1. Introdução	91
2. O Plano Nacional de Política Penitenciária (2015/2018)	92
3. Realidade do Sistema Prisional brasileiro	95
4. A teoria agnóstica e a política penitenciária: a pena na Constituição Federal	97
4.1. Semânticas penais e a teoria agnóstica das penas	97
4.2. Pena e Constituição	99

5. STF e Política Penitenciária: horizontes da redução de danos	100
5.1. Metodologia para seleção e análise dos julgados do STF.....	100
5.2. STF e os direitos fundamentais do preso: desafios da política penitenciária em uma perspectiva agnóstica da execução penal	101
6. Considerações finais	105
Referências.....	108

PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA DA PENA: O TERRENO FÉRTIL PARA A IMPLEMENTAÇÃO E DIFUSÃO DA LÓGICA ATUARIAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL..... 114

Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona

1. Introdução	115
2. Fins da pena criminal na visão de Jorge Figueiredo Dias: teorias absolutas, teorias relativas, teorias mistas ou unificadoras	116
2.1. Teorias absolutas.....	117
2.2. Teorias relativas	118
2.3. Teorias mistas ou unificadoras	119
3. A “nova penalogia” e sua lógica atuarial.....	120
4. A justiça atuarial, o “fetiche por números” e o risco da implementação da lógica criminal no subsistema jurídico-penal.....	122
5. Considerações finais	124
Referências	125

A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOGÊNESE E PRÁTICAS PENAIS E O DEBATE SOBRE A TEORIA DA AÇÃO ENTRE SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS

André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas

1. Introdução	129
2. O embate objetivismo x subjetivismo e o problema da ação humana individual e social.....	132
2.1. Subjetivismo versus objetivismo na Sociologia.....	134
2.2. Subjetivismo versus objetivismo na filosofia política	136
2.3. Subjetivismo versus objetivismo no direito penal: a hegemonia subjetivista na Teoria do Crime e da Pena	141
3. A hegemonia subjetivista no sistema normativo penal brasileiro e suas consequências no âmbito das práticas penais.....	145
4. Novas práticas de enfrentamento da criminalidade: uma questão ontológica e não epistemo-metodológica	151
5. A necessária superação teórica do dualismo excludente objetivismo versus subjetivismo como condição ontológica de remoção de práticas penais degradantes e ineficazes	154
6. Considerações finais	157
Referências.....	159

A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E A IDEIA NEOLIBERAL DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO MÍNIMO ... 163

Gina Marcilio Vidal Pompeu e Carlos Lélío Lauria Ferreira

1. Introdução	164
2. A concepção burocrática e gerencial da administração pública no Brasil	164
3. Paradoxos da administração prisional: particularidade brasileira	166
4. A crise do Estado e a ideologia neoliberal da administração prisional: estatizar ou privatizar.....	167
5. A concepção de Estado Mínimo e sua relação com a questão prisional	170
6. Questões controversas sobre privatização que não foram tratadas pelo Consenso de Washington	172
7. Considerações finais	174
Referências.....	176

LA NECESIDAD DE INVESTIGAR LA PRISIÓN (DESDE AFUERA Y DESDE ADENTRO) PARA TRANSFORMARLA. SOBRE UNAS MODESTAS EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES..... 179

Gabriel Ignacio Anitua

1. Un castigo legal reacio a ser investigado	179
2. La finalidad de llegar a la política jurisprudencial	181
3. Las prisiones vistas desde “Nuestramérica”	183
4. Algunas experiencias de investigación sobre y desde las cárceles reales en la Universidad de Buenos Aires	186
Referencias.....	192

AMBIENTE URBANO E SEGURANÇA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O ESTUDO E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS..... 195

Sergio Francisco Carlos Sobrinho, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Airton Guilherme Guilherme Berger Filho

1. Introdução	196
2. A contribuição das ciências sociais para o debate das políticas públicas de segurança	198
3. O desenvolvimento do ambiente urbano e a atuação do sistema de justiça criminal	202
4. Considerações finais	206
Referências.....	207

ECOCÍDIO: PROPOSTA DE UMA POLÍTICA CRIMINALIZADORA DE DELITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS OU TIPO PENAL PROPRIAMENTE DITO? 210

Djalma Alvarez Brochado Neto e Tarin Cristino Frota Mont' Alverne

1. Introdução	211
2. Proteção do meio ambiente pela repressão penal: a insuficiência dos instrumentos internacionais de prevenção a danos ambientais	213
3. A necessidade de criminalização uniforme de danos ambientais massivos para tornar mais eficaz a legislação penal ambiental.....	217

4. Por que distinguir “ecocídio política pública” e “ecocídio crime”?	220
5. Considerações Finais	223
Referências.....	224

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO

EM MASSA	228
----------------	-----

Selma Pereira de Santana e Carlos Alberto Miranda Santos

1. Introdução	229
2. A justiça restaurativa e a diminuição do encarceramento	230
2.1. O Estado de exceção e o paradigma de governo	231
2.2. A justiça penal e a aporia da pena afliativa	231
3. Antecedentes do novo paradigma: o abolicionismo e a vitimologia como movimentos catalisadores	233
4. A justiça restaurativa como um novo modelo de resposta ao delito	237
5. Considerações para uma nova experiência.....	240
Referências.....	241

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA CULTURA DE PAZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL

Charlise Paula Colet Gimenez e Fabiana Marion Spengler

1. Aspectos introdutórios	245
2. A Transformação da realidade social pela adoção de métodos de tratamento de conflitos	246
3. O Empoderamento do ser humano a partir da Justiça Restaurativa	250
4. Considerações finais	257
Referências.....	258

THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW: TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW, BASIS FOR A REGIONAL LEGAL THEORY OF CRIMINAL LAW.....

Nicolás Santiago Cordini

1. The internationalization of criminal law.....	262
2. The internationalization of the fight against the organized crime.....	264
3. The phenomenon of organized crime in our region: the need of a regional criminal law?.....	266
4. Regional criminal law: international criminal law or transnational criminal law?	268
5. The need of a Legal Theory of Transnational Criminal Law.....	270
6. The problem of the international criminal legislation: its legitimacy deficit.....	270
7. The setting up of a regional court against transnational organized crimes: basis for a regional dogmatic	272
8. Final considerations.....	272
References.....	273

CRIMES NA INTERNET E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS.....277

Guilherme Berti de Campos Guidi e Francisco Rezek

1. Introdução	278
2. Soberania: jurisdição e cooperação internacional	279
2.1. Jurisdição e seus limites	280
2.2. Decisões estrangeiras e seus efeitos.....	281
2.3. Formas de cooperação internacional.....	282
3. Os acordos de cooperação judicial internacional – MLATs	283
3.1. Fundamentos e pressupostos	283
3.2. Contornos normativos	284
3.3. Críticas correntes.....	285
3.4. Questionamentos.....	286
4. Considerações finais	287
Referências.....	287

O PAPEL DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E ILÍCITOS RELACIONADOS.....290

Antonio Henrique Graciano Suxberger e Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani

1. Introdução	291
2. O surgimento do regime administrativo de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (PLD/FT).....	294
3. A produção de inteligência financeira	297
3.1. Medidas básicas de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (PLD/FT).....	297
3.1.1. Identificação de clientes.....	299
3.1.2. Manutenção de registros.....	300
3.1.3. Comunicação de operações suspeitas.....	300
3.2. A análise de inteligência financeira	303
4. O uso da inteligência financeira	304
4.1. Superior Tribunal de Justiça.....	307
4.2. Supremo Tribunal Federal.....	310
4.3. Tribunais Regionais Federais	310
5. Considerações finais	314
Referências	315

POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA DILACERADA: O EXEMPLO DA LEI 13491/2017 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.....	320
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro	

1. Introdução	321
2. A Lei 13491/2017 – do projeto à sanção	322
3. As consequências penais e processuais penais decorrentes da Lei 13.491/2017	324
4. Considerações sobre a inconstitucionalidade e a inconveniência da lei 13.491/2017 à luz dos direitos humanos	327
4.1 Da violação a tratados e convenções internacionais de direitos humanos	328
4.2. Da criação de foro privilegiado	330
5. O caminhar para trás	332
6. Considerações Finais	333
Referências.....	334

ATENDIMENTO INTEGRAL À VÍTIMA: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	337
Waléria Demoner Rossoni e Henrique Geaquinto Herkenhoff	

1. Introdução	338
2. A segurança pública como direito fundamental.....	340
2.1. O que é segurança pública?.....	342
2.2. A vítima no contexto de segurança pública	343
2.3. Violência: problema de saúde pública.....	346
3. Dois serviços públicos de segurança: o atendimento à vítima de violência doméstica e os centros de apoio a vítimas	347
4. O fornecimento de medicamentos especiais.....	351
5. Considerações finais	351
Referências.....	353

DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO.....	361
Pedro Adamy	

1. Introdução	362
2. Relação especial de sujeição como relação de proximidade.....	364
3. Hipóteses constitucionais de relações especiais de sujeição	366
4. Critérios para a adequação constitucional das relações especiais de sujeição	368
4.1. Referibilidade	369
4.2. Restrição ao exercício, não ao direito fundamental.....	371
4.3. Duração temporal limitada	371
4.4. Previsão expressa na Constituição ou em Lei	372
4.5. Consentimento	373
4.6. Compensação	373

5. Considerações finais	374
Referências	375
O NEAH E A ATENÇÃO AO AUTOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM BELÉM	378
Luanna Tomaz Souza, Anna Beatriz Alves Lopes e Andrey Ferreira Silva	
1. Introdução	379
2. Estudos sobre masculinidades e homens autores de violência contra a mulher	380
3. A demanda punitiva relativa à responsabilização do autor de violência	383
4. O surgimento do Neah	386
5. Quem cuida do autor da violência doméstica?.....	389
6. Considerações finais	391
Referências.....	392
BOTÃO DO PÂNICO E LEI MARIA DA PENHA.....	397
Ludmila Aparecida Tavares e Carmen Hein de Campos	
1. Introdução	398
2. Botão do Pânico: origem e procedimento	399
3. O botão do pânico e a cultura do controle	402
4. O botão do pânico como instrumento de controle social e de auxílio da Lei Maria da Penha....	406
5. O botão do pânico: entre a expectativa e a realidade	407
6. Considerações finais	416
Referências.....	417
O QUE PENSAM AS JUÍZAS E OS JUÍZES SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM PRINCÍPIO DE DIÁLOGO COM A MAGISTRATURA DE SETE CAPITAIS BRASILEIRAS.....	422
Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros	
1. Introdução	423
2. A percepção da magistratura sobre as inovações introduzidas pela Lei Maria da Penha.....	425
3. Como a magistratura compreende as vítimas em situações de violência doméstica	435
4. O que as juízas e os juízes pensam sobre justiça restaurativa nos casos de violência doméstica	438
5. Considerações finais	444
Referências.....	445
UMA SALA COR-DE-ROSA: A POLÍTICA PÚBLICA DE GÊNERO PREVISTA NA LEI 11.340/2006 NA CIDADE DE PIRAQUARA – PARANÁ.....	450
Priscilla Placha Sá e Jonathan Serpa Sá	
1. Introdução	451
2. Breve esboço normativo a respeito da violência contra a mulher	452

2.1. A posição normativa internacional em face da violência contra a mulher	453
2.2. A posição nacional em face da violência contra a mulher	454
3. De uma lei geral a uma lei especial: dos Juizados Especiais Criminais aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.....	456
4. Da política pública de gênero: das estruturas gerais às especializadas.....	458
4.1. Das Delegacias Especializadas da Mulher	460
4.2. Dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher	462
5. O caso de Piraquara: a potencialidade do uso do serviço e sua inexistência	463
5.1. Alguns números sobre a violência contra a mulher no Paraná e em Piraquara.....	464
5.2. Alguns números sobre as estruturas especializadas de atendimento no Paraná.....	465
5.3. Espaço Mulher: uma sala cor-de-rosa	466
6. Considerações finais	467
Referências.....	468

A PRÁTICA DA MISTANÁSIA NAS PRISÕES FEMININAS BRASILEIRAS ANTE À OMISSÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA..... 473
Elias Jacob de Menezes Neto e Tiago José de Souza Lima Bezerra

1. Introdução	474
3. O direito à saúde no sistema prisional feminino brasileiro ante à mistanásia.....	479
4. Considerações finais	488
Referências.....	491

REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: PROTEÇÃO NORMATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O APENADO LGBT 495
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Daniel Camurça Correia

1. Introdução	496
2. A condição do apenado sistema carcerário brasileiro	497
3. Direitos humanos e políticas públicas para proteção do apenado Brasil: representação social dos grupos LGBT.....	499
4. Análise de dados sobre a situação do apenado LGBT no Brasil: a proteção normativa é real? ...	507
5. Considerações finais	511
Referências.....	512

CALONS: REDEFININDO AS FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL 515
Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Marcos José de Oliveira Lima Filho

1. Introdução	516
2. O crime de preconceito e a sua insignificância penal.....	517
3. Os ciganos como clientela do direito penal.....	520
4. A descolonização dos direitos humanos em face da questão cigana.....	523

5. Considerações finais	526
Referências.....	527

AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA JANELA PARA A MELHORA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL..... 531

Carolina Costa Ferreira e Gabriel Antinolfi Divan

1. Introdução	532
2. O processo de implementação das audiências de custódia no Brasil.....	533
3. As audiências de custódia no Distrito Federal: visões sobre o controle externo da atividade policial a partir de duas pesquisas empíricas.....	538
4. A escuta de relatos de tortura em audiências de custódia e o processamento das investigações administrativas e criminais no Distrito Federal	541
5. Considerações finais	545
Referências	546

A ATUAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO COMO BUROCRATA DE NÍVEL DE RUA: PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE..... 551

Thaís Pereira Martins e Camila Caldeira Nunes Dias

1. Introdução	552
2. Agentes prisionais enquanto burocratas de nível de rua	553
3. Modos e maneiras de exercício de discricionariedade.....	556
3.1. Distribuição de benefícios e sanções.....	556
3.2. Determinação de contextos de interação	559
3.3. Determinação do comportamento dos sujeitos	561
3.4. Benefícios e sanções psicológicas decorrentes da interação entre burocratas e sujeitos.....	562
4. Atuação do burocrata de nível de rua nas prisões brasileiras: para além da discricionariedade..	564
5. Considerações finais	571
Referências.....	571

QUANDO A LUTA ANTIMANICOMIAL MIRA NO MANICÔMIO JUDICIÁRIO E PRODUZ DESENCARCERAMENTO: UMA ANÁLISE DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS PROVOCADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO CAMPO DA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA E DE SAÚDE MENTAL...574

Patricia Carlos Magno e Luciana Boiteux

1. Marco Contextual do Problema	575
2. Metodologia da Pesquisa: o defensorar transformado em laboratório	581
3. Análise dos casos	583
4. Considerações finais	595
Referências.....	596
Anexo I.....	599
Anexo II	603

PENAS ALTERNATIVAS PARA PEQUENOS TRAFICANTES: OS ARGUMENTOS DO TJSP NA ENGENHAGEM DO SUPERENCARCERAMENTO 605

Maíra Rocha Machado, Matheus de Barros, Olívia Landi Corrales Guaranha e Julia Adib Passos

1. Introdução	606
2. O “método de trabalho”	608
2.1. O desenho da pesquisa empírica: métodos de coleta e análise dos dados	609
2.1.1. Quantos e quais acórdãos? A construção da amostra	610
2.1.2. E o que fazer com o material? Tratamento e análise dos dados	612
2.2. Chaves de leitura: tensão entre normatividades	615
3. Penas alternativas a pequenos traficantes na argumentação do TJSP.....	616
3.1. A favor da substituição	617
3.2. Contra a substituição	619
3.3. Por uma narrativa para essa arena de disputas.....	623
4. Considerações finais: algumas hipóteses e questões para novas pesquisas	626
Referências	628

II. OUTROS TEMAS 630

AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL (MORALIDADE) E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVOS HORIZONTES DESVELADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 632

Luciano Picoli Gagno e Camilo José d’Ávila Couto

1. Introdução	633
2. Ação popular por omissão lesiva à moralidade	634
3. Ação popular por omissão segundo a jurisprudência do STJ	637
4. Omissão lesiva ao mínimo existencial e princípio da moralidade: uma análise sob a ótica dos direitos fundamentais	640
5. Ação popular por omissão lesiva ao mínimo existencial (moralidade e controle de políticas públicas no paradigma dos direitos fundamentais e na jurisprudência do STF	643
6. Considerações Finais	644
Referências.....	646

AS PRÁTICAS DE JURIDICIDADE ALTERNATIVA NA AMÉRICA LATINA: ENTRE O REFORMISMO E O IMPULSO DESESTRUTURADOR A PARTIR DE STANLEY COHEN 649

Jackson da Silva Leal

1. Introdução	650
2. O Paradigma de juridicidade ocidental moderno, a suposta crise, as críticas e suas respostas ...	651
2.1. Uma retomada duplamente funcional – a ideologia comunitária	652
3. A América Latina e as práticas alternativas de juridicidade como impulso desestruturador.....	658
3.1. Depois da Ruptura, a Libertação Latino-Americana e suas autênticas práticas de juridicidade	659

3.2. Mas a neo-colonialidade permanece e ainda há muito trabalho por se fazer	661
4. Considerações finais	663
Referências.....	664

DISTINÇÃO INCONSISTENTE E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....668

Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Baqueiro

1. Introdução	669
2. Conceitos essenciais para a operação com precedentes	671
2.1. Ratio decidendi	671
2.2. Obiter dictum.....	672
2.3. Associação entre casos	673
2.4. Distinção entre casos	674
3. Relação entre distinções inconsistentes, resistência das cortes vinculadas ao cumprimento de um precedente e sua superação pelas cortes vinculantes	675
4. Estudo de casos: três matérias em que os precedentes vinculantes do STF foram rejeitados pelas instâncias vinculadas e acabaram superados (ou quase).....	676
4.1 Caso 1: Vedação à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública (ADC 4)	677
4.2. Caso 2: Benefício da prestação continuada e o critério para aferição da necessidade (ADI 1232)	680
4.3. Caso 3: Responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços (ADC 16).....	682
5. Considerações finais: o precedente vinculante como instrumento de racionalização do desenvolvimento judicial do Direito.....	685
Referências.....	687

DEMOCRATIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE

Rafael Antonio Baldo

1. Introdução	691
2. A exposição do Estado às pressões exógenas da sociedade e do mercado	692
3. A exposição do orçamento aos vetores axiológicos da legitimidade e da economicidade.....	697
4. Considerações finais	703
Referências.....	704

A TRANSPARÊNCIA DA POLÍTICA MONETÁRIA E A SUA LIMITAÇÃO AOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS.....707

Marcelo Quevedo Do Amaral

1. Introdução	707
2. O desafio da financeirização da economia à concretização constitucional.....	708
3. A transparência e controle social como pressuposto da gestão da política monetária.....	713

4. Transparência e controle social na gestão monetária pelo Banco Central - BACEN.....	715
5. As operações de swap cambial.....	719
6. Considerações Finais	721
Referências	722

GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS NO CONTEXTO DAS ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS726

Tarin Frota Mont`Alverne e Maira Melo Cavalcante

1. Introdução	727
2. As políticas de incentivo de EMR na União Europeia	728
3. Governança dos mares e oceanos	731
4. Fundamentação político-jurídica do planejamento do espaço marinho	734
5. Tensões entre o crescimento azul e a abordagem ecossistêmica.....	738
6. Considerações finais	741
Referências.....	742
Agradecimentos.....	744

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ANTE OS RISCOS ADVINDOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS BÉLICAS 746

Alice Rocha da Silva e Mario Abrahão Antônio

1. Introdução	747
2. Os potenciais riscos das AAL para a proteção das pessoas e determinados bens em conflitos armados	748
2.1. A polêmica sobre os riscos do uso das AAL para a proteção das pessoas e determinados bens ante os princípios do DIH	748
2.2. Potenciais riscos para as pessoas e seus bens ante o Princípio da Humanidade	751
2.3. Potenciais riscos para as pessoas e seus bens ante o Princípio da Distinção.....	752
3. A utilização do princípio da precaução como resposta aos riscos potenciais das AAL	753
3.1. Considerações sobre o Princípio da Precaução e seu papel na sociedade de risco.....	754
3.2. A viabilidade jurídica de aplicação do Princípio da Precaução no DIH ante os potenciais riscos decorrentes das AAL: A Cláusula Martens.....	757
3.3. Forma de inserção do Princípio da Precaução no âmbito do DIH.....	760
4. Considerações Finais	762
Referências.....	764

A ESCOLHA DO ESTADO BRASILEIRO PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DEVER DE FINANCIAR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO..... 767

Andre Studart Leitão, Thiago Patrício de Sousa e Alexandre Antonio Bruno da Silva

1. Introdução	768
2. A escolha pela saúde na ordem constitucional brasileira.....	769
3. O sistema de custeio da seguridade social brasileira: o custo do direito à saúde	771

4. Justiciabilidade do direito à medicação versus orçamento do poder executivo.....	775
5. Considerações finais	778
Referências	779
POR QUE A ÁREA DO DIREITO NÃO TEM CULTURA DE PESQUISA DE CAMPO NO BRASIL?	782
Fayga Silveira Bedê e Robson Sabino de Sousa	
1. Introdução	783
2. Principais razões para a baixa incidência da pesquisa de campo no direito: algumas hipóteses traçadas	785
2.1. De como a academia reproduz a lógica do fórum, criando a cultura da “pesquisa-advocatória”: eu pesquiso o que já sei e procuro o que já queria encontrar	786
2.2. De como o ensino jurídico arrefece o espírito científico ao fortalecer o argumento de autoridade	788
3. Considerações finais – a importância da pesquisa de campo para o avanço da pesquisa jurídica	792
Referências.....	795
NORMAS EDITORIAIS.....	797
Envio dos trabalhos:.....	799

**I. DOSSIÊ ESPECIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS
E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Penal abolitionism and
reformism revisited**
Abolicionismo e reformismo
penal revisitados

Roger Matthews

Abolicionismo e reformismo penal revisitados

Roger Matthews**

ABSTRACT

For many years, the issue of penal policy has been locked into a debate between abolitionism and reformism. This has resulted in something of a stalemate with the abolitionists being accused of idealism and the reformists being accused of pragmatism or worse. Often presented as two incompatible approaches to the development of penal policy their apparent opposition has arguably served to muddy the waters and create unnecessary divisions. In this paper, the aim is to address this opposition and to move towards a partial synthesis.

Keywords: Abolitionism. Reformism. Debate. Idealism. Pragmatism.

RESUMO

Por muitos anos, a questão da política penal foi encerrada em um debate entre abolicionismo e reformismo. Isso resultou em um impasse com os abolicionistas sendo acusados de idealismo e os reformistas sendo acusados de pragmatismo ou pior. Muitas vezes apresentado como duas abordagens incompatíveis para o desenvolvimento da política penal, sua aparente oposição provavelmente serviu para enlamear as águas e criar divisões desnecessárias. Neste artigo, o objetivo é abordar essa oposição e avançar para uma síntese parcial

Palavras-chave: Abolicionismo. Reformismo. Debate. Idealismo. Pragmatismo.

1. INTRODUCTION

During the 1960s and 1970s a series of publications began to link the words “prison” and “crisis” as critiques of the apparent failures of the prison system began to grow¹. In this period, there were growing calls on both sides of the Atlantic for the reduction or removal of imprisonment as the dominant form of punishment. It was in this period of “decarceration” that penal abolitionism gained considerable currency. At the forefront of the abolitionist movement was Thomas Mathieson, who in his highly influential

* Artigo convidado

** Professor of Criminology and Director of Studies for the MA in Criminology at the University of Kent's School of Social Policy, Sociology and Social Research. Email: r.matthews184@btinternet.com

1 BOTTOMS, A.; PRESTON, R. *The Coming Penal Crisis*: Scottish Academic Press. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1980.

The Politics of Abolition sought to provide an outline of an abolitionist approach². In many respects his work remains an important point of reference for abolitionists since its aim was to provide a rationale and strategy for abolishing prisons.

2. THE POLITICS OF ABOLITION

It is important at the outset to distinguish between two waves of abolitionism. The first, which was a “hard” form of abolitionism and closely associated with the early writings of Mathieson in which he expresses a deep scepticism about engaging in the conventional array of prison reforms. During this period, there was a strong anti-imprisonment ethos and a belief that major changes were possible. The second wave involves a more tolerant and flexible view of reform, which developed at a later date in which prison populations were increasing on both sides of the Atlantic and the possibility of removing prisons through a process of attrition seemed less and less likely. Consequently, while there remained some “closet” hard line abolitionists others became more willing to engage in humanitarian reforms although formally expressing a commitment to abolitionism.

In *The Politics of Abolition* Mathieson³ pointed out that well-meaning reforms can all too easily become incorporated into an expanding penal system. Consequently, he attempted to develop a strategy that would allow activists to avoid becoming complicit in shoring up the prison system by developing what he called competing or “negative reforms”. These reforms, he suggested, would compete with and contradict the existing system and unlike ‘positive reforms’ remain open-ended demands rather than fully formed alternatives. These negative reforms, he argued, should be designed to call the existing system into question and to continually build them up through what he calls “didactic activity”. Through this process, it is suggested, the ‘expelled’ and others will come to see the failures of the existing system and take action.

Although Mathieson is no doubt correct in pointing out the way in which well-meaning reforms become co-opted, the distinction between positive and negative reforms is not as clear cut as he suggests. For example, so-called negative reforms such as limiting prison construction or decarcerating certain groups of offenders does not necessarily involve competing reforms. Limiting prison construction in periods of fiscal constraint can provide a useful rationale to policy makers, while at other times it will result in greater overcrowding, and the deterioration in the conditions of prisoners, without actually competing with the logic of imprisonment. By the same token, removing certain categories of offenders from prison may well serve to re-legitimise the system by sending out the message that prisons are more justifiable because they only contain the most serious and most dangerous criminals. On the other hand, many of the reforms that Mathieson and his followers would call “positive” can have a seriously destabilising effect on the prison system. Providing better conditions, opening prisons up to greater scrutiny and accountability, challenging disciplinary practices, controlling levels of abuse and brutality can all make the failings and limitations of the prison system more visible.⁴

Paradoxically, however although Mathieson attempts to develop a fairly uncompromising critique of what he calls “reforms of the non-abolishing kind” the approach developed in *The Politics of Abolition* is inconsistent. For example, he claims that KROM (the Norwegian Association for Penal Reform) with whom he is closely associated are to be supported when they try to work for improvements for prisoners and engage in reforms that “do not abolish and unmask” since he claims “this does not constitute a problem if con-

2 MATHIESON, T. *The Politics of Abolition*. London: Martin Robertson, 1974.

3 MATHIESON, T. *The Politics of Abolition*. London: Martin Robertson, 1974.

4 RYAN, M.; SIM, J. Campaigning for and Campaigning Against Prisons: Excavating and Reaffirming the Case for Prison Abolition. In: JEWKES, Y. (Ed.). *Handbook of Prisons*. Collumpton: Willan, 2007.

tinual interpretation of short-term improvements takes place in a perspective of abolition”⁵. But how does one know if certain reforms will actually lead to abolition? As suggested above there is no logical or practical connection between so called “negative reforms” and abolition. He concludes on the defeatist note that:

Concerning our future, it is perhaps doubtful whether we will in fact manage to avoid incorporation in the establishment. Possibly, the most important ‘result’ of our political struggle will be the extended knowledge we have acquired concerning the difficulties of remaining unincorporated⁶.

This pessimistic statement, would seem to undermine Mathieson’s abolitionist aspirations and his rejection of positive reforms, particularly when he states in his later writings that the abolition of prisons will not occur in the foreseeable future.⁷

One aspect of the hard version of abolitionism is Mathieson’s commitment to “the unfinished”. That is, a reluctance to present detailed alternatives that can lead to the construction of unrealistic and untenable models that can be readily dismissed. However, if reforms are to be introduced alternatives have to be identified and justified as the second wave abolitionists came realise. However, despite the formal commitment not to spell out alternatives we have seen a growing interest amongst abolitionists in informalism which is frequently presented as a more appropriate and effective way of dealing with conflict and “problematic situations”.⁸ Mathieson⁹ himself advocates a system in which not only prisons are abolished but that the criminal justice system is dismantled. In this “brave new world” it is envisaged that victims will not report offences to criminal justice agencies, but rather be encouraged to “lump it”, since it argued that reporting the offence to the police and having the offender imprisoned does little for the victim. This apparently includes rape victims - because we are told some 80 per cent of rape cases are dropped in Norway! The preferred response is for the victim to receive help in the form of sympathy, and financial compensation - possibly combined with victim-offender restitution scheme. The offender in this model is not to be prosecuted but helped financially and emotionally.

During the 1980s critical and radical criminologists argued consistently against these forms of informal justice on the grounds that “haves” tend to come out better than the “have nots”, while the significance of formal adjudication is that the state takes on the defence of the victim and at least creates a more level playing field, while maintaining certain rights and legal safeguards¹⁰. As Maureen Cain¹¹ concluded in her critique of informal justice these options are neither cheaper, more humane or more effective. In effect, they set up an elaborate infrastructure of agencies to deal with conflicts that would have previously been handled informally. Thus, paradoxically so-called informalism often turns out to be the formalisation of that which was previously informal¹². Despite these critiques, informalism in its various guises has continued to be advocated by abolitionists and was revitalised in the form of restorative justice in the 1990s. The limitations, however remain, and restorative justice either serves to disenfranchise the victim and extend the net of social control, while replacing the strong formal concept of guilt for the weaker notion of shame. Rather than providing a credible alternative to the criminal justice system it results in the construction of a parallel mode of adjudication, staffed by a new breed of quasi-professionals¹³.

5 MATHIESON, T. *Silently Silenced*. Winchester: Waterside Press, 2004. p. 119.

6 MATHIESON, T. *Silently Silenced*. Winchester: Waterside Press, 2004. p. 119.

7 MATHIESON, T. The Abolitionist Stance: A Response’ Paper presented at ICOPA X11 conference Kings College London, 2008. actionicopa.org; MATHIESON, T. *The Politics of Abolition Revisited*: Taylor and Francis, 2014.

8 CHRISTIE, N. Conflicts as Property. *British Journal of Criminology*, v. 17, p. 1-19, 1977; HAAN, W. de. *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition*. London: Unwin Hyman, 1990; SCHEERER, S. Towards Abolition. *Contemporary Crisis*, v. 10, n. 1, p. 5-20, 1986.

9 MATHIESON, T. A New Look at Victim and Offender: An Abolitionist Approach. In: BOSWORTH, M.; HOYLE, C. (Ed.) *What is Criminology?* Oxford: Oxford University Press, 2011.

10 ABEL, R. The Contradictions of Informal Justice. In: ABEL, R. (Ed.) *The Politics of Informal Justice*. New York: Academic Press, 1982. v. 1.

11 CAIN, M. Beyond Informal Justice. In: MATTHEWS, R. (Ed.) *Informal Justice*. London: Sage, 1988.

12 COHEN, S. Taking Decentralisation Seriously. In: LOWMAN, J. et al. (Ed.) *Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control*. London: Gower, 1987.

13 DALY, K. Restorative Justice: The Real Story. *Punishment and Society*, v. 4, n. 1, p. 55-79, 2002. MATTHEWS, R. Reintegrative

One of the unfortunate legacies of the first wave of abolitionism is the reluctance to engage to seek improvements in prison conditions, since it is maintained that they only serve to re-legitimise the system. The most debilitating phrase associated with this approach is “a prison, is a prison, is a prison” which means that whatever improvements you make people remain incarcerated and therefore there is no point in engaging in short-term reforms¹⁴. The messages that tend to be associated with this pessimistic position include:

- If reforms are effective they only re-legitimise the penal system
- That there is a historical relationship between penal reforms and the expansion of imprisonment
- Reforms that challenge the prison system tend to get absorbed or neutralised
- Reform has the effect of refining the system in ways that facilitate its capacity to target the most vulnerable people
- The rhetoric of rehabilitation obscures the further entrenchment of the prison
- The pursuit of “alternatives to custody” invariably leads to net-widening.
- There is always a mismatch between intentions and outcomes
- You may change or improve certain aspects of incarceration but you leave the overarching structure intact.

These claims are debilitating and disarming and serve to dissuade observers from engaging in reforms. What all serious activists know, however, is that even small reforms can be beneficial and that successful reforms often lead to further reforms.

In contrast to these defeatist messages associated with some of the more hard line abolitionists, the second wave of abolitionists - who might be referred to as ‘partial’ or selective’ abolitionists - maintain that although prisons do not reduce crime, deter offenders and are often counterproductive, they are prepared to engage in what they see as progressive reforms. Angela Davis, for example, although claiming that prisons are obsolete argues that certain groups like the mentally ill should not be imprisoned¹⁵. Instead of using prisons as a ‘dumping ground’ for the mentally ill, the drug addicted, and the impoverished, Davis advocates the development of welfare programmes for vulnerable communities. She re-engages with the reform-abolition debates flagged up by Mathieson, but provides a significantly different response. Thus:

The most difficult questions for advocates of prison abolition is how to establish a balance between reforms that are clearly necessary to safeguard the lives of prisoners and those strategies designed to promote the eventual abolition of prisons as the dominant form of punishment. In other words, I do not think that there is a dividing line between reform and abolition. For example, it would be utterly absurd for a radical prison activist to refuse to support the demand for better health care inside Valley State, California’s largest women prison, under the pretext that such reforms would make the prison a more viable institution¹⁶.

In addition, Davis in line with other second wave abolitionists remains committed to a policy of decarceration, the development of alternatives to custody, the removal of certain categories of offenders from

Shaming and Restorative Justice: Reconciliation or Divorce? In: AERTSEN, I.; DAEMS, T.; ROBERT, L. (Ed.). *Institutionalizing Restorative Justice*. Collumpton: Willan, 2006.

14 CARLTON, B. Penal Reform, Anti-Carceral Feminist Campaigns and the Politics of Change in Women’s Prisons, Victoria, Australia. *Punishment and Society*, v. 10, n. 10, p. 1-25, 2016; HANNAHMOFFAT 2001; CARLEN, P. Carceral Clawback: The Case of Women’s Imprisonment in Canada. *Punishment and Society*, v. 4, n. 1, p. 115-121, 2002; SHAYLOR, C. Neither Kind Nor Gentle: The Perils of Gender Responsive Justice. In: McCULLOCH, M.; SCRATON, P. (Ed.). *The Violence of Incarceration*. New York: Routledge, 2009.

15 DAVIS, A. *Are Prisons Obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003.

16 DAVIS, A.; RODRIGUEZ, D. The Challenge of Prison Abolition: A Conversation. *Social Justice*, v. 27, n. 3, p. 212-218, 2000.

prison and challenging the “prison industrial complex”¹⁷. Most second wave abolitionists would probably agree with these objectives, but the question remains of how they are to be realised and how their achievement is linked to the overall aim of abolition. The solution to these questions abolitionists suggest is based on the development of a case against imprisonment and mobilising appropriate social support.

3. THE PROBLEM OF STRATEGY

Whatever reforms we would like to introduce there arises a problem of strategy. Whether we want to decarcerate certain categories of prisoners or improve prison conditions there is a question of implementation. For the most part academic researchers, prison reform organisations and independent think tanks rely on a small band of supporters and funding sources in order to send out a message to policy makers and the general public that either contains a critique of current policies or involves some suggestions about the future direction of policy. However, the effectiveness of these groups is uncertain and even if there is an agreement on policy it is unclear which agents or mechanisms will facilitate their activation.

It is apparent from Mathieson’s account of his work with prison reform groups in Norway that they were not prepared to engage in the kind of large scale transformation of the prison system that he advocated. Indeed, the only example of a full-blown abolitionist intervention is the notorious Massachusetts Experiment carried out by Jerome Miller in the 1970s. This initiative, in brief, involved the closing down of all juvenile reformatories in the State of Massachusetts “virtually overnight” before any alternatives had been arranged¹⁸. Only after the reformatories were closed did Miller and his associates relocate the young offenders in a variety of community based options, while some young people returned home or were placed in foster care. Miller claimed that the most effective alternative programmes were those that sprang up as a makeshift response to a particular crisis. He acknowledged, however, that what happened in Massachusetts would not be allowed to take place in most other States and that it was the particular “liberal configuration” in Massachusetts coupled with his unique role as Head of the Massachusetts juvenile justice system that allowed the policy of radical deinstitutionalisation to take place.

It is clear from Mathieson’s involvement with prisoner rights groups that he believes that academic researchers should be directly involved in prison issues. Although placing “the expelled” at the centre of his activities he is sceptical about the possibility of prisoners threatening the system and instead advocates an alliance between prisoners and working class organisations who have according to Mathieson “concrete interests in common”¹⁹. However, as David Greenberg has argued the this downplays the class antagonism between the working class and the expelled and their concerns about crime and victimisation. Establishing connections with working class organisations would only make sense according to Greenberg “if people found the existing reality so oppressive that nothing could possibly be worse’ and although many people concede that there are serious problems with the prison system ‘they often believe that alternatives would be worse”²⁰.

Other commentators have proposed the formation of wider social movements to campaign for prison reform. Julia Sudbury (2004), a self-proclaimed abolitionist, for example claims that in the US there has been a popular movement against the prison industrial complex involving youth of colour²¹. Her aim is to link anti-prisons campaigns to the wider issues of militarisation and globalisation and makes reference to

17 CARLEN, P; WORRALL, A. *Analysing Women’s Imprisonment*. Collumpton: Willan, 2004.

18 MILLER, J. *The Last One Over the Wall: The Massachusetts Experiment in Closing Reform Schools*. Ohio: Ohio state University, 1998.

19 BROWN, D; HOGG, R. Abolition Reconsidered: Issues and Problems. *Australian Journal of Law and Society*, v. 2, n. 2, p. 56-75, 1985.

20 GREENBERG, D. Reflections on the Justice Model Debate. *Contemporary Crisis*, v. 7, p. 313-327, 1983.

21 SUDBURY, J. A World Without Prisons: Resisting Militarism, Globalised Punishment and Empire. *Social Justice*, v. 31, n. 1-2, p. 9-30, 2004.

an organisation called “Critical Resistance” which includes students, scholars, prisoners and their families in association with a number of other groups that have opposed the prison-building programme in north America. Similarly, Bree Carlton²² in Victoria, Australia reports on the development of anti-carceral feminist campaigns involving community groups, trades unions as well as women’s and refugee rights groups²³.

Michelle Alexander also advocates the formation of coalitions with the aim of building a new public consensus²⁴. In Alexander’s opinion, piecemeal criminal justice reforms will never be able to dismantle incarceration. She is critical of civil rights organisations and their reluctance to take up the issue of imprisonment, which she sees as a product of racial prejudice and what she calls “colour-blindness”. She recognises the widespread hostility to those labelled as “criminals” and is also dismissive of disconnected advocacy strategies and argues that there is a need to confront the “deeply flawed public consensus”, but provides little indication of how this is to be achieved, except for advocating the formation of a social movement.

The recurring problem with attempts to build class alliances as both Greenberg and Alexander note is the deep rift across class lines between the expelled and the working class. According to Michel Foucault the historical construction of “crime” is based on a conflict between the working class and the underclass, but the paradox is that while imprisonment is mainly reserved for the underclass its principle function is to remind the working class of the dangers of non-conformity and the possibility of losing their place on the labour market²⁵.

Foucault, himself, however founded the Information Group on Prisons (GIP) in France in the 1970s which was dedicated to “giving voice” to the prisoners themselves. He claimed that his efforts were not so much directed to reforming prisons or establishing links with the working class organisations that was the objective of the GIP but rather to reintegrate prisoners into political struggles²⁶. Although he claimed that his work with the GIP provided the motivation for his later works on discipline, resistance and power, there is a tension in Foucault’s politics between his chosen mode of intervention and his writings on the wider structural issues associated with the modern prison. Moreover, there is some uncertainty and ambiguity in Foucault’s politics since he resists presenting a clear normative position and like Mathieson is openly suspicious of attempts to formulate any substantive normative alternatives to the humanism which he rejects. Gilles Deleuze commenting on Foucault’s involvement with the GIP, which only lasted two years, was that that the GIP were responsible for some minor changes but that within a few years the situation was exactly as before²⁷.

To date, although there are a growing number of activists who have tried to campaign against the use of imprisonment there remains a problem of strategy and of securing a broad base of support for prison reform or abolition. However, there can be little doubt that those speaking out against imprisonment are now doing so with louder voices and with greater confidence and this in itself may be a sign of a significant change of public mood. Moreover, public opinion research indicates a degree of support for non-punitive measures for certain offences²⁸.

22 CARLTON, B. Penal Reform, Anti-Carceral Feminist Campaigns and the Politics of Change in Women’s Prisons, Victoria, Australia. *Punishment and Society*, v. 10, n. 10, p. 1-25, 2016.

23 BALDRY, E.; CARLTON, B.; CUNNEEN, C. Abolition and the Paradox of Penal Reform in Australia. *Social Justice*, v. 41, n. 3, p. 168-188, 2015.

24 ALEXANDER, M. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: The New Press, 2011.

25 FOUCAULT, M. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* Allen Lane, 1977.

26 HOFFMAN, M. Foucault and the “Lesson” of the Prisoner Support Movement. *New Political Science*, v. 34, n. 1, p. 21-36, 2012; SIMON, J. Michel Foucault on Attica: An Interview. *Social Justice*, v. 18, n. 3, p. 26-34, 1991; WELCH, M. Pastoral Power as Penal Resistance. *Punishment and Society*, v. 12, n. 1, p. 47-62, 2010.

27 DELEUZE, G. Foucault and the Prison. In: SMART, B. (Ed.) *Foucault: Critical Assessments*. London: Routledge, 1994. v. 111.

28 CARLTON, B. Penal Reform, Anti-Carceral Feminist Campaigns and the Politics of Change in Women’s Prisons, Victoria, Australia. *Punishment and Society*, v. 10, n. 10, p. 1-25, 2016; SUNDT, J. et al. Public Willingness to Downsize Prisons: Implications from Oregon. *Victims and Offenders*, v. 10, p. 365-378, 2015.

However, just as the distinction between positive and negative reforms is unsubstantiated, so the link between short term negative reforms and abolitionism cannot be sustained. There may be more or less effective reform strategies but there is no discernible connection between any particular reforms and the goal of abolition. Consequently, activists may have a personal or ideological commitment to abolition but in practice we are all reformers, while it is extremely questionable whether the abolition of prison could ever be achieved by a process of attrition and the gradual building up of reforms. While abolition may not be achieved through piecemeal reforms we are left with the pressing issue of deciding which elements of the prison system are most damaging or ineffective and need changing, as well as trying to develop constructive interventions.

4. CRACKS IN THE PENAL EDIFICE?

For many years criminology has been dominated by a pessimism and impossibilism. There has been an overwhelming tide of gloom in Anglo-American criminology which has become preoccupied with the growing number of people in prison to an extent that the “cracks” in the penal edifice have often either been ignored or downplayed. However, over the last decade or so there are signs that the tide is turning and that significant efforts are being made, even in the US, to limit prison use and to improve the situation²⁹.

Significantly, there has been a growing politicisation of prison issues in recent years with a growing number of official and unofficial reports providing revealing insights into prison life. Even Barack Obama, while President of the United States commuted long prison sentences for some inmates, limited the use of solitary confinement, expanded mental health services and assisted those leaving prison. Moreover, the Obama administration announced that it would phase out the use of some private prisons³⁰. David Cameron, while Prime Minister of Britain dutifully followed suit claiming that the prison system was “a scandalous failure” and that prisoners should not be seen as liabilities but potential assets. He expressed a commitment to improving rehabilitation and education in prisons, while reducing the prison population by extending the use of satellite tagging and community penalties³¹. These statements are a long way from traditional conservative “get tough” policies.

Shelley Listwan, and her colleagues noted a decade ago that there has been opposition to what she calls the “penal harm movement” in the US involving continued support for rehabilitation, the repeal of mandatory and determinate sentencing policies, developing diversion programmes for juveniles such as the RECLAIM initiative in Ohio, limiting the re-entry of to prison as a result of parole violations and the passing of The Second Chance Act (2007) which was designed to provide treatment programs for those re-entering the community³². In addition, we have seen in California the decarceration of thousands of prisoners who have been placed on parole since 2011. In the fifteen months after passing California’s Realignment Act the size of the prison population was reduced by 27,527 inmates saving an estimated \$453 million, with remarkably little impact on the overall safety of Californians³³.

Although this strategy was in many ways unique there are a number of examples over the past decade or

29 CLEAR, T.; FROST, N. *The Punishment Imperative*. New York: New York University Press, 2014; CULLEN, F.; JONSON, C.; STOR, M. *The American Prison: Imagining a Different Future*. California: Sage, 2014.

30 JAFFE, G. Obama Just Commuted the Sentences of a Record Number of Inmates. *The Washington Post*, 3 Aug. 2016.

31 WRIGHT, O. David Cameron on British Prisons: Treat Prisoners as Assets not Liabilities. *The Independent*, 7 Feb. 2016.

32 LISTWAN, S. et al. Cracks in the Penal Harm Movement: Evidence from the Field. *Criminology and Public Policy*, v. 7, n. 3, p. 423-465, 2008.

33 SUNDT, J.; SALISBURY, E.; HARMON, M. Is Downsizing Prisons Dangerous? The Effects of California’s Realignment Act on Public Safety. *Criminology and Public Policy*, v. 15, n. 2, p. 315-336, 2016.

so of particular prisons in different States in the US being closed down in an attempt to limit prison capacity and reduce expenditure³⁴. Most recently, there has been a commitment by the Mayor of New York to close the troubled Rikers Island prison. This involves a plan to reduce the inmate population by fifty per cent and this in turn requires reducing the number of people sent to prison in New York – even those charged with serious felonies³⁵. This initiative has been proposed in a context in which the prison population in New York city has dropped markedly³⁶. Significantly, there has been a decline in State and Federal prison populations in the US since 2013 (PEW 2015)³⁷. There have also been notable reductions in prison populations in different States since the turn of the century. During 1999-2000, 12 States experienced such a reduction³⁸. In 2002, 25 States reduced funding for prisons and in 2003 17 States either closed prisons or delayed prison construction³⁹. In 2011, 26 States reduced their prison population – most notably California. There has also been a 40 per cent decrease in juvenile incarceration in the US between 1998-2013, with fewer young people behind bars than at any point since 1975⁴⁰.

North America is not the only country experiencing a decrease in prison numbers. In the Netherlands, some 13,500 prison cells are currently empty and five prisons are destined to close in the near future. This decrease has been attributed to a significant decrease in recorded crime. Similarly, Sweden has seen a decrease in its prison population in recent years and there were plans to close four prisons in 2014-15. This decrease in prison numbers has been attributed to a combination of an increased focus on rehabilitation and the passing of more lenient sentences for some offences⁴¹.

The Italians also operate a relatively lenient system of juvenile justice. There is a tendency to “define down” juvenile offending and to exercise a policy of “benevolent tolerance”. As David Nelken⁴² has pointed out at any given time there are no more than around 500 young people in prison in Italy and only around 3000 young people are sentenced to prison each year and the numbers have been going down since the 1970s. This decrease has been attributed to the passing of the Juvenile Justice Reform Act (1989) which requires that prison be avoided in general and that care be taken in legal proceedings not to interrupt the normal process of growing up. As Nelken notes these variations in custody rates suggest that it is a mistake to assume that levels of punishment are necessarily culturally “embedded” in the country in which they are found. In fact, there are no shortage of examples of declining prison populations in Europe and Scandinavia in the past, particularly in relation to juvenile incarceration. In England and Wales the average population of young people in custody decreased by 56% between 2003/04 and 2013/14. This is a function of the number of young people sentenced to immediate custody over this period (Youth Justice Board 2015).

While on one hand there are number of examples of significant reductions in the number of people in custody in various advanced western countries in recent years, it is also the case that new forms of regulation and control are coming to the fore. As we move into an increasingly postfordist globalised world with its emphasis on labour flexibility and mobility it is not surprising to find that the regulatory structures that were dominant in the nineteenth and twentieth centuries are coming under increasing pressure. The transforma-

34 MATTHEWS, R. *Realist Criminology*. London: Palgrave Macmillan, 2014.

35 SCHWIRTZ, M. De Blasio to Unveil Plan for Rikers Island While Warning that It Will Not be Easy. *The New York Times*, 22 Jun. 2017.

36 AUSTIN, J.; JACOBSON, M. *How New York City Reduced Mass Incarceration: A Model for Change?* New York: Vera Institute for Justice, 2013.

37 PEW. *State, Federal Prison Populations Decline Simultaneously for the First Time in 36 Years*. Philadelphia: PEW Charitable Trust, 2015.

38 MEUER, M. State Sentencing Reforms: Is the “Get Tough” Era Coming to a Close? *Federal Sentencing Reporter*, v. 15, n. 1, p. 50-52, 2002; GORMESON, L. Prison Population Begins to Level. *Corrections Today*, Dec. 2007.

39 JACOBSON, M. Reversing the Punitive Turn: The Limits and Promise of Current Research. *Criminology and Public Policy*, v. 5, n. 2, p. 277-284, 2006.

40 PAULSON, A. Why Juvenile Incarceration Reached Its Lowest in 38 Years. *The Christian Science Monitor*, Feb. 2013; TONRY, M. *Penal Reform in Overcrowded Times*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

41 ORANGE, R. Sweden Closes Four Prisons as Number of Inmates Plummets. *The Guardian*, 11 Nov. 2013.

42 NELKEN, D. When is a Society Non-Punitive: The Italian Case. In: PRATT, J. et al. (Ed.). *The New Punitiveness*. Cullompton: Willan, 2005.

tion of the Keynesian welfare state coupled with the advent of widespread privatisation and deregulation have arguably generated a new regulatory landscape involving different forms of social control than those so vividly portrayed by Foucault.

5. POSTFORDISM, POST-DISCIPLINE AND CONTROL

As Nancy Fraser has argued:

In all these respects, postfordist globalisation is a far cry from Foucauldian discipline; multi-layered as opposed to nationally bounded, dispersed and marketised as opposed to socially concentrated, increasingly repressive as opposed to self-regulating. With such divergences, it is tempting to conclude that the disciplinary society is simply *depassé*⁴³.

Fraser suggests along with other commentators that the disciplinary mechanisms and power relations on which Foucault claims that the modern prison rests are in a process of transformation as we enter the era of postfordism and globalisation. If this is the case then the modern prison rests on shifting sands, whether its scale is increasing or decreasing. These “post-disciplinary” mechanisms involve forms of network governance, elaborate forms of surveillance and monitoring, new forms of inclusion and exclusion as well forms of responsabilisation.

Adam Crawford has described the ways in which processes of networked governance are replacing the old style public bureaucratic welfare state with more decentralised forms of regulation⁴⁴. This is not a process of deregulation *per se* but involves what John Braithwaite refers to as “regulatory capitalism” in which a myriad of newly formed agencies oversees and monitor different organisations and certain aspects of social and economic life⁴⁵. This is not so much a retreat from the state but a reconfiguration of the systems of control:

Networked governance means a shift in both the private and public sector from Fordist control of systematically specialised, broken-down production systems that are partially contracted out and partly contracted in to shifting collaborative groups that compete for growth with outsiders and insiders⁴⁶. Braithwaite argues that those that think that they are in an era of neo-liberalism are mistaken. In the era of regulatory capitalism there is not a lack of governance but rather more governance that shapes the lives of citizens within and out of the state.

In conjunction with development of systems of networked governance we have also seen the spread of different surveillance mechanisms. Some commentators have seen this development as an expression of the “dispersal of discipline” and the transmission of Foucault’s model of the panopticon to contemporary society. Mathieson takes up the issue of the panopticon and argues that Foucault fails to acknowledge the rise of the spectacle in mass mediated societies where the many watch the few, which he refers to as “synopticism”⁴⁷. However, while Zygmunt Bauman⁴⁸ references Mathieson’s contribution he argues that contemporary systems of surveillance do not involve the same forms of training and subjectification that characterised the panoptic design that was adopted in some prisons⁴⁹. Instead, contemporary surveillance is

43 FRASER, N. From Discipline to Flexibilization? Rereading Foucault in the Shadow of Globalization. *Constellations*, v. 10, n. 2, p. 160-171, 2003.

44 CRAWFORD, A. Networked Governance and the Post-Regulatory State? *Theoretical Criminology*, v. 10, n. 4, p. 449-480, 2006.

45 BRAITHWAITE, J. *Regulatory Capitalism*. Massachusetts: Edward Elgar, 2008.

46 BRAITHWAITE, J. *Regulatory Capitalism*. Massachusetts: Edward Elgar, 2008. p. 3.

47 MATHIESON, T. The Viewer Society: Michel Foucault’s Panopticon Revisited. *Theoretical Criminology*, v. 1, n. 2, p. 215-234, 1997.

48 BAUMAN, Z. *Globalization*. Cambridge: Polity Press, 1998.

49 CALUYA, G. The Post-Panoptic Society? Reassessing Foucault in Surveillance Studies. *Social Identities*, v. 16, n. 5, p. 621-633, 2010; YAR, M. Panoptic Power and the Pathologisation of Vision: Critical Reflections on the Foucauldian Thesis. *Surveillance and Society*, v. 1, n. 3, p. 254-271, 2003.

based upon the manipulation of coded information designed to monitor and channel human behaviour. For Bauman “liquid surveillance” describes those systems of data-flows, mutating surveillance agencies and the targeting and sorting of populations. Unlike the panopticon with its enclosed and fixed gaze contemporary forms of surveillance are not just for specific moments but are diffuse and mobile. The aim is not to keep subjects in place but rather it is a “vehicle of mobility”⁵⁰. Thus as David Lyon points out:

The panoptic task was to eliminate ambivalence, to classify clearly. Its early power derived from uncertainty; was the inspector watching? Self-discipline was needed, just in case. Today, transparency is still sought by surveillant means, but the categories themselves create the uncertainty. They are either unknown, whether for national security or trade secret reasons, or they themselves have succumbed to liquidity. By this I mean they are permitted to multiply and morph so that the filers miss no possible category, just in case. They are also inscrutable just because they come wrapped in technical codes⁵¹.

Lyon argues that surveillance morphs and mutates. It is mobile, suspicious and seductive, fragmenting, data-flowing and responsabilised. Together, these processes make everyone vulnerable, while eroding trust and privacy. Bauman also suggests that one effect of this data gathering process is the disaggregation of the body into data particles producing “technologically induced fragmentarity” involving the disassembly of the moral self while fostering the growth of the “risk society”. The quest for efficiency produces a myopia and a focus on calculable risks and the search for technical solutions.

Risk frameworks form the basis of modern systems of security according to Pat O’Malley⁵². Risk based predictions, however, identify insecurities rather than securities and tell us only what we cannot do, not what we can do. Belief in truth and progress gives way to a fundamental doubt which can paralyse us into a state of inactivity. The adoption of risk as a framework of government reshapes relationships. It destabilises the taken-for-granted. Whereas in the Keynesian welfare state health and disease was commonly governed through such techniques as social insurance, current political rationalities tend to suggest that these issues are best governed by individuals or markets. Individuals are encouraged to become more independent and responsible for their own future and well-being. Unlike the era of disciplinary power the State’s new strategy is not to command and control but rather to organise and to persuade individual citizens that they have responsibility in this regard⁵³.

In Feeley and Simon’s account of the shift from the “old penology” to the “new penology” they suggest that actors are not so much subject to a process of normalisation but rather the application of specific risk categories based on a project of exclusion and that prison personnel are increasingly becoming risk managers. Similarly, in the probation service decisions are made in terms of risk assessment schedules rather than in terms of professional or clinical assessments⁵⁴.

The case for the shift towards post-disciplinary power is made forcibly by Gilles Deleuze in his depiction of the “control societies” that no longer operate by confining people for a fixed period, but through continuous control⁵⁵. Thus, whereas disciplinary practices operated in closed sites – the prison, factory, school – post-disciplinary forms of control operate in open sites. In Deleuze words “confinements are *moulds*, while controls are *modulation*”. For Deleuze, the emergence of control societies is linked to changes in production relations together with the development of new technologies and modes of communication. In line with Bauman he suggests that capitalism has shifted the emphasis from production to consumption and from manufacture to a service economy. This change requires a system of open circuits and a movement away from confinement and enclosure. He maintains, however, that is not a shift to a more benign system of

50 BAUMAN, Z. *Globalization*. Cambridge: Polity Press, 1998.

51 LYON, D. Liquid Surveillance: The Contribution of Zygmunt Bauman to Surveillance Studies. *International Political Sociology*, v. 4, p. 329, 2010.

52 O’MALLEY, P. *Risk. Uncertainty and Government*. London: Glasshouse Press, 2004.

53 GARLAND, D. *The Culture of Control*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

54 KEMSHALL, H. *Risk and the Probation Service*. Aldershot: Dartmouth, 1998.

55 DELEUZE, G. *Negotiations*. New York: Columbia University Press, 1995.

control but rather a change in the *form* of control which is ceaseless and he warns that we may come to see a control system based on confinement “as part of a wonderful happy past”.

Thus, it is clear that there are a number of dimensions of regulation and control emerging which are at odds with the disciplinary practices and related forms of power that Foucault identified as the foundation of the modern prison. These emerging forms of control have been established with little or no endorsement from reformers or academics and no one predicted the development and scale of these mechanisms. Their introduction may have been uneven and may vary in different locations but it is clear that there are a number of dimensions of regulation and control emerging which are at odds with the disciplinary practices and related forms of power that Foucault identified as the foundation of the modern prison.

6. SUMMARY AND CONCLUSION

In this paper, it is suggested that there are two lines of force that are impacting on the future of imprisonment – one is internal and the other external. The internal dynamic involves the growing tensions and contradictions within the penal system and the deepening crisis or *crises*⁵⁶. Although the prison has been in a crisis for most of the twentieth century the contradictions have been averted by the development of series of management strategies. However, as the problems and tensions associated with imprisonment mount up, the task of management will become increasingly difficult.

The external dynamic involves the development of subtle but powerful forms of regulation that are post-disciplinary and post-panoptic. Forms of surveillance, security and governance are creating a complex network of mechanisms that do not so much rely on the strategies of enclosure but operate in open sites. They are not fixed and time limited but flow and mutate. At the same time, the triangle of forces that gave the prison its apparent normality – labour, time and space are being reconfigured. As the “fit” between imprisonment and postfordism becomes more strained social support for abolition, which at present is limited and sporadic, may well grow. In the meantime, there are a considerable number of pressing issues in the penal system that need to be addressed.

This scenario suggests that the future of the prison is uncertain while the need for more radical reforms has become more urgent. However, the abolition of imprisonment will not be achieved through the greater use of “alternatives” or through a process of attrition, while the promotion of informalism particularly in the form of restorative justice is a flawed option. However, Mathieson is correct when he argues that we need to focus on the contradictions and tensions within the prison system. However, his classic distinction between positive and negative reforms does not stand up in practice. Nor does his attempt to link short term demands with the objective of abolition. Thus, there is no formal contradiction between abolitionism and reformism. Therefore, in reality the distinction between the abolitionists and reformers is ideological and although self-proclaimed abolitionists and reformers may have different priorities in terms of intervention there is a pressing need to engage in prison reform.

In relation to prisons and punishment it is suggested that emerging structures are closely tied to changing relations of production and in the present period this involves the shift from Fordism to Postfordism and to an increasingly marketised service economy involving new forms of communication. This approach is in contrast the preponderance of studies on punishment that are based on forms of political reductionism - most notably based on claims of a surge in “populist punitiveness” or a product “neo-liberalism”⁵⁷.

56 FITZGERALD, M.; SIM, J. *British Prisons*. Oxford: Blackwell, 1979.

57 MATTHEWS, R. ‘False Starts, Wrong Turns and Dead Ends’ *Critical Criminology* Vol 25 (4), 2017, p. 577-591; LACEY, N. ‘Punishment, (Neo) Liberalism and Social Democracy’. In: J. SIMON and R. SPARKS (eds.) *The Sage Handbook of Punishment and Society*. London: Sage, 2013.

At present, it is very difficult to find many people of any political persuasion in the western world arguing in support of incarceration. The signs are that the prison boom in like US and elsewhere is coming to the end and the emphasis now is increasingly on downsizing. In this climate, the prediction is that prison numbers in various advanced western countries will decrease over the next decade or so as the crisis of imprisonment deepens and the growing contradictions become more difficult to manage. In the longer term Deleuze is probably correct that the days of the prison as the dominant form of punishment may well be numbered.

REFERENCES

- ABEL, R. The Contradictions of Informal Justice. In: ABEL, R. (Ed.). *The Politics of Informal Justice*. New York: Academic Press, 1982. v. 1.
- ALEXANDER, M. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: The New Press, 2011.
- AUSTIN, J.; JACOBSON, M. *How New York City Reduced Mass Incarceration: A Model for Change?* New York: Vera Institute for Justice, 2013.
- BALDRY, E.; CARLTON, B.; CUNNEEN, C. Abolition and the Paradox of Penal Reform in Australia. *Social Justice*, v. 41, n. 3, p. 168-188, 2015.
- BAUMAN, Z. *Globalization*. Cambridge: Polity Press, 1998.
- BOTTOMS, A.; PRESTON, R. *The Coming Penal Crisis*: Scottish Academic Press. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1980.
- BRAITHWAITE, J. *Regulatory Capitalism*. Massachusetts: Edward Elgar, 2008.
- BROWN, D.; HOGG, R. Abolition Reconsidered: Issues and Problems. *Australian Journal of Law and Society*, v. 2, n. 2, p. 56-75, 1985.
- CAIN, M. Beyond Informal Justice. In: MATTHEWS, R. (Ed.) *Informal Justice*. London: Sage, 1988.
- CALUYA, G. The Post-Panoptic Society? Reassessing Foucault in Surveillance Studies. *Social Identities*, v. 16, n. 5, p. 621-633, 2010.
- CARLEN, P. Carceral Clawback: The Case of Women's Imprisonment in Canada. *Punishment and Society*, v. 4, n. 1, p. 115-121, 2002.
- CARLEN, P.; WORRALL, A. *Analysing Women's Imprisonment*. Collumpton: Willan, 2004.
- CARLTON, B. Penal Reform, Anti-Carceral Feminist Campaigns and the Politics of Change in Women's Prisons, Victoria, Australia. *Punishment and Society*, v. 10, n. 10, p. 1-25, 2016.
- CHRISTIE, N. Conflicts as Property. *British Journal of Criminology*, v. 17, p. 1-19, 1977.
- COHEN, S. Taking Decentralisation Seriously. In: LOWMAN, J. et al. (Ed.) *Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control*. London: Gower, 1987.
- CLEAR, T.; FROST, N. *The Punishment Imperative*. New York: New York University Press, 2014.
- CRAWFORD, A. Networked Governance and the Post-Regulatory State? *Theoretical Criminology*, v. 10, n. 4, p. 449-480, 2006.
- CULLEN, F.; JONSON, C.; STOR, M. *The American Prison: Imagining a Different Future*. California: Sage, 2014.

- DALY, K. Restorative Justice: The Real Story. *Punishment and Society*, v. 4, n. 1, p. 55-79, 2002.
- DAVIS, A. *Are Prisons Obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003.
- DAVIS, A.; RODRIGUEZ, D. The Challenge of Prison Abolition: A Conversation. *Social Justice*, v. 27, n. 3, p. 212-218, 2000.
- HAAN, W. de. *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition*. London: Unwin Hyman, 1990.
- DELEUZE, G. *Negotiations*. New York: Columbia University Press, 1995.
- DELEUZE, G. Foucault and the Prison. In: SMART, B. (Ed.) *Foucault: Critical Assessments*. London: Routledge, 1994. v. 111.
- DONZELOT, J. *The Policing of Families*. London: Hutchinson, 1979.
- FEELEY, M.; SIMON, J. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. *Criminology*, v. 3, p. 449-474, 1992.
- FITZGERALD, M.; SIM, J. *British Prisons*. Oxford: Blackwell, 1979.
- FRASER, N. From Discipline to Flexibilization? Rereading Foucault in the Shadow of Globalization. *Constellations*, v. 10, n. 2, p. 160-171, 2003.
- FOUCAULT, M. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* Allen Lane. London: Allen Lane, 1977.
- GARLAND, D. *The Culture of Control*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GENOVESE, E. *The Political Economy of Slavery*. New York: Vintage Books, 1967.
- GORMESON, L. Prison Population Begins to Level. *Corrections Today*, Dec. 2007.
- GREENBERG, D. Reflections on the Justice Model Debate. *Contemporary Crisis*, v. 7, p. 313-327, 1983.
- HANNAH-MOFFAT, K. *Punishment in Disguise*. Toronto: University of Toronto Press, 2001.
- HOFFMAN, M. Foucault and the “Lesson” of the Prisoner Support Movement. *New Political Science*, v. 34, n. 1, p. 21-36, 2012.
- HULSMAN, L. Critical Criminology and the Concept of Crime. *Contemporary Crisis*, v. 190, n. 1, p. 63-80, 1986.
- IGNATIEFF, M. State Civil Society and Total Institutions: A Critique of Recent Social Histories of Punishment. *Crime and Justice*, v. 3, p. 153-192, 1981.
- JACOBSON, M. Reversing the Punitive Turn: The Limits and Promise of Current Research. *Criminology and Public Policy*, v. 5, n. 2, p. 277-284, 2006.
- JAFFE, G. Obama Just Commuted the Sentences of a Record Number of Inmates. *The Washington Post*, 3 Aug. 2016.
- KEMSHALL, H. *Risk and the Probation Service*. Aldershot: Dartmouth, 1998.
- LACEY, N. Punishment, (Neo) Liberalism and Social Democracy. In: SIMON, J.; SPARKS, R. (Ed.). *The Sage Handbook of Punishment and Society*. London: Sage, 2013.
- JAMES, E. Why is Sweden Closing Its Prisons? *The Guardian*, 1 Dec. 2013.
- LISTWAN, S. et al. Cracks in the Penal Harm Movement: Evidence from the Field. *Criminology and Public Policy*, v. 7, n. 3, p. 423-465, 2008.
- LYON, D. Liquid Surveillance: The Contribution of Zygmunt Bauman to Surveillance Studies. *International Political Sociology*, v. 4, p. 325-338, 2010.

- MATHIESON, T. *The Politics of Abolition*. London: Martin Robertson, 1974.
- MATHIESON, T. The Viewer Society: Michel Foucault's Panopticon Revisited. *Theoretical Criminology*, v. 1, n. 2, p. 215-234, 1997.
- MATHIESON, T. *Silently Silenced*. Winchester: Waterside Press, 2004.
- MATHIESON, T. The Abolitionist Stance: A Response' Paper presented at ICOPA X11 conference Kings College London, 2008. actionicopa.org.
- MATHIESON, T. A New Look at Victim and Offender: An Abolitionist Approach. In: BOSWORTH, M.; HOYLE, C. (Ed.) *What is Criminology?* Oxford: Oxford University Press, 2011.
- MATHIESON, T. *The Politics of Abolition Revisited*. Taylor and Francis, 2014.
- MILLER, J. *The Last One Over the Wall: The Massachusetts Experiment in Closing Reform Schools*. Ohio: Ohio State University, 1998.
- MATTHEWS, R. Reintegrative Shaming and Restorative Justice: Reconciliation or Divorce? In: AERTSEN, I.; DAEMS, T.; ROBERT, L. (Ed.). *Institutionalizing Restorative Justice*. Collumpton: Willan, 2006.
- MATTHEWS, R. *Realist Criminology*. London: Palgrave Macmillan, 2014.
- MATTHEWS, R. False Starts, Wrong Turns and Dead Ends. *Critical Criminology*, v. 25, n. 4, p. 577-591, 2017.
- MEUER, M. State Sentencing Reforms: Is the "Get Tough" Era Coming to a Close? *Federal Sentencing Reporter*, v. 15, n. 1, p. 50-52, 2002.
- NELKEN, D. When is a Society Non-Punitive: The Italian Case. In: PRATT, J. et al. (Ed.). *The New Punitiveness*. Cullompton: Willan, 2005.
- O'MALLEY, P. *Risk, Uncertainty and Government*. London: Glasshouse Press, 2004.
- ORANGE, R. Sweden Closes Four Prisons as Number of Inmates Plummet. *The Guardian*, 11 Nov. 2013.
- PAULSON, A. Why Juvenile Incarceration Reached Its Lowest in 38 Years. *The Christian Science Monitor*, Feb. 2013.
- PEW. *State, Federal Prison Populations Decline Simultaneously for the First Time in 36 Years*. Philadelphia: PEW Charitable Trust, 2015.
- RYAN, M.; SIM, J. Campaigning for and Campaigning Against Prisons: Excavating and Reaffirming the Case for Prison Abolition. In: JEWKES, Y. (Ed.). *Handbook of Prisons*. Collumpton: Willan, 2007.
- RYAN, M.; WARD, T. Prison Abolition in the UK: They Dare Not Speak Its Name. *Social Justice*, v. 41, n. 3, p. 107-116, 2015.
- RUSCHE, G.; KIRCHHIEMER, O. *Punishment and Social Structure*. New Brunswick: Transaction, 2003.
- SCHEERER, S. Towards Abolition. *Contemporary Crisis*, v. 10, n. 1, p. 5-20, 1986.
- SCHWIRTZ, M. De Blasio to Unveil Plan for Rikers Island While Warning that It Will Not be Easy. *The New York Time*, 22 Jun. 2017.
- SHAYLOR, C. Neither Kind Nor Gentle: The Perils of Gender Responsive Justice. In: McCULLOCH, M.; SCRATON, P. (Ed.). *The Violence of Incarceration*. New York: Routledge, 2009.
- SIMON, J. Michel Foucault on Attica: An Interview. *Social Justice*, v. 18, n. 3, p. 26-34, 1991.
- SUDBURY, J. A World Without Prisons: Resisting Militarism, Globalised Punishment and Empire. *Social Justice*, v. 31, n. 1-2, p. 9-30, 2004.
- SUNDT, J. et al. Public Willingness to Downsize Prisons: Implications from Oregon. *Victims and Offenders*,

v. 10, p. 365-378, 2015.

SUNDT, J.; SALISBURY, E.; HARMON, M. Is Downsizing Prisons Dangerous? The Effects of California's Realignment Act on Public Safety. *Criminology and Public Policy*, v. 15, n. 2, p. 315-336, 2016.

TONRY, M. *Penal Reform in Overcrowded Times*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WELCH, M. Pastoral Power as Penal Resistance. *Punishment and Society*, v. 12, n. 1, p. 47-62, 2010.

WRIGHT, O. David Cameron on British Prisons: Treat Prisoners as Assets not Liabilities. *The Independent*, 7 Feb. 2016.

YAR, M. Panoptic Power and the Pathologisation of Vision: Critical Reflections on the Foucauldian Thesis. *Surveillance and Society*, v. 1, n. 3, p. 254-271, 2003.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do direito penal

The formulation of criminal policy agenda from the model of conjoint sciences of criminal law

Mário Lúcio Garcez Calil

José Eduardo Lourenço dos Santos

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

A formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do direito penal*

The formulation of criminal policy agenda from the model of conjoint sciences of criminal law

Mário Lúcio Garcez Calil**

José Eduardo Lourenço dos Santos***

RESUMO

O presente trabalho está vinculado à linha de pesquisa “Construção do Saber Jurídico”, do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNIVEM, resultado de discussões travadas no âmbito do Grupo de Pesquisa “Novos direitos, controle social e aspectos criminológicos”. O Estado Democrático de Direito é um Estado interventivo, voltado a resolver problemas sociais. Essas questões têm sido objeto de planos de ação voltados à concretização dos objetivos estatais, aos quais tem-se dado o nome de “políticas públicas”. Um dos mais graves problemas é a crescente criminalidade e os fatores que dela derivam. Faz-se necessária uma política pública voltada às questões penais que seja capaz de refletir as demandas relacionadas à criminalidade. O objetivo do presente do trabalho é, por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, estudar construção da política criminal com base no modelo da “ciência conjunta do direito penal”. O trabalho é justificável pela necessidade de se aprimorar dogmática penal, adaptá-la às modificações sociais, de modo efetivá-la na prevenção e no combate à criminalidade sem descuidar-se da vinculação aos direitos humanos. Conclui-se pela necessidade de utilização de um modelo integrado entre as ciências criminais, de modo a aprimorá-las conjuntamente e constantemente.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Política Criminal. Ciência Conjunta do Direito Penal.

ABSTRACT

This paper is linked to the research line “Construção do Saber Jurídico”, of the Postgraduate Law Program of UNIVEM, as a result of discussions within the Research Group “Novos direitos, controle social e aspectos criminológicos”. The Democratic State of Law is an interventionist state, aimed at solving social problems. These issues have been the subject of action plans aimed at achieving the state objectives, which have been called “public policies”. One of the most serious problems is the increasing crime and the factors that derives from it. There is a need for a public policy on

* Recebido em 24/02/2018
Aprovado em 14/04/2018

** Doutor em Direito pela Faculdade Bau-ruense de Direito (CEUB-ITE). Estudos em nível de pós-doutorado em andamento pela Fundação Educacional Eurípedes Soares da Rocha de Marília-SP. Professor Colaborador do Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Coordenador do Projeto de Pesquisa “Violência, direitos humanos e políticas públicas: entre o eficientismo punitivo e a realização da cidadania plena”, vinculado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba. Vice-líder do Grupo de Pesquisa “A intervenção do poder público na vida da pessoa”, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. E-mail: mario.calil@yahoo.com.br

*** Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra (área de Democracia e Direitos Humanos). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduado e Mestre em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha. Professor do Programa de Mestrado em Direito e da Faculdade de Direito do UNIVEM. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Líder do Grupo de Pesquisa “Novos direitos, controle social e aspectos criminológicos”, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. E-mail: jels@univem.edu.br

criminal matters that is capable of reflecting demands on crime. The objective of this paper is, through bibliographical and documentary research, study the construction of the criminal policy based on the “joint science of criminal law” model. The work is justified by the need to improve criminal science, to adapt it to the social changes, so as well as to make it effective in preventing and combating crime, without neglecting its attachment to human rights. It concludes by the need to use an integrated model among the criminal sciences, in order to improve them together and constantly.

Keywords: Public Policies. Criminal Policy. Joint Science of Criminal Law.

1. INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito é, por sua natureza, um Estado interventivo: volta-se a resolver problemas sociais que assolam a população, especialmente aqueles relacionados à distribuição desigual de recursos econômicos, dentre vários outros, que problemas podem assumir as mais variadas facetas.

Essas questões, tendo em vista, especialmente, a sua complexidade, têm sido objeto de planos de ação voltados à concretização dos objetivos estatais, com base em demandas captadas diretamente do tecido social. A esses planos de ação têm-se dado o nome de “políticas públicas”.

Um dos mais graves dentre esses problemas, atualmente, é a sempre crescente criminalidade e os diversos fatores que derivam do quadro social por ela provocado. O combate, a prevenção, a proporcionalidade das penas e a falência do sistema penitenciário são apenas algumas das questões identificáveis nesse contexto.

Diante disso, faz-se necessária uma política pública especificamente voltada às questões penais, ou seja, uma política criminal, que seja capaz de refletir as verdadeiras demandas relacionadas à criminalidade, inclusive, a partir de estudos que a aproximem o máximo possível da realidade social.

O objetivo do presente do trabalho é, por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, estudar a construção de uma política criminal, no contexto do Estado de Direito, com base no modelo metodológico denominado “ciência conjunta do direito penal”, que direciona a política criminal que, por sua vez, guiará a dogmática penal.

O trabalho se divide em três partes. Inicialmente, serão tratados os conceitos iniciais acerca das políticas públicas e da política criminal. A seguir, serão trabalhadas as relações entre políticas públicas, política criminal e intervenção estatal. Ao final, será estudada a formulação da política criminal com base no “modelo integrado das ciências criminais”.

O presente trabalho é justificável em decorrência da necessidade de aprimoramento da dogmática penal, que deve se adaptar às constantes modificações na realidade social, de modo a se tornar efetiva no que tange à prevenção e ao combate à criminalidade sem, contudo, descuidar-se da vinculação aos direitos humanos.

Conclui-se pela necessidade de utilização de um modelo integrado entre as ciências criminais, de modo a aprimorá-las conjunta e constantemente, e, assim, contribuir para a construção e para a reconstrução da agenda da política criminal, especialmente, no contexto de um direito penal mínimo.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E POLÍTICA CRIMINAL: CONCEITOS INICIAIS

Ainda não se alcançou uma definição única acerca do que seriam as chamadas “políticas públicas”. É necessário, porém, estudar ao menos as bases conceituais do instituto, de modo que seja possível estabelecer as relações entre as políticas públicas e a política criminal.

A definição mais simples para o termo “política pública” é: “[...] as coisas que o governo escolhe ou não fazer”.¹ Trata-se, na verdade, de um conceito intuitivo. Equipara-se ao conceito de pornografia *hard-core* elaborado pela Suprema Corte americana, no caso *Jacobellis v. Ohio* (1964): não se sabe, de pronto, o que é, “[...] *but I know it when I see it*”.²

Apesar de não haver uma definição precisa e universal do que seria uma “política pública”, há um consenso de que o conceito inclui o processo de fazer escolhas e a avaliação dos resultados das ações e decisões. O que faz com que uma “política” seja “pública” é que as escolhas e as ações são apoiadas pelos Poderes estatais.³

A ausência de uma definição geral para as “políticas públicas” significa que as várias disciplinas com orientação “política” podem adotar suas próprias definições acerca do tema. Isso pode criar a (falsa) percepção de que as várias disciplinas estudam temas completamente diferentes.⁴

Há, contudo, a possibilidade de uma definição mais objetiva a respeito de o que seria, de fato, uma política pública, para além da mera “intuição”. Na realidade, interessa ao presente contexto a existência de uma conceituação mais próxima da “construção” de uma política pública do que sua perspectiva teórica.

Assim, de uma perspectiva operacional, uma política pública é um sistema de decisões públicas visando a ações ou a omissões, preventivas ou corretivas, voltadas a manter ou modificar a realidade de um ou de vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias e da alocação dos recursos necessários a atingir tais objetivos.⁵

Os vocábulos ingleses *politics* e *policy* (traduções da palavra latina *política*) referem-se a conceitos distintos que, porém, são complementares. Essa confusão (generalizada em todos os idiomas latinos) produziu uma “sobreposição” que perturba todos os campos de intervenção.⁶

Não é surpreendente, diante dessa complementaridade, que fatores políticos possam influenciar, diretamente, as escolhas públicas acerca das políticas estatais, especialmente no Brasil, onde as instituições “democráticas” ainda se movimentam de acordo com interesses partidários ou individualistas.

Desse modo, evidencia-se a íntima relação entre políticas públicas e instituições governamentais. Uma “política” não se torna “pública” a não ser que seja adotada, implementada e concretizada por alguma instituição governamental, que conferem às políticas públicas suas características distintas.⁷

Essa “publicização” legitima as políticas e faz com que se tornem “[...] obrigações legais que cobram lealdade dos cidadãos.” As políticas de outros grupos e associações na sociedade passam a ter importância e até mesmo obrigatoriedade a partir do momento em que se tornam políticas governamentais.⁸

Desse modo, essas políticas públicas são *coercitivas* de forma legítima, são exercidas em regime de monopólio, possibilitam sanções no que se refere ao seu descumprimento e “estimulam” os indivíduos e os grupos “[...] a se empenharem para que as políticas traduzam suas preferências”.⁹

1 SCHNEIDER, Anne; INGRAM, Helen. Policy Design. In: RABIN, Jack (Org.). *Encyclopedia of public administration and public policy*. Nova York: Oxford University Press, 2005. p. 188.

2 SMITH, Kevin; LARIMER, Christopher. *The public policy theory primer*. Boulder: Westview Press, 2009. p. 3.

3 SMITH, Kevin; LARIMER, Christopher. *The public policy theory primer*. Boulder: Westview Press, 2009. p. 4.

4 SMITH, Kevin; LARIMER, Christopher. *The public policy theory primer*. Boulder: Westview Press, 2009. p. 5.

5 SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. p. 29.

6 MULLER, Pierre. *Las políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 17.

7 DYE, Thomas. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009. p. 101.

8 DYE, Thomas. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009. p. 101.

9 DYE, Thomas. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009. p. 101.

Nesse sentido, políticas públicas são programas de ação governamental, resultantes do “alargamento da competência normativa”, não somente em relação à instância central, mas, também, ao plano inferior. A lei passa a ser substituída pela política pública, permanecendo a separação entre as funções de declarar, executar e controlar.¹⁰

As políticas públicas são um campo de estudo jurídico, que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinariedade, em cujo contexto institutos e categorias tradicionalmente jurídicas despem-se do seu sentido legitimador original, encontrando força e sentido renovados, restabelecendo contato com outras áreas do conhecimento.¹¹

O Direito encontrava-se separado dessas áreas desde o início do positivismo no século XIX. Percebe-se, com essa evolução, que a fruição dos direitos humanos é complexa, e demanda um crescente de medidas concretas do Estado, o que acaba por criar modos agregadores da institucionalização das relações sociais.¹²

As políticas públicas se voltam a coordenar os meios que se encontram à disposição do Estado e da iniciativa privada, para realizar objetivos “socialmente relevantes e politicamente determinados”.¹³

Necessário indagar, porém, se a política criminal nasce e se concretiza da mesma forma ou mesmo se sofre influxos político-governamentais similares àqueles que caracterizam qualquer política pública ou se o seu processo de criação e concretização difere em algum aspecto.

Em seus níveis mais altos de elaboração, a política criminal é o gênero ao qual pertence a espécie “política penal”. Ocorre que a linha de distinção entre política criminal, política geral e outras espécies (política social, econômica, ocupacional, urbanística etc.) não é clara.¹⁴

Para distinguir entre essas diversas “modalidades” de políticas públicas, faz-se necessário recorrer, em especial, à sua finalidade subjetiva: qual é a intenção dos atores que a colocam em prática. Diante disso, o conceito de política criminal passa a ser claramente ideológico.¹⁵

A ambiguidade ideológica do conceito de política criminal destaca-se quando relacionada à política social. Produz-se uma espécie de compensação daquilo que se tem subtraído a muitos dos portadores de direitos no cálculo da segurança. Após negar benesses sociais a vários sujeitos, a política criminal os reencontra como *objetos* de política social.¹⁶

As políticas sociais são voltadas a proteger as pessoas e a propiciar aos sujeitos que se encontram socialmente em desvantagem o efetivo usufruto de seus direitos civis, econômicos e sociais. Relaciona-se à política criminal por ser um modelo de “prevenção social da criminalidade”.¹⁷

Isso porque o Estado intervém socialmente para proteger sujeitos vulneráveis. O conceito de política social corresponde a uma concepção integral da proteção e da segurança dos direitos e tem a mesma extensão normativa que o campo dos direitos econômicos, sociais e culturais em sua integralidade.¹⁸

10 COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, ano 86, n. 737, p. 39-48, mar. 1997. p. 18-19.

11 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 02.

12 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 04.

13 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

14 BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad e la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 153.

15 BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad e la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 154.

16 BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad e la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 154.

17 BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad e la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 154.

18 BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad e la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.).

Assim, observa-se que a diferença entre as várias “modalidades” de políticas públicas é meramente ideológica, tendo em vista que todas elas, de qualquer maneira, integram o planejamento estatal como um todo, de maneira extremamente próxima e complementar, uma em relação à outra.

Ocorre que, sem uma clara Política de Estado, é impossível definir ou efetivar uma política criminal. Se o Estado não cuida de definir seu objeto primordial e a forma de alocação de seus principais recursos para a realização de tal objetivo, “[...] não se pode definir uma coerente e integrada política para a área criminal”.¹⁹

No mesmo sentido, o próprio Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária determina, especificamente, que: “A política criminal e penitenciária precisa ser reconhecida como política pública e se adequar aos mais modernos instrumentos de governança em política pública”.²⁰

Demonstra-se, assim, que a política criminal é uma espécie do gênero Política, que tem natureza científica, de modo que a política criminal também o tem.²¹⁻²² Nesse sentido, as políticas de segurança, justiça e penitenciárias são políticas públicas que, porém, não têm contido o crescimento dos crimes, das violações dos direitos humanos ou da violência.²³ A natureza multicausal da violência faz com que seja necessária a atuação na esfera penal, por meio de políticas públicas.²⁴ Faz-se necessário, porém, buscar uma definição mais específica para o que seria a política criminal dentro do contexto das políticas públicas.

É possível, nesse contexto, definir a política criminal como um programa do Estado para controlar a criminalidade. Seu núcleo é representado pelo Código Penal. O instrumental básico do código penal é constituído pelas medidas punitivas e, em menor extensão, pelas medidas de segurança voltadas aos inimputáveis.²⁵

No incessante processo de mudança social, ressaltam novas e antigas propostas do direito penal, revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, avanços e descobertas da criminologia, princípios e recomendações de reforma ou transformação da legislação dos órgãos penais.²⁶

Por isso, o campo atual da política criminal é amplo. Não se pode, nesse sentido, reduzi-la ao papel de “conselheira da sanção penal”, limitada, portanto, à indicação, ao legislador, de onde e quando criminalizar condutas. Se assim for considerada, nada mais será do que a “prima pobre” da política social.²⁷

Trata-se, porém, de uma definição extremamente simplista, tendo em vista que se preocupa, de maneira quase exclusiva, com as relações com o poder punitivo do Estado. Necessário, diante disso, fornecer um conceito mais elaborado do que seria uma política criminal.

Inicialmente, a expressão “Política Criminal” designava o conjunto de penas, vinculadas, diretamente, ao Direito Penal. Feuerbach, por sua vez, a conceituava como “[...] o conjunto de procedimentos repressivos

Criminología y sistema penal: compilación in memoriam. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 154.

19 MORAES, Maurício Zaoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006. p. 411.

20 BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. p. 6.

21 MORAES, Maurício Zaoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006. p. 411.

22 Para Fernando Galvão, a política criminal, apesar de não ser uma ciência “exata”, é ciência por “aproximação”, pois “[...] orienta as investigações sobre as estratégias de combate à criminalidade na direção da fórmula mais eficaz para o estabelecimento de uma sociedade ideal. De qualquer modo, ciência”. GALVÃO, Fernando. *Política criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 29.

23 ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea*. 1996. Tese (Doutorado) - Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 64.

24 FREIRE, Moema Dutra. Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 3, n. 5, p. 100-114, ago./set. 2009. p. 105-106.

25 SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidade e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 53-57, 2002. p. 54.

26 COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 69.

27 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 34.

por meio dos quais o Estado reage contra o crime [...]”, limitando-a a uma forma de reflexão sobre o direito penal.²⁸

Modernamente, Meireille Delmas-Marty define-a como “[...] o conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”, pois deve ser conceituada sob perspectiva ampla, que estude o fenômeno criminal sob os mais diversos ângulos.²⁹

Essa definição leva em conta não apenas os procedimentos estatais repressivos, mas, especialmente aqueles baseados na lógica da reparação ou da mediação, de modo a possibilitar tanto uma resposta reacional quanto uma resposta preventiva “[...] do Estado para todo o corpo social”. Isso porque não há a possibilidade de uma resposta criminal isolada.³⁰

Aqui, portanto, discute-se e critica-se a oportunidade e a conveniência das medidas e das soluções propostas ou existentes no direito criminal vigente. É na política criminal que, como resultado dessa confrontação, constroem-se e reconstroem-se as diversas correntes de opinião.

A política criminal corresponde à atividade voltada à pesquisa dos meios mais adequados ao tratamento da questão penal, valendo-se, especialmente, dos resultados proporcionados pela Criminologia, inclusive por intermédio da análise e da crítica ao sistema punitivo vigente.³¹

É no campo da política criminal, não no da dogmática, que o jurista discute e critica a oportunidade ou a conveniência das medidas ou soluções propostas ou existentes no direito vigente. Constitui, desse modo, o terreno no qual “[...] se defrontam as diversas correntes de opinião”.³²

Ampliando-se o conceito de política criminal, este se aproxima da definição de “política pública”. No mesmo diapasão, é possível perceber que, até mesmo por fazerem parte do planejamento estatal em sua totalidade, a política criminal e as políticas públicas constituem forma de intervenção do Estado na sociedade.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS, POLÍTICA CRIMINAL E INTERVENÇÃO ESTATAL

As políticas públicas em geral relacionam-se à intervenção do Estado na sociedade. Em alguns casos, tal intervenção é indispensável para seu desenvolvimento, enfaticamente nas chamadas sociedades de modernidade “tardia” ou “periférica”, nas quais as “promessas da modernidade” ainda não se cumpriram.

Temas específicos, como raça e gênero, por exemplo, ainda são problemas na maior parte das democracias modernas.³³ Nesses casos, o Estado busca intervir para modificar a sociedade especificamente no que se refere a esses problemas. Hodiernamente, essa intervenção ocorre com base em políticas públicas.

Especialmente no Brasil, o Estado é um “formador da própria sociedade”, diferindo dos países “centrais”, onde há um direcionamento de todas as demandas ao Poder Público. O atendimento às demandas ocorre independentemente de as formas de representação serem ou não institucionalizadas pelo Estado.³⁴

A importância da representação de interesses é que as condições do processo político de formação de uma política pública não estão evidentes previamente, manifestando-se por meio de diferentes atores

28 DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas da política criminal*. São Paulo: Manole, 2004. p. 22.

29 DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas da política criminal*. São Paulo: Manole, 2004. p. 24.

30 DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas da política criminal*. São Paulo: Manole, 2004. p. 24.

31 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 23.

32 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 23.

33 SCHNEIDER, Anne; INGRAM, Helen. Policy Design. In: RABIN, Jack (Org.). *Encyclopedia of public administration and public policy*. Nova York: Oxford University Press, 2005. p. 170.

34 BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad e la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 300.

sociais, que representam interesses diversos, sob condições que se localizam no processo político que a circunscreve.³⁵

A intervenção estatal em forma de política constitui uma necessidade criada pela impossibilidade de que essas demandas sejam canalizadas por outros mecanismos. Há um momento em que a intervenção é requerida e um movimento que circunscreve essa intervenção.³⁶

A intervenção estatal, também, ocorre por intermédio da política criminal. A mesma modernidade tardia que direciona as demandas sociais para o interior do Estado também determina a necessidade de uma política criminal que leve em consideração as especificidades do Estado brasileiro no que tange ao combate à criminalidade.

O direito penal, contudo, maximizou-se em medida similar aos direitos sociais e transindividuais. Assim, o cenário punitivo, no período entre as Guerras, assistiu à elaboração de modelos de interventivos autoritários, que produziram transformações no direito e no processo penal no século XX.³⁷

Ocorre que, se o objetivo final da civilização é fornecer condições formais e materiais voltadas a possibilitar, aos membros da comunidade, o atingimento da plena realização pessoal, em contraponto, é fundamental “[...] diminuir quaisquer óbices ao devir idealizado, aos fatores que geram sofrimento”.³⁸

A punição deve estar em sentido positivo, promover a coação aos “não desviantes” e fornecer meios para que o criminoso não delinqua novamente e seja integrado à comunidade. Consolida-se, assim, a prevenção especial positiva e “[...] as teorias de ressocialização, recuperação e regeneração do criminoso elaboradas pela criminologia positiva”.³⁹

A construção da política criminal influencia ao direito penal de forma *negativa*, imunizando-o dos influxos político-partidários e do “populismo penal”⁴⁰ voltado à criminalização e ao recrudescimento, e *positiva*, (re)

35 BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad e la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 302.

36 BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad e la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 304.

37 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminología*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102.

38 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminología*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

39 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminología*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

40 “Pejorativa e/ou criticamente o saber técnico acadêmico - especialmente os minimalistas/garantistas, os adeptos da teoria sociológica do *labelling approach* e alguns setores da criminologia crítica - chama de *populista* o método (ou discurso ou técnica ou prática) hiperpunitivista que se vale do (ou que explora o) senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas geradas pelo delito e pelo medo do delito, para conquistar o consenso ou apoio da população em torno da imposição de mais rigor penal (mais repressão e mais violência), como ‘solução’ para o problema da criminalidade [...]. Trata-se de um discurso político do inconsciente coletivo, que des-cansa sobre uma criminologia arcaica do homem criminoso, o ‘outro estranho’ (criminologia do outro) [...], e que explora a insegurança pública [...] como fundamento para a adoção de mais medidas punitivas (no Brasil, a segurança pública, que preocupava apenas 15% da população em 1989, chegou a 42% em 2010, segundo pesquisa do Ibope, citada na *Carta Capital* 720, de 24.10.12, p. 16; na América Latina a criminalidade, desde 2008, passou a ser a primeira preocupação [...], facilitadas pelas representações sociais do infrator, ou seja, não é somente a lei que estabelece o que é o crime, também as imagens que lhes são atribuídas socialmente [...]. Estamos diante de uma crítica (que se imagina) *racional* contra um discurso (ou método ou técnica) reconhecidamente *irracional, emotivo e desproporcional* [...]. É o saber técnico letrado (científico, talvez) que se antepõe ao saber do vulgo ou que se aproveita da sua ignorância ou emotividade, buscando seu apoio para fazer *expandir* ainda mais o sistema penal repressivo *injusto e seletivo*, que é exercido apenas contra alguns *bodes expiatórios* [...]. No plano político, o populismo se caracteriza pela manobra da vontade da massa, do povo, guiada por um líder carismático, que procura atender suas demandas e promover (tendencialmente) o exercício tirânico do poder [...]. No campo penal, a expressão ‘populismo’ vem sendo utilizada para designar uma específica forma de exercício (e de expansão) do poder punitivo [...], caracterizada pela instrumentalização ou exploração do senso comum, da vulgaridade e da vontade popular. Populismo penal, portanto, não pode se equiparar simplesmente ao punitivismo [...], sim, é sinônimo de hiperpunitivismo, de uma ‘economia penal excessiva’ ou grotesca [...], desnecessária, abusiva, que escamoteia a vontade popular, passando-lhe a ilusão de solução de um problema extremamente complexo [...]. A palavra ou categoria (sociológica) ‘populismo’ conta com múltiplos significados [...]. Na área da política criminal, no entanto, fala-se do discurso populista em tom acusatório, desqualificativo, denunciante, para exprimir uma oposição clara entre o saber científico e o saber criminológico, que por meio de técnicas específicas manipula a questão criminal (e a vontade da população, chamada de ‘opinião pública’) para atender interesses que transcendem o campo do sistema penal ou da prevenção geral do delito, posto que atrelado a racionalidades do exercício discriminatório (e conservador) do poder (ou do biopoder, diria Foucault), que é realizado para a

construindo o direito penal, aprimorando sua utilidade no intervencionismo estatal característica do Estado Democrático de Direito.

Winfried Hassemer, nesse sentido, denomina “direito de intervenção” o conjunto dos melhores instrumentos voltados a responder (melhor do que o Direito Penal) à pressão por solução de problemas atuais e futuros, em quatro situações consideradas essenciais.⁴¹

Necessário considerar, assim: a capacidade preventiva; a disposição e a atuação por instrumentos de controle e fiscalização; a cooperação com outros “âmbitos de competência” (“ramos” do direito); e um ordenamento processual com garantias “[...] empírica e normativamente adequadas às possibilidades operacionais do Direito de Intervenção”.⁴²

Esse Direito de Intervenção deve dispor de “[...] possibilidades de sancionamento” e empregará, também, instrumentos jurídico-penais que serão, porém, voltados à “[...] realização de fins preventivos e não repressivos como resposta ao injusto e à culpabilidade”, pois “[...] um Direito de Intervenção não pode substituir sistematicamente o Direito Penal”.⁴³

O fim da política criminal é a pesquisa das formas, meios e instrumentos mais adequados à questão criminal. O direito penal é uma forma de controle social, cuja função é proteger bens jurídicos de máxima importância e manter a “paz social”. Deve ter, assim, no centro de sua atuação, o homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais.⁴⁴

Esse aprimoramento volta-se à construção de uma prevenção penal mais *positiva* do que *negativa*, oposta retributividade desproporcional entre as figuras penais reciprocamente consideradas e à parcialidade no tratamento do criminoso, está relacionada às suas condições intelectuais, políticas e econômicas, características do intervencionismo penal brasileiro.

Nesse sentido, de conformidade com Juarez Cirino dos Santos, no Brasil atual, o estudo das funções das penas criminais demonstra “[...] o grau de esquizofrenia dos programas de política criminal”, porque discurso penal e realidade da pena caminham em direções contrárias”.⁴⁵

É possível inferir, então, que o “populismo penal” contamina a *agenda* do planejamento estatal no que concerne à política criminal, produzindo um injustificado recrudescimento punitivo em detrimento da necessidade de aprimoramento de várias outras políticas públicas (sociais, econômicas, educacionais etc.).

A política criminal, ao contrário, deve se ater à tensão “[...] entre o ‘real’ e o ‘real’”, o primeiro relacionado às normas legais “reais” e o segundo relativo à sua “missão”. É necessário questionar se essa missão pode ser justificada, ampliada ou reduzida, pois: “[...] o legislador só pode ameaçar com uma pena de conduta humana, se for digna de punição”.⁴⁶

Nesse sentido, uma política criminal racional não pode consistir, somente, em “[...] aceitar idéias sobre os méritos normativamente inaceitáveis, mas socialmente efetivos de punição, nem ignorar ou oprimir essas

manutenção de uma determinada (e injusta) ordem social (comandada, por seu turno, por uma específica ordem e ideologia econômicas [...], contra determinadas classes sociais, como forma de legitimar a dominação [...]).” GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 18-26.

41 HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista Eletrônica De Direitos Humanos e Política Criminal*, n. 2, p. 1-16, abr. 2008. p. 12.

42 HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista Eletrônica De Direitos Humanos e Política Criminal*, n. 2, p. 1-16, abr. 2008. p. 13.

43 HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista Eletrônica De Direitos Humanos e Política Criminal*, n. 2, p. 1-16, abr. 2008. p. 13.

44 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 34.

45 SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidade e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 53-57, 2002. p. 13.

46 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989. p. 65.

idéias porque elas não são normativas de recebimento”.⁴⁷

A política criminal é a “ponte” e, de certa forma, a única via própria para ligar o direito penal e a criminologia. No sentido do escopo da política criminal, qual seja, a contenção e a luta contra a criminalidade, poderá haver, contudo, “[...] a tentativa de atingi-lo através de todos os meios”.⁴⁸

Assim como qualquer política pública, a política criminal tem as demandas sociais como um elemento indispensável. A agenda da política criminal deve, contudo, assim como as demais políticas públicas, levar em conta outros fatores no que concerne à sua construção e à sua concretização.

4. A FORMULAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA: O “MODELO INTEGRADO DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS”

Não somente as demandas sociais devem ser consideradas no que concerne à formulação das políticas públicas. Evidente, portanto, que outros fatores devem ser levados em conta no durante essa construção. Essa conclusão deriva, até mesmo, da origem etimológica da expressão “política pública”.

O termo *latino* “política” engloba três outros que a Língua Inglesa diferencia: *polity*, para denominar as instituições políticas; *politics*, para os processos políticos; e *policy*, para os conteúdos da política.⁴⁹ *Policy* faz referência à configuração de programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material de decisões políticas.⁵⁰

Assim, o processo de definição das políticas públicas para uma sociedade reflete tanto os conflitos de interesses quanto os arranjos feitos nas esferas de poder que perpassam as instituições do Estado e da sociedade como um todo.⁵¹ Trata-se, portanto, de um processo “político” em sentido estrito.

Alguns elementos desse processo são os fatores culturais, construídos historicamente. São processos diferenciados de representação, aceitação, rejeição e incorporação das conquistas sociais de uma sociedade. É esse ponto que explica o sucesso ou o fracasso de uma *policy* e as diferentes soluções e padrões adotados nas intervenções públicas.⁵²

Uma administração pública informada por uma concepção crítica de Estado e que considere que sua função é atender a sociedade como um todo deve priorizar ações “universalizantes” “[...] que possibilitem a incorporação de conquistas sociais pelos grupos e setores desfavorecidos, visando à reversão do desequilíbrio social”.⁵³

Diversos fatores sociais devem ser considerados no processo de formulação de uma política pública, até mesmo em decorrência do fato de que se trata de um processo claramente “político”. Esses mesmos fatores devem ser considerados no que concerne à concretização dessas mesmas políticas.

O processo de “desenho” de uma política pública equivale a determinar seu conteúdo, sua substância, suas ferramentas, seus instrumentos e até mesmo sua “arquitetura”.⁵⁴ É necessário incorporar, também, os

47 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989. p. 70.

48 COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2015. p. 69.

49 FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v. 21, p. 211-259, 2000. p. 216.

50 FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v. 21, p. 211-259, 2000. p. 216-217.

51 HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos CEDES*, ano 21, n. 55, p. 30-41, nov. 2001. p. 38.

52 HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos CEDES*, ano 21, n. 55, p. 30-41, nov. 2001. p. 39.

53 HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos CEDES*, ano 21, n. 55, p. 30-41, nov. 2001. p. 39.

54 SCHNEIDER, Anne; INGRAM, Helen. Policy Design. In: RABIN, Jack (Org.). *Encyclopedia of public administration and public*

símbolos e as construções sociais de seus participantes e seu entendimento das possibilidades de mudança repentina ou prolongada.⁵⁵

Assim, a formação de um programa ou de uma *agenda* concentra toda uma complexa problemática de definição de problemas e agregação, representação e organização de interesses. Esse processo torna possível visualizar a percepção dos poderes públicos acerca do que se deve resolver.⁵⁶

Nessa dinâmica de formação de uma *agenda* podem ser identificadas três “fases” que permitem que um tema receba a atenção necessária dos poderes públicos para integrar um programa: valorar o grau de apoio ou valor que o tema possa solicitar; valorar seu nível de impacto sobre a realidade social; e prever a viabilidade da solução prevista.⁵⁷

Mesmo assim, é importante verificar a tradição de resposta dos poderes públicos diante da problemática levantada e elucidar a percepção dos afetados acerca da capacidade de resposta do sistema. Isso pode resolver dúvidas sobre o nível de resultados que esperam alcançar.⁵⁸

A definição do problema e do campo de atuação de uma política pública não é algo objetivo. Em cada caso, dependerá da mobilização, da organização dos setores visados e de sua força e representatividade, de uma consideração objetiva e racional de sua existência e da avaliação das necessidades existentes e dos valores e objetivos visados.⁵⁹

A importância das pessoas ou do grupo de pessoas afetados pela decisão não será aferida pelo tamanho do grupo, por sua relevância ou pela especificidade de sua composição; os principais fatores de avaliação serão a força, organização ou a capacidade de mobilização do grupo.⁶⁰

A *agenda* corresponde à primeira fase da construção de uma política pública. Segue-se a efetiva implementação da política, que ocorrerá por intermédio de medidas legislativas, administrativas ou judiciais, dentre várias outras possíveis. Ocorre que, mesmo a partir da lógica “majoritária”, as políticas públicas não podem se desvincular dos direitos humanos.

O paradigma garantista contemporâneo, que se encontra “[...] para além dos discursos de (des)legitimação das políticas públicas que afetam os direitos humanos”, apresenta mecanismos voltados à avaliação da (in)idoneidade desses discursos no que concerne ao impulsionamento de “[...] ações cotidianas de efetivação de direitos”.⁶¹

Assim, a crítica criminológica baseada no garantismo, nesse quadro, pode ser capaz de, ao mesmo tempo, preservar a necessária vinculação aos direitos humanos e promover a desvinculação do direito penal às clássicas teorias retributivistas e preventivas negativas da pena.

Com base na crítica criminológica, assim, abrem-se as possibilidades para a construção da “melhor política criminal em um Estado de Direito”, que deve conciliar, da melhor forma possível, prevenção geral e a

policy. Nova York: Oxford University Press, 2005. p. 204.

55 SCHNEIDER, Anne; INGRAM, Helen. Policy Design. In: RABIN, Jack (Org.). *Encyclopedia of public administration and public policy*. Nova York: Oxford University Press, 2005. p. 207.

56 SUBIRATS, Joan. Definición del problema. Relevancia pública y formación de la agenda de actuación de los poderes públicos. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1. p. 208.

57 SUBIRATS, Joan. Definición del problema. Relevancia pública y formación de la agenda de actuación de los poderes públicos. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1. p. 208.

58 SUBIRATS, Joan. Definición del problema. Relevancia pública y formación de la agenda de actuación de los poderes públicos. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1. p. 209.

59 SUBIRATS, Joan. Definición del problema. Relevancia pública y formación de la agenda de actuación de los poderes públicos. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1. p. 210.

60 SUBIRATS, Joan. Definición del problema. Relevancia pública y formación de la agenda de actuación de los poderes públicos. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1. p. 215.

61 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101-103.

prevenção especial voltada à integração social e a limitação do poder punitivo.⁶²

Esses elementos limitadores são parte da política criminal no Estado de Direito. Se a legislação não permitir o desenvolvimento de uma política criminal correta e desejável, “[...] deve ser proposto ao legislador como um projeto de reforma”.⁶³ Uma política criminal razoável depende, assim, das repercussões sociais das medidas penais.⁶⁴

Durante a construção de uma política criminal, tanto no que concerne à formação da *agenda* quanto na fase de “implementação”, deve haver uma autolimitação ao poder punitivo estatal. No mesmo sentido, a *agenda* de uma política criminal deve partir de estudos especificamente voltados à criminalidade.

A missão do direito penal é a realização do controle social daquilo que é intolerável, contexto no qual as demais normas de preservação da estrutura social resultam insuficientes. A moderna política criminal, assim, volta-se ao Direito Penal mínimo, por meio da descriminalização de condutas sem reflexo social suficiente para se exigir a atuação penal.⁶⁵

É por isso que o debate sobre a política criminal sempre esteve vinculado aos campos do direito penal e da criminologia. Vários autores defendem que a política criminal e o direito penal devem ser exercitadas com base em um “modelo integrado” e, conseqüentemente, interdisciplinar.⁶⁶

A política criminal, apesar de ser “[...] a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização-descriminalização”, dependente do conhecimento empírico acerca da criminalidade, de seus níveis e de suas causas. Estas, porém, são objetos da Criminologia.⁶⁷

A criminologia fornece “[...] o substrato analítico do fenômeno criminal” aos operadores jurídico-penais. A política criminal transforma as análises e orientações da criminologia em opções e estratégias concretas. O direito penal converte “[...] o saber criminológico aplicado pela política criminal em normas.”⁶⁸

A formulação da *agenda* de uma política criminal passa, assim, pela observação dos estudos criminológicos, que serão transformados em planos de ação voltados à prevenção e ao combate à criminalidade, tendo em mente a ideia de autolimitação do poder punitivo para, em seguida, converter-se em medidas legislativas, administrativas e outras.

Entende Jorge de Figueiredo Dias que “[...] a dogmática penal somente pode evoluir ao levar em conta o trabalho criminológico e partindo da mediação político-criminal, voltada a esclarecer as finalidades e os efeitos esperados da aplicação do Direito penal”.⁶⁹

A “integração” entre criminologia e dogmática penal, mediada pela política criminal, segue a mesma lógica da construção das demais políticas públicas, ou seja: uma primeira fase, de construção da *agenda* político-criminal; e uma segunda fase, de “implementação”, que ocorrerá por intermédio da transformação dogmático-penal.

Acerca dessa “sistemática”, Franz Von Liszt⁷⁰ foi o primeiro a pensar nas interrelações entre as bases

62 ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Banch, 2000. p. 34.

63 ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Banch, 2000. p. 34.

64 ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Banch, 2000. p. 86-87.

65 SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo*: em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 140-158.

66 GUINDANI, Miriam Krenzinger A. Sistemas de Política Criminal: retórica garantista, intervenções simbólicas e controle social punitivo. *Cadernos CEDES/IUPERJ*, v. 01. p. 01-19, 2005. p. 10.

67 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 23.

68 GUINDANI, Miriam Krenzinger A. Sistemas de Política Criminal: retórica garantista, intervenções simbólicas e controle social punitivo. *Cadernos CEDES/IUPERJ*, v. 01, p. 01-19, 2005. p. 10.

69 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 23.

70 Sobre Franz Von Liszt: “Nasceu a 2 de Março de 1851 em Vienna. Coursou as universidades de Göttingen e Heidelberg. Habilitou-se em 1875 como *Privat-docent* de direito penal na universidade de Graz. Em 1879 foi admittido como professor de direito penal e de processo civil na universidade de Giessen e em 1882 na de Marburg; d’ahi passou em 1889 para a de Halle, como professor de

do direito criminal, em um modelo tripartido, que chamou de “ciência conjunta do direito penal” (*gesamte Strafrechtswissenschaft*)⁷¹, compreendendo a ciência direito penal, a criminologia e a política criminal.⁷²

A partir da cooperação entre as ciências, “[...] substituiu-se a ignorância mútua própria de *frères ennemis*”⁷³, resultando em soluções justas para os casos concretos, adequadas ao sistema jurídico-penal, que “[...] supõe a ‘penetração axiológica’ do problema penal, que, no campo da dogmática, tem de ser feita buscando-se valorações político-criminais”⁷⁴.

A crítica criminológica, no contexto do modelo de “ciência conjunta do direito penal” é, então, capaz de auxiliar na construção de uma política criminal voltada à (re)construção da dogmática penal de maneira a esclarecer as funções e os limites, bem como o âmbito, o nível e o grau de atuação do direito penal.

Isso porque a ciência penal integrada deve certificar-se “[...] das possibilidades de solução dos problemas pelo sistema jurídico-penal e demarcar os limites destas possibilidades”, pois “[...] defesa de exigências injustificadas ao Direito Penal por parte da Política Criminal” deve começar pela análise da capacidade do próprio sistema jurídico-penal.⁷⁵

Deve identificar, também, as funções simbólicas do sistema jurídico-penal e suas possibilidades de apresentação e resposta”. O desenvolver o direito de intervenção deve levar em conta os limites do direito penal e a “cooperação com seu meio”, para que, em longo prazo, o sistema jurídico-penal possa ser desobrigado das tarefas que não pode cumprir.⁷⁶

A “racionalização” desse direito de intervenção pode ser aplicada a todos os “grandes problemas modernos”, como: “[...] a corrupção; a dependência e o tráfico de drogas; a venda de produtos perigosos; o autoen-

direito penal e de direito internacional. Disputado, como Savigny, pelas universidades da Alemanha, não pôde aceitar os convites das de Bonn, Jena e Vienna. Juntamente com Dochow (substituído depois de sua morte por Lilienthal), fundou em 1881 a *Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft* para servir de órgão à nova direcção científica em opposição ao espirito e ás idéas capitães da escola classica, que então preponderava, ou antes dominava exclusivamente na Alemanha. Com os professores van Hamel de Amsterdam e Prins de Bruxellas, promoveu a fundação da União Internacional de Direito Penal, destinada, segundo rezam os seus estatutos, a estudar a criminalidade e a repressão tanto no ponto de vista social como no ponto de vista jurídico e a trabalhar pela adopção deste, concepção e de suas consequências na sciencia e na legislação penaes. A seus esforços se deve a fundação de um *Kriminalistisches Seminar* com riquíssima bibliotheca, em 1888, em Marburg, donde passou para Halle. Instituto destinado a estudos especiaes sobre o direito penal, a sua influencia benefica se revela pelos seus numerosos trabalhos publicados periodicamente em fascículos e que já formam grossos volumes. Extensa é a lista de suas obras. O seu tratado de Direito Penal, publicado pela primeira vez em 1881, teve 7 edições até 1895, sempre aperfeiçoadas pelo autor de modo a acompanhar o progresso da sciencia e a pôr o livro ao corrente da litteratura e da jurisprudencia. [...] Falecido a 21 de Junho de 1919, em Seeheim, Áustria”. PEREIRA, José Hygino Duarte. Prefácio. In: VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899. Tomo I. p. XXIX-XXX)

71 “O direito penal e a política criminal são sciencias do juríconsulto.[...] Só pela união e mutua influencia do direito penal e da política criminal completa-se a idéa da sciencia do direito penal (das *sciencs pénales*, como dizem os Francezes) Oríal-as, desenvolve-las, transmiti-las, é a missão do criminalista, não é missão do medico, do sociólogo, do estatístico. Desde que não actue o pensamento de que o direito penal e a política criminal são dous ramos do mesmo tronco, duas partes do mesmo todo, que se tocam, se cruzam e se frutificam, e que, sem essa relação de mutua dependência, se desnaturam, é inevitável a decadência do direito penal. Será o perfeito conhecimento do direito vigente em todas as suas ramificações, sem completa posse da technica da legislação, sem o rigoroso freio do raciocínio logico-jurídico, a política criminal degenera em um racionalismo estéril a fluctuar desorientado sobre as ondas. Por outro lado, o direito penal perde-se em um formalismo infecundo e estranho á vida, si não for penetrado e guiado pela convicção de que o crime não é somente um idéia, mas um facto do mundo dos sentidos, um facto gravíssimo na vida assim do individuo como da sociedade; que a pena não existe por amor delia mesma, mas tem o seu fundamento e o seu objectivo na protecção de interesses humanos. Sem uma sciencia do direito penal voltada para a vida e ao mesmo tempo adstricta ao rigor das formas, a legislação penal converte-se em um jogo das opiniões do dia não apuradas, e a administração da justiça em um officio exercido com tédio. E somente da sciencia que o direito penal e a administração da justiça recebem a força vivificadora”. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899. Tomo I. p. 105.

72 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 24.

73 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 29.

74 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 35

75 HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista Eletrônica De Direitos Humanos e Política Criminal*, n. 2, p. 1-16, abr. 2008. p. 12-13.

76 HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista Eletrônica De Direitos Humanos e Política Criminal*, n. 2, p. 1-16, abr. 2008. p. 14.

cobrimento organizado, a crescente disposição à violência; e a criminalidade de crianças e adolescentes”.⁷⁷

Tendo em vista o fato de a política criminal não estar imune aos influxos político-partidários que contam a formulação de qualquer política pública no Brasil, não seria recomendável deixar a dogmática penal ao sabor das inconstâncias do Legislativo, da Jurisprudência e da Doutrina Penal.

Como afirmou Claus Roxin, um sistema fechado se afasta da efetiva solução dos problemas jurídico-penais, pois “[...] isola a dogmática, por um lado, das decisões valorativas político-criminais, e por outro, da realidade social, ao invés de abrir-lhes os caminhos até elas”.⁷⁸

Nesse sentido, o penalista germânico indaga: “De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que, apesar de sua linda clareza e uniformidade, é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável no sistema?”.⁷⁹⁻⁸⁰

Uma dogmática penal distante da realidade exposta pela Criminologia torna-se estanque, divorciada das constantes modificações que impõem a (re)construção das políticas públicas em geral. Um modelo integrado entre as ciências penais, contudo, é capaz, ao menos, de amenizar essa situação de descompasso com as demandas sociais.

O Direito Penal se abre para um sistema que se refaz a cada dia. A dogmática é constantemente confrontada com novos problemas, ou com antigos problemas revisitados, “[...] à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da funcionalidade e da racionalidade do sistema, reclamam novas soluções”.⁸¹

A política criminal serve de “padrão crítico” sobre os limites e a legitimação do direito posto e “futuro”. Oferece critérios decisivos de determinação sobre os limites da punibilidade⁸². A elaboração de uma política criminal faz com que a dogmática penal se submeta, obrigatoriamente, à crítica criminológica, voltada ao seu aprimoramento.

Nesse mesmo sentido, a “unidade sistemática” que se estabelece entre a política criminal e o direito penal, derivada do modelo de “ciência conjunta do direito penal”, corresponde “[...] ao cumprimento de uma tarefa que é colocado a todas as esferas de nossa ordem jurídica”.⁸³

O direito penal se torna a forma por meio da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o “modo da vigência jurídica”.⁸⁴ Assim, o divórcio entre construção a dogmática e os acertos político-criminais é uma impossibilidade. Não se pode “[...] jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro”.⁸⁵

Essa transformação dos conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em normas jurídico-penais (“*de lex lata* ou *de lege ferenda*”), “[...] é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto”.⁸⁶

Assim, do mesmo modo que as demais políticas públicas, a política criminal se realiza em duas etapas

77 HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista Eletrônica De Direitos Humanos e Política Criminal*, n. 2, p. 1-16, abr. 2008. p. 14.

78 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

79 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

80 “A política criminal exige, em geral, que a pena, como meio, seja adequada ao fim (§ 12), isto é, seja determinada quanto ao gênero e à medida segundo a natureza do delinquente, a quem inflige um mal (lesa-os seus bens jurídicos - a vida, a liberdade, a honra e o patrimônio) para impedir que no futuro ele cometa novos crimes. Nesta exigência encontra-se, de um lado, o seguro critério para a crítica do direito vigente, e, do outro lado, o ponto de partida para o desenvolvimento do programma da legislação futura”. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899. Tomo I. p. 113.

81 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 40.

82 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 42.

83 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23.

84 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82.

85 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82.

86 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82.

separadas: uma fase de coleta de informes; e a implementação de efetivas estratégias para o combate à criminalidade⁸⁷, que podem se corporificar em medidas legislativas, administrativas ou de outras espécies.

Na primeira fase, são recolhidos os dados criminológicos (e dos demais “ramos informadores”) sobre a origem e o funcionamento da atividade criminosa, bem como de áreas “sociais”, como administrativa, economia e educação, de modo a obter elementos acerca da estrutura das instituições socioadministrativas na atuação e prevenção/repressão do crime.⁸⁸

O pressuposto científico retirado da Criminologia e das demais ciências que analisam a realidade social oferecerá as opções teóricas voltadas à solução da criminalidade; já a realidade “fática” deve indicar qual seria a solução mais apropriada dentre as várias possíveis.⁸⁹

Na segunda fase, iniciam-se as escolhas sobre o melhor meio dentre os existentes e os propostos para implementação da política criminal com os menores custos sociais, econômicos, políticos e jurídicos, de modo a encontrar “[...] a melhor consecução do bem-estar social”.⁹⁰

A política criminal, assim como qualquer política pública, não pode estar voltada à “[...] defesa dos interesses das classes detentoras do poder”. Não pode ser um instrumento de realização do poder político voltado à eliminação da resistência ideológica ou à proteção de bens jurídicos dos quais é detentora, “[...] em detrimento da maioria”.⁹¹

Uma legislação criminal (re)formulada a partir de uma política criminal construída sobre bases criminológicas é, dessa maneira, determinante para a evolução da dogmática jurídico-penal como um todo, por fazer com que se desvencilhe de questões político-partidárias, retributivistas e recrudescentes.

Nesse sentido, o sistema garantista, ao ser utilizado na “diagnose criminológica” (correspondente à primeira fase da construção da *agenda* da política criminal), volta-se à destituição das instituições jurídico-penais da “exclusividade de direitos”, possibilitando um “giro copernicano” nas teorias da pena e substituindo a noção clássica do “direito de punir”.⁹²

A crítica sociológico-criminológica “alerta” as instituições legitimadas acerca das necessidades específicas de (re)construção das instituições penais, que devem ser entronizadas no momento da construção da *agenda* da política criminal que, por sua vez, poderá nortear a evolução da dogmática penal.

Observe-se que o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária determina que a política criminal seja normatizada, regulando a atuação das esferas de governo e dos poderes, competências, objetivos, papéis, responsabilidades, recursos, obrigações, dividindo riscos, oportunidades e estabelecendo formas de revisão, avaliação e monitoramento.⁹³

A prevenção e o combate à criminalidade são demandas sociais que, assim como todas as demais, clamam pela formulação de uma *agenda*. A partir do modelo de “ciência conjunta do direito penal”, aprimora-se

87 MORAES, Maurício Zaoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006. p. 413.

88 MORAES, Maurício Zaoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006. p. 413.

89 MORAES, Maurício Zaoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006. p. 414.

90 MORAES, Maurício Zaoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006. p. 413.

91 MORAES, Maurício Zaoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006. p. 413.

92 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103-115.

93 “Demandas: a) Institucionalização formal da política criminal e penitenciária por meio de norma que regule a atuação das diversas esferas de governo e poderes envolvidos, que defina de forma clara as competências, objetivos, papéis, responsabilidades, recursos e obrigações de todos os envolvidos. A norma deve também identificar e dividir riscos e oportunidades, bem como estabelecer formas de revisão, avaliação e monitoramento da política”. BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. p. 7.

a construção da política criminal, e, conseqüentemente, da dogmática jurídico-penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda não há um conceito único sobre as “políticas públicas”. Há, porém, bases conceituais comuns, especialmente no que concerne à sua “construção”. Até mesmo por serem “políticas”, é possível que fatores políticos possam influenciar as escolhas públicas, especialmente no Brasil.

A política criminal nasce, se concretiza e sofre os mesmos influxos de uma política pública “comum”, com algumas idiosincrasias. Há várias “espécies” de políticas públicas cujas diferenças são meramente ideológicas. É necessário buscar uma definição mais específica para o que seria a política criminal.

A política criminal também faz parte do planejamento estatal e, como as políticas públicas em geral, são forma de intervenção do Estado. É, também, indispensável ao seu desenvolvimento, especialmente no Brasil, caracterizado por uma modernidade “tardia” ou “periférica”.

O Estado intervém para modificar a sociedade, hodiernamente, com base em políticas públicas e, também por meio da política criminal. No Brasil, porém, o “populismo penal” contamina a *agenda* da política criminal, recrudescendo penas em detrimento do aprimoramento de outras políticas públicas.

A *agenda* da política criminal deve, assim, levar em conta outros fatores no que concerne à sua construção e concretização. Não apenas as demandas sociais devem ser consideradas na formulação dessas políticas, até porque se trata de um processo “político” em sentido estrito.

A *agenda* corresponde à primeira fase da construção de uma política pública. Durante a construção de uma política criminal, porém, deve haver uma autocontenção do poder punitivo estatal. A *agenda* de uma política criminal deve se originar de estudos voltados às questões penais.

A formulação da *agenda* de uma política criminal passa pela observação de estudos criminológicos, que serão transformados em planos de ação que, em seguida, poderão se converter em medidas concretas. A “integração” entre criminologia e dogmática penal, mediada pela política criminal segue a lógica das demais políticas públicas.

A política criminal não está imune aos influxos político-partidários, tampouco às inconstâncias do Legislativo, da jurisprudência e da doutrina. Ocorre que a dogmática penal distante da realidade criminológica se torna estanque, divorciada das modificações que impõem a (re)construção das políticas públicas.

Nesse sentido, o modelo integrado das ciências penais é capaz de amenizar o descompasso com as demandas sociais. A elaboração da política criminal faz com que a dogmática penal se submeta à crítica criminológica que pode, por seu intermédio, transformar-se em medidas legislativas, administrativas ou de outras espécies.

A legislação criminal (re)construída pela política criminal fundada na criminologia é determinante na evolução da dogmática penal. A prevenção e o combate à criminalidade, enquanto demanda social, a partir do modelo de “ciência conjunta do direito penal”, aprimora a construção da política criminal e, conseqüentemente, a própria dogmática penal.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea*. 1996. Tese (Doutorado) - Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.
- BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad e la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto (Org.). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 152-167. (Colección: Memoria Criminológica, 1)
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BIRKLAND, Thomas. Models of the Policy Process. In: RABIN, Jack (Org.). *Encyclopedia of public administration and public policy*. Nova York: Oxford University Press, 2005. p. 188-191.
- BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, ano 86, n. 737, p. 39-48, mar. 1997.
- COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2015.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas da política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- DYE, Thomas. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009. p. 99-128.
- ELBERT, Carlos Alberto (Org.). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. (Colección: Memoria Criminológica, 1)
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FREIRE, Moema Dutra. Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 3, n. 5, p. 100-114, ago./set. 2009.
- FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v. 21, p. 211-259, 2000.
- GALVÃO, Fernando. *Política criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Saberes Monográficos)
- GUINDANI, Miriam Krenzinger A. Sistemas de Política Criminal: retórica garantista, intervenções simbólicas e controle social punitivo. *Cadernos CEDES/IUPERJ*, v. 1, p. 01-19, 2005.
- HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista Eletrônica De Direitos Humanos e Política Criminal*, n. 2, p. 1-16, abr. 2008.

- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989.
- HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009.
- HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos CEDES*, ano 21, n. 55, p. 30-41, nov. 2001.
- MORAES, Maurício Zaoide de. Política criminal, Constituição e processo penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006.
- MULLER, Pierre. *Las políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- PEREIRA, José Hygino Duarte. Prefácio. In: VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899. Tomo I. p. XXIX-LXXXIV.
- RABIN, Jack (Org.). *Encyclopedia of public administration and public policy*. Nova York: Oxford University Press, 2005.
- ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Banch, 2000.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo: em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidade e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 53-57, 2002.
- SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1. p. 21-43.
- SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1.
- SCHNEIDER, Anne; INGRAM, Helen. Policy Design. In: RABIN, Jack (Org.). *Encyclopedia of public administration and public policy*. Nova York: Oxford University Press, 2005. p. 204-208.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Banch, 2000. p. 95-111.
- SMITH, Kevin; LARIMER, Christopher. *The public policy theory primer*. Boulder: Westview Press, 2009.
- SUBIRATS, Joan. Definición del problema. Relevancia pública y formación de la agenda de actuación de los poderes públicos. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1. p. 199-219.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899. Tomo I.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Trial without undue delay: a promise unfulfilled in international criminal courts

Julgamento sem atraso indevido: a promessa não cumprida pelos tribunais criminais internacionais

Cynthia Cline

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Trial without undue delay: a promise unfulfilled in international criminal courts*

Julgamento sem atraso indevido: a promessa não cumprida pelos tribunais criminais internacionais

Cynthia Cline**

ABSTRACT

The right to a trial without undue delay is guaranteed using identical language in the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), the statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). All three mirror the guarantee in the International Convention for Civil and Political Rights that all persons charged with crimes are entitled “to be tried without undue delay”. This paper will examine the reason for a right to a trial without undue delay and its origin in national and international law. It also will show how these national guarantees serve as the basis of the international law guarantee of trial without undue delay and how that guarantee has played out in the international courts. Finally, this paper will examine reasons why the right of trial without undue delay arguably has been ignored and/or violated in the ICTY, the ICTR and the ICC due to long delays in completing the cases.

Keywords: Trial without undue delay. Speedy trial. International Convention on Civil and Political Rights. International Tribunals.

RESUMO

O direito a um julgamento sem atrasos indevidos é garantido usando-se linguagem idêntica no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), nos estatutos do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPIJ) e no Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Todos os três espelham a garantia na Convenção Internacional para os Direitos Civis e Políticos de que todas as pessoas acusadas de crimes têm o direito de “ser julgadas sem atrasos indevidos”. Esse artigo examinará a razão do direito a um julgamento sem demora indevida e sua origem no direito nacional e internacional. Também mostrará como essas garantias nacionais servem de base para a garantia internacional do julgamento sem atrasos indevidos e como essa garantia tem sido desempenhada nos tribunais internacionais. Finalmente, este artigo examinará as razões pelas quais o direito do julgamento sem demora indevida foi ignorado e / ou violado no ICTY, no ICTR e no ICC devido a longos atrasos na conclusão dos casos.

* Recebido em 17/02/2018
Aprovado em 13/04/2018

** Ms. Cline is a graduate of Middle Tennessee State University and Oklahoma City University School of Law. She currently is a candidate for a Masters in Law at American University in Washington, D.C. She has been a criminal defense lawyer for more than 20 years and was on the defense teams for Hazim Delic at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and for Prosper Mugiraneza and Tharcisse Muvunyi at the International Criminal Tribunal for Rwanda. She also is admitted to practice before the International Criminal Court and the Special Tribunal for Lebanon. Email: cyncline@aol.com

Palavras-chave: Julgamento sem atraso indevido. julgamento rápido. Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Tribunais Internacionais.

1. INTRODUCTION

To Justin Mugenzi and Prosper Mugiraneza, the guarantee of trial without undue delay must seem hollow. Each was confined by the ICTR for about 14 years before being acquitted of all charges ranging from genocide to rape and murder. Mugiraneza and Mugenzi were not the only *ad hoc* tribunal defendants who spent more than a decade in pretrial detention before their cases were resolved. Theoneste Bagasora was in custody almost 15 years between his initial appearance at the ICTR and the decision on his appeal.¹ Joseph Kanyabash was in ICTR custody for almost 20 years before his appeal was resolved. He served almost all of a 20-year sentence in pretrial detention.

At the ICC, apparently only two cases have been to trial and appeals completed. One defendant, Germain Katanga, was arrested in October 2007. He was sentenced in May 2014. Both the prosecution and Katanga dismissed their appeals the following month. Thomas Lubanga Dyilo was arrested in March 2006. His trial ran from January 2009 through July 2012. His 14-year sentence was affirmed on appeal in December 2014, more than eight years after his arrest. Joseph Kanyabash was in ICTR custody for almost 20 years before his appeal was resolved. He served almost all of a 20-year sentence in pretrial detention.

The situation was similar at the ICTY. For example, six defendants in the *Prlic* case were in custody from 2004 through 2017 – about 13 years – before their appeals were decided. Two other ICTY co-defendants, Jovica Stanisic and Franko Simatovic, waited from their initial appearances in June 2003 through December 2015 – more than 12 years – for their cases to be completed.²

Former Croatian Defense Council fighter Vlatko Kupreskic, who was acquitted of all charges, recently was quoted as saying he cannot fathom why he spent almost a half decade in detention before his acquittal. “They never even said, sorry,” he is quoted as saying.³

At the ICC, apparently only two cases have been to trial and appeals completed. One defendant, Germain Katanga, was arrested in October 2007. He was sentenced in May 2014. Both the prosecution and Katanga dismissed their appeals the following month. Thomas Lubanga Dyilo was arrested in March 2006. His trial ran from January 2009 through July 2012. His 14-year sentence was affirmed on appeal in December 2014, more than eight years after his arrest.

1 He was sentenced to 35 years incarceration.

2 These times are taken from reports of the International Criminal Tribunal for Rwanda and International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Security Council. See Report of the completion of the mandate of the International Criminal Tribunal for Rwanda as at 15 November 2015, U.N. Doc. S/2015/884 (2015) Report of the completion of the mandate of the International Criminal Tribunal for Rwanda as at 15 November 2015, U.N. Doc. S/2015/884 (2015) and Assessment and Report of Judge Carmel Agius, President of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, provided to the Security Council pursuant to paragraph 6 of Security Council resolution 1534 (2004), U.N. Doc. S/2017/1001 (2017). Assessment and Report of Judge Carmel Agius, President of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, provided to the Security Council pursuant to paragraph 6 of Security Council resolution 1534 (2004), U.N. Doc. S/2017/1001 (2017). The charts in the two reports will be consolidated and included herein as Tables A and B.

3 His initial appearance at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia was in January 1998. The Appeal Chamber’s judgment acquitting him was handed down October 23, 2001, three years, 10 months after his initial appearance. BALKAN TRANSITIONAL JUSTICE. *War crimes convicts: hague tribunal was a ‘political court’*. Available at: <<http://www.balkaninsight.com/en/article/war-crimes-convicts-hague-tribunal-was-a-political-court-12-19-2017>>.

2. THE RIGHT TO SPEEDY TRIAL: ITS ORIGINS

2.1. Origins of the right

The right to a speedy trial or trial without undue delay at common law can be traced to Henry II and the Assize of Clarendon in 1166. It included the following guarantee of speedy trial:

4. And when a robber or murderer or thief or the receivers of them be arrested through the aforesaid oath, if the justices are not to come quite soon into the county where the arrests have been made, let the sheriffs send word by some intelligent man to one of the nearer justices that such men have been taken; and the justices shall send back word to the sheriffs where they wish to have the men brought before them; and the sheriffs shall bring them before the justices; and also they shall bring with them from the hundred and the vill where the arrests have been made two lawful men to carry the record of the county and hundred as to why the men were arrested, and there before the justices let them make their law.⁴

A half century later, the right was enshrined in the Magna Carta as provision 40, which reads in full: “To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice.”⁵

In 1776, the right to a speedy trial was included in the Virginia Declaration of Rights. It reads: VIII That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty, nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgement of his peers.⁶

This and other guarantees in the Declaration of Rights were influential in what eventually became the United States Bill of Rights, the first 10 amendments to the U.S. Constitution. For example, Article VIII of the Declaration of rights mirrors the Sixth Amendment rights to speedy trial, trial by jury, confrontation, the right to be informed of the charges and the right of compulsory process.⁷ It also includes the Fifth Amendment right against self incrimination and the right to due process before being deprived of liberty.⁸ With minor stylistic changes, the Declaration of Rights is almost verbatim the Eighth Amendment rights against excessive fines and bail and cruel and unusual punishments.⁹

The right to a trial without undue delay of course is not limited to the United States of America. Numerous other states have found such a right. In general, states use one of two analyses of the right to a speedy trial. Some, such as the United States, create a separate, free standing right to a speedy trial. Others look at delays in trial as an adjunct to the right to a fair trial. The difference is crucial to the determination of whether the accused has been deprived of his rights.¹⁰

In jurisdictions in which there is no independent right to a speedy trial or to one without undue delay,

4 Quoted by the Constitution Society. CONSTITUTION SOCIETY. *Assize of Clarendon*: 1166. Available at: <<http://www.constitution.org/eng/assizcla.htm>>.

5 Quoted by the Constitution Society. CONSTITUTION SOCIETY. *The magna carta: the great charter*. Available at: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>>.

6 THE AVALON PROJECT DOCUMENTS IN LAW, HISTORY AND DIPLOMACY. *Virginia declaration of rights*. Available at: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/virginia.asp>.

7 U.S. Constitution, Amend. VI. U.S. Constitution, Amend. VI.

8 U.S. Constitution, Amend. V. U.S. Constitution, Amend. V.

9 Compare, Declaration of Rights Article IX, “That excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed; nor cruel and unusual punishments inflicted,” with the Eighth Amendment, “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted,” U.S. Constitution, Amend. VIII. U.S. Constitution, Amend. VIII.

10 See *Sookermany v. Director of Public Prosecutions*, 1 BHRC 348 (Trinidad and Tobago Ct. App. 1996). Chief Justice De La Bastide’s opinion in *Sookermany* contains a good discussion in the difference in treatment between states with an independent right to speedy trial and those common law jurisdictions in which the right to a speedy trial or a trial without undue delay is based on the individual’s general right to a fair trial.

it is common to ask only whether delays caused the trial to be fundamentally unfair. In such circumstances, the trial court may either permanently stay the trial or instruct the jury (in some common law jurisdictions) as to any matter favorable to the accused due to the delay. An example is *Director of Public Prosecutions v. Tokai*,¹¹ case arising in Trinidad and Tobago. In states with an independent right to speedy trial, the right may be violated even if it still is possible for a defendant to get a fair trial.

2.2. States with an independent right to speedy trial

In jurisdictions with a specific right to speedy trial or trial without undue delay, the analysis normally centers on whether the accused has been deprived of *that* right. If so, the indictment can be dismissed or the trial permanently stayed. An example is *P.M. v. District Judge*¹², where the Supreme Court of Ireland permanently stayed a sexual abuse of a child prosecution based on delays both before the formal charge and the between the filing of charges and the trial itself. The Court held that even where the delay did not prejudice the accused's right to fair trial, an order enjoining further prosecution was appropriate based on the unnecessary stress and anxiety on the accused due to the inordinate delay of trial.

The District Court of New Zealand used a similar analysis to permanently stay a sex abuse trial in *R. v. Churches*,¹³ where a trial was barred based solely on delays in the investigation caused by police inaction. In *Martin v. Tauranga District Court*,¹⁴ the High Court made it clear that the right to a speedy trial was independent of the right to a fair trial. Of importance to the analysis was the High Court's reliance on the guarantee of trial without undue delay in the International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR), the guarantee imported verbatim into the ICC, ICTY and ICTR statutes.

While recognizing the interest of society in the trial of persons accused of crimes, the Court's analysis centered on the right of the accused guaranteed both by New Zealand's bill of rights and the ICCPR. The Court held that when a trial is delayed beyond the normal time for such cases to be disposed of – and a shorter time if the accused is in custody – the prosecutor has the burden of showing that the delays are not “undue delays.” The Court also held that cases could be dismissed or trials permanently stayed based on what it called institutional or systemic delays, that is, delays cause by neither the accused nor the prosecution but inherent in the system. In determining whether institutional delay is “undue,” the Court would look to the time periods in similar courts. Delay is not undue if it is caused by the actions of the accused or if he waives the right. However, the prosecutor bears the burden of proving that those delays are caused by or consented to by the accused. The fact that an accused fails to make a contemporaneous complaint about delays does not raise the presumption of waiver.

In some jurisdictions, there is a statutory rather than constitutional right to speedy trial. For example, in Scotland § 101 of the Criminal Procedure Act of 1975 sets a 110-day limit between the time a person is incarcerated on a charge and the completion of the trial. In the absence of exceptional circumstances not the fault of the prosecutor, if the trial is not completed within 110 days of incarceration, the accused is freed and the charges against him permanently dismissed. The Scottish courts apply this rule strictly. In *H.M. Advocate v. McTavish*,¹⁵ the High Court of Justiciary refused to extend the time limit when the prosecutor asked for an extension of time to complete laboratory testing to determine if more serious charges could be filed against the accused.¹⁶

11 *Director of Public Prosecutions v. Tokai* [1996] A.C. 856 (P.C.).

12 *P.M. v. District Judge* [2002] 2 I.R. 560. *P.M. v. District Judge* [2002] 2 I.R. 560.

13 *R. v. Churches*, [2001] D.C.R. 581. *R. v. Churches*, [2001] D.C.R. 581.

14 *Martin v. Tauranga District Court* [1995] 1N. Z.L.R. 491

15 *H.M. Advocate v. McTavish*, [1974] SLT 246

16 The *McTavish* Court applied a predecessor statute, § 43 of the Criminal Procedure Actm (Scotland) 1887. It is effectively identical to the current statute.

2.3. The Right as Part of a Fair Trial Guarantee

In jurisdictions in which there is no independent right to a speedy trial or one without undue delay, it is common to ask only whether delays caused the trial to be fundamentally unfair. In such circumstances, the trial court may either permanently stay the trial or instruct the jury (in some common law jurisdictions) as to any matter favorable to the accused due to the delay. An example is *Director of Public Prosecutions v. Tokai*, a case arising in Trinidad and Tobago. In South Africa the right to a speedy trial is one of a number of rights associated with fair trials.¹⁷ In South Africa the legal analysis is a balancing of the interests of the accused and of society. Overall, states analyzing speedy trial as an adjunct to a fair trial require a showing that a trial would be fundamentally unfair in order to trigger relief due to denial of a speedy trial.

The Scottish High Court of the Justiciary explained the analysis as follows:

The right to a trial within a reasonable time figures in many constitutions and declarations of rights. Frequently, as in art 6 [of the European Convention on Human Rights], it figures alongside rights to a fair trial and an independent tribunal. However, the right to a trial within a reasonable time is a right of a somewhat different character from the other two rights, for the reasons explained by Justice Powell in his frequently quoted opinion in **Barker v Wingo**. Justice Powell observed that the right to a speedy trial is generically different from any other rights enshrined in the United States Constitution for the protection of the accused. He pointed out, first, that there is a societal interest in providing a speedy trial which exists separate from, and at times in opposition to the interests of the accused: and secondly that deprivation of the right could work to the accused's advantage and did not per se prejudice the accused's ability to defend himself. He continued: "Finally, and perhaps most importantly, the right to speedy trial is a more vague concept than other procedural rights. It is, for example, impossible to determine with precision when the right has been denied. We cannot definitely say how long is too long in a system where justice is supposed to be swift but deliberate. As a consequence, there is no fixed point in the criminal process when the State can put the defendant to the choice of either exercising or waiving the right to a speedy trial ... Thus, as we recognized in *Beavers v Haubert*, any inquiry into a speedy trial claim necessitates a functional analysis of the right in the particular context of the case: ... 'The right of a speedy trial is necessarily relative. It is consistent with delays and depends upon circumstances. It secures rights to a defendant. It does not preclude the rights of public justice'. The amorphous quality of the right also leads to the unsatisfactorily severe remedy of dismissal of the indictment when the right has been deprived. This is indeed a serious consequence because it means that a defendant who may be guilty of a serious crime will go free, without having been tried. Such a remedy is more serious than an exclusionary rule or a reversal for a new trial, but it is the only possible remedy.

The view that discontinuance of the prosecution is the only possible remedy is, as I understand the position, derived from the particular provisions of the United States Constitution and is not necessarily to be taken as a general observation to be applied in relation to other constitutional instruments or declarations of rights. Justice Powell continued by discussing the appropriate approach to determining whether the right had been infringed. He rejected some suggested rigid rules and favoured a balancing test in which the conduct of both the prosecution and the defendant should be weighed. For the present purpose, I do not think that it is necessary to repeat what was said about the considerations which may be relevant in applying the test.

There are thus two features of the right to trial within a reasonable time which may lead to difficulties and sometimes to unsatisfactory results in attempting to apply it, namely (1) that it is impossible to specify precisely what is a reasonable time and (2) that if the only remedy for a breach of the right is discontinuance of the prosecution, that may be unsatisfactorily severe from the public point of view. The difficulties are illustrated by the three, again very well known, decisions of the Judicial Committee of the Privy Council in **Bell v DPP of Jamaica**, **Darmalingum v The State** and *Flowers v The Queen*. In **Darmalingum**, it was held that the only possible remedy, on the terms of the particular constitutional instrument involved and all the facts of the case, was discontinuance of the prosecution. In **Bell** and in **Flowers**, a different result was reached. I do not think that it would really be helpful for the present purpose to attempt to analyse either the facts or the speeches in these cases in detail. There

17 Sanderson v. Attorney General, 3 BKRC 647 (S.A. Const. Ct. 1997)

is, I think, no doubt that if there has been such delay as to cause material prejudice to the fairness of any trial, the prosecution cannot proceed. Similarly, there would, I suppose, be no dispute that there may be cases in which delay has been so prolonged that it would be outrageous to allow criminal charges to proceed and discontinuance is the only remedy which can reasonably be regarded as appropriate, whatever general approach is being applied. **Darmalingum** might perhaps be regarded as a case of that kind. As regards the other two decisions, it is, in my view, sufficient to note that different results may easily be seen to be appropriate in different circumstances. What Justice Powell described as the “slippery character” of the right is also illustrated by the decision of the New Zealand Court of Appeal in **Martin v Tauranga District Council** in which a variety of opinions were expressed about the appropriate remedy, although it can perhaps be said that the majority tended to favour the view that discontinuance was not the only remedy for a breach.¹⁸

In that case, Lord Coulsfield was construing the application of the guarantee in Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights and how they are applied to Scotland under legislation adopting the convention as national law.¹⁹

The House of Lords, like the Scottish court, views the right to a speedy trial under the convention and United Kingdom law as part of a package of fair trial rights. Deprivation of the right to a speedy trial does not necessarily result in the deprivation of a fair trial. The House of Lords wrote:

[T]here is a right to a fair and public hearing; a right to a hearing within a reasonable time; a right to a hearing by an independent and impartial tribunal established by law; and (less often referred to) a right to the public pronouncement of judgment. It does not follow that the consequences of a breach, or a threatened or prospective breach, of each of these rights is necessarily the same.

It is accepted as “axiomatic” that a person charged with having committed a criminal offence should receive a fair trial and that, if he cannot be tried fairly for that offence, he should not be tried for it at all”.

In such a case the court must stay the proceedings. But this will not be the appropriate course if the apprehended unfairness can be cured by exercise of the trial judge’s discretion within the trial process. Neither of these cases was based on the Convention, but neither is in any way discordant with the Convention jurisprudence. If it is established, after the event, that a trial was unfair, any resulting conviction will be quashed. This is what domestic law requires, and what the Convention requires.²⁰

2.4. The United States of America

The United States’ constitutional guarantee of a speedy trial differs from other states in several important ways, the most important being that it centers on the period between indictment or arrest and conviction. There is no U.S. right of a speedy appeal as is common in other jurisdictions.

The leading U.S. case on speedy trial is *Barker v. Wingo*.²¹ *Barker* is notable for several reasons. First, it uses a balancing test to lay the blame for the delay on the prosecution or the defendant. Second, it recognizes that dismissal of charges is the only possible remedy for a deprivation of the right. Third, the Court listed the major reasons for the right to a speedy trial. The Court identified three interests protected by the right to a speedy trial:

(i) to prevent oppressive pretrial incarceration; (ii) to minimize anxiety and concern of the accused; and (iii) to limit the possibility that the defense will be impaired. Of these, the most serious is the last, because the inability of a defendant adequately to prepare his case skews the fairness of the entire

18 *HM Advocate v. R* [2002] S.L.T. 834; *HM Advocate v. R* [2002] S.L.T. 834, 837-38 (internal citations omitted).

19 The article reads in relevant part: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

20 *Attorney General’s Reference (No. 2 of 2001)* [2004] 1 Cr. App. R. 25; *Attorney General’s Reference (No. 2 of 2001)* [2004] 1 Cr. App. R. 25, paras. 13-14 (H.L.) (internal citations omitted).

21 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972).

system. If witnesses die or disappear during a delay, the prejudice is obvious. There is also prejudice if defense witnesses are unable to recall accurately events of the distant past. Loss of memory, however, is not always reflected in the record because what has been forgotten can rarely be shown.²²

The Court rejected both a set time period in which a trial must commence and that the defendant demand a speedy trial.²³ Instead, the Court set four factors to be balanced to determine if a defendant's right to speedy trial was violated: 1) length of the delay;²⁴ 2) the reasons the government gives to justify the delay;²⁵ 3) the defendant's assertion of the right to speedy trial;²⁶ and 4) prejudice to the defendant.²⁷

Generally, a delay approaching a year is sufficient to trigger a speedy trial claim and prejudice is presumed, *Doggett v. United States*.²⁸ The longer the delay, the greater the presumption of prejudice. *Id.* And, while the right to speedy trial does not accrue until a person is arrested or indicted, *United States v. McDonald*,²⁹ the government has a duty to arrest the defendant and bring him to trial once he is indicted or charged. *United States v. Cardona*.³⁰ So, if the government holds back on arresting the defendant to gain a tactical advantage, the pre-arrest delay weighs heavily against the government. Conversely, if the defendant is actively hiding and evading arrest, the delay weighs heavily against the defendant.

One factor especially relevant to trials before the ICC, the ICTY and ICTR is the availability of resources for the prosecution to try the accused. As will be shown, *infra*, the tribunals had significant shortfalls in resources such as courtroom space and the number of available judges.

In *Strunk v. United States*³¹ and *Barker v. Wingo*, the Court held lack of resources – in *Strunk*, appropriations to hire sufficient prosecutors – was a factor weighing against the government. In *Barker v. Wingo*, the Court wrote:

A more neutral reason such as negligence or overcrowded courts should be weighted less heavily but nevertheless should be considered since the ultimate responsibility for such circumstances must rest with the government rather than with the defendant.³²

The Sixth Amendment right to speedy trial centers on protecting the defendant from the prejudices and harms set out in *Barker v. Wingo*. A person may be entitled to a dismissal for violation of the Sixth Amendment right to speedy trial even though he could still receive a fair trial. This is the opposite of the view in jurisdictions such as the United Kingdom.

Additionally, the *Barker v. Wingo* analysis does not consider the interests of the government and the public in having criminal charges decided following a full trial. Stated simply, the Speedy Trial Clause of the Sixth Amendment can result in the freeing of a factually guilty person simply due to delay. A perfect example is *Cardona*. He was convicted of a drug conspiracy following a jury trial³³ yet in considering his appeal based on denial of speedy trial, the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit held that based on his demand for a speedy trial after an unexplained five-year delay between indictment and arrest,³⁴

22 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), at 532.

23 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), at 529-30.

24 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), at 530-31.

25 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), at 531.

26 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), at 531-32.

27 *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), at 532.

28 *Doggett v. United States*, 505 U.S. 647 (1992).

29 *United States v. McDonald*, 456 U.S. 1 (1982).

30 *United States v. Cardona*, 302 F.3d 494 (5th Cir. 2002).

31 *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973)

32 *Strunk*, 407 U.S., at 531.

33 *Cardona*, 302 F.3d, at 496.

34 The government filed a memorandum detailing its attempts to arrest Cardona but, in the words of the Fifth Circuit, “did not support its memorandum with a shred of evidence either then or at the later hearing.” *Cardona*, 302 F.3d, at 497. If the government had shown diligence in attempting to arrest him, Cardona would have do shown actual prejudice rather than relying on a presumption. *Cardona*, 302 F.3d, at 497.

the government had the burden of showing a lack of prejudice.³⁵

While *Cardona* is an outlier due to the government's failure to present apparently available evidence of attempts to arrest Cardona, it is an example of how the U.S. right to speedy trial can benefit a defendant who did not show he was actually prejudiced even by lengthy pretrial incarceration.³⁶ His guilt or innocence was not a factor in the appellate court's analysis and in fact was mentioned only when the opinion stated he was convicted after a jury trial.

3. NON-TRIBUNAL INTERNATIONAL JURISPRUDENCE

In this section, I will review jurisprudence from the two major and influential international bodies protecting human rights, the Human Rights Committee of the United Nations and the European Court of Human Rights. In 1966, the United Nations General Assembly adopted an optional protocol to the ICCPR establishing a Human Rights Committee to evaluate violations of the convention raised by individuals. The protocol went into effect in 1976.³⁷

3.1. The human rights committee

The Human Rights Committee sets out its interpretation of the right of the convention in two ways. First, it issues "General Comments" on a variety of topics related to the ICCPR. Second, it decides individual cases.

3.1.1. General comment 32 and speedy trial

General Comment 32 gives the committee's views on Article 14 of the ICCPR's guarantees of fair trial³⁸ and the right to equality before the courts.³⁹ The comment first notes Article 14 contains "guarantees that States parties must respect, regardless of their legal traditions and their domestic law."⁴⁰ The general comment discusses the right to trial without undue delay in a single paragraph, which reads:

35 *Cardona*, 302 F.3d, at 499.

36 *Cardona* was indicted on April 23, 1995, but not arrested until October 28, 2000. He moved to dismiss on speedy trial grounds on January 28, 2001. *Id.*, at 496. His conviction was vacated and the indictment ordered dismissed by the Fifth Circuit on August 16, 2002.

37 Numerous states, including at least three permanent members of the U.N. Security Council, have not ratified the protocol. Non-party states include the United States, the United Kingdom, China, India, Egypt, Israel and Saudi Arabia. State parties to the optional protocol include Ireland, Italy, Mexico, the Republic of Korea and the Russian Federation. See <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_en>.

38 Article 14(3) of the Convention contains defendants' fair trial rights. It reads in full: "In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

(a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;
(b) To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;
(c) To be tried without undue delay;
(d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;
(e) To examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
(f) To have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court;
(g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

This section of the ICCPR was incorporated verbatim into the statutes of the ICTY and ICTR.

39 General Comment No. 32, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007)

40 General Comment No. 32, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007), para. 4.

The right of the accused to be tried without undue delay, provided for by article 14, paragraph 3 (c), is not only designed to avoid keeping persons too long in a state of uncertainty about their fate and, if held in detention during the period of the trial, to ensure that such deprivation of liberty does not last longer than necessary in the circumstances of the specific case, but also to serve the interests of justice. What is reasonable has to be assessed in the circumstances of each case, taking into account mainly the complexity of the case, the conduct of the accused and the manner in which it was dealt with by the administrative and judicial authorities. In cases where the accused are denied bail by the court, they must be tried as expeditiously as possible. This guarantee relates not only to the time between the formal charging of the accused and the time by which trial should commence, but also the time until the final judgment on appeal. All stages, whether in the first instance or on appeal must take place without “undue delay.”⁴¹

It is noteworthy that the committee, charged with interpreting the ICCPR, interprets the guarantee of trial without undue delay to include not only the time between initiation of charges through commencement of the trial but the entire process including trial, deliberations on verdict and appeal. This is contrary to the practice in the United States, limiting the Sixth Amendment right to speedy trial to the period between arrest or initiation of formal proceedings through conviction.⁴²

3.1.2. The committee's case law

The committee strictly enforces the Article 14(3) (c) guarantee of trial without undue delay even in view of the governments' claims that lengthy investigations were required or that the government lacked the resources to provide a speedier trial or appeal. Additionally, once it is determined that the delay was excessive, the burden is on the government to show an acceptable reason for the delay.

An example is *Agudo v. Spain*.⁴³ Agudo was accused of a series of fraudulent bank transactions from 1971-83. Charges were initiated in 1983 and the trial judgment sentencing him to two years incarceration was delivered in 1994.⁴⁴ He was ordered incarcerated on the sentence in 1999, following appeal and a request for pardon.⁴⁵ He claimed the proceeding which lasted more than 15 years violated his right to a trial without undue delay.⁴⁶

The committee granted Agudo relief. It held the Spanish government conceded the delay of 11 years through trial and 13 years through the appeal violated Agudo's rights under the ICCPR and that the government did not give an explanation for the delay.⁴⁷ It further held the government had an obligation to provide an effective remedy for denial of trial without undue delay, including compensation, and to ensure that defendants did not have to initiate a separate action to obtain compensation.⁴⁸

Likewise, in *Hendricks v. Guyana*,⁴⁹ the committee found a violation in part due to the government's failure to explain a three-year delay between arrest and trial in a triple murder case in which the defendant was sentenced to death.⁵⁰ In a similar case, *Flipovich v. Lithuania*,⁵¹ the committee found for a defendant charged with murder based on a four-year, three month investigation in a murder case.⁵²

41 General Comment No. 32, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007), para. 35 (internal citations omitted).

42 *Betterman v. Montana*, U.S. 136 S. Ct. 1609 (2016)

43 *Agudo v. Spain*, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/864/1999 (2002)

44 *Agudo v. Spain*, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/864/1999 (2002), para. 2.3.

45 *Agudo v. Spain*, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/864/1999 (2002), para. 2.09-2.10.

46 *Agudo v. Spain*, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/864/1999 (2002), para. 3.2.

47 *Agudo v. Spain*, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/864/1999 (2002), para. 9.1.

48 *Agudo v. Spain*, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/864/1999 (2002), para. 11.

49 *Hendricks v. Guyana*, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/893/1998 (2002)

50 *Hendricks v. Guyana*, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/893/1998 (2002), para. 6.3.

51 *Flipovich v. Lithuania*, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/875/1999 (2003)

52 The offense was committed in September 1991 and the trial judgment delivered in January 1996. *Flipovich v. Lithuania*, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/875/1999 (2003), para. 7.1.

The Committee also takes note of the fact that the State party has not given any explanation of the reason why four years and four months elapsed between the start of the investigation and the conviction in first instance. Considering that the investigation ended, according to the information available to the Committee, following the report by the forensic medical commission and that the case was not so complex as to justify a delay of four years and four months, or three years and 2 months after the preparation of the forensic medical report, the Committee concludes that there was a violation of article 14, paragraph 3 (c).⁵³

The committee applies the same failure to present proof of an excuse to delays in the appellate process. In *Mwamba v. Zambia*,⁵⁴ the committee considered a complaint of undue appellate delay in a case involving a former high-ranking police officer sentenced to death for the murder of a truck driver and theft 40 tons of copper cathodes. The offense occurred on March 24, 1999.⁵⁵ His trial began on September 1, 1999, and he was convicted on August 8, 2001.⁵⁶ He complained of a five-year delay in his appeal.⁵⁷ The government told the committee on February 9, 2007, that the appeal had yet to be heard due to “technical reasons” in that a verbatim transcript of the trial had not been typed.⁵⁸ The committee held:

The Committee notes that the State party’s only response to date to the author’s allegations is that the appeal has not yet taken place “due to technical reasons” and it has provided no arguments on the substance of the author’s claims. It reaffirms that the burden of proof cannot rest on the author of the communication alone, especially considering that the author and the State party do not always have equal access to the evidence and frequently the State party alone has the relevant information. It is implicit in article 4, paragraph 2 of the Optional Protocol that the State party has the duty to investigate in good faith all allegations of violations of the Covenant made against it and its representatives and to furnish to the Committee the information available to it. In the light of the failure of the State party to cooperate with the Committee on the matter before it, due weight must be given to the author’s allegations, to the extent that they have been substantiated.⁵⁹

The committee ordered Zambia to afford Mwamba an unspecified relief including a review of his conviction and adequate reparations, including compensation.⁶⁰ However, a review of two cases from New Zealand shows the committee will find no violation of the convention if a state gives a reasonable explanation for the delay. In *Dean v. New Zealand*,⁶¹ the committee reviewed a claim of undue appellate delay lodged by a man with a 40-year record of indecency convictions jailed indefinitely for fondling a 13-year-old boy in a movie theater. The offense occurred on June 24, 1995.⁶² He pled guilty in district court, where she faced a maximum punishment of three years incarceration, but the judge transferred the case to the high court where he was liable for indefinite preventive detention. On November 3, 1995, the high court sentenced him to indefinite detention with a 10-year minimum sentence before parole.⁶³

The initial appeal – where he was not represented by counsel – was denied on November 23, 1995. However, in subsequent appeals to the Privy Council and the Court of Appeals, the initial appeal was found flawed. He was granted appointed council and the Court of Appeal denied the subsequent appeal on December 17, 2004. The Supreme Court denied review on April 11, 2005.⁶⁴ He complained to the committee

53 As is the committee’s practice, it ordered the government to provide the defendant with an effective but unspecified remedy (including compensation) and to ensure that future violations do not occur. *Flipovich v. Lithuania*, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/875/1999 (2003), para. 10.

54 *Mwamba v. Zambia*, U.N. Doc. CCPR/C/98/D/1520/2006 (2010)

55 *Mwamba v. Zambia*, U.N. Doc. CCPR/C/98/D/1520/2006 (2010), para. 2.1.

56 *Mwamba v. Zambia*, U.N. Doc. CCPR/C/98/D/1520/2006 (2010), para. 2.3.

57 *Mwamba v. Zambia*, U.N. Doc. CCPR/C/98/D/1520/2006 (2010), para. 3.5.

58 *Mwamba v. Zambia*, U.N. Doc. CCPR/C/98/D/1520/2006 (2010), para. 4.

59 *Mwamba v. Zambia*, U.N. Doc. CCPR/C/98/D/1520/2006 (2010), para. 6.2.

60 *Mwamba v. Zambia*, U.N. Doc. CCPR/C/98/D/1520/2006 (2010), para. 8.

61 *Dean v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/151/1512/2006 (2009)

62 *Dean v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/151/1512/2006 (2009), para. 2.1.

63 *Dean v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/151/1512/2006 (2009), para. 2.3.

64 *Dean v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/151/1512/2006 (2009), para. 2.4.

that the appropriate remedy for the nine-year appellate delay was reduction of sentence from indefinite preventive detention to a finite term.⁶⁵

The government, however explained the delays. According to the committee,

The State party submits that the length of time taken in rehearing the author's appeal does not amount to a breach of article 14, and that even if it did, a reduction in sentence would not be an appropriate remedy as there was no harm to the author arising from the delay, and the rehearing of his appeal constituted a remedy for the flawed procedure followed in the determination of the author's first appeal. The State party submits that the initial appeal was heard and determined within reasonable time, on 21 March 1996. The author did not challenge the procedure by which his appeal was determined. After other appellants had challenged the procedure and as a result of consequent legislative amendments, the author was provided with an opportunity for a rehearing. He filed an application for a rehearing on 21 May 2003. The rehearing took place on 10 November and 15 December 2004. As admitted by the author, 12 months of that delay was due to unavailability of counsel. The State party therefore submits that the delay of seven years and three months in the determination of the author's appeal cannot be solely attributed to the State party.⁶⁶

The committee accepted the government's explanation for the delay because it was backed up with facts. It wrote:

The author has claimed that he is a victim of undue delay in the hearing of his appeal. The Committee notes that initially the author's appeal was heard in 1996, but that in 2002 a Privy Council and Court of Appeal judgement considered flawed the procedure applied in the hearing of the appeal. Subsequently the author was given an opportunity to apply for a rehearing of his appeal, which he did on 21 May 2003. The Court of Appeal rejected his appeal on 17 December 2004. In the specific circumstances of the case, the Committee considers that the delay in determining the author's appeal does not amount to a violation of article 14, paragraphs 3(c) and 5.⁶⁷

Similarly, in *Jessop v. New Zealand*,⁶⁸ the case of a 15-year-old girl sentenced to four years incarceration for aggravated robbery, the committee found no violation of the right to trial without undue delay during a nine-year period between arrest and final appellate decision when the government accounted for the delays in detail. *Jessop* included a complex series of decisions, including transfer of the case from Youth Court to the High Court and numerous appeals. Further, the committee laid much of the blame for the appellate delay on Jessop and her attorney – who was out of the country and unavailable for two years, nine months of the appellate process.⁶⁹ She also was held responsible for considerable delays in rehearing of her case by the Court of Appeal after remand from the Privy Council and delay in seeking rehearing after the Supreme Court denied review.⁷⁰

A significant factor in *Jessop* was the committee's lack of analysis. It simply held, "The issue of delay must be assessed against the overall circumstances of the case, including an assessment of the factual and legal complexity of the case,"⁷¹ then without further analysis, decided,

"In the specific circumstances of the case, the Committee considers that the delay in determining the author's appeal does not amount to a violation of article 14, paragraphs 3(c), paragraph 4 or paragraph 5 of the Covenant."⁷²

3.2. The European Court of Human Rights

65 *Dean v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/151/1512/2006 (2009), para. 3.4.

66 *Dean v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/151/1512/2006 (2009) para. 4.6.

67 *Dean v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/151/1512/2006 (2009), para. 7.2.

68 *Jessop v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1758/2008 (2011)

69 *Jessop v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1758/2008 (2011), para. 8.4.

70 *Jessop v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1758/2008 (2011), paras. 8.3-8.5.

71 *Jessop v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1758/2008 (2011), para. 8.2.

72 *Jessop v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1758/2008 (2011), para. 8.5.

The basic document containing the rights enforced by the ECHR is the European the general rights set out in Article 6(1). The relevant part is:

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

The language of the ECHR, unlike the ICCPR, does not grant a specific guarantee of speedy trial or trial without undue delay. Rather, the “fair and public hearing” must be within a “reasonable time.” It follows that the right to hearing within a reasonable time is part of the general fair trial rights rather than a specific free-standing guarantee. It is not included in the guarantees for criminal defendants in Article 6 (3) of the convention.⁷³

Like the Human Rights Committee, the ECHR publishes a handbook on the rights of defendants guaranteed by the convention, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*.⁷⁴ I will examine both the guide and case law separately.

3.2.1. The guide on article 6

Reasonable time for a hearing begins when charges are preferred.⁷⁵ When it ends is less definite. It continues through the final determination of guilt or innocence, even if the determination is by an appellate court⁷⁶ and at least until the sentence is definitely fixed.⁷⁷

Factors to be considered in determining if the time for the proceeding is based on an overall evaluation of the proceeding. Thus, a “reasonable time” may be exceeded even if some stages of the proceeding are completed with acceptable speed and some not.⁷⁸ The ECHR looks to the complexity of the case, the defendant’s conduct and the conduct of applicable administrative and judicial officials in determining whether the proceedings were within a reasonable time.⁷⁹

Complexity is determined using numerous factors including the number of counts, the number of accused and witnesses, the international dimensions of the case such as the need to investigate in several countries and the type of case. The guide uses as an example “white collar” cases of large scale fraud involving numerous companies and complex transactions designed to hide fraud.⁸⁰ Even in complex cases, long periods of unexplained inactivity by the authorities generally are not considered reasonable.⁸¹

In reviewing the defendants’ conduct, the court does not require them to cooperate with the authorities and they may take advantage of national criminal procedure resulting in delays. However, their conduct is a

73 Article 6(3) lists the following specific guarantees for defendants:

Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

- (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
- (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defense;
- (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
- (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
- (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

74 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb)* Hereinafter “the guide.” The English version is available on the internet at <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf>. Versions are available in numerous other languages on the court’s website.

75 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, para. 182.

76 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, para. 186.

77 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, para. 187.

78 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, para. 189.

79 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, para. 191.

80 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, para. 192.

81 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, para. 193.

fact which is taken into consideration in determining if the overall time is reasonable.⁸²

The authorities have a duty to design the judicial system to meet its requirements. Heavy workload and measures to redress them are rarely given decisive weight by the court. If an accused is in pretrial detention, the court finds protracted periods of inactivity unacceptable.⁸³

3.2.2. ECHR jurisprudence

Like the Human Rights Committee, the ECHR looks for reasonable explanations of delays from the authorities and, in their absence, will find that delays were unreasonable. For example, in *Bozkaya v. Turkey*,⁸⁴ the court simply repeated the mantra,

“The Court reiterates that the reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the following criteria: the complexity of the case, the conduct of the applicants and the relevant authorities,”⁸⁵

then found a five and one half year delay between arrest and the end of the appellate process was unreasonable. Of importance to the court’s decision were unexplained delays of 10 months and two years while the case was on appeal.⁸⁶

The converse of *Bozkaya* is *Wemhoff v. Germany*.⁸⁷ In that case, involving a bank fraud, in which the defendant was arrested on November 9, 1961, and was indicted on July 7, 1964. He was convicted on April 7, 1965, and sentenced to six years, six months incarceration. His pretrial detention was credited to his sentence. His appeal was denied on December 17, 1965, and he was released on October 20, 1966, after serving two-thirds of his sentence. The court relied on evidence from the German government that the case was handled expeditiously and held:

The Court therefore, having found no failure on the part of the judicial authorities in their duty of particular diligence under that provision, must a fortiori accept that there has been no contravention of the obligation contained in Article 6 (1) (art. 6-1) of the Convention. Even if the length of the review proceedings (Revision) is to be taken into account, it certainly did not exceed the reasonable limit.⁸⁸

4. THE THEMES OF NON-TRIBUNAL JURISPRUDENCE

Lord Coulsfield’s view of Justice Powell’s description of the right to speedy trial as “slippery”⁸⁹ is how the courts and the committee construe and apply the right to trial without undue delay or speedy trial. There are no fixed limits and no solid criteria to determine if the right has been violated. Rather, it is similar to U.S. Supreme Court Justice Potter Stewart’s definition of obscenity: “I know it when I see it.”⁹⁰ However, some themes run through the case law.

82 Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb), para. 194.

83 Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a Fair Trial (Criminal Limb), paras. 198-99.

84 *Bozkaya v. Turkey*, No. 46661/09, ECHR 2017, <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57595"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. In citing ECHR cases, this paper uses the citation form recommended by the Court and includes the internet address for the decision.

85 *Bozkaya v. Turkey*, No. 46661/09, ECHR 2017, para. 59.

86 *Bozkaya v. Turkey*, No. 46661/09, ECHR 2017, para. 60. The court found that its finding of violations of the ECHR was sufficient “just satisfaction” for the defendant, especially in view of his right to request a new trial. It awarded him 2,000 Euros as compensation for non-pecuniary damages (paras. 69-70).

87 *Wemhoff v. Germany*, No. 2122/64, ECHR 1968, <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["2122/64"\],"itemid":\["001-57595"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>.

88 *Wemhoff v. Germany*, No. 2122/64, ECHR 1968, para. 20.

89 *Barker v. Wingo*, 407 U.S., at 523.

90 *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964).

First, if the delay appears to be long, courts likely will find no violation of the right if the authorities acted expeditiously. However, in the absence of proof offered by the authorities to explain delays, a violation is more likely to be found. Second, a systemic lack of resources likely will be held against the government and relief is more likely to be granted. Third, if a defendant attempts to “game” the system by using procedural means to delay the proceeding, the claim is more likely to fail. This also is true if the defendant actively evades arrest.

Fourth, the complexity of the case matters. The more defendants, the more witnesses, the more charges, the more evidence, the more likely that long periods between arrest and resolution will be accepted as reasonable. Fifth, the authorities have to act reasonably and diligently to bring the case to resolution. Negligence or delay to gain advantages by the government makes it more likely a violation will be found. Sixth, prejudice to the defendant ranging from excessive pretrial detention to loss of witnesses makes a finding of violation more likely.

Seventh, while the courts rarely discuss it, society as a whole has an interest in trials without undue delay under the theory that justice delayed is justice denied. Eighth, the remedy is unclear. As the House of Lords held in *Attorney General's Reference No. 2*, if a person cannot be tried fairly, he should not be tried at all but that judges often can fashion remedies to protect defendants whose trials have been unreasonably delayed. On the other hand, some states such as the United States hold the sole remedy is dismissal of charges.

Ninth and most important, the courts either explicitly or implicitly use balancing tests. The U.S. Supreme Court and the European Court of Human rights are explicit in the factors used in their balancing factors while other courts are less so. However, as in all balancing tests, there is substantial room for the judge to “balance” the factors in such a way that the tribunal gets the outcome it wants.

5. THE ICTY/ICTR/ICC AND SPEEDY TRIAL

5.1. The *ad hoc* tribunals

The leading case – and the most hotly litigated case – on trial without undue delay at the *ad hoc* tribunals, the ICTY and the ICTR, involved Prosper Mugiraneza, the former minister of civil service in Rwanda. It is the leading example how the *ad hoc* tribunals handled complaints of violation of the right to trial without undue delay.

Prior to the trial and after being incarcerated without bond for four years, Mugiraneza asked the Trial Chamber to dismiss the indictment against him.⁹¹ The Trial Chamber denied relief, holding it had to balance Mugiraneza's rights against the fundamental purpose of the Tribunal, prosecuting those responsible for the Rwandan genocide.⁹² The Trial Chamber held that Mugiraneza's rights under the statute had to be balanced with the need to ascertain the truth of the offenses with which he was charged.⁹³

On interlocutory appeal, the Appeals Chamber vacated the Trial Chamber decision and adopted a five-prong test to determine whether the right to trial without undue delay was violated. The factors are:

91 *Prosecutor v. Bizimungu*, No. ICTR-99-50-I, Prosper Mugiraneza's Motion to Dismiss the Indictment for Violation of Article 20(c)(4) of the Statute, Demand for Speedy Trial and for Appropriate Relief (17 July 2003).

92 *Prosecutor v. Bizimungu*, No. ICTR-99-50-I, Decision on Prosper Mugiraneza's Motion to Dismiss the Indictment for Violation of Article 20(4)(c) of the Statute, Demand for Speedy Trial and Appropriate Relief (3 October 2003), para. 11.

93 *Prosecutor v. Bizimungu*, No. ICTR-99-50-I, Decision on Prosper Mugiraneza's Motion to Dismiss the Indictment for Violation of Article 20(4)(c) of the Statute, Demand for Speedy Trial and Appropriate Relief (3 October 2003), para. 12.

1. The length of the delay.
2. The complexity of the proceedings, such as the number of charges, the number of accused, the number of witnesses, the volume of evidence, the complexity of law and fact.
3. The conduct of the parties.
4. The conduct of the relevant authorities.
5. The prejudice to the accused, if any.⁹⁴

In effect, the Appeals Chamber adopted the *Barker v. Wingo* analysis with the addition of consideration of complexity of the case. The Appeals Chamber specifically disapproved the Trial Chamber's holding that there was no need to inquire into the actions of the Prosecutor.⁹⁵ It also disapproved using the "fundamental purpose" of the Tribunal – prosecuting those responsible for the 1994 genocide – as a factor in the equation.⁹⁶

Mugiraneza is the leading case at the ICTY and ICTR for determining whether a defendant was deprived of his right to trial without undue delay. As will be shown, many ICTR trials and appeals involved defendants in pretrial confinement for years. Apparently no ICTR defendant was granted pretrial release.⁹⁷ The ICTY granted provisional release to several defendants but required them to return to custody during trial.

Of importance to the Tribunals' jurisprudence on trial without undue delay, the *Mugiraneza* Trial Chamber on remand continued to balance the right of trial without undue delay with the purpose of the Tribunal. It wrote:

[T]he Trial Chamber must also be vigilant to ensure that the right to a trial without undue delay is balanced with the need to ascertain the truth about the serious crimes with which the Accused is charged.⁹⁸

The *Bizimungu* trial (also known as *Government II*) began November 6, 2003, about four and a half years after the accused were arrested in April 1999. The prosecution presented 57 witnesses over 178 trial days.⁹⁹ The defense case for all four defendants began November 1, 2005, and ended June 12, 2008. The four defendants presented a total of 114 witnesses over 221 trial days.¹⁰⁰ The Trial Chamber judgment was announced on September 30, 2011, and issued in written form on October 19, 2011.¹⁰¹

In both the Trial Chamber judgment and the Appeal Chamber judgment, there were partially dissenting opinions on denial of the right to trial without undue delay. Both centered on the delay between the end of the trial and the Trial Chamber judgment. In the Trial Chamber, Judge Short found violation based on administrative problems and delays caused by the Tribunal, including assigning the other judges to other cases. He would have reduced the sentences of Mugiraneza and co-defendant Justin Mugenzi from 30 years

94 *Prosecutor v. Mugiraneza*, No. ICTR-99-50-AR73, Decision on Prosper Mugiraneza's Interlocutory Appeal from Trial Chamber II Decision of 2 October 2003 Denying the Motion to Dismiss the Indictment, Demand for Speedy Trial and Appropriate Relief (27 February 2004), at 3.

95 *Prosecutor v. Mugiraneza*, No. ICTR-99-50-AR73, Decision on Prosper Mugiraneza's Interlocutory Appeal from Trial Chamber II Decision of 2 October 2003 Denying the Motion to Dismiss the Indictment, Demand for Speedy Trial and Appropriate Relief (27 February 2004),

96 *Prosecutor v. Mugiraneza*, No. ICTR-99-50-AR73, Decision on Prosper Mugiraneza's Interlocutory Appeal from Trial Chamber II Decision of 2 October 2003 Denying the Motion to Dismiss the Indictment, Demand for Speedy Trial and Appropriate Relief (27 February 2004).

97 Until May 2003, the ICTR Rules of Procedure and Evidence made provisional release "exceptional." This is the reverse of Article 9(3) of the ICCPR which makes provisional release pretrial the standard.

98 *Prosecutor v. Bizimungu*, No. ICTR-99-50-T, Decision on Prosper Mugiraneza's Application for a Hearing or other Relief on His Motion for Dismissal for Violation of His Right to Trial Without Undue Delay (3 November 2004), para. 32. The Trial Chamber denied leave to file an interlocutory appeal of that decision. *Prosecutor v. Bizimungu*, No. ICTR-99-50-T, Decision on Prosper Mugiraneza's Motion for Leave to Appeal From the Trial Chamber's Decision of 3 November 2004 (24 February 2005).

99 *Prosecutor v. Bizimungu*, No. ICTR-99-50-T, Judgment (30 September 2011), Annex A Procedural History, para. 29.

100 *Prosecutor v. Bizimungu*, No. ICTR-99-50-T, Judgment (30 September 2011), Annex A Procedural History, para. 81.

101 *Prosecutor v. Bizimungu*, No. ICTR-99-50-T, Judgment (30 September 2011), Annex A Procedural History, para. 161.

to 25 years on the counts on which they were convicted.¹⁰² In the Appeals Chamber, the claims of violation of the right to trial without undue delay were dismissed by the majority. Both defendants were acquitted on the two counts of conviction based on insufficiency of the evidence.¹⁰³ Judge Robinson agreed with Judge Short's analysis of the excessive time writing the trial judgment. He would have granted Mugiraneza and Mugenzi both \$5,000 as compensation.¹⁰⁴

In a decision handed down about two years later in the *Butare* case,¹⁰⁵ a similarly constituted Appeals Chamber – including Judge Khan, the presiding judge from the *Government II* trial – found a violation of the right to trial without undue delay based on arguments similar to those raised on appeal in *Government II*.

The *Butare* case differed from *Government II* in two important respects. First, the Appeals Chamber affirmed convictions as to all six *Butare* defendants while both *Government II* appellants were acquitted on appeal due to insufficiency of the evidence.¹⁰⁶ The second is the length of trial and pre-trial confinement. The *Butare* defendants had been in custody for varying periods beginning in 1995 and the trial did not commence until December 2001. It ended in December 2008 after 714 trial days. By the time the *Butare* appeal judgment was delivered, one of the defendants had been in custody almost 21 years.¹⁰⁷

The *Butare* Appeals Chamber centered its analysis on two major factors: delays caused by the prosecution, especially delays in discovery; and delays caused by the assignment of the *Butare* judges to other cases during the *Butare*. As to the prosecutor's failure to disclose documents to the defense, the Appeals Chamber wrote:

Although the Prosecution acknowledged its lack of readiness and belatedness in fulfilling its disclosure obligations, upon which the start of the trial depended, it does not provide any explanation as to why it was not in a position to disclose some of the relevant materials despite express orders from the Trial Chamber or why it repeatedly changed the date for its readiness to commence trial. While the trial was postponed by one month as a result of the death of Judge Kama, the record shows that the fact that the trial was delayed to spring 2001 was largely caused by the Prosecution's inability to meet its disclosure obligations and lack of readiness. In light of the foregoing, the Appeals Chamber finds that the Prosecution's failure to fulfill its disclosure obligations created unjustified delays in the start of the trial.¹⁰⁸

As to delays caused by the judges' participation in other trials, the Appeals Chamber held:

375. It is unquestionable that the pace of the trial was affected by the judges' obligations in other cases. Whereas the proceedings in this case needed interruptions so as to allow the parties to prepare, the judges' obligations in other cases prevented them from sitting in this case for approximately 36 weeks. In light of the time required to dispose of the motions filed in these other cases, deliberate on their merits, and write the judgements, these additional obligations also necessarily significantly reduced the time the Trial Chamber judges could devote to the present case.

376. The Appeals Chamber observes that it was practice for judges of the Tribunal to participate simultaneously in multiple proceedings given the workload of the Tribunal during the relevant period. It also notes that significant efforts were made by the authorities of the Tribunal to obtain the necessary resources to complete its mandate while ensuring the utmost respect for the rights of all accused. However, in the particular circumstances of this case where the co-Accused had already been in detention for nearly 4 to 6 years at the start of the trial and which had already suffered from significant delays, the Appeals Chamber concludes that the additional delays resulting from the judges' simultaneous participation to other proceedings caused undue delay. The Appeals Chamber recalls that

102 *Prosecutor v. Bizimungu*, No. ICTR-99-50-T, Judgment (30 September 2011), Annex A Procedural History, paras 5-7 (Short, J., dissenting).

103 *See generally, Mugenzi v. Prosecutor*, No. ICTR-99-50-A, Judgment (4 February 2013).

104 *Mugenzi v. Prosecutor*, No. ICTR-99-50-A, Judgment (4 February 2013), paras. 1-12 (Robinson, J., dissenting).

105 *Prosecutor v. Nyiramasubuko*, No. ICTR-98-42-A, Judgment (14 December 2015).

106 Two *Government II* defendants were acquitted by the Trial Chamber and the prosecutor did not appeal the acquittals.

107 And his sentence was reduced on appeal to 20 years.

108 *Butare* appeal judgment, para. 372.

logistical considerations should not take priority over the trial chamber's duty to safeguard the fairness of the proceedings. In the same vein, the Appeals Chamber is of the view that organisational hurdles and lack of resources cannot reasonably justify the prolongation of proceedings that had already been significantly delayed.¹⁰⁹

The most important holding on right to trial without undue delay was the Appeals Chambers holding that unexplained lengthy detention alone can constitute prejudice for purposes of *Mugiraneza*. The Appeals Chamber held:

However, the Appeals Chamber recalls its finding that the present proceedings were unduly delayed as a result of the Prosecution's conduct and the Trial Chamber judges' simultaneous assignment to multiple proceedings, delays which are not attributable to the co-Accused. These delays prolonged the detention of the co-Accused. The Appeals Chamber finds that these delays and the resulting prolonged detention constitute prejudice per se and that the Trial Chamber erred in concluding that the co-accused did not suffer prejudice.¹¹⁰

The Appeals Chamber granted the defendants relief in the form of sentence reductions.¹¹¹ The *Butare* Appeals Chamber holding is similar to the holdings of the Human Rights Committee and the ECHR in that *unexplained* delays can result in findings of speedy trial violations while delays with reasonable explanations likely will not. Also of importance in the *Butare* appeals judgement is the recognition that lengthy pretrial delay standing alone can be prejudicial to the accused.

Of importance to the analysis is the different positions taken by Judge Khan in *Government II* and *Butare*. In *Government II*, she did not join Judge Short in finding a violation of the right due to the length of the judgment drafting process caused by the assignment of the judges to other cases. However, in *Butare*, she found violations based on assignment of judges to other cases during the trial. This shows the slipperiness and lack of solid analytical factors in the determination of whether a defendant's right to trial without undue delay has been violated.

The Appeals Chamber of the Mechanism for International Criminal Tribunals, the successor to the ICTY and ICTR, recently followed the *Government II* holding, finding that a 12-year period of incarceration between arrest and trial judgment was not *per se* prejudicial.¹¹²

5.2. The International Criminal Court

The ICC apparently has not considered the application of the right to trial without undue delay in detail as the ICTR Appeals Chamber did in *Mugiraneza*, *Government II* and *Butare*. The discussions of that right usually are in conjunction with other matters and the right is mentioned in passing.

For example, in *Prosecutor v. Dyilo*,¹¹³ a Trial Chamber cited the statutory provision,¹¹⁴ and discussed it in light of the prosecutor's duty to disclose information it obtained under a confidentiality agreement as well as the prosecutor's duty to have the agreements lifted in a timely manner.¹¹⁵ On appeal of that decision and related decisions, the Appeals Chamber again cited the right and stated the Trial Chamber equated the right to trial without undue delay with a fair trial.¹¹⁶ It held that a Trial Chamber could stay proceedings in order

109 *Butare* appeal judgment, paras. 375-376.

110 *Butare* appeal judgment, para. 388.

111 *See generally*, *Butare* appeal judgment, paras. 3521-3538.

112 *Prosecutor v. Seselj*, No. MICT-16-99-A, Judgment (11 April 2018), para. 42 and n. 130.

113 *Prosecutor v. Dyilo*, N°. ICC-01/04-01/06, Public Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial (9 November 2007).

114 *Prosecutor v. Dyilo*, N°. ICC-01/04-01/06, Public Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial (9 November 2007), para. 1.

115 *Prosecutor v. Dyilo*, N°. ICC-01/04-01/06, Public Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial (9 November 2007), para. 19.

116 *Prosecutor v. Dyilo*, No. ICC-01/04-01/06 OA 13, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial

to obtain release of information but,

[T]he right of any accused person to be tried without undue delay (article 67 (1) (c) of the Statute) demands that a conditional stay cannot be imposed indefinitely. A Chamber that has imposed a conditional stay must, from time to time, review its decision and determine whether a fair trial has become possible or whether, in particular because of the time that has elapsed, a fair trial may have become permanently and incurably impossible. In the latter case, the Chamber may have to modify its decision and permanently stay the proceedings.¹¹⁷

However, the Appeals Chamber also held:

If a trial that is fair in all respects becomes possible as a result of changed circumstances, there would be no reason not to put on trial a person who is accused of genocide, crimes against humanity or war crimes - deeds which must not go unpunished and for which there should be no impunity (see paragraphs 4 and 5 of the Preamble to the Statute).¹¹⁸

The Appeals Chamber's decision in *Dyilo* makes it likely that the ICC will construe the right to trial without undue delay as a component of the right to a fair trial. The ICC likely will follow the lead of the House of Lords in *Attorney General's Reference (No. 2 of 2001)* and allow trials to continue – and convictions stand – regardless of delays as long as the underlying trial is considered fair.

6. REASON FOR LENGTHY DELAYS IN INTERNATIONAL TRIALS

In this section, I discuss reasons *why* it takes so long to complete trials in international courts. The length of time for trials runs from as short as 10 days in one ICTY case to multi-year marathons at both tribunals.¹¹⁹ In examining the reasons for the length of trials, primarily at the ICTY and ICTR, I will examine systemic delays caused by the structure of the tribunals, delays caused by other internal United Nations problems, selection of defendants and the complexity of the litigation.

The ICC, which is a newer body, will be considered separately since it has completed only two cases through trial and appeal. In reviewing the reasons, I will rely on trial records such as judgments and motions, U.N. documents and my own experience as legal assistant and co-counsel at the two *ad hoc* tribunals.

6.1. Structure of the tribunals: number of judges

The initial statute of the ICTY was in a report to the Security Council by the Secretary General.¹²⁰ It provided for 11 judges – two trial chambers with three judges each and an appeals chamber with five judges.¹²¹ The Security Council later added a third trial chamber with three additional judges.¹²²

Chamber I entitled “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008” (21 October 2008) paras. 80-81.

117 *Prosecutor v. Dyilo*, No. ICC-01/04-01/06 OA 13, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008” (21 October 2008), para. 81.

118 *Prosecutor v. Dyilo*, No. ICC-01/04-01/06 OA 13, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008” (21 October 2008), para. 80.

119 The International Military Tribunal at Nuremberg took only 218 trial days. The last two days were the reading in full of the judgment and sentences. The trial began with opening statements on November 20, 1945, and the final session – announcing sentences was on October 1, 1946. Twenty-one high-ranking government officials were tried in that case.

120 Statute of the ICTY, U.N. Doc. S/25704 (3 May 1993)

121 Statute of the ICTY, U.N. Doc. S/25704 (3 May 1993). para. 73.

122 U.N. Doc. S/RES/1116 (1998) U.N. Doc. S/RES/1116 (1998).

The ICTR was created by the Security Council on November 8, 1994.¹²³ The statute of the ICTR established two trial chambers with three judges each and five judges on the appeals chamber.¹²⁴ However, the ICTR appeals chamber was to be the ICTY appeals chamber,¹²⁵ effectively making the five ICTY appeals chamber judges members of both tribunals. The Security Council created a third ICTR trial chamber and added three judges in 2002.¹²⁶

To further increase the number of judges, the Security Council created pools of *ad litem* judges, that is temporary judges who could be called to active service. The ICTY was authorized a pool of *ad litem* judges, up to nine could be in active service at any time.¹²⁷ The same resolution created two additional ICTR judges to serve on the appeals chamber at the ICTY. Thus, the appeals chamber for both tribunals consisted of seven judges – five from the ICTY and two from the ICTR – who sat in five-judge panels to hear appeals.

In 2002, the Security Council created a pool of *ad litem* judges for the ICTR with up to nine on active service at any time.¹²⁸ Essentially, the Security Council authorized up to 18 trial chamber judges at each tribunal or six three-judge trial chambers.

As originally created, each of the *ad hoc* tribunals effectively could try only two cases. Later, each could try three cases. The tribunals through creative scheduling could try more cases by, for example, trying one case in the morning and a second case in the afternoon or by scheduling trial sessions for multiple cases in which some trials were in session while others were adjourned. Each tribunal used both techniques to increase the number of trials being heard at a time.

However, the authorization of *ad litem* judges did not immediately impact the ICTR's ability to try cases. Although nine active *ad litem* judges were authorized, only five were initially assigned due to the lack of permanent judges required on each trial chamber panel. The U.N.'s board of auditors in its review of ICTR in 2003 found that too many permanent judges already were engaged in lengthy trials to allow use of the full complement of *ad litem* judges.¹²⁹

In the “best practices” manual published by the ICTY, it was estimated that using the ICTY system of split day trials with one trial in the morning and other in the afternoon, there would be 3.5 effective trial hours per day or 17.5 hours per week.¹³⁰ Presumably, if only a single trial was conducted in each courtroom, there would be 7 hours per day or 35 hours per week.

6.2. Structure of the tribunals: physical plant

Both the ICTY and the ICTR were temporary organizations housed in facilities not designed as courthouses. The ICTY was in building formerly housing the headquarters of a Dutch insurance company and the ICTR was in a conference center/office complex, the Arusha International Conference Centre.

The ICTY initially converted a lobby area into a large courtroom with a public gallery which could accommodate multi-defendant trials or appeals. It subsequently added a small courtroom designed for motions hearings but later used for single defendant trials. That courtroom was not directly accessible to the public. Spectators and defense teams had to be escorted by security personnel to the room. The ICTY eventually added a third, large courtroom with a public gallery suitable for multi-defendant trials.¹³¹

123 Statute of the ICTR, U.N. Doc. S/RES/994 (1994)

124 Statute of the ICTR, article 11.

125 Statute of the ICTR, article 12(2).

126 U.N. Doc. S/RES/1411 (2002) U.N. Doc. S/RES/1411 (2002).

127 U.N. Doc. S/RES/1329 (2000). U.N. Doc. S/RES/1329 (2000).

128 U.N. Doc. S/RES/1512 (2003)

129 U.N. Doc. A/59/5/Add. 11 (2004). U.N. Doc. A/59/5/Add. 11 (2004) [hereinafter 2004 Audit Report], paras. 42-43.

130 INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *ICTY Manual on Developed Practices*, 2009, p. 73.

131 The author practiced in both of the large ICTY courtrooms but was never in the smaller courtroom.

The ICTR had a more difficult problem with courtrooms. It initially created three courtrooms by knocking out walls in the AICC office wings and turning them into long, narrow courtrooms with public galleries. All three were suitable for multi-defendant trials. It eventually converted space in the building to a fourth courtroom, albeit one without all of the audio-visual equipment in the other three courtrooms. The upshot was that at any given moment, the ICTY could conduct hearings in three cases and the ICTR in four.

6.3. Languages and translations

All three tribunals work in multiple languages. For the ICTY, it was English, French and Bosnian Serbo-Croatian. For the ICTR, it was English, French and Kinyarwanda. This creates two separate reasons for lengthy proceedings. In trials and hearings, all testimony and argument had to be translated from the language of the speaker into the other two languages. This necessarily slows proceedings. Estimating the delay from the number of pages of transcript, the *ad hoc* tribunals could take about half to two-thirds as much testimony in an eight-hour day as a trial in the United States conducted in one language.

Document translation likewise was a significant cause of delay. In each case, thousands of documents had to be translated from the original language into French and English. Most often the originals were in the native language of the defendants but at times, a document would be in one of the tribunal's working languages and it had to be translated into the other. This often was true for court documents. An example is the six-defendant *Butare* case.¹³²

The first arrested defendant was taken into custody in 1995. The last was arrested in 1998. The trial began June 12, 2001, and testimony ended December 2, 2008, after 714 trial days.¹³³ The 1548-page trial chamber judgment was delivered in English only on July 14, 2011.¹³⁴

Under the ICTR rules of procedure and evidence, notice of appeal listing grounds for appeal was due 30 days later, August 14, 2011.¹³⁵ Because one defense team worked in French, not English, the pre-appeal judge granted an extension of time to file the notice of appeal until 90 days after they were served with a French translation of the judgment.¹³⁶ When an English-speaking co-counsel was added to that defense team, the pre-appeal judge ordered the notice of appeal filed by May 1, 2012, and it was in fact filed April 26, 2012, almost two years after the Trial Chamber judgment was delivered.¹³⁷ On July 2, 2011, the pre-appeal judge granted an extension of time to file the defense appellate briefs until 60 days after service of the French trial judgment.¹³⁸ The French translation of the judgment was served on the parties February 1, 2013, and the defendants' appeal briefs were filed about two months later.¹³⁹ Thus, the appellate process in the *Butare* case was delayed about 16 months simply due to translation the trial judgment.¹⁴⁰

Translations of documents in general also was a significant cause of cost and delay. In January 2004, the U.N. Office of Internal Oversight Services (OIOS)¹⁴¹ delivered a report to the General Assembly on document translation at the ICTY. Of importance to delays and costs was the OIOS finding that the ICTY prosecutor was paying non-certified translators, that is translators who had not passed the U.N. translator's examination, \$14 per page of translation with an average of 12 pages per day compared to six pages per day

132 See note 107, *supra*.

133 *Butare* case trial judgment, paras 6541 and 6597.

134 *Butare* case appeal judgment, Annex A, para. 2.

135 ICTR Rules of Procedure and Evidence, Rule 108.

136 *Butare* case appeal judgment, Annex A, para. 3.

137 *Butare* case appeal judgment, Annex A, para. 6.

138 *Butare* case appeal judgment, Annex A, para. 11.

139 *Butare* case appeal judgment, Annex A, para. 14.

140 The appeal judgment is 1307 pages long and is dated December 14, 2015, just a few weeks short of 21 years after the first defendant taken into custody.

141 OIOS essentially is the inspector general for the United Nations.

at \$81 per page for translations by certified translators.¹⁴²

At the ICTR, in 2003, it was standard practice for a translator to translate five pages of 300 words each per day.¹⁴³ As of April 2004, there was a backlog of 2,400 pages awaiting final translation.¹⁴⁴

6.4. Complex litigation

By any standard, most trials before the *ad hoc* tribunals and the ICC are complex litigation. They involve multi-count indictments, often multiple defendants and complex factual and legal questions, often including legal issues of first impression. This is especially true in multi-defendant trials.

Multiple defendant trials add time and complexity for another reason. Each witness is subject to cross examination by each party. For example, in a four-defendant trial, each prosecution witness is subject to direct examination by the prosecutor and cross examination by each of the four defendants. At times, some or all of the parties will either have no cross examination or limited cross examination but other witnesses may be subjected to detailed and lengthy cross examination.

Logistical problems such as transporting witnesses to either The Hague or Arusha, Tanzania, also complicate the trials. Witness transportation must be coordinated with trials and housing for the witnesses while they are at the tribunals.¹⁴⁵

6.5. Bureaucratic infighting within the ICTR

A dispute developed between the ICTR registrar and the prosecutor over who had the authority to hire members of the OTP staff. Article 15(5) of the ICTR Statute gives the prosecutor authority to select the OTP staff. However, in May 2002, the U.N. secretary general gave hiring authority to the head of office. The ICTR registrar took that to mean he had the authority to select and promote OTP staff.¹⁴⁶ Although not mentioned in the OIOS report, the dispute between the prosecutor and registrar also effected hiring and promotions of other members of the OTP staff, including line prosecutors.

This bureaucratic infighting within the ICTR¹⁴⁷ led to a delay of more than a year in filing two of the top jobs within the OTP, deputy prosecutor and chief of prosecutions.¹⁴⁸ This occurred during a period in which the ICTR and ICTY had a single chief prosecutor. So, the deputy prosecutor at the ICTR was an especially important post because he was the person in charge of the day-to-day operations of the OTP in Arusha.

6.6. The ICC

The ICC has 18 judges,¹⁴⁹ including five in the Appeals Division who cannot serve as trial or pre-trial judges.¹⁵⁰ The remaining 15 are in three-judge trial chambers or pre-trial chambers.¹⁵¹ The court's new permanent headquarters has three courtrooms. Given the relatively short time the court has been in existence

142 U.N. Doc. A/58/667 (2004) U.N. Doc. A/58/667 (2004) [hereinafter OIOS report], para. 26.

143 2004 Audit Report, para. 77.

144 2004 Audit Report, para. 80.

145 The ICTY used commercial air to transport witnesses and staff between the former Yugoslavia and The Netherlands. The ICTR relied primarily on a chartered Beechcraft King Air which made two flights between Kigali, Rwanda, and Arusha, Tanzania, per week. ICTY witnesses were housed in hotels while ICTR witnesses generally were housed and fed in safe houses leased by the tribunal.

146 OIOS Report, para. 20.

147 And the prosecutor's failure to understand general U.N. recruitment and personnel regulations.

148 OIOS Report, para. 22.

149 Rome Statute, Article 36(1).

150 Rome Statute, Article 39(1) and 3(b).

151 Rome Statute, Article 39(2) (b).

and the few cases tried through appeals, it is impossible to determine how long it likely will take to try cases before the ICC.

However, the ICC Rules of Procedure and Evidence contain provisions likely to slow trials. For example, they have a preference for multi-defendant trials.¹⁵² There also are provisions for interlocutory appeals in the Statute and Rules, especially Article 82(1)(d), allowing interlocutory appeals of a decision

that involves an issue that would significantly affect the fair and expeditious conduct of the proceedings or the outcome of the trial, and for which, in the opinion of the Pre-Trial or Trial Chamber, an immediate resolution by the Appeals Chamber may materially advance the proceedings.

7. REMEDIES FOR VIOLATION OF THE RIGHT

As discussed, *supra.*, several remedies have been used when violations of the right to trial without undue delay are found. They range from dismissal of the charges to the simple satisfaction to a defendant that the violation has been noted by the authorities. In this section of this paper, I will discuss the strengths and limitations of the various proposed remedies.

7.1. Dismissal

In *Strunk*, Chief Justice Burger, writing for a unanimous Court, held that dismissal is the only available remedy to cure a violation of the Sixth Amendment right to speedy trial. The Chief Justice reasoned:

By definition, such denial [of the right to speedy trial] is unlike some of the other guarantees of the Sixth Amendment. For example: failure to afford a public trial, an impartial jury, notice of charges, or compulsory service can ordinarily be cured by providing those guaranteed rights in a new trial. The speedy trial guarantee recognizes that a prolonged delay may subject the accused to an emotional stress that can be presumed to result in the ordinary person from uncertainties in the prospect of facing public trial or of receiving a sentence longer than, or consecutive to, the one he is presently serving – uncertainties that a prompt trial removes.

It is true that *Barker* described dismissal of an indictment for denial of a speedy trial as an “unsatisfactorily severe remedy.” Indeed, in practice, “it means that a defendant who may be guilty of a serious crime will go free, without having been tried.” 407 U.S., at 522. But such severe remedies are not unique in the application of constitutional standards.¹⁵³

The Chief Justice is correct that no remedy other than dismissal can truly remedy a denial of a speedy trial. While one deprived of other trial rights can receive a remedy in the form of a new trial, a new trial cannot turn back the calendar and remove the taint of a denial of speedy trial.

However, the harsh remedy makes judges reluctant to find a violation of the right. Instead, they can rely on the flexible standards set out in *Barker* to find no speedy trial violation. The alternative is freeing a criminal, often one already convicted by a jury. That was the result in *Cardona*.

On the other hand, remedies for other constitutional violations also can result in the release of a demonstrably guilty man. A person caught with a kilogram of cocaine is equally guilty regardless of whether he is convicted by a jury or freed because a judge suppressed the evidence due to a lack of probable cause for the search.

152 ICC Rules of Procedure and Evidence, Rule 136(1).

153 *Strunk*, 412 U.S., at 438-39.

7.2. Dismissal if the defendant cannot be tried fairly

The remedy adopted by the House of Lords – try the defendant if he can be tried fairly or dismiss the case – addresses some of the prejudice experienced by a defendant due to unreasonable delays but not others. So, for example, if a key defense witness dies or is otherwise unable to testify, the case can be dismissed. Juries can be instructed that due to delays not the fault of the defendant, evidence has been lost or witnesses memories have faded and that should be taken into account in reaching a verdict. But it does nothing to cure the other prejudices recognized in *Barker v. Wingo* including the uncertainty of the future, relations between the defendant and his family, loss of job due to pretrial confinement or other reasons. While the UK approach is attractive, it does not eliminate the harm caused by unreasonable trial delays.

7.3. Reduction in sentence

Judge Short in his dissent in the *Government II* case suggested a sentence reduction as the appropriate remedy for violation of the right to trial without undue delay. This is an appropriate remedy for those eventually convicted of a crime but it fails to take into account prejudice to the defendant's ability to defend himself. Faded memories or missing evidence may result in a conviction when an acquittal might have been possible if the trial had not been delayed unduly.

7.4. Cash payments

Judge Robinson in his dissent in the *Government II* appeal would have awarded two defendants acquitted of all charges \$5,000 each after being incarcerated almost 14 years. That seems a small sum for such a long incarceration along with the mental stress of facing charges including genocide and crimes against humanity.

The ECHR jurisprudence would give cash awards for monetary losses caused by the violation of the right to trial without undue delay but the defendant must prove his losses. And, these are direct losses and include nothing for loss of freedom or mental anguish caused by the charges and delay in the trial.

7.5. Conclusion as to remedy

There is no perfect remedy for deprivation of the right to a speedy trial. The possible remedies either are so harsh – dismissal of charges – that judges will be unlikely to find a violation of the right and victims will feel betrayed by the system. Focusing on the fairness of the trial effectively makes the right to speedy trial a right without a remedy unless the prejudice is so severe that the defendant cannot get a fair trial. Reduction of sentence for a convicted person is an equitable remedy which takes some of the harm out of the violation but which also fails to recognize the possibility that an acquittal would have been possible if the trial had been held expeditiously. And, cash awards for those acquitted are likely to be inadequate and difficult to determine.

Giving an acquitted defendant a cash award also raises the issue of other innocent defendants who were tried expeditiously. Do they get compensation for their pretrial confinement? If not, do acquitted persons deprived of the right to trial without undue delay receive compensation for the entire pretrial confinement or simply for the period of undue delay? And if it is the latter, how is the period of undue delay determined?

It seems likely that international courts enforcing the right to trial without undue delay will struggle with fashioning a remedy. Given the gravity of the crimes heard by international courts, it is unlikely that they will opt for dismissal except in the most extreme circumstances. It is more likely that they will adopt some

combination of the dissents from Judges Short and Robinson: reduction of sentence if convicted or cash payments if acquitted.

8. SUGGESTIONS TO SPEED TRIALS

In 2009, the ICTY studied its procedures and wrote the ICTY Manual on Developed Practices (ICTY Manual). Many of the developed practices or best practices could shorten the length of proceedings. Some examples include:

8.1. Pretrial proceedings

Two of the most important suggestions in the ICTY Manual are readiness for trial at the time an indictment is presented and not “overloading” indictments. As to preparation for trial, the ICTY recognized that ideally cases should be ready for trial when the indictment is presented but that is not always possible. The manual states at 35:

Ideally a case should be ready for trial before an indictment is issued and it should be the object of the Prosecutor’s investigation to gather all necessary evidence before any charges are brought. However, ICTY experience has shown that in large, complex war crime cases investigations will continue well beyond the stage at which sufficient material has been assembled to justify charging an accused. In practice it is not possible to have the final indictment ready at the very outset of the case. Moreover, waiting until the investigation is “complete” may mean losing a unique opportunity to arrest the accused. The timing of the decision to issue an indictment will therefore have to balance the need to arrest the accused with the desire for further investigation.

The ICTY also recognized the temptation of prosecutors to load indictments with charges, often based on a single set of facts, to ensure that all bases are covered by the indictment. The manual urges caution in including numerous charges in an indictment. It states:

One of the most important lessons to be learned from the ICTY experience is that, given the complex nature of war crime trials, there is a tendency for indictments to become overloaded with charges, thus making it difficult for the criminal process to cope with the extent of issues to be proved. The problem becomes particularly acute in leadership cases or cases involving genocide and crimes against humanity, which inevitably involve massive prosecutorial undertakings. The criminal conduct of an accused in such a case is likely to extend over a lengthy period of time, and across broad geographical areas involving many individual victims and perpetrators. In leadership cases, it may be difficult to link commanders, especially political leaders, with individual incidents on the ground. In high-profile prosecutions, there may also be a desire to ensure that the charges properly reflect the full criminality of the accused in a way that will adequately be recorded in history. **These factors sometimes encourage prosecutors to bring indictments that are unwieldy to the point of making trials unmanageable within a reasonable timeframe.** It is, therefore, a good practice when drafting an indictment to estimate how long it is likely to take to try the case, bearing in mind the right of the accused to an expeditious trial.¹⁵⁴

The ICTY manual also recommends joint trials wherever possible.¹⁵⁵ The manual states:

The decision to try a number of accused together should be based upon policy and practical considerations. While there may be a clear preference for trying all those allegedly involved in a crime at the same time, so that judges can evaluate a transaction as a whole and can utilize resources more efficiently, practical issues may prevent joint trials. At the ICTY, for example, the number of fugitives, and the fact that individual fugitives may be apprehended at different times, has sometimes made it

154 ICTY Manual on Developed Practices (ICTY Manual), 36 (emphasis added).

155 The author disagrees that joint trials should be the norm. Each case of joinder should be decided on its own merits but joinder of multiple defendants carries the risk of lengthy trials.

difficult to jointly prosecute all individuals accused of one criminal transaction. However, the ICTY experience has shown that given the length and complexity of a trial, joinder of accused where possible is advisable. Separate trials can be difficult because they require additional resources, and create witness fatigue by requiring key witness to give what is essentially the same evidence on multiple occasions. This multiple testimony may create resentment on the part of the witness and may result in contradictions between depositions provided at different times.¹⁵⁶

The ICTY also developed a procedure in which the judges “suggested” that the prosecutor reduce the scope of the indictment, either by dismissing counts or agreeing not to present evidence of some crime sites. The prosecutor often “declined” the suggestions.¹⁵⁷

8.2. Trial practices

8.2.1. Time limits on presentation of evidence

The ICTY trial judges often would set time limits for the presentation of evidence by a side. The manual gives this reasoning:

In light of the voluminous materials presented, the period of alleged criminal acts spanned in the indictments, and the inherent case management issues arising during the litigating of international criminal matters, particularly in multi-accused cases, the presentation of evidence could conceivably continue indefinitely. Consequently, the imposition of global time limits is viewed as a necessary and useful measure. The Tribunal’s general practice has been to set global time limits during the pre-trial phase of the case, but after the parties have filed their witness and exhibit lists, which are generally required to be set forth in accordance with Rule 65*ter* (E) for the Prosecution and Rule 65*ter* (G) for the Defence. In relation to the Prosecution’s case, the establishment of time limits may occur in the pre-trial phase, but generally happens only after the case has been assigned to a Trial Chamber for the trial phase. For the Defence, the establishment of time limits occurs after the close of the Prosecution’s evidence, and thus in the trial phase.¹⁵⁸

While such time limits can force the parties to pare their cases and concentrate on what the party believes to be important evidence, arbitrary time limits can deprive a party of the right to a fair trial. Especially in multi-defendant trials, even a short direct examination of a prosecution witness can lead to lengthy cross-examinations by the defendants. An example is the examination of a prosecution expert, Allison des Forges, in the *Government II* trial. Her direct testimony took only 76 pages of transcript including objections to admission of some exhibits offered through her.¹⁵⁹ Cross examination included about 18 pages of transcript that day and further cross examination lasted 12 full trial days.

If time limits are set, they cannot be fairly used to limit cross examination nor can the time for cross examination be subtracted from the time of the party presenting the witness. Des Forges is a perfect example. The prosecution limited her testimony and presented most of her evidence through her report and a book she had written and which was introduced into evidence. It was short. Yet, it opened the door to extensive cross examination.¹⁶⁰

And, in multi-defendant trials, setting time limits for the defense or allotting time to each co-defendant can create substantial problems involving the rights of each defendant. The ICTY manual explains the procedure this way:

156 ICTY Manual on Developed Practices (ICTY Manual), 41.

157 ICTY Manual on Developed Practices (ICTY Manual), 66-67.

158 ICTY Manual on Developed Practices (ICTY Manual), 78.

159 *Prosecutor v. Bizimungu*, Tr. (31 May 2005), pages 3-79.

160 The Mugiraneza defense team, of which the author was a part, cross examined des Forges forthreecand a half days and introduced 24 exhibits during the cross.

It is important that the Trial Chamber not feel strictly bound to grant the Defence the same time as the Prosecution. In order to ensure a fair trial, the Chamber should carefully assess the amount of time the Defence requires to present its evidence. Additionally, the Chamber, in assigning time to each Defence team, must carefully consider the proposed evidence submitted in the exhibit and witness list submissions, and assign time for Defence evidence based upon the principles of a fair and expeditious trial.¹⁶¹

8.2.2. Use of documentary evidence

Both the ICTR and ICTY adopted rules of evidence allowing admission of written statements under some circumstances, including if the evidence is commutative, relates to historical background, relates to the impact of the offenses on victims or the character of the accused.¹⁶² The ICTY manual describes the advantages in this way:

The use of written evidence may be a more efficient mode for presentation of certain types of evidence, particularly evidence dealing with factual portions of a case, evidence relating to sites where crimes are alleged to have occurred (“crime based evidence”), and background historical, sociological, and statistical evidence. The admission of written statements in lieu of oral evidence, when used to prove a matter other than the accused’s acts and conduct, has enhanced the chambers’ ability to manage trials of a vast scale, and does not impinge fair-trial rights, provided that the statement declarant can be called for cross examination. However, the use of such statements has been complicated by lengthy statements, as well as by issues related to the evidential status of documents referred to as sources in such statements (*e.g.*, footnoted reports that the statement-maker’s conclusions are based on other information). Another disadvantage of relying on written evidence is that the public may find it more difficult to follow the proceedings. However, this disadvantage is not sufficient to outweigh the advantages gained.¹⁶³

The use of Rule 92*bis* in both *ad hoc* tribunals shortened trials by relieving both parties of the obligation to bring witnesses to present evidence such as additional alibi witnesses. One or two live witness’ testimony could be supported by a series of written statements, thereby shortening the procedure – and relieving the tribunal of the cost of transporting and housing the witness.

8.2.3. Guilty pleas

Guilty pleas obviously shorten the process. When a defendant pleads guilty, there is no need for presentation of witnesses. Additionally, it frees judicial and courtroom resources for other trials. The plea bargaining process is well known in the United States, with most indictments resulting in guilty pleas rather than trials. However, unless the trial judges imposing sentences are limited in the punishment they can impose and unless defendants are properly represented in the plea negotiation process, one case can result in essentially the end to guilty pleas. The ICTY recognized this in its manual:

Although some may refer to the guilty plea and plea agreement process as “plea bargaining”, this characterization is inaccurate for two reasons. First, a guilty plea may be entered without the benefit of a plea agreement, and without regard to the Prosecutor’s views. Second, any agreement that is reached on the basis of mutual negotiations is not binding on the Trial Chamber. In fact, the non-binding nature of plea agreements creates a disincentive to plead guilty and is probably the single largest reason that more guilty pleas do not occur, as an accused cannot be sure that the sentence or sentencing range negotiated with the Prosecutor and submitted by the Prosecutor to the Trial Chamber as appropriate will in fact be accepted by the Trial Chamber. In practice, it takes only one instance wherein a Trial Chamber significantly exceeds the recommended sentencing range for other accused, to disregard the prospective

161 ICTY Manual on Developed Practices (ICTY Manual), 99 (internal footnote omitted).

162 ICTR Rules of Procedure and Evidence, Rule 92*bis*, ICTY Rules of Procedure and Evidence, Rule 92*bis*.

163 ICTY Manual on Developed Practices (ICTY Manual), 80.

benefits of pleading guilty pursuant to plea agreements.¹⁶⁴

An example is the case of Jean Kambanda, the former prime minister of Rwanda, who was the first person to plead guilty at the ICTR. He was sentenced to life in prison¹⁶⁵ and that sentence was affirmed on appeal.¹⁶⁶ That sentence was a disincentive for any other defendant to plead guilty. In discussions with ICTR accused, the author was told there was no reason to plead guilty if they are going to get life in any case.

8.3. Conclusion on shortening trials

The ICTY manual is correct in criticizing the prosecution for overloading indictments and being unready for trial at the time indictments are issued. Further, there commonly were delays in disclosure which slowed both the pretrial and trial process. These delays can be laid at the feet of the prosecution.

While the tribunals have a preference for multi-defendant trials, these can contribute to lengthy trials. By their very nature, much of the prosecution case and much of each defendant's case likely is irrelevant to other defendants yet they are forced to sit through lengthy proceedings contributing to unreasonable delays.

Single defendant trials or multi-defendant trials involving only the same offenses would speed the trials considerably. This would to a great extent eliminate the problem of presentation of evidence irrelevant to some defendants in multi-defendant trials.

The *ad hoc* tribunals never sanctioned the prosecution for failure to disclose evidence, including exculpatory evidence. Assessing meaningful sanctions such as exclusion of evidence, dismissal of charges or even money sanctions against individual prosecutors could be an incentive to produce documents in a timely manner, thereby reducing delays.

It is more difficult to eliminate delays in the defense cases. Even if the prosecution is trial ready the day the indictment is presented, the defense requires time to prepare for trial. Given the number of counts and accusations in an indictment and the necessity to conduct investigations in locations far from the offices and homes of defense counsel and staff, it takes considerable time for the defense to investigate the case and to prepare for trial.¹⁶⁷ Early and complete disclosure of information and specific allegations by the prosecutor could shorten the time for pretrial preparation by the defense.

The attached charts prepared by the two *ad hoc* tribunals for the Security Council show that the length of trials varied greatly from a relatively short time to multi-year marathons. This leads to the question of selection of defendants.

International courts can *never* try all persons accused of crimes during armed conflicts. There simply are too many possible defendants. Most of the defendants will have to be tried in national courts. The international courts should be reserved for the most important defendants, such as military and political leaders.

The ICTR generally limited its indictments to Hutu military and political leaders or community leaders such as clergy who took part in crimes.¹⁶⁸ The ICTY on the other hand indicted and tried numerous defendants who can best be described as small fry such as Esad Landzo in the *Celebici* case. Concentrating on high-ranking or influential defendants would free resources and shorten the length of delays between arrest and disposition of the cases.

164 ICTY Manual on Developed Practices (ICTY Manual), 69-70.

165 *Prosecutor v. Kambanda*, No. ICTR-97-23-S, Judgment (4 September 1998).

166 *Kambanda v. Prosecutor*, No. ICTR-97-23-A, Judgment (19 October 2000).

167 In the *Government II* case, the defense team of which the author was a member interviewed witnesses in Canada, Finland, Switzerland and Italy as well as Rwanda.

168 The ICTR has been criticized for its failure to indict any Tutsis even though there was evidence that the Tutsi rebels committed war crimes. See e.g., Human Rights Watch, *Rwanda: International Tribunal Closing its Doors* (December 23, 2015), <<https://www.hrw.org/news/2015/12/23/rwanda-international-tribunal-closing-its-doors>>.

Finally, international courts must have the resources in terms of judges and courtrooms to try those cases expeditiously. Eighteen judges – only 13 of whom can try cases – and three courtrooms at the ICC will be insufficient if large numbers of defendants are indicted and arrested.

International courts are costly. The two *ad hoc* tribunals at their peaks had hundreds of employees ranging from secretaries to judges and lawyers. If the international community does not provide the resources, it will be impossible to expeditiously dispose of these complex cases. At the same time, leaders who engage in criminal activity be it in the former Yugoslavia, Rwanda, Syria or Sudan should be held liable for their crimes. It is important that leaders know they will face criminal sanctions for violations of international law.

However, the trials must not only be fair, they must be seen to be fair. The International Military Tribunal at Nuremberg is an example of how a trial can be both expeditious, fair and previewed as being fair. The IMT trial of the major war criminals involved 24 high-ranking defendants. It began on November 20, 1945, and the verdicts were delivered on October 1, 1946, the 218th trial day.¹⁶⁹

Just as determining whether a person is deprived of his right to a speedy trial is “slippery,” the proper remedy also is slippery. International courts trying the most serious cases such as the ICTY, ICTR and now the ICC, must organize themselves in such a way that they can try defendants promptly and without undue delays. Lengthy delays do nothing but deprive the courts of legitimacy. Both the defendants and the victims deserve speedy resolutions of the cases.

Table A - Cases from the ICTR

Case No.	Name	Former title	Initial appearance	Judgements of the Tribunal: genocide (Statute of the Tribunal, para. 2 (3) a-e); crimes against humanity (Statute, para. 3 a-i); violations of article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II (Geneva) (Statute, para. 4 a-h). Appeals Chamber disposition (bold text)	Trial judgement date Appeal judgement date (bold text)
1	J.-P. Akayesu	Bourgmestre of Taba	30 May 1996	Genocide (genocide, direct and public incitement to commit genocide), crimes against humanity (all counts)	2 September 1998
Sentence of life imprisonment affirmed on appeal			1 June 2001		
2	J. Kambanda	Prime Minister	1 May 1998	Genocide (genocide, conspiracy to commit genocide, direct and public incitement to commit genocide, complicity in genocide), crimes against humanity (murder, extermination)	4 September 1998 (guilty plea)
Sentence of life imprisonment, appeal dismissed			19 October 2000		
3	O. Serushago	Businessman, Interahamwe leader	14 December 1998	Genocide, crimes against humanity (murder, extermination, torture)	5 February 1999 (guilty plea)
Sentence of 15 years of imprisonment affirmed			14 February 2000		

169 For anyone interested, the complete IMT record is available on line at <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_major-war-criminals.html>. It includes *.pdf copies of all 42 volumes of the trial record including transcripts of proceedings and exhibits.

Case No.	Name	Former title	Initial appearance	Judgements of the Tribunal: genocide (Statute of the Tribunal, para. 2 (3) a-e); crimes against humanity (Statute, para. 3 a-i); violations of article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II (Geneva) (Statute, para. 4 a-h). Appeals Chamber disposition (bold text)	Trial judgement date Appeal judgement date (bold text)
4	C. Kayishema	Préfet of Kibuye	31 May 1996	Genocide	21 May 1999 (joint)
Sentence of life imprisonment affirmed					
O. Ruzindana	Businessman	29 October 1996	Genocide	1 June 2001	
Sentence of 25 years of imprisonment affirmed					

Fonte: Copied Verbatim from the Tribunal's Final Report to the Security Council

Table B - Cases from the ICTR

1 Trial Judgments

Case number	Case name	Date	Date of initial appearance	Number of accused	Number of pages
IT-94-1-T	Prosecutor v. Duško Tadić	7 May 1997	26 April 1995	1	304
IT-96-21-T	Prosecutor v. Hazim Delić, Zdravko Mucić, Zejnil Delalić and Esad Landžo or Mucić et al. (Čelebići case)	16 November 1998	11 April 1996 Zdravko Mucić 9 May 1996 Zejnil Delalić 18 June 1996 Hazim Delić and Esad Landžo	4	487
IT-95-17/1-T	Prosecutor v. Anto Furundžija	10 December 1998	19 December 1997	1	122
IT-95-14/1-T	Prosecutor v. Zlatko Aleksovski	25 June 1999	29 April 1997	1	93
IT-95-10-T	Prosecutor v. Goran Jelisić	14 December 1999	26 January 1998	1	46
IT-95-16-T	Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić and Vladimir Šantić or Kupreškić et al.	14 January 2000	8 October 1997 Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić and Vladimir Šantić 16 January 1998 Vlatko Kupreškić	6	349
IT-95-14-T	Prosecutor v. Tihomir Blaškić	3 March 2000	3 April 1996	1	290

Case number	Case name	Date	Date of initial appearance	Number of accused	Number of pagesa
IT-96-23-T	Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković or Kunarac et al.	22 February 2001	9 March 1998 Dragoljub Kunarac 4 August 1999 Radomir Kovač 29 December 1999 Zoran Vuković	3	323
IT-95-14/2-T	Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez	26 February 2001	8 October 1997	2	370
IT-98-33-T	Prosecutor v. Radislav Krstić	2 August 2001	7 December 1998	1	260
IT-98-30/1-T	Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radić, Zoran Žigić and Dragoljub Prać or Kvočka et al.	2 November 2001	16 December 1998 Miroslav Kvočka, Mlado Radić, Milojica Kos and Zoran Žigić 10 March 2000 Dragoljub Prać	5	245
IT-97-25-T	Prosecutor v. Milorad Krnojelac	15 March 2002	18 June 1998	1	237
IT-98-32-T	Prosecutor v. Mitar Vasiljević	29 November 2002	28 January 2000	1	122
IT-98-34-T	Prosecutor v. Mladen Naletilić and Vinko Martinović	31 March 2003	12 August 1999 Vinko Martinović 24 March 2000 Mladen Naletilić	2	296
IT-97-24-T	Prosecutor v. Milomir Stakić	31 July 2003	28 March 2001	1	290
IT-95-9-T	Prosecutor v. Blagoje Simić, Miroslav Tadić and Simo Zarić or Simić et al.	17 October 2003	17 February 1998 Miroslav Tadić 25 February 1998 Simo Zarić 15 March 2001 Blagoje Simić	3	370

2 Appeals Chamber Judgments

Case number	Case name	Date	Number of accused	Number of pages
IT-96-22-A	Prosecutor v. Dražen Erdemović	7 October 1997	1	18
IT-94-1-A	Prosecutor v. Duško Tadić	15 July 1999	1	177
IT-95-14/1-A	Prosecutor v. Zlatko Aleksovski	24 March 2000	1	87
IT-95-17/1-A	Prosecutor v. Anto Furundžija	21 July 2000	1	106

IT-96-21-A	Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić and Esad Landžo or Mucić et al. (Čelebići case)	20 February 2001	4	364
IT-95-10-A	Prosecutor v. Goran Jelisić	5 July 2001	1	77
IT-95-16-A	Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović and Vladimir Šantić or Kupreškić et al.	23 October 2001	5	209
IT-96-23 and IT-96-23-A/1	Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković or Kunarac et al.	12 June 2002	3	144
IT-97-25-A	Prosecutor v. Milorad Krnojelac	17 September 2003	1	135
IT-98-32-A	Prosecutor v. Mitar Vasiljević	25 February 2004	1	91
IT-98-33-A	Prosecutor v. Radislav Krstić	19 April 2004	1	136
IT-95-14-A	Prosecutor v. Tihomir Blaškić	29 July 2004	1	301
IT-95-14/2-A	Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez	17 December 2004	2	328
IT-98-30/1-A	Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radić, Zoran Žigić and Dragoljub Prcać or Kvočka et al.	28 February 2005	4	303
IT-97-24-A	Prosecutor v. Milomir Stakić	22 March 2006	1	195
IT-98-34-A	Prosecutor v. Mladen Naletilić and Vinko Martinović	3 May 2006	2	250

IT-95-9-A	Prosecutor v. Blagoje Simić (formerly Simić et al.)	28 November 2006	1	158
IT-98-29-A	Prosecutor v. Stanislav Galić	30 November 2006	1	247
IT-99-36-A	Prosecutor v. Radoslav Brđanin	3 April 2007	1	201
IT-02-60-A	Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić	9 May 2007	2	165
IT-03-66-A	Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu or Limaj et al.	27 September 2007	3	136
IT-01-48-A	Prosecutor v. Sefer Halilović	16 October 2007	1	116
IT-01-47-A	Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura	22 April 2008	2	153
IT-03-68-A	Prosecutor v. Naser Orić	3 July 2008	1	108
IT-01-42-A	Prosecutor v. Pavle Strugar	17 July 2008	1	190
IT-95-11-A	Prosecutor v. Milan Martić	8 October 2008	1	154
IT-00-39-A	Prosecutor v. Momčilo Krajišnik	17 March 2009	1	338
IT-95-13/1-A	Prosecutor v. Mile Mrkšić and Veselin Šljivančanin or Mrkšić et al.	5 May 2009	2	202
IT-98-29/1-A	Prosecutor v. Dragomir Milošević	12 November 2009	1	178
IT-04-82-A	Prosecutor v. Ljube Bošković and Johan Tarčulovski	19 May 2010	2	125
IT-04-84-A	Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj or Haradinaj et al.	19 July 2010	3	152

IT-06-90-A	Prosecutor v. Ante Gotovina and Mladen Markač	16 November 2012	2	139
IT-98-32/1-A	Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić	4 December 2012	2	292
IT-04-81-A	Prosecutor v. Momčilo Perišić	28 February 2013	1	77
IT-95-5/18-AR98 bis.1	Prosecutor v. Radovan Karadžić	11 July 2013	1	57
IT-05-87-A	Prosecutor v. Nikola Šainović, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević and Sreten Lukić or Šainović et al. (formerly Milutinović et al.)	23 January 2014	4	824
IT-05-87/1-A	Prosecutor v. Vlastimir Đorđević	27 January 2014	1	444
IT-05-88-A	Prosecutor v. Vujadin Popović, Ljubiša Beara, Drago Nikolić, Radivoje Miletić and Vinko Pandurević or Popović et al.	30 January 2015	5	792
IT-05-88/2-A	Prosecutor v. Zdravko Tolimir	8 April 2015	1	446
IT-03-69-A	Prosecutor v. Jovica Stanišić and Franko Simatović	9 December 2015	2	101
IT-08-91-A	Prosecutor v. Mićo Stanišić and Stojan Župljanin	30 June 2016	2	570
IT-04-74-A	Prosecutor v. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić and Berislav Pušić or Prlić et al.			

Fonte: Copied Verbatim from the Tribunal's Final Report

REFERENCES

BALKAN TRANSITIONAL JUSTICE. *War crimes convicts*: hague tribunal was a ‘political court’. Available at: <<http://www.balkaninsight.com/en/article/war-crimes-convicts-hague-tribunal-was-a-political-court-12-19-2017>>.

CONSTITUTION SOCIETY. *Assize of Clarendon*: 1166. Available at: <<http://www.constitution.org/eng/assizcla.htm>>.

CONSTITUTION SOCIETY. *The magna carta*: the great charter. Available at: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>>.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *ICTY Manual on Developed Practices*, 2009.

THE AVALON PROJECT DOCUMENTS IN LAW, HISTORY AND DIPLOMACY. *Virginia declaration of rights*. Available at: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/virginia.asp>.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Constituição, stf e a política penitenciária no Brasil: uma abordagem agnóstica da execução das penas

Constitution, supreme court and the penitentiary policy in Brazil: an agnostic approach to the penalties execution

Bruno Amaral Machado

Rafael Seixas Santos

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Constituição, stf e a política penitenciária no Brasil: uma abordagem agnóstica da execução das penas*

Constitution, supreme court and the penitentiary policy in Brazil: an agnostic approach to the penalties execution

Bruno Amaral Machado**

Rafael Seixas Santos***

RESUMO

A violação de direitos fundamentais da população carcerária tem atraído a atenção dos meios de comunicação de massa nos últimos anos e tornou-se objeto de pesquisas no campo dos estudos penitenciários. O ideal reabilitador das penas tem sido confrontado pela crescente deterioração das condições carcerárias. Em outro ângulo, o texto constitucional não reproduz a concepção expressa por quaisquer teorias das penas, mas se preocupa em estabelecer mecanismos que contenham os efeitos produzidos pelo poder punitivo – em franco direcionamento à redução dos danos ocasionados pelo cárcere. O artigo apresenta e discute mecanismos que, normativamente, assegurem os direitos fundamentais dos apenados. O objetivo é propor possível roteiro de análise e de ações da política penitenciária, com base em decisões do Supremo Tribunal Federal. Pretende-se analisar os fundamentos dos julgados daquele Tribunal, pertinentes aos direitos fundamentais da população carcerária, a fim de detectar possível adoção de teorias penais ou eventual opção por uma abordagem agnóstica das penas.

Palavras-chave: Política. Penitenciária. STF. Agnóstica. Dignidade.

ABSTRACT

The violation of prison population fundamental rights has attracted the mass media's attention in recent years and has become the object of research in the field of penitentiary studies. The growing deterioration of prison conditions has confronted the penalties ideal of rehabilitating. On the other hand, the constitutional text does not reproduce the conception expressed by any theories of penalties, but is concerned with establishing mechanisms that contain the punitive power effects - in direct orientation to the reduction of the damages caused by the jail. The article presents and discusses mechanisms that, normatively, assure the prisoners fundamental rights. The objective is to discuss a possible roadmap of analysis and penitentiary policy actions, based on decisions of the Federal Supreme Court. It seeks to analyze the grounds of the Court's judgments, relevant to the fundamental

* Artigo convidado

** Pós-doutorado em Sociologia – (UnB – JOHN JAY-NY). Doutor em Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Pesquisador associado do Departamento de Sociologia da UnB. Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal (UniCEUB/UnB). Promotor de Justiça (MP-DFI). Email: brunoamachado@hotmail.com

*** Mestre em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito e Políticas Públicas e de Estudos Constitucionais (UniCEUB). Professor do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB) e do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Email: rafaelseixas.email@gmail.com

rights of the prison population, in order to detect possible adoption of theories of penalties or possible option for an agnostic approach.

Keywords: Politics. Penitentiary. STF. Agnostic. Dignity.

1. INTRODUÇÃO

A violação de direitos fundamentais da população carcerária tem atraído a atenção dos meios de comunicação de massa nos últimos anos e tornou-se objeto de pesquisas no campo dos estudos penitenciários¹. O ideal reabilitador das penas tem sido confrontado pela crescente deterioração das condições carcerárias nos últimos anos. Diariamente, são noticiados abusos e violações daqueles direitos, a despeito do ideário reabilitador da Lei de Execução Penal (LEP), que descreve roteiro minucioso para o cumprimento das penas no âmbito do sistema penitenciário². Rebeliões em presídios, como Carandiru, Candelária, Vigário Geral, Urso Branco³ são noticiadas pelos meios de comunicação de massa. Recentemente, novos motins tomaram a pauta dos noticiários: chacina no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (AM), na cadeia pública Raimundo Vidal Pessoa (AM)⁴, no maior presídio do Rio Grande do Norte⁵, que contabilizaram mais de uma centena de mortes entre detentos.

O ideário incorporado pela política penitenciária em seu principal instrumento normativo (LEP) revela-se cada vez mais utópico e é colocado em questão não apenas por especialistas mas também pelos gestores, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário no Brasil⁶. Nesse cenário, uma alternativa viável pode ser visualizada pelo controle da força punitiva estatal “empregada para redução de danos, pela colaboração entre as agências e destas para com a cidadania”⁸. As funções legitimadoras da pena parecem confrontadas pelo caos do sistema prisional. Assim, ainda persistem resquícios “inquisitoriais e autoritários [...] na estrutura do pensamento ideológico defensivista”⁹, evidenciando o distanciamento entre o modelo “teórico-normativo (científico) e a efetividade (política) da sanção”¹⁰.

Os discursos legitimadores ancoram-se em distintas justificações da sanção penal: as teorias absolutas, as-

1 Ver proposta metodológica de análise estatística da evolução do encarceramento no Brasil: ZACKSESKI, Cristina. MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016. Em um enfoque muito mais amplo, que contempla abordagens criminológicas e penais que repercutem na produção acadêmica nas estratégias político-crime e nos meios de comunicação de massa (criminologia midiática), conferir: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

2 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.

3 RELEMBRE 10 grandes chacinas que marcaram o Brasil. *Terra Notícias*. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/noticias/infograficos/chacinas-brasil/chacinas-brasil-10.htm>>. Acesso em 11 jan. 2017.

4 Presídios palcos de chacinas têm internos bebendo água de privada, sinal de celular e ameaças de decapitação. *BBC Brasil*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38581392>>. Acesso em 11 jan. 2017.

5 Detentos fazem motim em prisão do RN; ao menos 10 morrem, diz governo. *Folha de São Paulo – UOL*. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849960-detentos-comecam-rebeliao-em-presidio-do-rio-grande-do-norte.shtml>>. Acesso em 15 jan. 2017

6 Cf. MACHADO, Bruno Amaral. SLONIAK, Marcos Aurélio. Disciplina ou ressocialização? Racionalidades punitivas, trabalho prisional e política penitenciária. *Revista Direito GV*, São Paulo 11(1) | p. 189-222 | JAN-JUN 2015.

7 A abordagem que se restringe aos discursos legitimadores é usualmente identificada nos Manuais de Direito Penal, empregados nos Cursos em geral.

8 ZACKSESKI, Cristina; Fragmentos do jogo político criminal brasileiro. In: MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal e democracia (Justicia criminal y democracia)*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013 (p.284).

9 CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. (p. 4).

10 CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. (p. 4).

sociadas às doutrinas da retribuição e/ou da expiação; as teorias relativas¹¹, orientadas pelo ideal preventivo (geral ou especial, positivo ou negativo); e, por fim, as teorias descritas como mistas ou unificadoras¹². Certamente, tais teorias buscam “racionalizar a exclusão da vítima do modelo punitivo”, na forma de uma “pluralidade de discursos justificantes do poder punitivo com a pretensão de racionalização” da sanção penal¹³.

Nos últimos anos, o Direito tem se revelado um campo relevante para repensar o potencial normativo das políticas públicas promotoras ou garantidoras dos direitos fundamentais dos condenados¹⁴. A atuação do Judiciário constitui-se em locus relevante de análise para avaliar diretrizes que balizam a implantação de ações políticas¹⁵. Reconhece-se o potencial transformador do direito no cenário da política penitenciária¹⁶, sobretudo em relação aos parâmetros incorporados na (e pela) linguagem do Judiciário, ao interpretar o conteúdo do direito. Nessa análise, longe das abordagens estruturais estáticas, demasiadamente formais ou meramente procedimentais¹⁷, busca-se a integração de diferentes campos institucionais, como alternativa à reinterpretação jurídica da política penitenciária.

O foco da pesquisa são as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) relacionadas aos direitos fundamentais dos presos, material empírico que pode propiciar novos elementos de análise da política penitenciária. Além disso, pretende-se identificar abordagens teóricas selecionadas pela Corte nos julgamentos de recentes casos relacionados à execução das penas. O objetivo é descrever e analisar os fundamentos dos julgados pertinentes aos direitos fundamentais da população carcerária e confrontá-los com o ideário instituído pelo Plano Nacional de Política Penitenciária (2015-2018) e a realidade do sistema prisional no Brasil.

2. O PLANO NACIONAL DE POLÍTICA PENITENCIÁRIA (2015/2018)

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) é instituição incumbida de propor as diretrizes da política criminal atinentes à “prevenção do delito, à administração da justiça criminal e à execução das penas e das medidas de segurança”; de “elaborar programa nacional penitenciário de formação e

11 A pena assume uma finalidade prática de prevenção geral ou especial do crime. “A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação social do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição)”, nos dizeres de Käfer, Josi. *Teoria relativa ou preventiva da pena*. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3403>> Acesso em 3 nov. 2016.

12 Conferir MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. Rediscutindo os fins da pena. *Justitia*, São Paulo, v. 63, n. 196, p. 62-80, out./dez. 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24401>>. Acesso em: 16 fev. 2017. Textualmente: “Sem desprezar os principais aspectos das teorias absolutas e relativas, como é intuitivo, as teorias mistas ou unificadoras buscam reunir em um conceito único os fins da pena. A doutrina unificadora defende que a retribuição e a prevenção, geral e especial, são distintos aspectos de um mesmo fenômeno que é a pena. Em resumo, as teorias unificadoras acolhem a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena” (p.13).

13 Souza, Taiguara Libano Soares e. *A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro*. 2015. Tese de Doutorado. PUC-Rio Orientado por DORNELLES, João Ricardo Wanderley. (p.56).

14 Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana – Alguns Referenciais Teóricos de Interesse. In: DA ROCHA, Carlos Odon Lopes et al. *Dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia: implicações recíprocas*. 2014: “Num sistema que adota a dignidade da pessoa humana como premissa valorativa de todo o ordenamento constitucional, [...] a compreensão do que caracteriza a dignidade humana enreda o jurista em questões que desafiam os limites dos seus afazeres habituais, as perplexidades que a igualdade propõe não são menos instigantes” (p.6).

15 Cf. BORGES, Emílio et al. Poder judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos. *Revista do Direito Público*, v. 7, n. 3, p. 53-76, 2012, (p.60).

16 Trubek, David M. *Law, Planning and the Development of the Brazilian Capital Market – a study of law in economic change*. In: *Yale Law School Studies in Law and Modernization* 3, Bulletin no. 72 and 73. 1971. “(...) não há meios de se dizer o que é a política pública sem estudar o direito. Para entender a política precisamos estudar as regras jurídicas de perto” – tradução livre.

17 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo, 2014. No mesmo sentido, anota o autor: “Exemplos disso são controvérsias e disputas de interpretação envolvendo a observância de regras de competência, a autonomia de órgãos e entes públicos, a legalidade dos atos praticados por autoridades administrativas e as possibilidades e limites da revisão de decisões de política pública pelo Judiciário” (p.5).

aperfeiçoamento do servidor”¹⁸. Trata-se de órgão colegiado, composto por 13 (treze) membros nomeados por ato do Ministro da Justiça, entre “professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social”¹⁹.

O instrumento de planejamento e sistematização das atividades e orientações do CNPCP é o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (PNPCP)²⁰, de vigência quadrienal, cuja função é fixar as diretrizes da política temática de modo a consubstanciar a ação pública para o período abrangido. O Plano²¹ contempla o diagnóstico do sistema prisional, denominado de “detalhamento” e de “evidências”, bem como o conjunto de “demandas” e respectivos “impactos”, projetados para os anos de 2015 a 2018²². Trata-se do documento matricial que coordena a ação do Conselho para o quadriênio e que deve ser visualizado como documento descritivo da política pública setorizada, especialmente no tocante à Medida “Condições do cárcere e tratamento digno do preso”.

Uma das evidências inaugurais do referido documento é que “todos os estados possuem pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos prisionais em situação de superlotação”, de modo que o detalhamento do Plano reconhece que as condições carcerárias e a superlotação configuram violações à Constituição e à LEP. Registra que “Há estados em que cerca de um terço da população prisional está em unidades com mais de quatro pesos por vaga”²³.

O documento noticia a ocorrência recorrente de mortes violentas e intencionais dentro dos estabelecimentos prisionais e notícias de corriqueiras práticas de tratamento cruel, desumano, degradante e até de tortura. E aponta para a completa inadequação dos espaços prisionais, impactados pelo elevado custo das vagas construídas²⁴. Além disso, o documento relaciona as demandas de obediência às normas de arquitetura prisional, com o estabelecimento do limite do número de vagas no sistema prisional; aponta o combate e a erradicação das práticas de tratamento desumano e de tortura (registradas, no Plano, como “violência institucional”), a ser executado pela implementação e pelo cumprimento da Lei que institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT)²⁵.

Em relação à análise documental, selecionam-se três frentes de ação no documento: (I) ajustar a arquitetura prisional, no pertinente à estrutura física e quanto à alocação e distribuição de vagas; (II) estruturar

18 Competências estabelecidas pelo Decreto nº 8.668, de 11 de fevereiro de 2016, Anexo I, art. 46. BRASIL. Decreto nº 8.668, de 11 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8668.htm>. Acesso em 10 ago. 2016.

19 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Composição. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/composicao>>. Acesso em 13 ago. 2016.

20 Elaborado em conformidade com o estabelecido pelo artigo 64, incisos I e II da Lei nº 7.210, de 11 de julho e 1984 (Lei de Execução Penal). BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 13 ago. 2016.

21 Como descrição do Portal do CNPCP, “O documento se divide em duas partes. A primeira apresenta as medidas relacionadas à porta de entrada do sistema penal, com o objetivo de revelar o que tem levado ao quadro atual da política criminal, em que ocorre crescimento contínuo da população carcerária, sem impacto na melhoria dos indicadores de segurança pública”, Plano Nacional. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/plano-nacional>>. Acesso em 13 ago. 2016.

22 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. PNPCP (Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – 2015). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

23 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. PNPCP (Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – 2015). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016. (p.31).

24 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. PNPCP (Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – 2015). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

25 BRASIL, Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12847.htm> Acesso em 13 ago.2016.

mecanismos de combate sistemático, visando à erradicação, da “violência institucional” praticada pelo Estado contra os apenados; e (III) aperfeiçoar o processo de investigação e punição por mortes dentro dos estabelecimentos, com o monitoramento das ações.

Quanto à primeira linha de ação, relativa à arquitetura prisional, matéria disciplinada em Resolução própria²⁶, percebe-se que o Plano busca a harmonização da sistemática de elaboração de projetos, de financiamento, de construção e reforma de estabelecimentos prisionais no país. A preocupação é com a forma de dimensionamento das celas, com o critério de proporcionalidade do uso, veiculando conceitos como acessibilidade, a permeabilidade do solo, o conforto climático dos internos e impacto ambiental, e consubstancia-se em “referência para todas as obras nacionais com fins penais, representando o acúmulo político e social do Estado Democrático de Direito e o conhecimento científico disponível”²⁷.

A arquitetura, o desenho estrutural da feição prisional e a correspondente metodologia da distribuição das vagas denotam a busca pela acomodação em plenitude dos direitos fundamentais, sob o comando da realização da dignidade. No que tange às regras mínimas para o tratamento do preso, a Resolução nº 14, de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, documento referenciado no Plano Nacional e associado aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem, prevê o “respeito às crenças religiosas, aos cultos e aos preceitos morais do preso”, o “respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal” como elementos básicos de tratamento dos detidos²⁸.

A segunda e a terceira vertentes do Plano Nacional consistem em estruturar mecanismos de combate sistemático à violência institucional praticada contra os apenados, e em aperfeiçoar o processo de investigação e punição por mortes dentro dos estabelecimentos. Quanto à violência institucionalmente praticada, o PNPCP reivindica atenção especial para a erradicação da tortura e para a redução das letalidades na ação policial no desenrolar prisional. A preocupação nesse ponto é a violação de direitos fundamentais dos sentenciados por agentes estatais e pelos companheiros de cárcere. Aqui reside possível explicação para o fato de que uma das demandas do PNPCP no documento foi “instituir procedimento de investigação para toda morte ocorrida no sistema prisional e monitorar o seu funcionamento”²⁹.

A violência institucional do sistema prisional, quando não produz a morte, em razão da delinquência intramuros, demanda tal como alardeado pelo PNPCP, esforços no aperfeiçoamento e no monitoramento da investigação e punição por morte no sistema prisional explicitando a terceira e derradeira vertente do Plano que importa para a análise. Verifica-se que o PNPCP relaciona três frentes de ação: arquitetura prisional, erradicação da violência institucional e a punição por mortes; além disso, a necessidade de “Instituir mecanismos de fiscalização e controle do sistema prisional de âmbito nacional, com poderes sancionatórios”³⁰. Referidos mecanismos são contemplados no arcabouço legislativo, em harmonia com o eixo transversal da dignidade da pessoa humana.

As ações apresentadas pelo Plano Nacional produzem como efeitos, ou “impactos”, a redução da tensão

26 BRASIL, Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 09, de 18 de novembro de 2011. Diretrizes Básicas para arquitetura penal. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf> Acesso em 13 ago. 2016.

27 BRASIL, Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 09, de 18 de novembro de 2011. Diretrizes Básicas para arquitetura penal. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf> Acesso em 13 ago. 2016.

28 BRASIL, Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994. Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Disponível em <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Outros/1994resolu14CNPCP.pdf>>. Acesso em 1º set. 2016.

29 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. PNPCP (Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – 2015). (p.31). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

30 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. PNPCP (Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – 2015). (p.31). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

nas unidades prisionais, a despertar “Maior segurança para presos e trabalhadores”, associada à “Redução da letalidade no sistema prisional” no ensejo de dispensar “Tratamento digno e humanizado, em cumprimento aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito”. Portanto, o problema não é a inexistência de estratégias positivadas e, muitas vezes, consubstanciadas nas próprias ações públicas estabelecidas no PNPCP — o que leva especialistas na área a registrarem que não precisamos de mais política criminal. [...] Precisamos de mais direitos, de novos direitos, que devem ser viabilizados por políticas públicas³¹.

3. REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O último Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), anota que a população carcerária brasileira, em 2017, correspondia a 726.712 (setecentos e vinte e seis mil setecentos e doze) presos³². Segundo dados do CNJ, o país apresenta o terceiro maior índice de encarceramento³³. Os números mostram que o país, quando computada a população que cumpre pena em regime de prisão domiciliar, possui a quarta maior população prisional do mundo, atrás, apenas, dos Estados Unidos, da China e da Rússia³⁴.

O Relatório Justiça em Números de 2017 revela que os processos referentes às execuções judiciais criminais privativas de liberdade “possuem tempo médio de baixa de 3 anos e 9 meses na Justiça Estadual e de 2 anos e 6 meses na Justiça Federal”³⁵, e o mesmo Relatório produzido para o ano de 2016 indica a prática, no âmbito dos juízos criminais, das execuções de penas privativas de liberdade em detrimento das formas alternativas de cumprimento de pena. Segundo o levantamento, 62,8% (sessenta e dois vírgula oito por cento) das execuções penais iniciadas em 2015 referem-se a pessoas encarceradas, o que confirma a ideia de que a política do encarceramento ainda se constitui na principal resposta penal do Estado³⁶. Os dados noticiam que, em relação ao total de presos no Brasil, mais de 221 mil são provisórios³⁷. Ou seja, a cada 3 (três) presos no Brasil, 1 (um) é provisório.

O quadro de superlotação e as condições degradantes do sistema configuram cenário fático de violação de princípios e direitos constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a proibição da tortura, o acesso à justiça, a segurança dos presos, bem como a própria vida. A crise do sistema penitenciário brasileira povoa os meios de comunicação de massa: as constantes rebeliões e chacinas nos presídios, como os ocorridos em Carandiru (São Paulo), no ano de 1992; na Candelária e em Vigário Geral (Rio de Janeiro), ambas em 1993; em Urso Branco (Rondônia), em 2002³⁸.

No início de 2017, eclodiram diversas rebeliões. Entre os motins, a chacina por disputa entre facções no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, no estado do Amazonas, resultou em dezenas de mortes. Pouco

31 PEDRINHA, Roberta Duboc. Política criminal em tempos de crise: a produção de subjetividade punitiva, a sociedade do trabalho, a produção de excluídos e a prática policial. Revista EPOS, v. 2, n. 1, 2011.

32 BRASIL. Ministério da Justiça. INFOPEN 2017. Disponível em: <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>> Acesso em: 20 dez. 2017.

33 MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016.

34 BRASIL. Ministério da Justiça. NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em 8 jun. 2016.

35 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2017: ano-base 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 20 dez. 2017.

36 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2016: ano-base 2015. Disponível em <http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf>. Acesso em 11 jan. 2017.

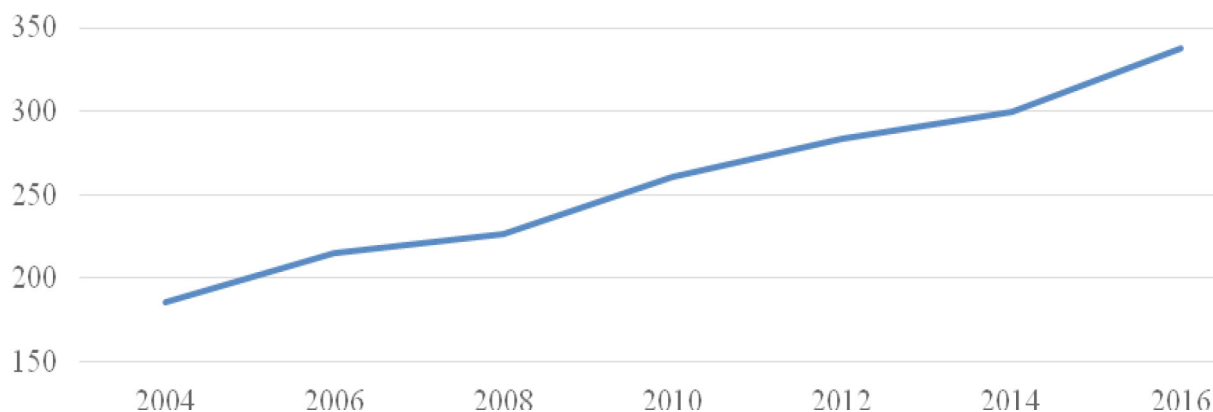
37 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em 26 fev. 2017.

38 RELEMBRE 10 grandes chacinas que marcaram o Brasil. *Terra Notícias*. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/noticias/infograficos/chacinas-brasil/chacinas-brasil-10.htm>>. Acesso em 11 jan. 2017.

após, sobrevieram diversos assassinatos na cadeia pública Raimundo Vidal Pessoa, no mesmo estado³⁹. A matança de dezenas de detentos se seguiu, dias depois, em Roraima, durante rebelião na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo⁴⁰. Em seguida, deflagrou-se rebelião no maior presídio do Rio Grande do Norte⁴¹. Após esses episódios, os registros das autoridades foram uníssonos no sentido de que “as facções que dominam os presídios têm ‘preceitos próprios’ e que preocupam a segurança nacional”⁴².

Quando calculada a taxa de encarceramento, assumindo-se o número de presos para cada 100 (cem) mil habitantes, o quadro é alarmante. A taxa, segundo informações do CNJ e do INFOPEN, aumentou 82,4%⁴³ (oitenta e dois vírgula quatro por cento) entre 2004 e 2016. Desse modo, em 2004, o Brasil contava com mais de 185 (cento e oitenta e cinco) presos para cada grupo de 100 (cem) mil habitantes. Em 2016 o número ultrapassou 330 (trezentos e trinta) presos para o mesmo grupo (de 100 mil habitantes).

Taxa de Encarceramento 2004/2016



Fonte: Elaboração própria com dados do CNJ e do INFOPEN⁴⁴

Percebe-se que os crimes de tráfico de drogas representaram 29% (vinte e nove por cento) dos processos que envolvem réus presos, seguidos pelos crimes de roubo, 26% (vinte e seis por cento) e homicídio, 13% (treze por cento). Em relação ao prazo da custódia, a maioria dos presos provisórios está custodiada há mais de 180 (cento e oitenta) dias. Aponta-se que o tempo médio da prisão provisória variava de 172 (cento e setenta e dois) dias a 974 (novecentos e setenta e quatro) dias⁴⁵.

As condições das celas, também, são duramente criticadas. Os relatórios de inspeção indicam que os es-

39 Presídios palcos de chacinas têm internos bebendo água de privada, sinal de celular e ameaças de decapitação. *BBC Brasil*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38581392>>. Acesso em 11 jan. 2017.

40 Veja quem são 31 dos 33 presos mortos no massacre de Roraima. *Folha de São Paulo – UOL*. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1847899-veja-quem-sao-todos-os-31-presos-mortos-no-massacre-de-roraima.shtml>>. Acesso em 11 jan. 2017.

41 Detentos fazem motim em prisão do RN; ao menos 10 morrem, diz governo. *Folha de São Paulo – UOL*. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849960-detentos-comecam-rebeliao-em-presidio-do-rio-grande-do-norte.shtml>>. Acesso em 15 jan. 2017

42 Presos vivem em situação desumana e quadrilhas preocupam país, diz Temer. *Folha de São Paulo – UOL*. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1848867-presos-vivem-em-situacao-desumana-e-quadrilhas-preocupam-pais-diz-temer.shtml>>. Acesso em 11 jan. 2017.

43 BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN – Junho de 2014. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2014. Disponível em <<http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em 3 set. 2016.

44 Elaboração própria com base em dados do INFOPEN. BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN – Junho de 2014. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2014. Disponível em <<http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em 3 set. 2016.

45 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em 26 fev. 2017.

paços são pequenos, sem condições para albergar sequer 10 (dez) detentos, embora ocupados por 20 (vinte) ou até 30 (trinta) apenados, consubstanciando situação de flagrante desrespeito às mínimas condições instituídas pela LEP e pelos documentos internacionais. Ao cotejar os comandos normativos, verifica-se que o instrumento estabelece a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, como direitos dos sentenciados, e define padrões basilares de alimentação e de atendimento por serviços médicos⁴⁶. Em recente entrevista⁴⁷, o então Coordenador Nacional da Pastoral Carcerária denunciou a violação aos direitos da população penitenciária ao comparar os presídios brasileiros às senzalas. O Coordenador argumentou que há, no sistema prisional, a formação de um palanque socialmente reconhecido, a exemplo dos palanques de espetáculos que se produziam nos tempos das senzalas: “o presídio é um palanque de tortura como eram as senzalas, mas hoje das periferias e dos pobres. Se houvesse outro público lá dentro, podíamos não pensar nisso. Mas não tem como, é algo muito seletivo”.

Além disso, os condenados não representam um público politicamente atraente, e as políticas penitenciárias historicamente perdem espaço na disputa por recursos públicos⁴⁸. Nesse cenário algumas experiências positivas sugerem a possibilidade de mudanças⁴⁹. Todavia, em face da negligência dos poderes políticos em implantar os programas normativos, ganha espaço o papel do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados. Apesar da vigência de um Plano Nacional, inspirado pela promoção da dignidade da pessoa humana, as avaliações empíricas do sistema penitenciário — ao se afastarem do plano normativo idealizado — evidenciam o desarranjo institucional juridicamente representado como Estado de Inconstitucionalidade das Coisas. De fato, o próprio Poder Executivo emite sinais de que ações individuais e compartimentalizadas dos atores e poderes políticos envolvidos não é suficiente para afrontar a inconstitucionalidade dos presídios⁵⁰. A agenda de políticas públicas torna-se cada vez mais complexa, de difícil equação sob a ótica jurídico-formal, o que impõe a construção de estratégias mais complexas e dialogais para a análise da ação pública.

4. A TEORIA AGNÓSTICA E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA: A PENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

4.1. Semânticas penais e a teoria agnóstica das penas

A história das racionalidades penais pode ser descrita, de forma simplificada, a partir de duas manifestações relevantes para os objetivos deste texto. De um lado, a edificação de limites à intervenção do Estado, na forma assumida pelos modernos princípios penais e processuais penais que regulam o exercício do poder punitivo. Por outro lado, especialmente ao longo dos últimos dois séculos, multiplicaram-se as teorias legitimadoras da intervenção penal⁵¹.

46 É o exemplo dos incisos do art. 41 da LEP.

47 GOMBATA, Marsilea. Prisões são as senzalas de hoje, diz ativista da Pastoral Carcerária, *Revista Carta Capital*. Publicada em 5 maio 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/priso-es-sao-as-senzalas-de-hoje-diz-ativista-da-pastoral-carceraria-7005.html>>. Acesso em 2 set. 2016

48 Argumenta-se que a omissão estatal violadora de direitos fundamentais dos presidiários é decorrência do baixo capital político que tal grupo é capaz de produzir, camada aparentemente inaudível no Parlamento brasileiro.

49 Exemplos relacionais são a Lei nº 20.624/2013, do estado de Minas Gerais, que promove incentivos financeiros a empresas que contratarem ex-detentos; o Decreto nº 55.126/2009, do estado de São Paulo, que concede incentivos em licitações a empresas que inserem apenados e ex-apenados em seus quadros.

50 Nesse mote, cite-se a declaração do então Chefe do Poder Executivo Federal, por ocasião das rebeliões de Manaus e Boa Vista, no sentido de que os presídios, integrantes do Estado Paralelo “(...) constituem-se quase, digamos, numa regra jurídica, numa regra de direito fora do Estado. Veja que eles têm até preceitos próprios. E, para surpresa nossa, até quando o fazem aquela pavorosa matança, o fazem baseado em códigos próprios. Está é uma questão que ultrapassa os limites da segurança para preocupar a nação como um todo”. PCC e Família do Norte usam código próprio para fazer matança, diz Temer. *Uol Notícias*. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/11/pcc-e-familia-do-norte-usam-codigo-proprio-para-fazer-matanca-diz-temer.htm>>. Acesso em 12 jan. 2017.

51 MACHADO, Bruno Amaral. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional.

A fundamentação do poder punitivo encontrou, por influência da filosofia utilitária, finalidades distintas para as penas. As racionalidades punitivas tornaram-se mais complexas e ambiciosas. A pena como retribuição (Kant) perderia terreno para versões utilitaristas (a pena-prevenção)⁵². O caráter dissuasório da pena (prevenção geral negativa) (Feuerbach) associou a sanção penal à concepção de que a ameaça de imposição do castigo seria útil na nova engenharia do Estado moderno. No final do século XIX, o discurso criminológico positivista e a sua versão *correcionalista* incrementaram as racionalidades das penas ao idealizar outras funções, que legitimariam a prevenção especial. Na vertente negativa da prevenção especial, a função da pena associa-se à inocuidade do criminoso, indivíduo a ser afastado do convívio social – derivação da visão contratualista e da ideologia da defesa social⁵³.

A vertente positiva da prevenção especial, inspirada na possibilidade de reintegração social e que deu origem às variações das ideologias “re” (reabilitação, ressocialização, reintegração), constituiu um dos objetivos declarados na modernidade penal⁵⁴. O modelo ressocializador apresenta-se como parte do programa jurídico que legitimou o poder punitivo ao longo do século XX, na esteira da transição do Estado Liberal de Direito ao Estado Intervencionista, especialmente do pós-guerra⁵⁵. Observadores atentos da inserção do novo modelo, em contrapartida, denunciaram as finalidades latentes ou não declaradas das novas estratégias punitivas. O ideal reintegrador dissimularia a estratégia disciplinadora das teorizações e práticas do sistema de justiça criminal⁵⁶.

As teorias legitimadoras da intervenção penal foram objeto de forte crítica nos últimos anos. Inspirada pela recepção da crítica criminológica⁵⁷, a teoria agnóstica das penas assume postura desconfiada e incrédula em relação às finalidades das penas. Ao observar a pena como exercício da violência estatal institucionalizada, o foco é direcionado para as garantias dos condenados. Assume-se, assim, que o discurso crítico veiculado na proposta agnóstica contribuiu para elucidar o “desgaste e o esvaziamento de todos os modelos de justificação”⁵⁸ e desvelou os efeitos da pena. Apresenta-se como escolha mais apropriada, assim, negar qualquer espécie de finalidade ou de justificação da pena.

Reconhece-se que o ambiente prisional continua a produzir os elevados custos das violências institucionais, a demandar ações voltadas à redução dos danos ocasionados pela realidade do sistema carcerário. Sugere-se o abandono de “quaisquer teorias justificacionistas, sobretudo modelos ressocializadores, [como] efeito primeiro da adoção da perspectiva agnóstica de redução dos danos penais”⁵⁹. O direito penal obser-

Revista de Estudos Criminais, n. 45, abr.-jun. 2012, pp. 77-116.

52 Conferir entre outros: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999. BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos Sofismas Políticos*. São Paulo: EDIJUR, 2002. VON LISZT, Fran. *La idea del fin en el Derecho Penal*: Programa de la Universidad de Marburgo. 1882. Trad. Carlos Perez Del Valle. Buenos Aires: Granada, 1995. Conferir, também, detalhada análise das teorias das penas: ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, 2007, p.190. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: REVAN, 2011.

53 Aqui mencionamos, especialmente, a tradição positivista italiana: LOMBROSO, Cesar. *O homem delinqüente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. 2. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001; FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Campinas: Bookseller, 1999 e GAROFALO, Rafael. *Criminologia*. Trad. Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Péritas, 1997.

54 Sobre as ideologias “re”, conferir ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: REVAN, 2011, p. 116 e ss.

55 Conferir extensa e didática exposição da evolução dos pensamentos criminológicos e penais: ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.

56 A partir de perspectivas distintas: GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 16. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. A História da Violência nas Prisões. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.p. 56.

57 Sem a pretensão de apresentar detalhadamente as diferentes tradições da criminologia crítica, na Europa, Estados Unidos e América Latina, bem suas transformações nas últimas décadas, conferir: BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Revan, 2002. BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? Victor Sancha Mata, Entrevista ad Alessandro Baratta. *Dei Delitti e Delle Pene*, Torino, n. 1, 1991. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 1-72.

58 CARVALHO. Op. Cit., 2013, p. 349.

59 CARVALHO. Op. Cit., 2013, p. 269.

vado sob a ótica agnóstica ao dispensar debates sobre as funções da pena — capacita a jurisdição penal para reduzir os efeitos negativos produzidos pelo poder punitivo, por meio de políticas de redução de danos⁶⁰.

4.2. Pena e Constituição

No transcorrer do século XX, o debate sobre as finalidades da pena ganhou *status* constitucional. As constituições da Itália e da Espanha são paradigmáticas, pois incorporaram expressamente o modelo reintegrador. No Brasil, as legislações refletem o ecletismo penal, representado pelo artigo 59 do Código Penal brasileiro, que pretende contemplar tanto a finalidade retributiva quanto a preventiva (geral) da pena⁶¹. Por outro lado, a LEP, de 1984, inspirada pela prevenção especial positiva, orienta-se pelo ideário da ressocialização.

Diferentemente das constituições espanhola e italiana, no Brasil a constituição federal de 1988 não incorporou, expressamente, quaisquer das teorias das penas. O texto constitucional estabeleceu diretrizes para a minimização do sofrimento imposto pelo poder punitivo. Veja-se, a propósito, no art. 5º, a diferenciação dos estabelecimentos de cumprimento das reprimendas (XLVIII), a garantia do respeito à integridade física e moral dos detentos (XLIX), a proteção contra penas cruéis (XLVII, ‘e’), bem como a concepção de que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, veiculada no inciso LXVI. A disciplina constitucional da imposição e composição das penas ajusta-se à proposta agnóstica.

A despeito de a Constituição da República de 1988 não apontar qualquer programa político-criminal acerca dos fins da pena, a LEP, de plano, em seu artigo 1º⁶², inspirada pela ideologia da defesa social, adota o objetivo reintegrador das penas. De outro ângulo, a Carta Política delineou as balizas para execução das penas, que se “referem, exclusivamente, às formas de sanção e limites positivos”, a demonstrar que o constituinte adotou postura “absenteísta sobre discursos de justificação em prol de critérios limitativos à interpretação e à aplicação e execução das penas”⁶³.

A fim de adensar esse argumento, importante ressaltar que o STF já assentou que o processo de individualização da pena é “um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado”, que deve afigurar-se “pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material”. Anota-se que “as penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere”⁶⁴, em franca opção jurisdicional pelo programa de redução de danos.

60 CARVALHO. Op. Cit., 2013 (p.150), afirma que, por meio dessa política, são possíveis “estratégias de contração da dor decorrente da imposição da pena com a instrumentalização de mecanismos processuais de proteção do mais débil (réu/condenado) contra sanções vingativas e desproporcionais”.

61 CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: REVAN, 2011. p. 116 e ss.

62 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.

63 CARVALHO. Op. Cit., 2013 (p.270): “A consequência imediata do entrelaçamento entre ausência do discurso legitimador e a determinação de critérios limitativos a interpretação aplicação e execução das penas é a projeção da política de redução de danos”. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220-01 PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333. Ementando o julgado, o Ministro continua “[...] a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero”.

A incorporação de semânticas criminológicas críticas pela dogmática penal, como construção heterorreferente do direito, aponta para a leitura agnóstica da pena e indica a despreocupação constitucional com a discussão acerca das finalidades da prisão como pena. Com base em instrumentos políticos eleitos como mecanismos de penalização, a redução de danos na execução penal sugere postura concreta e realista, capaz de fazer frente ao Estado de Coisas Inconstitucional dos presídios⁶⁵. A releitura dos princípios orientadores do direito processual penal contemporâneo sugere recentes decisões do STF, reforça o argumento constitucional pela fixação de limites para as tecnologias de execução das penas e “reconhece a tendência do poder político em ultrapassar os limites estabelecidos pela legalidade”⁶⁶.

Como ponto de partida, assume-se que o texto constitucional não previu, expressamente, quaisquer finalidades para as penas. De outro ângulo, as inúmeras deficiências das políticas penitenciárias impõem a busca por novos mecanismos institucionais para a redução da violência no exercício do poder punitivo “reduzir dor e sofrimento, ou seja, os danos, seria o único motivo de justificação da pena nas atuais condições em que ela é exercida”⁶⁷. Ao assumir a redução de danos como opção política, é possível evitar a “produção de danos físicos, e de certos danos psíquicos, com prisões que contem com uma adequada planta física, com melhores condições de higiene e com tratamento mais condizente com a dignidade do recluso”⁶⁸, conforme o ideário politicamente estabelecido, por exemplo, no Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária⁶⁹.

Se a “minimização dos poderes arbitrários surge como reação igualmente política”⁷⁰, o papel desempenhado pelo STF configura hipótese de construção principiológica para uma nova imaginação jurídico-criminológica sobre a política penitenciária brasileira. Considerada a pena como exercício de poder, delinea-se horizonte para abordar a inconstitucionalidade do Estado paralelo dos presídios, por meio da avaliação da fundamentação das decisões do STF sobre a matéria, como parâmetro relevante para a análise da política penitenciária, informada por declarada política de redução de danos.

5. STF E POLÍTICA PENITENCIÁRIA: HORIZONTES DA REDUÇÃO DE DANOS

5.1. Metodologia para seleção e análise dos julgados do STF

A seleção dos julgados do STF deve-se à posição central do Tribunal no Judiciário nacional e, também, ao seu crescente protagonismo no cenário atual. Se a política penitenciária é consubstanciada em um Plano Nacional e tem natureza constitucionalizada, é razoável cotejá-la com argumentos produzidos pelas decisões do STF. Ao lançar como busca na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal as palavras “preso” e “dignidade”, obtêm-se 64 (sessenta e quatro) julgados. Pela análise dos recentes julgados do STF, pode-se analisar eventual preferência da corte por teorias penais ou a despreocupação constitucional com as finalidades da pena. A partir dessa estratégia metodológica, foram selecionados os recentes casos sobre a execução penal.

65 Para a compreensão da expressão conferir: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito) □ Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

66 CARVALHO. Op. Cit., 2013, p. 352.

67 CARVALHO. Op. Cit., 2013, p. 353.

68 BITENCOURT, Cezar Roberto, *Falência da pena de prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. Obtempera, ainda, o autor que: “O isolamento da pessoa, excluindo-a da vida social normal – mesmo que seja internada em uma “jaula de ouro” –, é um dos efeitos mais grave da pena privativa de liberdade, sendo em muitos casos irreversível. É impossível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento”. (p.160).

69 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnccp-1/imagens-cnccp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2017.

70 CARVALHO. Op. cit, 2013, p. 353.

O levantamento e a análise dos julgados referem-se aos anos de 2015 e 2016, período que coincide com o atual Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2015/2018), instrumento que baliza a atuação do Poder Executivo na gestão da aludida política. A pesquisa de decisões partiu da busca pelas expressões “dignidade”, “preso”, “apenado”, “sentenciado”, “condenado”, “presídio”, “penitenciária” e “cadeia”, em combinações dos termos, na ferramenta de pesquisa de julgados do portal do STF, entre janeiro de 2015 e dezembro de 2016.

A investigação no *corpus* das decisões que atendem aos critérios de pesquisa é passo importante para a descrição de possível diálogo institucional. As orientações advindas das decisões da Corte, que faz o emprego de conceitos como a dignidade, associados à execução penal, posicionam o Tribunal como expoente interpretativo da dimensão jurídico-normativa das políticas públicas em direitos fundamentais dos sentenciados, em discurso que assume destacada autoridade ao orientar a ação das demais instâncias políticas.

5.2. STF e os direitos fundamentais do preso: desafios da política penitenciária em uma perspectiva agnóstica da execução penal

A partir da análise do *corpus* selecionado para a pesquisa, pretende-se, nesta seção, descrever e analisar as principais questões levantadas pelo STF em relação à política penitenciária. Algumas questões são recorrentes em diversos julgados e são consideradas neste artigo as mais relevantes para discutir a omissão dos poderes públicos, inclusive do Judiciário, em relação ao cumprimento das penas: duração excessiva da prisão cautelar; responsabilidade por morte no sistema prisional e pela submissão do preso a condições carcerárias inadequadas; as medidas que devem ser adotadas quando inexistente estabelecimento penal adequado; a proposta de criação de Cadastro Nacional de Presos para monitoramento e oferta de trabalho e estudo aos reclusos; finalmente, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional que impõe aos poderes públicos a elaboração de plano e metas claras para afrontar o caos carcerário.

No HC 99978, a Corte indica parâmetro para a garantia dos direitos fundamentais mediante o emprego da dignidade no âmbito da execução do cárcere, ao sustentar que a duração prolongada e irrazoável da prisão cautelar de uma pessoa ofende o postulado da dignidade da pessoa humana⁷¹. O argumento central do Tribunal é a ativez do princípio veiculado no artigo 1º, inciso III da CF/88⁷², como valor-fonte conformador de todo o ordenamento constitucional vigente no país.

A atuação do STF em relação aos direitos dos presidiários que envolvem temas constitucionais concretizados por meio de ações estatais (notadamente políticas públicas), exige soluções mais complexas do que a simples enunciação de tese jurídica do Poder Judiciário. Destaca-se o RE 641320, no bojo do qual o STF adverte que, embora a LEP apresente orientação satisfatória quanto à afirmação dos direitos dos condenados, a “falta de providências de ordem administrativa levou o sistema ao colapso”, de modo que a “situação calamitosa do sistema prisional tem batido às portas do Supremo Tribunal sob diferentes formas”⁷³.

Na discussão da responsabilidade civil por morte de presidiário⁷⁴, assentou-se que é dever do Estado e consubstancia direito subjetivo do preso uma execução penal humanizada, na qual se garantem os direitos fundamentais do custodiado e se preservem a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98878, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-02 PP-00413 RT v. 99, n. 892, 2010, p. 552-557 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 510-518.

72 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. (p.57).

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

Constituição Federal). O caso culminou com a decisão de que a morte do detento pode ocorrer por várias causas: o homicídio, o suicídio e o acidente, e registrou — aquele excerto —, que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adotem as precauções exigíveis. No entanto, reconhecendo-se a inconstitucionalidade do Estado paralelo que se instalou nos presídios brasileiros, argumentou-se que, em caso de inobservância do seu dever específico de proteção, previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento”. O Tribunal afirma que ao Poder Público é entregue a obrigação legal e a “efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso”⁷⁵.

Debate-se, ainda, acerca da responsabilidade civil do Estado quando o preso é submetido a condições carcerárias inadequadas (RE 580252)⁷⁶. Na hipótese, a repercussão geral foi reconhecida, com o julgado de 6 de fevereiro de 2017, que fixou a seguinte tese: “*considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento*”.

Sob a perspectiva da garantia da dignidade do encarcerado, também merece destaque a discussão acerca do cumprimento de pena em regime mais gravoso, na hipótese de inexistência de vaga em estabelecimento adequado ao regime fixado ao condenado⁷⁷. A Corte decidiu que a inserção do sentenciado em estabelecimento de cumprimento de pena em regime mais gravoso afronta os princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX) da CF, além da dignidade humana. A falta de estabelecimento penal adequado, em nenhuma hipótese, autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais severo.

A dignidade humana aparece, novamente, na advertência: “que o Estado execute a pena de forma deliberadamente excessiva seria negar não só o princípio da legalidade, mas a própria dignidade humana dos condenados”⁷⁸. Registrou-se que é direito do condenado “não sofrer, na execução da pena, tratamento cruel e degradante, lesivo à sua incolumidade moral e física e, notadamente, a sua essencial dignidade pessoal”⁷⁹. A demanda resultou na formulação da Súmula Vinculante 56, cujo verbete enuncia a tese de que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso”⁸⁰. Para a Corte, quando houver déficit de vagas, deverão ser determinados: “a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; a liberdade eletronicamente monitorada; o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto”.

O julgado, entre outras medidas, propôs a criação do Cadastro Nacional de Presos, em conjunto com a formação de Centrais de Monitoração Eletrônica e Penas Alternativas e determinou, ainda, a necessária atuação do poder público para a oferta de trabalho e de estudo aos reclusos, bem como demanda ações no sentido do aumento do número de vagas nos regimes semiaberto e aberto para adequação da realidade à pena aplicada, para a concretização da dignidade dos reclusos.

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252 RG, Repercussão reconhecida em 8/6/2011. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/02/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325. Relator Atual Ministro TEORI ZAVASCKI.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

78 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Trecho do Voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES (p.9).

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Trecho do Voto proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO (p.84).

80 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 56. Aprovada na Sessão Plenária de Sessão Plenária de 29/06/2016. DJe nº 165 de 08/08/2016, p. 1. DOU de 08/08/2016, p. 1.

No Tema 220 da repercussão geral (RE 592581)⁸¹, debateu-se acerca da possibilidade de o Poder Judiciário determinar obras em estabelecimentos prisionais, com o fito de assegurar os direitos fundamentais dos apenados. Por unanimidade, a Corte fixou como tese ser lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer (obras emergenciais em estabelecimentos prisionais) para “dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito a sua integridade física e moral” forte no que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. Na ocasião, também restou consignado que não é oponível, à decisão, o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Determinou-se que não se pode considerar “direitos constitucionais de presos meras normas programáticas” e que tais preceitos “têm eficácia plena e aplicabilidade imediata” ao promover a “intervenção judicial que se mostra necessária e adequada para preservar o valor fundamental da pessoa humana”⁸² de modo a ensejar a promoção de sua dignidade na ambiência penal. Assim, a tese reconhecida foi a de que “é lícito ao judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais”⁸³, eis que a supremacia da dignidade humana, na prisão, legitima a intervenção.

No STF, também, tramita ação (ADI 5170) proposta do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que pretende seja conferida interpretação conforme aos dispositivos atinentes à responsabilidade civil do Estado, sob a tese de que a violação de direitos fundamentais dos sentenciados em virtude de más condições carcerárias deve ser indenizada, a título de danos extrapatrimoniais⁸⁴.

Na pesquisa realizada, vale mencionar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (347 MC) que encampa parte significativa das discussões acerca dos direitos fundamentais da população prisional⁸⁵. Referida arguição postula que o STF, reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, determine a elaboração de novo e específico plano nacional, com o estabelecimento de metas claras para resolver a inconstitucionalidade.

Os pedidos cautelares veiculados na ADPF são, assim, agrupáveis: (I) aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; (II) determinação a todos os juízes e tribunais que realizem audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso diante da autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas do momento da prisão; (III) concessão de medidas cautelares penais, substitutivas da prisão, quando da aplicação da pena e, em geral, durante o processo de execução penal; (IV) que se reconheça, no âmbito do Judiciário, que as penas privativas de liberdade tem sido cumpridas sob condições mais austeras do que as legalmente admitidas; (V) que preceitos como a proporcionalidade e a humanidade na sanção sejam sempre levados em consideração nas ações perante o juízo da execução penal; (VI) que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) coordene mutirões carcerários, objetivando revisar os processos de execução penal em curso, visando a adequá-los às medidas de proporcionalidade e à humanidade na sanção; e (VII) a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), com a proibição de contingenciamentos, até que se declare superado o Estado de Inconstitucionalidade das Coisas⁸⁶.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

84 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5170, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 23/11/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30/11/2016 PUBLIC 01/12/2016.

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

86 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em

Ao deferir, parcialmente, as cautelares, o Ministro Relator anotou que a “fundamentação desenvolvida alcança o conjunto de pedidos formulados pelo requerente. Entretanto, a apreciação, nesse momento, deve-se limitar aos [...] pedidos de natureza cautelar”, dentre os quais se destacam aqueles que veiculam pretensões sobre “interpretação e aplicação da legislação penal e processual penal”, “tratando de medida orçamentária da União”. O julgado indica que a responsabilidade pelo “estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal”⁸⁷. Na hipótese, entendendo-se a relevância da impopular pauta dos direitos fundamentais dos presidiários (um grupo, como visto, exprobrado), buscou-se a dignidade para deferir medidas cautelares, consistentes na liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e na realização de audiências de apresentação dos presos em flagrante⁸⁸ (audiência de custódia). No mérito, a parte requer a confirmação das cautelares e que o Governo Federal elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 (três) meses, um “plano nacional visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 (três) anos”; que seja encaminhado o referido Plano Nacional à análise de órgãos como do “Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Procuradoria Geral da República (PGR), da Defensoria Pública da União (DPU), do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)”⁸⁹.

Em relação às diversas questões que a inicial da ADPF registra, indica-se a reiterada omissão do Estado Democrático diante da sistemática violação aos direitos e princípios constitucionais fundamentais, em ofensa à dignidade da pessoa humana a qual, além de não concretizada, no referido cenário não propicia quaisquer condições para a (legalmente prevista) reinserção do preso. O Ministro Relator apontou para problemas “tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal”, tendo em consideração a ausência de coordenação institucional, em um quadro de violação “generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos”. Na avaliação do Relator, as violações aos direitos fundamentais dos encarcerados, em ofensa à dignidade, operam-se “em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos [...] sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas”⁹⁰ em superar o “horripilante cenário”.

Em linhas gerais, as decisões analisadas revelam sintonia com os objetivos e metas elencados no Plano Nacional, em síntese: alternativas penais, como justiça restaurativa e mediação penal priorizadas; prisão provisória sem abuso; reconhecimento do racismo como elemento estrutural do sistema punitivo; vulnerabilidade dos mais pobres ao poder punitivo; implantação do sistema nacional de alternativas penais; monitoração eletrônica para fins de desencarceramento; transparência, participação social e controle da execução penal — visando ao tratamento digno do preso⁹¹.

Infere-se dos fundamentos dos julgados selecionados a preocupação pela redução dos danos ocasionados pelo cárcere, uma vez que orientados a assegurar a dignidade no ambiente prisional. As decisões do STF selecionadas no texto não fazem remissão a quaisquer discursos que legitimam as penas. Ao contrário, alinham-se ao texto constitucional e assumem léxico próximo à abordagem agnóstica das penas. Propõe-se o seguinte quadro, para fins elucidativos, a partir das decisões judiciais analisadas em cotejo com os comandos do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária:

09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016 (p.60).

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016 (p. 68).

88 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

89 DE ANDRADE, Bruno Araújo; TEIXEIRA, Maria Cristina. O Estado de Coisas Inconstitucional—uma análise da ADPF 347. Universidade Metodista de São Paulo. *Revista do Curso de Direito*, v. 13, n. 13, p. 85-121, 2016.

90 DE ANDRADE, Bruno Araújo; TEIXEIRA, Maria Cristina. O Estado de Coisas Inconstitucional—uma análise da ADPF 347. Universidade Metodista de São Paulo. *Revista do Curso de Direito*, v. 13, n. 13, p. 85-121, 2016 (p. 75).

91 DE ANDRADE; TEIXEIRA. Op. cit. 2016.

Tabela 1: Cotejando Julgados do STF com os Vetores do PNPCP⁹²

Vetor da Política Penitenciária constante do PNPCP	Tese/Fundamentação da Decisão do STF	Julgado
“As alternativas penais se tornem a primeira opção para o controle de infrações penais”.	<i>“A duração prolongada da prisão de índole cautelar ofende o postulado da dignidade da pessoa humana”.</i>	HC 98878
“Necessidade da redução da taxa de mortes no sistema”.	<i>“É dever do Estado e direito subjetivo do preso o desenrolar de uma execução penal de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do encarcerado”.</i>	RE 841526
“O Sistema de Justiça Criminal deve estar estruturado para propiciar a aplicação e execução das alternativas penais de forma adequada”.	<i>“Impossibilidade do cumprimento de pena em regime mais gravoso, na hipótese de inexistência de vaga em estabelecimento adequado ao regime fixado”.</i>	RE 641.320
“Celas com proporcionalidade do uso, “acessibilidade, permeabilidade do solo, conforto bioclimático e impacto ambiental”.	<i>“É lícito ao judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais”.</i>	RE 592.581
“Ações com equilíbrio para investimento no sistema prisional, medidas de segurança, alternativas penais, monitoramento eletrônico, política para egressos e garantia de direitos”.	<i>“A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar (...) a violação sistemática dos direitos (...). Os poderes (...) vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade”.</i>	ADPF 347

Certamente, a realidade contrasta com a modelagem normativa idealizada para a política penitenciária no Brasil, o que supõe desafios importantes dos poderes instituídos. Postular que o STF se comporta, com frequência, de forma não representativa, contramajoritária, pode indicar que a Corte reconhece a necessidade de dar efetividade aos comandos normativos, na forma da prestação de direitos aos encarcerados. Não raro, as decisões da Corte supõem o fornecimento de bens e serviços públicos, imprescindíveis para conferir efetividade aos direitos fundamentais. De outro ângulo, as decisões judiciais podem propiciar diretrizes, potencialmente empregáveis, como matéria-prima de políticas públicas e acenam para onde devem se orientar as ações, institucionalmente, coordenadas dos demais Poderes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme noticiado de forma recorrente, a taxa de mortes intencionais no sistema prisional, segundo o último levantamento oficial é de mais de 8 (oito) mortes para cada 10.000 (dez mil) pessoas presas, de modo que referido percentual supera o sêxtuplo da taxa média de crimes letais intencionais verificadas no Brasil⁹³. Na perspectiva adotada, propõe-se a redescritção da pena sob a lupa agnóstica, pois não indicamos alternativas úteis ao discurso oficial que não sejam aquelas estabelecidas para a redução de danos.

92 Elaboração própria com base nos levantamentos realizados segundo a metodologia adotada pelo trabalho.

93 BRASIL. Ministério da Justiça. INFOPEN – Junho de 2014. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. DE-PEN – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2014. Disponível em <<http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em 3 set. 2016.

A proposta da adoção de uma abordagem agnóstica das funções das penas, como marco teórico de análise, aponta para uma política penitenciária orientada pela redução de danos. Ao destacar que o inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, dispõe de direito fundamental “intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui base axiológica de todos os direitos fundamentais, que o concretizam”⁹⁴, o STF reafirma que a dignidade é o vetor de interpretação das normas constitucionais e de ação das políticas públicas voltadas à redução dos danos ocasionados durante (e pelo) cumprimento da pena. A análise das decisões do STF não deve, contudo, induzir o leitor ao alinhamento da Corte ao enfoque estritamente agnóstico. As teorias das penas conformam material discursivo que propicia argumentos que justificam decisões no campo político-criminal e no campo jurídico. E, eventualmente, em outras situações podem ser resgatadas abordagens legitimadoras das diferentes teorias das penas, ainda que utilizadas de forma retórica. A situação de emergência e caos do sistema penitenciário é parte do contexto em que as pretensões justificadoras da pena cedem espaço, também nas decisões da Corte, a argumentos fundados na garantia de direitos fundamentais e na redução de danos do sistema prisional.

Nos debates realizados pelos membros Corte, reconhece-se que a “legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados”⁹⁵, mas o plano normativo, suficiente e adequado, está distante da realidade, de modo que a sua concretização, com o atual cenário e inconstitucionalidade das coisas, se torna inviável. Infere-se que o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária define mecanismos de ação estatal conforme o eixo transversal da dignidade da pessoa humana. Destaca-se, contudo, o déficit de efetividade e a falta de interação entre os atores e organizações responsáveis pela execução de diferentes ações integrantes da política penitenciária nacional. Percebem-se deficiências estruturais na implantação da política pública setorizada. Embora reconhecida pelo STF a inconstitucionalidade das coisas, chama a atenção a inércia do poder público em fazer cumprir a normativa vigente⁹⁶.

Nos julgados analisados, nota-se a invocação reiterada da dignidade na execução como fundamento para a decisão judicial. Chama a atenção o uso retórico do princípio da dignidade como fundamento de direitos fundamentais⁹⁷. O termo remete a construções teóricas pouco elucidativas, marcadamente intuitivas, que

94 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Citando SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª Edição, 2004, p. 78-79.

95 Assentou-se, também, na ementa do RE 641.320, que o “Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

96 No mesmo sentido, DE ANDRADE e TEIXEIRA, Op. Cit., 2016: “Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando -os, simplesmente “não pegaram”, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. É possível citar, por exemplo, o fato de, mesmo instalada a mencionada Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, constatadas as inconstitucionalidades decorrentes de sistema carcerário e notificadas diversas autoridades a respeito, não foram envidados esforços e propostas para modificá-lo. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo”.

97 SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH. *Revista Opinião Jurídica* (Fortaleza), v. 14, n. 19, p. 171-194, 2017.

merecem um aprofundamento⁹⁸. Um caminho possível seria abandonar a pretensão de uma ampla teoria da dignidade da pessoa humana e rediscuti-la a partir de cenários e contextos concretos, como aqueles que se relacionam ao exercício do poder punitivo e, especificamente, ao cumprimento das penas impostas.

Diante da inação do Executivo, o Judiciário tem assumido o protagonismo em diferentes áreas. Deve-se considerar que Judiciário não se constitui no *locus* ideal para reversão do quadro descrito neste artigo, o que é reiterado pelo STF em decisões recorrentes⁹⁹. O cenário da política penitenciária demanda instrumentos criativos da ação pública, no sentido de buscar alternativas diversas das ferramentas tradicionais. Para isso, é necessária a *ressignificação* das atuações institucionais, por meio da propositura de novos arranjos. O posicionamento jurisprudencial analisado deveria reforçar ações concretas dos poderes públicos a fim de garantir direitos fundamentais do preso. Idealmente, as mensagens da Corte ultrapassam a arena jurídica. Por isso, deveriam convergir na construção de plataforma do campo de análise das políticas públicas, a exigir ações efetivas para a implantação da política penitenciária¹⁰⁰.

Mas, pode ocorrer a hipótese de o Poder Executivo não cumprir as determinações do STF. Por certo, a efetividade das decisões judiciais supõe, muitas vezes, o reconhecimento dos vetores constitucionais que devem balizar as ações e prioridades nessa área pelos poderes políticos. Reconhece-se que a autoridade da Corte termina por depender, na prática, do próprio reconhecimento da legitimidade do Plano Nacional analisado, como instrumento de política pública. Se as decisões do Tribunal se mostram harmônicas com o PNPCP, conclui-se que grande parte das questões levantadas e debatidas já integrava, ou deveriam integrar a agenda formal dos formuladores de políticas públicas.

A pesquisa indica proximidade entre a política pública formalizada e os comandos judiciais para o cumprimento das promessas inseridas na agenda. No entanto, são evidentes as dificuldades no estabelecimento de arranjos institucionais, pautados na garantia da dignidade do encarcerado. Um dado significativo para a análise final: em janeiro de 2017, membros do CNPCP se demitiram por divergirem das medidas adotadas pelo Ministério da Justiça para afrontar o caos no sistema prisional e pela indiferença aos relatórios produzidos pelo conselho. Evidenciaram-se fortes divergências entre as prioridades definidas pelo conselho e o que foi retratado como “caráter belicista” da pauta do ministro da justiça.¹⁰¹ O incidente é parte do quadro conjuntural que deve integrar a construção do campo de análise das políticas penitenciárias no Brasil. Na medida em que se requer a definição de agenda prioritária, eventuais divergências deveriam reenviar os atores da política pública à modelagem adotada que se mostra mais adequada aos vetores constitucionais. O que supõe reflexões e ações políticas concretas que vão muito além do campo estritamente jurídico.

98 NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. Observatório Constitucional. In: *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em 7 ago. 2016.

99 Neste sentido, oportuno o trecho do Voto do Ministro Roberto Barroso, proferido no julgamento do citado RE 592.581, *verbis*: “(...) eu não acho – e penso que nenhum de nós ache – que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer micro-justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais. Em um modelo ideal, quem tem que tomar essas decisões e implementá-las é o Poder Executivo. Portanto, gostaria de deixar claro que a decisão do Ministro Lewandowski, à qual estou aderindo, não significa uma pretensão do Judiciário de governar o mundo, nem de ser ele próprio o elaborador de políticas públicas, não só porque seria problemático do ponto de vista da legitimidade democrática, como também porque nós não somos melhores do que os técnicos do Executivo para lidar, por exemplo, com questões penitenciárias”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

100 GOODIN, Robert E (Ed). *The theory of institutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. (p. 21).

101 “Sete dos 18 membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça (CNPCP) decidiram se demitir nesta quarta-feira (25/1). Em carta enviada ao ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, eles reclamam de excessiva interferência do governo nos trabalhos do órgão e de ter seus relatórios ignorados pela cúpula da pasta em nome de uma política que consideram retrógrada para o setor”. GRILLO, Breno. Membros do conselho penitenciário rejeitam posições do ministro e se demitem. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-25/membros-conselho-mj-rejeitam-posicoes-ministro-demitem>. Acesso <12 março 2017>.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? Victor Sancha Mata, Entrevista ad Alessandro Baratta. *Dei Delitti e Delle Pene*, Torino, n. 1, 1991.
- BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. *Revista dos Tribunais*, v. 727, p. 640-650, 1996.
- BARROSO Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid (2009), págs. 17-32.
- BATISTA, Nilo. Todo crime é político. *Caros Amigos*, ano VII, n. 77, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999.
- BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Zahar, 2009.
- BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos Sofismas Políticos*. São Paulo: EDIJUR, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, *Falência da pena de prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BORGES, Emílio et al. Poder judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos. *Revista do Direito Público*, v. 7, n. 3, p. 53-76, 2012.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana – Alguns Referenciais Teóricos de Interesse*. In: DA ROCHA, Carlos Odon Lopes et al.
- BRASIL. Ministério da Justiça. INFOPEN 2017. Disponível em: <<http://dados.mj.gov.br/dataset/info-pen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>> Acesso em: 20 dez. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2017: ano-base 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 20 dez. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2016: ano-base 2015. Disponível em <http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/JN2016_2016-10-14.pdf>. Acesso em 11 jan. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. LEVANTAMENTO DOS PRESOS PROVISÓRIOS DO PAÍS E PLANO DE AÇÃO DOS TRIBUNAIS. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em 26 fev. 2017.
- BRASIL. Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12847.htm> Acesso em 13 ago.2016.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). COMPOSIÇÃO. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpccp-1/composicao>>. Acesso em 13 ago. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. PLANO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. INFOPEN – Junho de 2014. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2014. Disponível em <<http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em 3 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em 8 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. PNPCP (Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – 2015). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994. Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Disponível em <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Outros/1994resolu14CNPCP.pdf>>. Acesso em 1º set. 2016

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº 09, de 18 de novembro de 2011. Diretrizes Básicas para arquitetura penal. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf> Acesso em 13 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5170, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 23/11/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30/11/2016 PUBLIC 01/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220-01 PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98878, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-02 PP-00413 RT v. 99, n. 892, 2010, p. 552-557 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 510-518.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252 RG, Repercussão reconhecida em 8/6/2011. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/02/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325. Relator Atual Ministro TEORI ZAVASCKI.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em

30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 56. Aprovada na Sessão Plenária de Sessão Plenária de 29/06/2016. DJe nº 165 de 08/08/2016, p. 1. DOU de 08/08/2016, p. 1.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: < http://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%ABablico >. Acesso em 05 mar. 2017.

CARVALHO, Salo de. *Anti manual de Criminologia*. 5 ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro (Fundamentos e Aplicação Judicial)*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: *Política Pública como Campo Disciplinar* (Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria, orgs.). Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Unesp, Ed.Fiocruz, 2013.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

DE ANDRADE, Bruno Araújo; TEIXEIRA, Maria Cristina. *O Estado de Coisas Inconstitucional—uma análise da ADPF 347*. Universidade Metodista de São Paulo. Revista do Curso de Direito, v. 13, n. 13, p. 85-121, 2016.

DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Livraria do Advogado, 2003.

DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 16, n. 30, p. 24, 1995.

DETENTOS fazem motim em prisão do RN; ao menos 10 morrem, diz governo. *Folha de São Paulo – UOL*. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849960-detentos-comecam-rebeliao-em-presidio-do-rio-grande-do-norte.shtml> >. Acesso em 15 jan. 2017

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. 2. Reim. Coimbra: Coimbra, 1997.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Campinas: Bookseller, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: A História da Violência nas Prisões*. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GAROFALO, Rafael. *Criminologia*. Trad. Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Péritas, 1997.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

GOODIN, Robert E (Ed). *The theory of institutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

GRILLO, Breno. Membros do conselho penitenciário rejeitam posições do ministro e se demitem. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-25/membros-conselho-mj-rejeitam-posicoes-ministro-demitem>. Acesso <12 março 2017>.

KÄFER, Josi. *Teoria relativa ou preventiva da pena*. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3403>> Acesso em 3 nov. 2016.

LOMBROSO, Cesar. *O homem delinquente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. 2. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MACHADO, Bruno Amaral. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, v. 45, 2012.

MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. Marcial Pons, 2014.

MACHADO, Bruno Amaral; PORTO, Maria Stela Grossi. Violência e justiça criminal na área metropolitana de Brasília: dinâmicas organizacionais e representações sociais. *Tempo Social*, v. 28, n. 3, p. 217-242, 2016.

MACHADO, Bruno Amaral; SLONIAK, Marcos Aurélio. Disciplina ou ressocialização? Racionalidades punitivas, trabalho prisional e política penitenciária. *Revista Direito GV*, São Paulo 11(1), p. 189-222, jan-jun., 2015.

MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. Rediscutindo os fins da pena. *Justitia*, São Paulo, v. 63, n. 196, p. 62-80, out./dez. 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24401>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. Observatório Constitucional. In: *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em 7 ago. 2016.

PEDRINHA, Roberta Duboc. Política criminal em tempos de crise: a produção de subjetividade punitiva, a sociedade do trabalho, a produção de excluídos e a prática policial. *Revista EPOS*, v. 2, n. 1, 2011.

PRESÍDIOS palcos de chacinas têm internos bebendo água de privada, sinal de celular e ameaças de decapitação. *BBC Brasil*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38581392>>. Acesso em 11 jan. 2017.

PRESOS vivem em situação desumana e quadrilhas preocupam país, diz Temer. *Folha de São Paulo – UOL*. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1848867-presos-vivem-em-situacao-desumana-e-quadrilhas-preocupam-pais-diz-temer.shtml>>. Acesso em 11 jan. 2017.

RELEMBRE 10 grandes chacinas que marcaram o Brasil. *Terra Notícias*. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/noticias/infograficos/chacinas-brasil/chacinas-brasil-10.htm>>. Acesso em 11 jan. 2017.

SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 14, n. 19, p. 171-194, 2017.

SILVA, Adrian Barbosa e. Teoria Agnóstica da Pena: fundamentos criminológicos para uma teleologia reductora desde a margem. In Ávila, Gustavo; Braga, Rômulo; Ribeiro, Gustavo (org.), *Criminologias e Política Criminal – I*, Florianópolis, Conpedi, pp. 500-529, 2014. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=944cefd22dfe99fe>>. Acesso em 13 jan. 2017.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro*. 2015. Tese de Doutorado. PUC-Rio. Disponível em: <www2.dbd.puc-rio.br/%2Fpergamum/%2Ftese-sabertas/%2F1121441_2015_completo.pdf&usg=AFQjCNEJRJg_o2xPJkTkRU6DoGNN-bobzQ&sig2=fCVn5ls2S5Cwh3XKG4vYXg>. Acesso em 05 mar. 2017.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 1-72.

TRUBEK, David M. Law, Planning and the Development of the Brazilian Capital Market – a study of law in economic change. In: *Yale Law School Studies in Law and Modernization* 3, Bulletin no. 72 and 73. 1971.

VEJA quem são 31 dos 33 presos mortos no massacre de Roraima. *Folha de São Paulo* – UOL. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1847899-veja-quem-sao-todos-os-31-presos-mortos-no-massacre-de-roraima.shtml>>. Acesso em 11 jan. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. SUPREMOCRACIA. *REVISTA DIREITO GV*, SÃO PAULO 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008.

VON LISZT, Fran. *La idea del fin en el Derecho Penal: Programa de la Universidad de Marburgo*. 1882. Trad. Carlos Perez Del Valle. Buenos Aires: Granada, 1995.

WACQUANT, Loïc JD. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Freitas Bastos Editora, 2001.

ZACKSESKI, Cristina. MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 291-331, dez. 2016.

ZACKSESKI, Cristina. MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Fragmentos do jogo político-criminal brasileiro. In: MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal e democracia (Justicia criminal y democracia)*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013 (p.284).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª. Edição. São Paulo, Editora Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Prevenção especial negativa da pena: o terreno fértil para a implementação e difusão da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal

Special negative prevention of the punishment: the local where the implementation and dissemination of the actuarial logic in the legal penal subsystem

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Flávia Nunes de Carvalho
Cavichioli Carmona

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Prevenção especial negativa da pena: o terreno fértil para a implementação e difusão da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal*

Special negative prevention of the punishment: the local where the implementation and dissemination of the actuarial logic in the legal penal subsystem

Paulo Afonso Cavichioli Carmona**

Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona***

RESUMO

O objetivo deste artigo é abordar, dentro da temática dos fins da pena, a prevenção especial negativa como local onde a dinâmica atuarial tem encontrado seu espaço no subsistema jurídico-penal. Por meio de revisão bibliográfica, o artigo, primeiramente, analisa estudos atinentes às finalidades da pena criminal, sobretudo, sob a ótica de Jorge de Figueiredo Dias. Também, traça elementos iniciais de reflexão sobre a “nova penalogia”, observada diante da invasão crescente da dinâmica atuarial no referido subsistema, notadamente na visão de Malcom Feeley e de Jonathan Simon, reconhecidos como os primeiros criminólogos a teorizar e tratar de forma crítica o tema. Aborda, ainda, a dinâmica da justiça atuarial, tecendo críticas ao ‘fetiche por números’ e apontando o perigo que emerge da implementação da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal, uma vez que impacta na política de segurança pública. Conclui-se que o discurso da prevenção especial negativa de neutralização da perigosidade social do agente delitivo também está presente no atuarialismo. Mostrar essa convergência e como os discursos do primeiro se entrelaçam ao do segundo é a grande inovação acerca da temática proposta. Destaca-se que o atuarialismo, sob o pretexto de uma suposta gestão eficiente da criminalidade, busca excluir grupos humanos etiquetados como perigosos. Alerta-se, ainda, para os riscos daí advindos como o fato de os modelos de identificação gerar erros (falsos positivos), a perpetuação do etiquetamento de classes já marginalizadas como grupos perigosos e a limitação do cárcere a um lugar apto a tão somente reduzir riscos, excluir e inabilitar agentes delitivos.

Palavras-chave: Fins da pena. Prevenção especial negativa. “Nova penalogia”. Justiça atuarial. Gerenciamento de risco. Atuarialismo.

* Recebido em 24/02/2018

Aprovado em 09/04/2018

** Juiz de Direito (TJDFT), doutor em Direito do Estado (PUCSP), professor dos programas de mestrado em Direito e em Arquitetura e Urbanismo (UniCEUB), professor dos cursos de pós-graduação (FESMPDFT). E-mail: paulo.carmona@ceub.edu.br

*** Analista Judiciário (TJDFT), mestranda em Direito (UniCEUB). E-mail: flavianunes@gmail.com

ABSTRACT

The purpose of this article is to address within the thematic of the purposes of the punishment the negative special prevention as a place where the actuarial dynamics has found its space in the legal penal subsystem. Through a bibliographical review, the article, first, briefly analyzes studies related to the purposes of the criminal penalty, especially from the perspective of Jorge de Figueiredo Dias. It also traces initial elements of reflection on the “new penology”, observed in view of the increasing invasion of actuarial dynamics in the referred subsystem, notably in the view of Malcom Feeley and Jonathan Simon, recognized as the first criminologists to theorize and critically treat the subject. It also addresses the dynamics of actuarial justice, criticizing the ‘fetish for numbers’ and pointing out the danger that arises from the implementation of actuarial logic in the legal-penal subsystem, since it has an impact on public security policy. It is concluded that the discourse of the special negative prevention of neutralization of the social danger of the criminal is also present in actuarialism. To show this convergence and how the speeches of the first intertwine with the second is the great innovation about the proposed theme. It should be stressed that actuarialism, under the pretext of allegedly efficient crime management, seeks to exclude human groups labeled as dangerous. It also warns of the risks arising from the fact that the identification models generate errors (false positives), the perpetuation of the labeling of classes already marginalized as dangerous groups and the limitation of the jail to a place suitable only to reduce risks, exclude and disable criminals.

Keywords: Purposes of the punishment. Negative special prevention. “New Penology”. Actuarial justice. Risk management. Actuarialism.

1. INTRODUÇÃO

Compreender os fins da pena é uma tarefa difícil que perpassa a própria “história do direito penal”¹. Com efeito, ao longo do tempo foram utilizadas diversas justificativas para fundamentar e legitimar a repressão por parte do Estado².

Nesse contexto é possível destacar o surgimento de algumas teorias voltadas a explicar as finalidades da pena criminal. São elas: as teorias absolutas, ligadas à doutrina da retribuição ou expiação; as teorias relativas ou preventivas, atribuindo-se à pena finalidade socialmente útil (viés utilitarista) e as teorias mistas ou unificadoras, que buscam as mais variadas combinações entre as teorias anteriores.

Cumprir esclarecer que as teorias relativas supracitadas, associadas fortemente ao viés preventivo, abordam a pena tanto como instrumento de prevenção geral (negativa e positiva), quanto como instrumento de prevenção especial (positiva e negativa). E, dentre estas, para fins do presente artigo, a prevenção especial negativa merece maior destaque, pois, embora haja quem entenda que a correção dos agentes delitivos seja uma utopia de modo que a prevenção especial somente dirigir-se-ia a sua intimidação pessoal, há quem entenda que “a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura defesa social através da separação ou segregação do delinquente, só assim se podendo atingir a neutralização da sua perigosidade social”³.

Daí surge a problemática a ser enfrentada, qual seja: o discurso da prevenção especial negativa da pena de neutralização da perigosidade social do delinquente encontra ressonância no discurso da denominada Nova Penologia?

A hipótese que se delinea é afirmativa, pois a Nova Penologia, propagada pelos criminólogos Malcom

1 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 89.

2 SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 129.

3 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 103.

Feeley e Jonathan Simon, que foram os primeiros a teorizarem, criticamente, acerca do atuarialismo, em artigos publicados em 1992 e 1994, também se vale do discurso de neutralização da perigosidade social dos delinquentes, embora, em perspectiva mais ampla, uma vez que voltada a neutralizar não indivíduos específicos, mas grupos tidos como perigosos.

Com a Nova Penalogia, há uma alteração de paradigma porque a lógica empregada é a do gerenciamento — (*management*) — de risco e da adoção de estratégias de controle. Uma visão mercadológica, que acaba por subtrair o espaço antes ocupado pelo discurso da culpa, responsabilidade, reeducação, reabilitação e ressocialização do criminoso considerado individualmente.

Na sociedade marcada pelo medo, esse discurso ganha espaço, sobretudo, porque está pautado na ideia de segurança e de prevenção. Com efeito, a política criminal atuarial não é projetada para indivíduos, mas para dar uma resposta ao problema da periculosidade⁴. O discurso, no entanto, revela-se politicamente atraente e, ainda que travestido de uma política criminal populista, é “claramente elitista”⁵, porque está voltado a excluir, cada vez mais, os estereotipados.

Nesse contexto, em que se busca uma gestão eficiente da criminalidade, surgem receios e críticas, notadamente diante da nítida predisposição que esse sistema tem de desconsiderar a singularidade dos indivíduos e de acirrar a perseguição às classes sociais menos favorecidas.

Assim, o presente estudo foi sistematizado de modo a, primeiramente, analisar o estudo de Jorge de Figueiredo Dias sobre as finalidades da pena com destaque para prevenção especial negativa. Em seguida, traçam-se elementos iniciais de reflexão sobre a ‘nova penalogia’ na visão de Malcom Feeley e de Jonathan Simon. Aborda-se, ainda, a dinâmica da Justiça atuarial, tecendo críticas ao ‘fetiche por números’ e apontando, de forma desprezenciosa, alguns riscos advindos da implementação da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal.

2. FINS DA PENA CRIMINAL NA VISÃO DE JORGE FIGUEIREDO DIAS⁶: TEORIAS ABSOLUTAS, TEORIAS RELATIVAS, TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS

Jorge Figueiredo Dias, em sua obra: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas* aborda a temática, dedicou-se ao estudo do fundamento, sentido e finalidades da pena criminal⁷. Embora o cenário seja Portugal, de modo geral, a abordagem e sistematização da matéria é extremamente válida, sobretudo porque o autor é referência em obras brasileiras acerca da temática.⁸

Segundo o referido autor, a problemática acerca da finalidade da pena criminal é tão antiga quanto a própria história do direito penal e envolve toda uma discussão teórica com ênfase em questões fulcrais como a legitimação, a fundamentação, a justificação e a função da intervenção penal estatal. Pode-se dizer, portanto, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, também uma questão do destino do direito penal.⁹

O sentido, o fundamento e as finalidades da pena são indispensáveis para decidir, de que forma, a pena deve atuar para cumprir a função do direito penal e, ao longo dos tempos, o problema das finalidades da pena estão associadas às seguintes teorias fundamentais:

4 FEELEY, Malcom. Actuarial Justice and the modern state. In: BRUINSMA, Gerben; ELFFERS, Henk et al. (Ed.). *Punishment, places and perpetrators: developments in criminology and criminal research*. New York, 2012. p. 63.

5 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 816.

6 Jurista português, considerado o pai do Código Penal Português.

7 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 87; 136.

8 Obras como Teoria da Pena de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, *Prevenção criminal de Ana Paula Zomer Sica*, *Teoria da Pena e Execução Penal de Massimo Pavarini* e *André Giaberardino* citam de forma recorrente Figueiredo Dias.

9 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 89.

- a) as teorias absolutas: ligadas à doutrina da retribuição ou da expiação;
- b) as teorias relativas: a pena como instrumento de prevenção. Subdividem-se em prevenção geral (positiva e negativa) e em prevenção especial ou individual (positiva e negativa);
- c) as teorias mistas ou unificadoras: infinitas variações que se têm tentado combinar as teorias supracitadas.

2.1. Teorias absolutas

Conforme as teorias absolutas, a essência da pena criminal reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nesta essência se esgota, de modo que efeitos e reflexos laterais, tais como a intimidação da generalidade, a neutralização e a ressocialização dos agentes delitivos não brigam com a referida essência e natureza.

A lógica adotada é a da pena como uma expiação do mal que com o crime se realizou — “pune-se porque se pecou”, mandamento que adveio desde Protágoras (485 a.C - 415 a. C), avalizado por Platão (427 a.C - 347 a.C) e transmitido por Sêneca (65 d.C). O caráter retributivo retirado do princípio do talião — “olho por olho dente por dente”, penetra na idade antiga de representação mitológicas e perpassa a idade média, fundamentalmente de racionalidades religiosas. Com isso, tem-se que a ideia das teorias absolutas de retribuição é, basicamente, a justiça no mundo como mandamento de Deus e o juiz como representante terreno Deste.¹⁰

Já na idade moderna e contemporânea, essa doutrina bebe da filosofia do idealismo alemão de expoentes como Kant para quem a pena seria um imperativo categórico — quando a justiça desaparece, não tem mais valor que os homens vivam na terra. Para Hegel o crime é a negação e a pena a negação da negação, como anulação do crime que, de outro modo, continuaria a valer como restabelecimento do direito.¹¹

O centro da discussão por muito tempo referiu-se aos termos de compensação ou igualação a operar entre o mal do crime e o mal da pena. Ocorre que, ultrapassado o período do talião, reconheceu-se que a pretendida igualação não podia ser fática, mas sim normativa. Daí a controvérsia passou a ser se retribuição assumia caráter de reparação de dano real, dano ideal ou qualquer outra grandeza; se a retribuição ocorria em função do desvalor do fato ou antes da culpabilidade. Hoje, no entanto, a controvérsia está superada, pois a “compensação” de que a retribuição se nutre somente pode ser função da culpabilidade do agente.¹²

Cumprido destacar, o grande mérito da concepção retributiva foi erigir o princípio da culpabilidade¹³ a princípio absoluto de toda a aplicação da pena. Destaca-se que “se toda pena supõe a culpabilidade, nem toda culpabilidade supõe a pena, mas só aquela culpabilidade que simultaneamente acarrete a necessidade ou carência de pena”. A culpabilidade é pressuposto e limite, mas não fundamento único da pena (não é biunívoca). Todavia, como teoria dos fins da pena a doutrina da retribuição deve ser recusada, pois não é uma teoria dos fins da pena. Ao contrário, considera a pena como entidade independentemente de fins.¹⁴

Ademais, é inadequada à legitimação, à fundamentação e ao sentido de intervenção do Estado a retribuição, a expiação ou a compensação, porquanto são meios inidôneos e ilegítimos, notadamente em um Estado

10 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91.

11 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 92.

12 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93.

13 O princípio da culpabilidade não está expresso na Constituição Federal de 1988, mas encontra-se implícito em diversos dispositivos (arts. 1º, III, 5º, caput, dentre outros), é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Doutrinariamente vislumbra-se uma dupla virtude constitucional: a) fundamento da pena e do próprio direito de punir do Estado; b) como medida/limite da intervenção punitiva do Estado. Em outras palavras, não há pena sem culpabilidade e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade.

14 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93-95.

laico e pluralista. Assim, pode-se dizer:

[...] uma pena retributiva esgota seu sentido no mal que faz sofrer ao delinqüente como compensação ou expiação do mal do crime, nesta medida é uma doutrina puramente social-negativa, que acaba por se revelar não só estranha, mas no fundo inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinqüente e restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime; inimiga em suma, de qualquer atuação preventiva e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade.¹⁵

2.2. Teorias relativas

As teorias relativas, por seu turno, são voltadas aos fins. A pena se traduz num mal para quem sofre, mas a pena não pode se bastar nesta característica, destituída de sentido social-positivo. Assim, para justificar-se, a pena tem que usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente prevenção ou profilaxia criminal.

A grande crítica que os adeptos das teorias absolutas fazem às teorias relativas é no sentido de que o fato de se aplicar as penas a seres humanos em nome de fins utilitários ou pragmáticos que pretendem alcançar no contexto social, elas transformariam a pessoa humana em objeto, — violando sua dignidade. Figueiredo Dias, no entanto, afirma que a crítica é destituída de fundamento e alega que caso ela fosse verdadeira, ter-se-ia que concluir pela ilegitimidade total de todos os instrumentos destinados a atuar no campo social e a realizar finalidade socialmente úteis.¹⁶

Com efeito, esse viés utilitarista da pena é justificado por perseguir finalidades de prevenção, que em razão dos destinatários pode ser de prevenção geral, caso se volte à generalidade dos cidadãos, ou de prevenção especial se for destinada a um transgressor específico.¹⁷

a) a pena como instrumento de prevenção geral atua psiquicamente sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes por meio da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da aplicação judicial das penas e da efetividade da sua execução. Assim, constata-se uma dupla perspectiva: primeira, a **prevenção geral negativa** como forma acolhida de intimidação de outras pessoas por meio do mal que o delinqüente sofre; segunda, **prevenção geral positiva** ou de integração, como forma de manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força da vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico.¹⁸

Na perspectiva da **prevenção geral** da pena, destaca-se a doutrina de Feuerbach, conhecida hoje como coação psicológica, segundo a qual a finalidade da pena seria criar no espírito dos potenciais criminosos um contra-motivo suficientemente forte para afastá-los da prática do crime. Essa doutrina recebeu até certo ponto a confirmação das doutrinas da psicologia da profundidade, bem como das próprias doutrinas psicanalíticas, segundo a qual pessoas são capazes de dominar suas tendências criminosas porque percebem que quem se decide pelo crime recebem mais desvantagens do que vantagens. Assim, o autor continua destacando:

O reforço das doutrinas da prevenção geral em nova veste é oferecido pelas atuais teorias sistêmicas sociais seja pela via da reacentuação da função do direito penal como tutela subsidiária de bens jurídicos; seja pela via da redução da função da pena no sistema social à sua expressão simbólica de reafirmação contrafática da fidelidade devida às normas jurídicas de um dado ordenamento positivo.¹⁹

No que diz respeito à pena como instrumento de **prevenção especial ou individual**, ela é vista como um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinqüente com o fim de que não cometa novos

15 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 95-96.

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97-98.

17 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146.

18 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97.

19 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 99-100.

crimes no futuro. Nessa perspectiva é nítida a finalidade preventiva contra a reincidência.

Na vertente da **prevenção especial negativa**, já anunciada como ponto relevante para o presente artigo, Figueiredo Dias anuncia que:

Para uns a “correção” dos delinquentes seria uma utopia pelo que a prevenção especial só se poderia dirigir à sua intimidação individual: a pena visaria, em definitivo, atemorizar o delinquente até um ponto em que ele não repetiria no futuro a prática de crimes. Enquanto para outros a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura defesa social através da separação ou segregação do delinquente, só assim se podendo atingir a neutralização da sua perigosidade social. Bem podendo então falar-se, em qualquer destas hipóteses, de uma prevenção especial negativa ou de inocuidade.²⁰

Note-se que esse caráter negativo está associado às teorias de incapacitação e neutralização, segundo as quais é possível derrotar ou conter a reincidência impedindo materialmente que o agente delitivo cometa novos crimes. Nesse viés a denominada reintegração social sede lugar à maior ou definitiva exclusão, que pode ir desde a eliminação física do condenado à segregação em uma prisão de segurança máxima, monitoramento eletrônico à distância, à castração para condenado de crimes sexuais, dentre outros.²¹

Clarividente, nesse cenário o atuarialismo no subsistema jurídico-penal ganha espaço, notadamente porque voltado a técnicas de gerenciamento de riscos, que, sob o pretexto de gestão eficiente da criminalidade, objetiva o controle de grupos humanos etiquetados como perigosos. Nesse ponto, esclarece-se, que, embora a classificação da prevenção especial negativa seja voltada a um indivíduo e a lógica atuarial seja voltada a grupos, são grupos determinados ou determináveis, em geral, estereotipados. E, em ambos os casos, o discurso é o da neutralização e o da exclusão.

Já a prevenção especial positiva ou de socialização tem para alguns por finalidade alcançar a reforma interior (moral) do delinquente, ao passo que para outros a finalidade terá de ser não a emenda moral, mas verdadeiro tratamento das tendências individuais que conduzem ao crime —(modelo médico ou clínico). Em definitivo, deve-se criar condições necessárias para que o delinquente possa, no futuro, viver sem cometer novos crimes o propósito é a reinserção social ou melhor inserção social. Observa-se que o pensamento de prevenção especial positiva é irrenunciável, mas não pode valer por si só como solução integral do problema.²²

2.3. Teorias mistas ou unificadoras

As teorias mistas ou unificadoras são evidenciadas nas doutrinas que tentam da mais variada forma combinar as teorias supracitadas. Figueiredo Dias alerta para dois grupos dessas teorias, são elas, as teorias em que reentra ainda a idéia de retribuição e as teorias de prevenção integral.

Quanto às teorias que reentram, ainda, a ideia de retribuição, pode-se dizer que visam combinar o caráter retributivo com as ideias de cunho preventivo. É dizer pena preventiva por meio de justa retribuição, que, para os olhos de Figueiredo Dias, é uma doutrina diacrônica dos fins da pena:

[...] no momento da sua ameaça abstrata a pena seria, antes de tudo, instrumento de prevenção geral; no momento da sua aplicação ela surgiria basicamente na sua veste retributiva; na sua execução efetiva, por fim, ela visaria predominantemente fins de prevenção especial.²³

Referido autor, no entanto, entende ser inaceitável esse grupo de concepções unificadoras ao argumento de que “a retribuição ou compensação da culpabilidade não é e nem pode constituir uma finalidade da pena”.²⁴

20 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 103.

21 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 149-150.

22 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 103-107.

23 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.

24 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.

No que diz respeito às teorias da prevenção integral, é excluído das finalidades da pena qualquer resquício retributivo, expiatório ou compensatório. Assim, é mantido tão somente o caráter da prevenção, geral e especial, em prol de um ideal de prevenção integral. Também, quanto a esse modelo, o autor tece críticas afirmando que deve ser globalmente recusada.

Se é denominador comum de todas as doutrinas cabidas nesta concepção a idéia de negar in limine a concepção retributiva legitimidade para entrar na composição das finalidades da pena, daí elas concluem pela recusa do pensamento da culpabilidade como mero derivado da prevenção. Com o que, porém, fazem perder à intervenção penal o seu pressuposto e a sua limitação irrenunciáveis - pode dizer-se, o seu “axioma antropológico” -, a saber, o respeito pela eminente dignidade da pessoa. E com esta perda não é só o problema da culpabilidade jurídico-penal que completamente se falha: é a própria questão das finalidades da pena - que à partida se erra e desde o momento inicial irremediavelmente se inquina²⁵

Figueiredo Dias chega a sistematizar uma teoria por ele defendida, asseverando: a) toda pena serve a finalidades exclusivas de prevenção geral e especial; b) a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpabilidade; c) dentro desse limite máximo, ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico, d) dentro dessa moldura de prevenção geral de integração, a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais. Assim, afirma que o art. 40²⁶ do Código Penal português confirma todo o percurso doutrinário que o conduziu a essas conclusões, o que é bem previsível já que ele próprio foi um dos idealizadores desse diploma Legal.

No Código Penal Brasileiro, por seu turno, a matéria está disciplinada no art. 59, alterado em 1984, passou a determinar que o juiz, atendendo às circunstâncias lá determinadas, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: as penas aplicáveis dentre as cominadas, a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento da pena e a substituição de pena, quando cabível. Assim, desde de 1984 consolidou-se a suposta finalidade preventiva do direito penal brasileiro ao se estabelecer que a pena deve ser avaliada de acordo com critérios suficiente para reprovação e prevenção do crime. Dessa forma, tem-se que necessidade de punir está expressamente ligada à prevenção do crime²⁷.

3. A “NOVA PENALOGIA” E SUA LÓGICA ATUARIAL

A institucionalização da lógica atuarial no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos, de lá projetando-se para demais países, foi promovida por políticos e acadêmicos, os quais utilizaram, em seu favor, o alto custo e o baixo desempenho do ideal ressocializador apresentado pela teoria jurídica da pena. Assim, não tiveram dificuldades, dado o alto índice de reincidência e sob a égide do princípio da eficiência, de afastar a prevenção especial positiva como premissa necessária da política criminal oficial. Esse processo começou nos anos 70, sofrendo aceleração a partir da década de 80, dando-se início a “nova penalogia”, pautada em premissas completamente distintas do modelo disciplinar do Estado do Bem-estar Social — (Welfare State).

De antemão, destaca-se que a nova penalogia tira o foco do indivíduo e o redireciona à lógica atuarial com foco em técnicas de identificação, classificação e administração de grupos populacionais, segundo determinados níveis de periculosidade previamente definidos. Busca-se administrar e regular grupos humanos

25 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 111.

26 - Art. 40 do CP de Portugal.

* n. 1: “a aplicação de penas [...] visa a proteção de bens jurídicos (conclusão c primeira parte) e a reintegração do agente na sociedade (conclusão d)”.

*n. 2 “em caso algum a pena de pode ultrapassar a medida de culpabilidade” (conclusão b).

27 SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção criminal: análise de políticas extrapenais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 9.

etiquetados como perigosos, com o objetivo de otimizar o gerenciamento dos riscos²⁸.

Cumpra esclarecer que o atuarialismo é uma técnica que nasce com o aumento exponencial dos acidentes de trabalho na indústria, em virtude do renascimento econômico pós Segunda Guerra Mundial, com os processos judiciais de consumidores contra sociedades comerciais por danos decorrente de produtos defeituosos e com outros feitos geradores de responsabilidade civil decorrente de relações de consumo. Assim, a fim de limitar os prejuízos econômicos, foram feitos estudos estatísticos que permitiam prever o grau de risco que podia causar um trabalhador ou uma relação de consumo e, com isso, limitar o tipo de tarefa a ser exercida pelo trabalhador ou a oferta de certos produtos.²⁹ Essa é a lógica empregada pelas seguradoras, em que técnicas atuariais são utilizadas para produzir taxas percentuais de seguros, estabelecendo prêmios para cobrir perdas e despesas esperadas. No sistema de justiça, por seu turno, a lógica atuarial é voltada à avaliação de risco e periculosidade dos criminosos e programas de tratamento, bem como sustenta estratégias de prevenção de crime e policiamento.³⁰

O artigo seminal “the new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications”, publicado em 1992 pelos criminólogos Feeley e Simon, traça um paralelo entre a antiga penologia e a mudança de paradigma que adveio com a “nova penologia”.

Na antiga penologia, o indivíduo era objeto de análise, ao passo que a nova está direcionada a previsões estatísticas, a preocupação com grupos e com estratégias de gerenciamento, ou seja, o foco é em uma categoria de ofensores e não em um indivíduo específico. A lógica da nova penologia é voltada ao gerenciamento de uma população permanentemente perigosa enquanto o sistema é mantido a um mínimo custo.³¹

Os referidos criminólogos apontam mudanças em três áreas distintas:

a) Surgimento de um novo discurso, ou seja, os discursos de diagnose clínica e retribuição são substituídos pela linguagem da probabilidade e do risco. Com efeito, é empregada a linguagem de utilidade social e gerenciamento e não a linguagem da responsabilidade individual. Desse modo, há uma tendência de mirar categorias e subpopulações em vez de indivíduos, não havendo mais foco na reabilitação ou outros métodos de intervenção orientados mais diretamente aos condenados.

b) Formação de novos objetivos, quais sejam: aumentar a primazia do controle eficiente do sistema ao invés do objetivo tradicional de reabilitação e controle de crime; o alvo não é mais a eliminação do crime, mas torná-lo tolerável por meio da coordenação do sistema; não há mais referência à reabilitação e à punição, mas sim à identificação e ao gerenciamento de grupos de risco; a taxa de reincidência continua a ser importante, mas com outro significado, pois passa a ser vista não mais como uma falha do sistema de reabilitação, mas como evidência da eficiência e efetividade do parole³² como aparato de controle; há uma diminuição de expectativas ao enfatizar o gerenciamento do sistema e os programas correccionais de controle de grupos populacionais em detrimento de sucessos ou fracassos individuais; há uma diminuição de expectativas em relação a sanção criminal; procura-se classificar, tipificar e gerenciar grupos perigosos eficientemente; a revogação de benefícios são tratados pelo sistema como forma eficiente de policiar e punir uma população cronicamente problemática; instituições começam a aferir suas próprias produções como indicador de performance, isolando as instituições da confusa e incontrolável demanda do mundo social, por limitar sua exposição a indicadores que a própria instituição controla, isso torna mais difícil, em longo prazo, avaliar,

28 MACHADO, Bruno Amaral. Duas “leituras” sobre a construção jurídica da impunidade. *Revista de informação legislativa*, [S.l.], n. 171, p. 281, jul/set. 2006.

29 LEITE, André Lamas. ‘Nueva penología’, punitive tum y Derecho Penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertindumbre (pos)moderna. *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n.2, p. 9, 2013.

30 ROBERT, Dominique. Actuarial Justice. In: BOSWORTH, M. (Ed.). *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*. Thousand Oaks: Sage, 2005. p. 11. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4135/9781412952514.n5>, 1997>.

31 FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. *The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*. *Criminology*, London, n. 20, 1992.

32 O parole americano é comparável no Brasil ao ‘livramento condicional’

criticamente, as instituições, uma vez que não se tem referência com fins sociais substantivos.

c) desenvolvimento de novas técnicas: essas expectativas diminuídas manifestam-se no desenvolvimento de formas de custódia e controle com melhor custo-benefício e técnicas de identificação e classificação de risco. As formas de controle são justificadas em termos mais nebulosos do que a reabilitação ou a reintegração, pois a detenção depende da avaliação do risco. A incapacitação promete reduzir os efeitos do crime não modificando o ofensor ou o contexto social, mas reformulando a distribuição de ofensores na sociedade; se a prisão nada pode fazer, ao menos a detenção do ofensor por um tempo retardará a sua volta à atividade criminal, efeitos agregados significativos surgirão, alterando, apenas, de forma marginal, o destino do indivíduo. Conforme a incapacidade seletiva, o alcance da sentença depende do perfil do risco do condenado, portanto, o objetivo é identificar ofensores de alto risco, impondo-lhes penas altas e deixando as penas menores e menos invasiva para ofensores de menor risco, já que a prisão dá máxima segurança a um alto custo. Por outro lado, parole concede vigilância de baixo custo para ofensores de baixo risco. Assim, como o foco é direcionado a categorias de ofensores, os métodos mudam para mecanismos de avaliação e gerenciamento de grupos em vez de intervenção nas vidas de indivíduos.

A liberdade vigiada (probation) e o livramento condicional (parole) aumentaram de proporção rapidamente, revelando-se mecanismos importantes para além da aptidão de alargar as penas previstas, mas também na expansão e na redistribuição do uso do encarceramento, uma vez que parte dos encarcerados estavam em parole e probation.³³

Destaca-se que a “nova penologia” não considera a prisão uma instituição especial capaz de fazer diferença nos indivíduos que passam por ela. Ao contrário, funciona como uma das várias opções de custódia. Nesse cenário, a lógica atuarial determina uma expansão da manutenção do controle para gerenciamento mais eficiente do risco de modo que, por exemplo, o uso de drogas não é mais um indicador de desvio, mas sim um mecanismo de classificação do ofensor em um grupo de risco. Dessa forma, testes toxicológicos possuem função, mesmo na ausência de opção de tratamento, porque possibilita uma maior coordenação de recursos penais escassos.³⁴

4. A JUSTIÇA ATUARIAL, O “FETICHE POR NÚMEROS” E O RISCO DA IMPLEMENTAÇÃO DA LÓGICA CRIMINAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL

São associadas quatro características à denominada ‘justiça atuarial’, que se refere a esse modelo teórico atual que emprega métodos similares aos do atuarialismo na justiça criminal. Primeiramente, o desvio é tido como algo normal — o crime é percebido como um fato social inevitável; segundo, são prestigiados perfis de risco ao invés de indivíduos — as lentes do atuarialismo reconstrói o fenômeno individual e social como objetos de risco; terceiro, o gerenciamento é valorizado em detrimento da transformação — diagnóstico e tratamento têm cada vez mais dado lugar ao gerencialismo de modo que, conforme supracitado, ofensores são identificados, classificados e organizados segundo perfis de risco; e, quarto, o futuro é prestigiado em relação ao passado — o olhar lançado é prospectivo, interessado em estimar e prevenir a ocorrência de futuros comportamentos ao invés de sancioná-los ou compreendê-los, abordando as suas causas passadas.³⁵

Os prognósticos de risco são elaborados com base em estatísticas criminais relativas a um grupo social para determinar critérios de justiça aplicáveis a alguém identificado como seu integrante, seja na condição

33 FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, London, n. 20, 1992.

34 FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, London, n. 20, 1992.

35 ROBERT, Dominique. Actuarial Justice. In: BOSWORTH, M. (Ed.). *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*. Thousand Oaks: Sage, 2005. p. 11-12. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4135/9781412952514.n5>, 1997>.

de suspeito, acusado ou condenado. Ademais, o processo de mensuração do risco do criminoso tem por núcleo a atribuição numérica às suas características individuais e sociais que serão comparadas com dados de outros sujeitos já criminalizados.³⁶

A estrutura delineada revela um certo “fetiche por números”, nos dizeres de Jock Young, em sua obra *The criminological imagination*, onde tece críticas às pesquisas que vêm sendo desenvolvidas nas ciências sociais, como a criminologia, que prestigiam critérios quantitativos.³⁷ Embora a crítica lá seja voltada, basicamente, a pesquisas acadêmicas, é possível transplantar elementos aplicáveis à temática ora abordada. É o caso da necessidade de se ver com reservas esse ‘fetiche’, oriundo da ilusão de precisão e do ar de cientificidade e solidez que os números trazem, pois, ao tratar-se de questões sociais de cunho criminológico, corre-se o risco de ver pessoas meramente como dados estatísticos, ignorando realidades e fatos relevantes, fazendo com que criminosos ou grupos inteiros percam sua subjetividade.

Acrescente-se que a dinâmica mercadológica e contábil é terreno fértil para o populismo punitivo, onde regras como “três golpes e você está fora” (*three strikes you're out*) para os multireincidentes ganha força.³⁸ Tal política, reconhecida no chavão da comunidade de segurança como tolerância zero, evidencia a intolerância com incivildades, visando varrer desvios e desordem das ruas. Assim, calcula-se o que pode, provavelmente, causar desordem e mal-estar, mandando circular os inconvenientes em vez de prender criminosos.³⁹

A incapacitação seletiva, citada no item anterior, sustenta que, embora a prisão não possa fazer mais nada, pessoas consideradas perigosas podem ser detidas em um ambiente seguro para prevenir ou retardar a sua atividade criminosa. Circunstância que possui um efeito perverso, pois, mesmo que a aplicação em larga escala de incapacitação seletiva possa trazer efeito agregado significativo na redução da vitimização criminal⁴⁰, os modelos de identificação acabariam por cometer erros (falsos positivos) demasiados para um sistema minimamente democrático e que se baseia em valores humanos.⁴¹

Imperioso destacar outro risco da aplicação decorrente da lógica atuarial ao subsistema jurídico-penal, qual seja, a técnica de identificação dos grupos humanos etiquetados como perigosos para objetivar a otimização do gerenciamento dos riscos. Ora, observa-se que esse perfil tende a ser perpetuado como os das classes já marginalizadas — pobres e negros — evidenciando-se um controle social, que não deveria encontrar espaço em sociedades democráticas. Entretanto, é inegável que esse padrão encontre ressonância nas instituições responsáveis tanto na prevenção quanto na repressão do crime. Nesse aspecto, há alerta para necessidade de mudança de visão, por exemplo, por parte da polícia judiciária:

A realização da atividade de polícia judiciária sob o prisma de que o fato criminoso é um fenômeno inerente à convivência em sociedade, conforme preconiza a criminologia, é importante para que seus atores mudem a visão de agência policial-penal ainda impregnada pelas correntes biologicista do criminoso por tendência, do criminoso nato, dos traços em raças propensas ao crime, da condição de pobreza, etc. Visão ressuscitada pela investigação atuarial baseada na identificação e classificação de grupos de riscos e pelo direito penal do inimigo, baseado no alijamento dos direitos daqueles que representam o perigo.⁴²

Ademais, o encarceramento em massa e a vigilância contínua dessas classes consideradas perigosas reafirmam processos de exclusão, evidenciando a idéia da prisão como substituta do gueto, nos termos de Wacquant.⁴³

36 DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 20.

37 YOUNG, Jock. *The criminological imagination*. Cambridge: Polity, 2012.

38 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 817.

39 YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na sociedade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 182.

40 FEELEY, Malcom. Actuarial justice and the modern state. In: BRUINSMA, Gerben; ELFFERS, Henk et al. (Ed.). *Punishment, places and perpetrators: developments in criminology and criminal research*. New York, 2012. p. 62-78.

41 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 22.

42 HOTT, Júlio Lopes. A polícia judiciária e o combate à criminalidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 254, 2015.

43 WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 331.

É possível, ainda, observar que o abandono completo dos ideais, voltados à prevenção especial positiva da pena, como a ressocialização, reabilitação e reinserção social, decorrente da descrença total de que prisão não funciona, limita o cárcere a um lugar apto a tão somente reduzir riscos, excluir e inabilitar o criminoso, voltando-se praticamente ao modelo leprosário.⁴⁴

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca das finalidades da pena, com destaque para a prevenção especial negativa como terreno fértil para o discurso da “nova penalogia” e o riscos advindos da aplicação da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal, é possível tecer as seguintes considerações:

1 - Segundo Jorge Figueiredo Dias, a problemática acerca da finalidade da pena criminal é tão antiga quanto a própria história do direito penal e envolve toda uma discussão teórica com ênfase em questões fulcrais como a legitimação, a fundamentação, a justificação e a função da intervenção penal estatal.

2 - Os problemas das finalidades da pena conduzem às seguintes teorias: a) as teorias absolutas: ligadas à doutrina da retribuição ou da expiação; b) as teorias relativas: a pena como instrumento de prevenção. Subdividem-se em prevenção geral (positiva e negativa) e em prevenção especial ou individual (positiva e negativa); c) as teorias mistas ou unificadoras: infinitas variações que se têm tentado combinar as teorias supracitadas.

3 - Dentre as teorias supracitadas, destacam-se as relativas na vertente da prevenção especial negativa, segundo a qual para uns a “correção” dos delinquentes seria uma utopia pelo que a prevenção especial só se poderia dirigir à sua intimidação individual, ao passo que, para outros, a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura defesa social por meio da separação ou segregação do delinqüente, somente assim se podendo atingir a neutralização da sua perigosidade social. Pode-se falar, em qualquer dessas hipóteses, de uma prevenção especial negativa ou de inocuização.

4 - Associa-se esse caráter negativo às teorias de incapacitação e neutralização, segundo as quais é possível derrotar ou conter a reincidência impedindo materialmente que o agente delitivo cometa novos crimes. Nesse viés a denominada reintegração social sede lugar à maior ou definitiva exclusão, que pode ir desde a eliminação física do condenado à segregação em uma prisão de segurança máxima, monitoramento eletrônico à distância, à castração para condenado de crimes sexuais, dentre outros. Esse discurso, também, está presente no atuarialismo, voltado basicamente ao gerenciamento de riscos, que tem ganhado espaço no subsistema jurídico-penal. Note-se que, ainda que voltado, em regra, a grupos e não a indivíduos específicos, esses grupos são determinados ou determináveis. São grupos humanos etiquetados como perigosos que, em nome de uma suposta gestão eficiente da criminalidade, buscam-se excluir.

5 - A institucionalização da lógica atuarial no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos, de lá projetando-se para demais países, foi promovida por políticos e acadêmicos, os quais utilizaram, em seu favor, o alto custo e o baixo desempenho do ideal ressocializador apresentado pela teoria jurídica da pena. Assim, não tiveram dificuldades, dado o alto índice de reincidência e sob a égide do princípio da eficiência, de afastar a prevenção especial positiva como premissa necessária da política criminal oficial.

6 - Os criminólogos Malcom Feeley e Jonathan Simon foram os primeiros a teorizarem criticamente acerca do atuarialismo, em artigos publicados em 1992 e 1994, anunciando a emergência de uma “Nova Penalogia”.

7 - A nova penalogia tira o foco do indivíduo e o redireciona à lógica atuarial com foco em técnicas de

44 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 819.

identificação, classificação e administração de grupos populacionais, segundo determinados níveis de periculosidade previamente definidos.

8 - Feeley e Simon apontam mudanças em três áreas distintas: a) surgimento de um novo discurso, ou seja, os discursos de diagnose clínica e retribuição são substituídos pela linguagem da probabilidade e do risco; b) formação de novos objetivos, quais sejam: aumentar a primazia do controle eficiente; o alvo é tornar o crime tolerável por meio da coordenação do sistema; identificação e gerenciamento de grupos de risco; a taxa de reincidência passa a ter outro significado, isto é evidência da eficiência e efetividade do parole como aparato de controle; enfatiza o gerenciamento do sistema e os programas correccionais de controle de grupos populacionais; há uma diminuição de expectativas em relação a sanção criminal; procura-se classificar, tipificar e gerenciar grupos perigosos eficientemente; a revogação de benefícios são tratados pelo sistema como forma eficiente de policiar e punir uma população cronicamente problemática; instituições começam a aferir suas próprias produções como indicador de performance; c) - desenvolvimento de novas técnicas, manifestadas no desenvolvimento de formas de custódia e controle com melhor custo-benefício e técnicas de identificação, e classificação de risco. São exemplos a incapacidade seletiva e vigilância eletrônica. O foco é direcionado a categorias de ofensores, os métodos mudam para mecanismos de avaliação e gerenciamento de grupos em vez de intervenção nas vidas de indivíduos.

9 - São associadas quatro características à denominada “justiça atuarial”: (1) o desvio é tido como algo normal; (2) são prestigiados perfis de risco em vez de indivíduos; (3) o gerenciamento é valorizado em detrimento da transformação; e, (4) o futuro é prestigiado em relação ao passado.

10 - A estrutura delineada na justiça atuarial revela um certo “fetiche por números”. É necessário se ver com reservas esse fetiche, oriundo da ilusão de precisão e do ar de cientificidade e solidez que os números trazem, pois, ao tratar-se de questões sociais de cunho criminológico, corre-se o risco de ver pessoas apenas como dados estatísticos, ignorando realidades e fatos relevantes, fazendo com que os criminosos ou grupos inteiros percam sua subjetividade.

11 - A dinâmica mercadológica e contábil é terreno fértil para o populismo punitivo, em que regras, como three strikes you're out para os multireincidentes, e discursos de intolerâncias, ganham força, impactando as políticas de segurança pública a serem adotadas.

12 - A própria incapacitação seletiva, a qual sustenta a possibilidade de se deter pessoas perigosas em um ambiente seguro para prevenir ou retardar a sua atividade criminosa, possui um efeito perverso, pois os modelos de identificação podem gerar erros (falsos positivos) demasiados para um sistema minimamente democrático e que se baseia em valores humanos.

13 - Outro risco da aplicação decorrente da lógica atuarial ao subsistema jurídico-penal é que haja perpetuação do etiquetamento de classes já marginalizadas como grupos perigosos. Ademais o encarceramento em massa e a vigilância contínua dessas classes reafirmariam processos de exclusão, evidenciando a idéia da prisão como substituta do gueto.

14 - Por fim, observa-se que o abandono dos ideais de ressocialização, reabilitação e reinserção social, decorrente da descrença total de que prisão não funciona, limita o cárcere a um lugar apto a tão somente reduzir riscos, excluir e inabilitar o criminoso.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- FEELEY, Malcom. Actuarial justice and the modern state. In: BRUINSMA, Gerben; ELFFERS, Henk et al (Ed.). *Punishment, places and perpetrators: developments in criminology and criminal research*. New York, 2012.
- FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, London, n. 20, 1992.
- FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. Actuarial justice: the emerging new criminal law. In: NELKEN, David (Ed.). *The futures of criminology*. London: Sage, 1994.
- HOTT, Júlio Lopes. A polícia judiciária e o combate à criminalidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 246-272, 2015.
- LEITE, André Lamas. ‘Nueva penologia’, punitivo tum y Derecho Penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna. *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2, p. 1-62, 2013.
- MACHADO, Bruno Amaral. Duas “leituras” sobre a construção jurídica da impunidade. *Revista de informação legislativa*, [S.l.], n. 171, p. 277-284, jul/set. 2006.
- PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROBERT, Dominique. Actuarial Justice. In: BOSWORTH, M. (Ed.). *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*. Thousand Oaks: Sage, 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4135/9781412952514.n5>, 1997>.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção criminal: análise de políticas extrapenais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na sociedade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- YOUNG, Jock. *The criminological imagination*. Cambridge: Polity, 2012.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas

The relationship between criminogenesis and penal practices and the debate on the theory of action between subjectivists and objectivists

André Leonardo Copetti Santos

Doglas Cesar Lucas

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

A relação entre criminogênese e práticas penais e o debate sobre a teoria da ação entre subjetivistas e objetivistas*

The relationship between criminogenesis and penal practices and the debate on the theory of action between subjectivists and objectivists

André Leonardo Copetti Santos**

Doglas Cesar Lucas***

Quando se apaga a consciência da presença latente da violência numa instituição de direito, esta entra em decadência (Walter Benjamin)¹

* Recebido em 24/02/2018
Aprovado em 05/04/2018

** Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e pós-doutorando pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Possui mestrado (1999) e doutorado (2004) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1988). Atualmente é professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, IJUÍ, RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Coordenador Executivo do PPGD/URISAN. Editor da Revista Científica Direitos Culturais. Membro Externo do Conselho Editorial do Centro de Estudios en Antropología y Derecho, Posadas, Argentina. Membro fundador da Casa Warat Buenos Aires e da Editora Casa Warat. Advogado criminalista. Email: andre.co.petti@hotmail.com

*** Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001), Doutorado em Direito pela UNISINOS (2008) e Pós-Doutorado em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre (2012). É professor dos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui e professor no Curso de direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior Santo Ângelo -IESA. Professor colaborador no mestrado e doutorado em Direito da URI - Santo Ângelo. Editor da Revista Direito em Debate, publicação do Departamento de Ciências jurídicas e Sociais da Unijui. É coordenador da Coleção Direitos Humanos e Democracia, publicada pela editora Unijui. Avaliador do MEC/INEP. Email: doglasl@unijui.edu.br

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar, criticamente, uma hegemonia subjetivista no direito penal brasileiro e nas práticas penais por ele institucionalizadas. O artigo tenta demonstrar que há um esquecimento pelos penalistas do debate entre subjetivistas e objetivistas, que tem acontecido no campo das ciências sociais e da filosofia política, acerca das condições de acontecimento social do agir e do fazer humanos, o qual afeta, profundamente, a concepção normatizada de crime e de suas consequências legais. O trabalho apresenta duas conclusões: A primeira refere-se ao fato de que, se o crime é uma consequência de uma ação livre e deliberada do agente, sem qualquer espécie de coação externa, justificam-se as práticas penais dirigidas aos indivíduos atomizadamente, como tem sido com as penas privativas de liberdade; se, em sentido diverso, compreende-se o crime como sendo o corolário da influência de coerções e estruturas sobre a vontade e a autodeterminação individual, ou em conjunto com estas, então, precisamos repensar nossas práticas penais, atribuindo responsabilidade penal não somente ao indivíduo, mas ao próprio Estado como gerador de condições criminogênicas. A segunda conclusão do trabalho é que, para modificarem-se as práticas penais, o ponto de vista deve mover-se do plano metodológico e epistemológico para o plano ontológico. A principal implicação prática do artigo reside na proposição de novas condições ontológicas para se pensar o fenômeno criminal e as práticas penais. O método de aproximação utilizado foi o fenomenológico, com métodos procedimentais bibliográfico e estatístico.

Palavras-chave: Criminogênese. Teoria da ação. Subjetivismo. Objetivismo. Práticas penais. Concepção ontológica.

1 BENJAMIN, W. Para uma crítica da violência. In: GAGNEBIN, Jeanne Marie (Org.). *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, 2011. p. 121-156.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the hegemony of a subjectivist perspective in Brazilian criminal law and in the criminal practices that it institutionalized. The article tries to demonstrate that there is a forgetfulness by the penalists of discussion between subjectivists and objectivists, what has happened in the field of social sciences and political philosophy, about the conditions of social event of human action and doing, which deeply affects the normalized conception of crime and its legal consequences. The work presents two conclusions: first, that if crime is a consequence of a free and deliberate action of the agent, without any kind of external coercion, the criminal practices directed at individuals atomized, as it has been with custodial sentences, are justified; if, in a different sense, crime is understood as the corollary of the influence of coercion and structures on individual will and self-determination, or together with these, then we need to rethink our criminal practices, assigning criminal responsibility not only to the individual, but to the state itself as the generator of criminogenic conditions. The second conclusion of the work is that in order to change criminal practices, the point of view must move from the methodological and epistemological plane to the ontological plane. The main practical implication of the article lies in the proposition of new ontological conditions for thinking about criminal phenomena and criminal practices. The approximation method used was phenomenological, with bibliographic and statistical procedural methods.

Keywords: Criminogenesis. Action Theory. Subjectivism. Objectivism. Criminal practices. Ontological conception.

1. INTRODUÇÃO

As práticas penais que são adotadas pelo Estado, sob a forma de políticas públicas de enfrentamento do crime e dos criminosos, também chamadas de políticas criminais, guardam uma estreita conexão com o modo como são interpretados a violência e o fenômeno criminal, pela multiplicidade de partes envolvidas tanto no processo investigativo quanto decisório referentes a esse campo de problemas.

Para essas atividades — científica/investigativa e política/decisória —, as ciências sociais, em suas distintas regionalidades, têm a tarefa de fornecer concepções das diferentes facetas da atividade social humana e do agente humano que possam ser colocadas à disposição do trabalho empírico de elucidação desses processos concretos que fustigam nossa vida social. Em relação ao desenvolvimento dessas ciências, especialmente na modernidade, inobstante o emaranhado de razões criado por vozes teóricas rivais, há alguns elementos basilares comuns que estruturam distintas tradições de pensamento² acerca do ser e do fazer humanos, e que constituem os critérios de validade a que os cientistas sociais recorrem para justificar suas teorias e descobertas e para avaliar as de outros, incluindo-se aí, por exemplo, as abordagens sobre a violência, a criminalidade e as práticas penais. Um deles liga-se ao fato de que a maioria das escolas de pensamento em questão — com notáveis exceções, como o estruturalismo e pós-estruturalismo — enfatizam o caráter ativo, reflexivo, da conduta humana. Em contraposição, há outro conjunto de escolas que entendem ser o comportamento humano como resultado de forças que os atores não controlam nem compreendem.

Essa polarização deu margem ao surgimento no campo das ciências sociais de um dualismo que estabelece, de um lado, fortes conexões entre uma ênfase estrutural/coletiva e o objetivismo, e, por outro, estreitas

2 No presente trabalho, uma das acepções conceito de tradição utilizada é a que está presente na obra de MacIntyre, para quem “uma tradição é uma argumentação, desenvolvida ao longo do tempo, na qual certos acordos fundamentais são definidos e redefinidos em termos de dois tipos de conflito: os conflitos com críticos e inimigos externos à tradição que rejeitam todos ou pelo menos partes essenciais dos acordos fundamentais, e os debates internos, interpretativos, através dos quais o significado e a razão dos acordos fundamentais são expressos e através de cujo progresso uma tradição é constituída”. Ver a respeito MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual racionalidade?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 1991. p. 23.

ligações entre uma perspectiva individualista/psicologista e o subjetivismo ligado à filosofia da consciência. Na construção do vasto território teórico compreendido pelas ciências sociais, algumas questões fundamentais, do interesse de todos seus ramos científicos, têm sido abordadas, a partir desse dualismo, com importantes reflexos em suas proposições essenciais: questões relacionadas com a natureza da ação humana e do *self* atuante; com o modo como a interação deve ser conceituada e sua relação com as instituições; e com a apreensão das conotações práticas da análise social. No Direito e nas matérias que lhe são próximas e complementares — como a sociologia, a antropologia, a criminologia, a economia, a filosofia etc. — essas questões ocupam posições importantíssimas, e nelas tem se projetado o embate entre essas tradições das ciências sociais, com consequências práticas totalmente distintas em termos de políticas públicas.

Esse tensionamento teórico entre tradições de pensamento tem se projetado no campo prático normativo do Direito, resultando em concepções e funcionalidades de direitos positivados nas legislações do mundo todo, notadamente em sistemas jurídicos materialmente constitucionais, e em políticas públicas e práticas estatais mais ou menos intervencionistas. Na regionalidade sub-sistêmica do direito penal e das políticas criminais e práticas penais estatais, não tem sido diferente. Esse embate entre objetivistas e subjetivistas tem se infiltrado, muitas vezes inconscientemente, nas concepções de crime e violência que alimentam as visões que os membros de colegiados políticos ou ocupantes de posicionamentos institucionais possuem desses fenômenos, os que decidem as políticas públicas e, portanto, determinam a trajetória e o sentido das práticas penais num determinado contexto de espaço e tempo.

Entretanto, há que se acentuar o caráter excludente desse embate entre objetivistas e subjetivistas, e as consequências disso em termos de racionalização das ações consistentes nas práticas penais. A principal seqüela dessa exclusão mútua é que as abordagens parciais do objeto de investigação não permitem, numa perspectiva fenomenológica, “que eles se mostrem em si mesmos”, mas, distorcidamente, na maioria das vezes, como nos é familiarmente trazido pela própria tradição de pensamento, apenas com o aparato crítico interno da própria tradição. Em termos ontológicos, isto leva à construção de um corpo de conhecimento sectarizado e insuficiente para desvelar a forma diferente que uma determinada entidade é, e, portanto, inapto para fundamentar ações sociais capazes de intervir eficazmente no plano ôntico, ou seja, no plano das formas reais que determinada entidade se apresenta no mundo.

Essa exclusão entre objetivistas e subjetivistas não tem passado inerte por nossas ciências criminais, tampouco por nossas políticas e práticas penais. A hegemonia subjetivista tanto no plano teórico quanto no prático tem levado a uma deficiente racionalização do nosso sistema e de nossas práticas penais que se desvela, contemporaneamente, de forma bastante clara, quando comparamos as curvas de crescimento de nossa população carcerária, revelando a faceta mais escancarada de nossas práticas penais, com os números da violência em nosso país, que se superam ano após ano, censo após censo. Os 61.283 homicídios cometidos no Brasil no ano de 2016, concomitantemente ao atingimento da cifra de 726.712 presos no mesmo ano, são uma boa evidência dos profundos traços de irracionalidade de nossas políticas públicas de enfrentamento do fenômeno da criminalidade. Dessa comparação, podemos construir uma reflexão no sentido de evidenciar, estatisticamente, a falência de nossas práticas penais e a debilidade dos discursos preventivos de justificação do sistema penal, uma vez que há uma relação diretamente proporcional entre o aumento da criminalidade e o aumento de encarcerados, quando, na verdade, deveria ser inversamente proporcional se as práticas de encarceramento fossem eficazes. Em sentido contrário a essa interpretação, há estudos, especialmente com perspectivas econométricas, que apontam uma relação direta entre a adoção de políticas públicas repressivistas (encarceramento e policiamento) e a diminuição de taxas de homicídios em alguns Estados da Federação que adotaram eficazmente essas políticas, ao mesmo tempo em que apontam, ambigüamente, que, em outros Estados, o aumento da taxa de encarceramento e policiamento não foi uma variável importante para a redução da violência, pois o número de homicídios não teve qualquer redução³, inobstante o incremento dessas práticas.

3 SACHSIDA, Adolfo; MENDONÇA, Mário Jorge Cardoso de; MOREIRA, Tito Belchior Silva. O impacto de diferentes tipos de repressão legal sobre as taxas de homicídio entre os estados brasileiros. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 99-122, 2015.

Juntando os elementos teóricos que embasam mais remotamente a pesquisa no campo das ciências sociais, que constituem essas duas tradições de pensamento, quicá as mais importantes e contundentes na modernidade ocidental, com os elementos fáticos que revelam, no plano ôntico, as características do nosso fenômeno criminal, carcerário e político criminal, buscaremos desenvolver a tese de que esse desconchavo entre as práticas penais do Estado brasileiro e a sua total ineficácia no tratamento da criminalidade resulta, em significativa medida, de um errôneo ponto de partida na observação do fenômeno criminal, qual seja, a adoção hiperacentuada de uma perspectiva individualista/subjetivista, que considera o crime como resultado de uma manifestação da vontade individual dos agentes, em detrimento de aspectos objetivos que atuam sobre a criminogênese, especialmente em sociedades com alto grau de desigualdade social e não satisfação de direitos fundamentais a grandes parcelas da população. A consequência principal dessa interpretação equivocada em relação à criminogênese é a adoção, facilmente contestável, de práticas penais consonantes com essa perspectiva, ou seja, práticas penais exclusivamente individualistas — cuja expressão maior é a pena privativa de liberdade — dirigidas atomizadamente aos indivíduos que são apanhados pelo sistema penal, numa espécie de biopolítica penal destinada a seus corpos.

O que salta aos olhos, reiteramos, num primeiro momento, é, para a análise que aqui se propõe, a grave desconsideração, por parte de penalistas e agentes políticos com posicionamentos hábeis a tomar decisões em matéria criminal, de aspectos mais objetivistas/estruturalistas dos fenômenos da violência e do crime. Nas escolas de Direito no Brasil, que hoje ultrapassam a casa das 1.200, e formam, anualmente, verdadeiros exércitos de bacharéis, os currículos, invariavelmente, priorizam o ensino de uma concepção individualista do crime, herança do positivismo e do liberalismo, consolidando, com isso, cada vez mais, um imaginário de que o crime resulta, unicamente, de uma decisão individual e livre dos agentes. O resultado mais visível dessa situação totalmente errática é que tanto a maioria de especialistas jurídicos quanto de não especialistas, ocupem eles ou não posicionamentos com capacidade decisória, partilham dessa visão atomizada/subjetivista da criminalidade, restando a uma irrisória minoria de indivíduos, com consciência prática e discursiva⁴ acerca desse universo de problemas, a crítica e a busca de alternativas a um sistema falido de aprisionamento, absolutamente desumano, violento e injustificável sob qualquer critério de racionalidade.

Partindo-se dessas informações iniciais, pretende-se desenvolver e demonstrar no presente trabalho: a) a influência do embate entre objetivistas e subjetivistas nas construções teórico-científicas e prático-institucionais; b) a hegemonia da concepção subjetivista/individualista/psicologista nas teorias do crime e da pena desenvolvidas no Brasil e sua repercussão em termos de práticas institucionais penais; c) e, por fim, a necessidade de superação dessa postura teórica individualista/subjetivista/psicologista, predominante no pensamento e nas práticas no Brasil, por uma perspectiva que priorize concomitantemente a dualidade estrutura-indivíduo na compreensão dos fenômenos da violência, do crime e das políticas públicas de enfrentamento desse conjunto de problemas tão caro à sociedade brasileira, como forma de possibilitar a criação de novas alternativas de reinvenção democrática de nossas práticas penais, se é que democracia e direito penal são entidades passíveis de deitarem-se lado a lado na mesma cama.

A demanda metodológica foi suprida com a adoção do método fenomenológico, a fim de deixar e fazer ver a influência, por si mesma, tal como se mostra a partir de si mesma, do embate entre objetivistas e sub-

4 Esses dois conceitos são utilizados Giddens em sua Teoria da Estruturação. Segundo ele, “consciência prática” é o que os atores sabem, creem acerca das condições sociais, incluindo especialmente as de sua própria ação, mas não podem expressar discursivamente; nenhuma barreira repressiva, entretanto, protege a consciência prática, como acontece com o inconsciente. Já a consciência discursiva se refere ao que os atores são capazes de dizer, ou expressar verbalmente, acerca das condições sociais, incluindo especialmente as condições de sua própria ação; consciência que tem uma forma discursiva. GUIDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins fontes, 2013. p. 440.

jetivistas na constituição das ciências sociais na modernidade e, por consequência, nas ciências criminais, e a repercussão desse embate ontológico, na modelagem dos sistemas penais e das práticas criminais que lhe correspondem. Essa aproximação requer uma metodologia que permita tal aproximação ao fenômeno, de modo que permita a ele demonstrar-se diretamente, e não a partir de postulados de outros fenômenos ou de doutrinas tradicionais. A presente proposta de trabalho busca desvelar aspectos do ser da influência subjetivista nas ciências criminais, no sistema normativo e nas práticas penais, aspectos que, embora se mostrem de forma implícita e “não tematizada”, podem chegar a mostrar-se tematicamente. Para tal desiderato, o método fenomenológico faz-se não somente adequado, mas fundamentalmente necessário, especialmente porque o elemento principal de análise a ser abordado — a influência subjetivista e o desprezo de elementos objetivos na criminogênese, e a ascendência disto em termos de práticas penais — está velado tanto pela sua proximidade e familiaridade em nosso cotidiano, o que faz com que nem notemos e nem nos pré-ocupemos com tal aspecto, quanto pelo fato de estar enterrado sob conceitos e doutrinas hauridas com base na própria tradição subjetivista em matéria criminal, o que impede uma reflexão meditativa a respeito das práticas penais do Estado. Assim, a partir da fenomenologia hermenêutica, buscar-se-á construir novas possibilidades investigativas de alternativas às práticas penais existentes e consolidadas, desde uma compreensão mais ampla do fenômeno punitivo, cuja compreensão está obscurecida pelos pré-conceitos de interpretações passadas assentadas sobre doutrinas dogmáticas tradicionais.

2. O EMBATE OBJETIVISMO X SUBJETIVISMO E O PROBLEMA DA AÇÃO HUMANA INDIVIDUAL E SOCIAL

Destacar o caráter ativo, reflexivo, da conduta humana e da ação social, ou, em sentido diverso, entender ser o comportamento humano um resultado de forças que os atores não controlam nem compreendem são os dois pontos fulcrais de compreensão sobre os quais se armam as tradições subjetivistas e objetivistas no âmbito das ciências sociais. Esse embate e as possibilidades hermenêuticas dele emergentes são incontornáveis para um bom entendimento acerca dos principais fenômenos dos quais se ocupa a ciência penal num sentido *lato*. A ocorrência desse embate varia de intensidade nas diferentes ciências sociais, havendo algumas em que uma tradição é predominante, como na psicologia, com uma hegemonia da tradição subjetivista, ou, em sentido contrário, na antropologia, na qual prevalece o objetivismo. Mas também há regionalidades científicas onde a oposição dessas tradições guarda um maior equilíbrio, sem um esmagador predomínio de uma em detrimento da outra, como é o caso da sociologia.

A opção teórica aqui esboçada tem como ponto de partida o fato de que, como bem já observara Bobbio, toda a história do pensamento político, ao que por ora se agrega também o pensamento jurídico, está dominada por uma grande dicotomia: organicismo (holismo) e individualismo (atomismo)⁵. Mesmo que esse movimento dicotômico não seja retilíneo e permanente, havendo até mesmo momentos históricos em que ele encontra lapsos de arrefecimento, é possível dizer que em encruzilhadas marcantes da vida social e institucional do ocidente ela se fez notar de forma marcante.

Essa dicotomia holismo/atomismo compõe um conflito de tradições de pesquisa intelectual com reflexos nas mais variadas construções culturais ocidentais. Cada uma delas foi e continua sendo parte da elaboração de um modo de vida social e moral do qual a própria pesquisa intelectual foi e continua sendo parte integrante. Em cada uma delas, as formas dessa vida permanecem incorporadas às instituições sociais, econômicas, políticas e jurídicas. Essas tradições, utilizando o pensamento de MacIntyre, diferem entre si muito mais do que suas concepções conflitantes de racionalidade prática e justiça: elas diferem nos catálogos de virtudes, nas concepções do eu e nas cosmologias metafísicas; diferem, também, no modo como, em cada

5 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 45.

uma delas, se chegou às concepções de racionalidade prática e justiça⁶.

A partir de debates, conflitos e pesquisas, realizados desde tradições de pesquisa que privilegiam ou a subjetividade ou a objetividade socialmente materializadas e historicamente contingentes, as disputas referentes à racionalidade prática e à justiça são propostas, modificadas, abandonadas ou substituídas. Essas tradições de pesquisa, nesse sentido, surgem como base de justificação racional e de crítica de concepções de racionalidade prática e justiça.

Tais tradições diferem, radicalmente, em relação a uma gama numerosa de assuntos, que se constituem como categorias fundamentais de cada uma delas. Divergem, por exemplo, atomistas e holistas, visceralmente quanto às questões que dizem respeito ao grau de permissividade para a intervenção estatal na sociedade civil, quanto à propriedade, quanto às matérias tributárias, quanto ao direito econômico etc. Por outro lado, convergem harmoniosamente para a solução de outros problemas, pois não resta qualquer dúvida de que individualistas e coletivistas concordam que o homicídio, o estupro são condutas que merecem ser reprimidas mediante a imposição de sanções penais, ou, por outro lado, que alguns parâmetros mínimos de direitos sociais devem ser concretizados. É importante destacar, dentro do foco da presente reflexão, que, em termos de criminogênese ou causalidade criminal, a divergência entre subjetivistas e objetivistas é bastante forte, pois, enquanto os primeiros entendem ser o principal elemento genético do crime a vontade individual dos agentes, os segundos compreendem o crime como resultante de fatores que transcendem o indivíduo.

Nessas áreas, em que há questões ou assuntos comuns a mais de uma tradição, uma delas pode estruturar suas teses por meio de conceitos tais que impliquem, necessariamente, a falsidade das teses sustentadas por uma ou mais tradições, embora, ao mesmo tempo, não exista nenhum padrão comum, ou somente existam padrões insuficientes, para que se possa julgar os pontos de vista adversários. Muitas vezes, considerações exigidas no interior da tradição atomista somente podem ser ignoradas pelos que conduzem a pesquisa ou o debate na tradição holista, à custa de, segundo seus próprios padrões, excluir boas razões para crer ou descrever em algo, ou para agir de uma forma e não de outra. Inobstante, não raro acontece que, em outras áreas, o que é afirmado por objetivistas pode, aprioristicamente, não encontrar nenhuma equivalência entre subjetivistas, ou vice-versa. Essa última situação surge de forma bastante clara, por exemplo, em relação à concretização dos direitos fundamentais de natureza não individual dentro de uma estrutura normativa e institucional predominantemente especializada para a efetivação de direitos individuais. A forma de construção do direito liberal-individualista e, particularmente, de algumas de suas ramificações, faz com que surja uma série de obstáculos quase intransponíveis quando se pensa na efetivação de novas funções do Direito num projeto constitucional com vertente social-democrática, fundada, de forma inovadora, em direitos fundamentais com diferentes funcionalidades, pois estes têm uma gama de idiosincrasias que exige um outro modelo normativo, uma outra forma jurídica que se distancia, em vários pontos, da liberal-individualista.

A demonstração da permanência e atualidade das discussões e pesquisas realizadas contemporaneamente no universo das ciências sociais, tendo como pano de fundo o embate entre subjetivistas e objetivistas, e, especificamente, no âmbito do direito penal, justifica-se na medida em que, se, de fato, o crime é a resultante de uma decisão e de um comportamento meramente individual, sem maiores influências de fatores exógenos ao agente, as soluções penais individualizadas parecem não ser uma má opção política, devendo sua ineficácia ser pensada em termos de gestão pública orçamentária, com um foco na relação custo-benefício para a administração, nos moldes do atuarialismo norte-americano, ou em termos de otimização de aspectos da aplicação e execução penal, tanto em termos normativos quanto corporativos. Noutro sentido, é possível trabalhar sobre a hipótese de que o crime é o corolário, também, de forças sistêmicas ou estruturais, que atuam objetivamente, separadamente ou em conjunto, com a vontade ou motivação individual, sendo, nessa perspectiva, o crime um fenômeno total ou parcialmente transcendente aos indivíduos e, portanto, as soluções devem ser pensadas também dessa maneira, especialmente pela superação dos atuais modelos baseados

6 MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual racionalidade?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 1991. p. 375-376.

em penas privativas de liberdade, e as políticas públicas estruturadas a partir de modelos mais sociais do que penais. Uma terceira via, que constitui uma das orientações principais do presente trabalho, pode ser cunhada a partir da Teoria da Estruturação de Anthony Giddens, na qual tanto a subjetividade e a reflexividade do agente quanto a objetividade estrutural de fatores externos jogam um importante papel causal na criminogênese, e, portanto, devem ser consideradas como ponto de partida para a projeção de novas práticas penais.

2.1. Subjetivismo versus objetivismo na Sociologia

No perímetro teórico da sociologia, o embate entre subjetivistas e objetivistas é bastante tensionado, fornecendo importantes elementos de análise ao Direito, especialmente no tocante à Teoria da Ação Social. Ideias objetivistas-estruturalistas aparecem, por exemplo, na concepção de Durkheim de que as sociedades são mais do que a soma de seus indivíduos constituintes e as propriedades estruturais são qualidades de sistemas sociais que devem ser definidos exclusivamente em função de sua influência coerciva sobre os atores sociais. As abordagens estruturalistas-objetivistas, também, tendem a sublinhar a duração no tempo e no espaço. As estruturas são supraindividuais no sentido de que sobrevivem ao agente individual e se expandem muito além do âmbito da atividade de agentes individuais. Há, também, que ser destacado algo de um elemento epistemológico frequentemente envolvido nessa tradição de pensamento: muitas vezes é sustentado, ou suposto, que examinar características estruturais da atividade social é demonstrar influências causais sobre a conduta humana análogas às que operam na natureza⁷.

Nesse campo de pensamento, um nome de alto prestígio foi o de Talcott Parsons. Em “The Structure of Social Action”, ao final da década de 1930, Parsons estabeleceu um enfoque da teoria social de um tipo muito definido, combinando uma versão refinada do funcionalismo e uma concepção naturalista da sociologia, e enfatizando que, embora ação humana tenha atributos muito especiais e distintivos, a ciência social compartilha, de um modo geral, a mesma estrutura lógica da ciência natural. Considerando a sociologia uma ciência da ação, Parsons procura explicar, em primeiro lugar, a ação como uma construção intencional. Ele pesa a ação como produto de um ator dotado de recursos, que efetua escolhas finalizadas e usa para realizá-la meios materiais e simbólicos⁸. A análise de Parsons nada tem de individualista nem de utilitarista. Ela supõe certamente que a ação social é o produto de opções individuais que têm sentido para o ator. Mas essas opções se acham ligadas a um conjunto global de valores comuns (expressão simbólica das preferências coletivas) e se inscrevem em uma rede de normas constitutiva da estrutura da sociedade, elementos coercitivos da ação individual. Compreende-se, assim, o alcance da definição elaborada por Parsons, que compreende a sociologia como a ciência que tenta construir uma teoria analítica dos sistemas de ação social na medida em que é possível compreender esses sistemas a partir da natureza da integração com base em valores comuns. Estudar a estrutura da ação social significa, portanto, por em evidência relações e modalidades de troca estáveis entre os atores. O conjunto, enfim, pode fazer sentido aos olhos do sociólogo sob uma única condição: esse último deve ser capaz de apreender as conexões entre a estrutura estudada e a totalidade social para cujo bom funcionamento concorre essa estrutura.

Wallace, no desdobramento dessa tradição, identifica a “diferença crucial” entre o que ele designa por “teoria estruturalista social” e “teoria acionista social”, asseverando que a teoria estruturalista social trata da intencionalidade e outros fatores orientacionais subjetivos como, no mínimo, secundários e, no máximo, irrelevantes para a explicação de fenômenos sociais⁹.

Também de acordo com essa orientação estruturalista-objetivista, Mayhew identifica os interesses da sociologia como “estruturais”. As estruturas referem-se a redes de relações, e tais redes podem e devem ser

7 DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

8 PARSONS, Talcott. *The Structure of Social Action*. 2. ed. New York: The Free Press, 1949. p. 44-46.

9 WALLACE, Walter L. Structure and action in the theories of Coleman and Parsons. In: BLAU, Peter Michael (Ed.). *Approaches to the Study of Social Structure*. Londres: Collier-Macmillan, 1975. p. 121.

analisadas sem qualquer alusão às características dos indivíduos. Ele afirma que: “na sociologia estrutural, a unidade de análise é sempre a rede social, nunca o indivíduo”¹⁰.

Ainda, no campo da sociologia, Blau desenvolveu uma versão mais sofisticada de ideias estruturalistas-objetivistas, propondo uma noção de estrutura despojada de suas mais amplas conotações culturais e funcionais até ficar reduzida às suas propriedades essenciais. Para esse autor, a ciência social estrutural interessa-se pelos parâmetros de distribuição populacionais, não pelos atores como tais. Um “parâmetro estrutural” é qualquer critério de categorização de agregados de indivíduos pertinente a posições sociais que os indivíduos poderiam ocupar. Para ele, é possível distinguir dois tipos de parâmetros estruturais. Os “parâmetros nominais”, que são laterais, separando uma dada população em categorias, como gênero, religião ou raça, e os “parâmetros graduados”, que são hierárquicos, diferenciando os indivíduos ao longo de uma escala, incluindo, por exemplo, riqueza, renda e educação. Um dos principais objetivos dos estudos estruturais consiste em examinar a relação entre esses parâmetros, na medida em que estão associados a grupos de interação. Assim, os parâmetros podem ser analisados de modo a explicar as formas e os graus de diferenciação e integração social. Considerando-se um determinista estrutural, Blau acredita que as estruturas das posições sociais objetivas entre as quais as pessoas estão distribuídas exercem influências mais fundamentais sobre a vida social do que os valores e normas culturais¹¹.

Nessa perspectiva estruturalista/objetivista, a teoria é sociológica no sentido específico de que explica padrões de relações sociais em termos de propriedades da estrutura social, não em termos de suposições formuladas, sejam estas deriváveis ou não de princípios psicológicos. O que dá distintividade à sociologia é sua preocupação específica não só com a estrutura social, mas também com as formas pelas quais propriedades coercivas da estrutura se fazem sentir no tocante à estrutura dos indivíduos¹².

Contemporaneamente, Baumann provavelmente seja um dos mais representativos defensores de uma visão objetiva da teoria da ação. Para ele, a sociologia se distingue por observar as ações humanas como elementos de figurações mais amplas; ou seja, de uma montagem não aleatória de atores reunidos em rede de dependência mútua (dependência considerada o estado no qual a probabilidade de que a ação seja empreendida e as chances de seu sucesso se alterem em função do que sejam os atores, do que façam ou possam fazer)¹³.

Para Baumann, os sociólogos perguntam que consequências isso tem para os atores humanos, as relações nas quais ingressamos e as sociedades das quais somos parte. Em resposta, formatam o objeto da investigação sociológica. Assim, figurações, redes de dependência mútua, condicionamentos recíprocos da ação e expansão ou confinamentos da liberdade dos atores estão entre as mais preeminentes preocupações da sociologia. Nessa perspectiva, atores individuais tornam-se objeto de observações de estudos sociológicos à medida que são considerados participantes de uma rede de interdependência. Por isso, e porque, não importando o que façamos, somos dependentes dos outros, Baumann propõe que a questão central da sociologia é: como os tipos de relações sociais e de sociedades em que vivemos têm a ver com imagens que formamos uns dos outros, de nós mesmos e de nosso conhecimento, nossas ações e consequências?¹⁴

O contraponto às teses sociológicas objetivistas/estruturalistas/coletivistas é dado pelas reflexões baseadas no individualismo metodológico. As teses individualistas da ação encontram suas origens na modernidade nas teorias contratualistas de Hobbes e Locke, ganhando uma força adicional com o desenvolvimento de um positivismo individualista no âmbito da teoria da ação. Mas é Freud, o fundador da psicanálise, que instaura uma verdadeira ruptura epistemológica em termos de subjetivismo ou psicologismo. Sua teoria se baseia na ideia segundo a qual uma tríade — o Ego (eu), o Id (pulsões) e o Superego (juízo moral) — cons-

10 MAYHEW, Bruce H. Structuralism versus individualism. *Social Force*, Oxford, UK, v. 59, n. 2, p. 335-375, dez. 1980.

11 BLAU, Peter M. *Inequality and Heterogeneity*. Nova York: Free Press, 1977. p. 9.

12 BLAU, Peter M. *Inequality and Heterogeneity*. Nova York: Free Press, 1977. p. 246.

13 BAUMANN, Zigmunt. *Aprendendo a Pensar com a Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 16-17.

14 BAUMANN, Zigmunt. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 17.

titui o fundo de cada personalidade e a estrutura psíquica da qual emergem nossas ações¹⁵.

Segundo Giddens, as doutrinas que advogam o individualismo metodológico envolvem uma ou mais das seguintes teses¹⁶:

- a) “Atomismo social truístico”. É o ponto de vista que defende que o fato de os fenômenos sociais só poderem ser explicados em termos de análise da conduta de indivíduos é evidente em si mesmo. Assim, diz Hayek: “não existe outro caminho para uma compreensão dos fenômenos sociais a não ser mediante nosso entendimento das ações individuais dirigidas para outras pessoas e guiadas pelo comportamento que se espera delas”¹⁷ (uma formulação próxima da definição de Weber de ação social¹⁸);
- b) A ideia de que todas as afirmações sobre fenômenos sociais podem ser reduzidas, sem perda de significado, a descrições das qualidades dos indivíduos, negando qualquer sentido à ideia de estrutura;
- c) A asserção de que somente os indivíduos são reais, sendo todos os conceitos referentes a propriedades de coletividades ou sistemas sociais modelos abstratos, construções dos teóricos, de algum modo que a noção de indivíduo não é;
- d) A alegação de que não pode haver leis nas ciências sociais, exceto na medida em que existam leis sobre as disposições psicológicas dos indivíduos.

Todos esses quatro elementos parecem encontrar-se no enunciado de Watkins, sobre o que ele chama de “princípio do individualismo metodológico”, segundo o qual os constituintes básicos do mundo social são pessoas individuais que agem de modo mais ou menos apropriado à luz de suas disposições e compreensão de sua situação. Segundo essa perspectiva, toda situação social, instituição ou evento complexo resulta de uma configuração particular de indivíduos, suas disposições, situações, crenças e recursos e ambientes físicos, podendo haver explicações inacabadas ou parciais de fenômenos sociais de larga escala (por exemplo, a inflação ou crime nos moldes que está acontecendo no Brasil) em termos de outros fenômenos de larga escala (emprego ou desigualdade social respectivamente), mas somente teremos chegado a explicações fundamentais desses fenômenos de larga escala quando tivermos deduzido uma explicação deles a partir de enunciados, disposições, crenças, recursos e inter-relações entre indivíduos¹⁹.

2.2. Subjetivismo versus objetivismo na filosofia política

Um outro âmbito do debate entre subjetivistas e objetivistas acerca dos elementos causais da conduta humana tem sido construído dentro dos contornos da filosofia política. Da mesma forma como ocorrera nos debates que antecederam o choque de tradições contemporâneas, o conflito entre individualismo e coletivismo tem, utilizando as palavras de Arantes Vieira, como cerne, questões sobre a natureza humana, sobretudo no que se refere ao fato de se os seres humanos seriam independentes uns dos outros e possuidores de características únicas e separadas ou se seriam seres sociais, com identidade e comportamento moldados pelo grupo ao qual pertencem²⁰.

15 LALLEMENT, Michel. *História das Ideias Sociológicas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 145.

16 GUIDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins fontes, 2013. p. 251-52.

17 HAYEK, Frederic A. *Individualism and Economic Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1949. p. 6.

18 WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 5. Para Weber “Por ‘acción’ debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo. La ‘acción social’, por tanto, es una acción en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referida a la conducta de otros, orientándose por ésta su desarrollo”.

19 WATKINS, John Willian Nevill. Historical Explanation in the social sciences. *The British Journal for the Philosophy of Science*, Oxford, UK, v. 8, n. 30, Aug. 1957.

20 VIEIRA, Daniela Arantes. *Alasdair MacIntyre e a crítica da modernidade: uma contribuição para o debate liberais versus comuni-*

Enquanto os liberais, claramente subjetivistas, se sentem herdeiros dos sofistas, dos epicuristas, dos estoicos, de Locke, Hobbes, Stuart Mill e Kant, os comunitaristas, com uma forte orientação objetivista, têm suas raízes no aristotelismo, em Hegel e na tradição republicana da Renascença. Os primeiros partilham a ideia da liberdade de consciência, respeito pelos direitos do indivíduo e desconfiança frente à ameaça de um Estado paternalista; já os comunitaristas comungam da desconfiança pela moral abstrata, têm simpatia pela ética das virtudes e uma concepção política com muito espaço para a história das tradições. Inobstante haver entre as teorias atomistas-subjetivistas contemporâneas uma defesa uníssona do princípio dos direitos individuais, esta se desenvolve numa diversidade de abordagens que, frequentemente, dá origem a teses e conclusões contraditórias.

Do lado liberal, encontramos autores como John Rawls, Thomas Nagel, Bruce Ackerman e Charles Larmore, sem falar de liberalistas (liberais-individualistas ortodoxos) como Frederic Hayek e Roberto Nozick. Já no rol de autores que constituem o movimento comunitarista, ou a versão contemporânea da tradição objetivista, encontram-se teóricos que são críticos do liberalismo, mas que, por vezes definitivamente, se encontram teoricamente próximos dessa tradição — como Charles Taylor —; outros que oscilam entre a defesa de posições socialistas e republicanas, como Michael Sandel; e ainda outros que assumem posturas mais decididamente conservadoras, como Alasdair MacIntyre.

Entre as filosofias políticas neoliberais, há um cerne comum consistente numa representação e numa valorização do indivíduo que se deu por meio da elaboração de uma nova imagem sua: o eu autônomo. Elas são inseparáveis do indivíduo moderno, ao valorizá-lo em relação ao grupo social e por se oporem às visões coletivistas da política que tendem a priorizar o grupo social, e não o indivíduo. Nesse aspecto, para Rawls — o precursor liberal da fase contemporânea do debate entre atomistas e holistas.

Uma pessoa moral é um sujeito com fins que ela própria escolheu e sua preferência fundamental é por condições que lhe permitam estruturar um modo de vida que expresse sua natureza como ser livre e racional, igual, dentro do que lhe permite as circunstâncias. A unidade da pessoa é revelada pela coerência de seu plano, esta unidade se fundando no desejo superior de seguir os princípios da escolha racional, de modo coerente com seu sentimento de direito e de justiça. Naturalmente, uma pessoa não forma seus objetivos de uma só vez, trata-se de um processo gradual: mas, dentro do que permite a justiça, ela pode formular e seguir um plano de vida, e com isso moldar sua própria unidade²¹.

Essa concepção de Rawls é, na visão de Gargarella, uma das que compõem uma ampla visão liberal do eu, que, genericamente, considera que os indivíduos são livres de questionar sua participação nas práticas sociais existentes e de fazer eleições independentemente destas no caso de tais práticas não merecerem ser seguidas. Como resultado, os indivíduos já não se definem enquanto participantes de nenhuma relação econômica, religiosa, sexual ou recreativa em particular, já que são livres de questionar e rechaçar qualquer relação²².

Destarte, na perspectiva liberal, os indivíduos não são definidos pelas suas interdependências, mas, ao contrário, são livres de colocar em questão e de rejeitar qualquer forma de participação em grupos, instituições ou atividades particulares. São livres para questionar as suas convicções, mesmo as mais profundas. Todo fim é suscetível de uma possível revisão por parte do eu. Isso é o que habitualmente se denomina de uma concepção “kantiana” do eu, pois Kant foi um dos mais firmes defensores da ideia segundo a qual o eu é anterior aos papéis e relações socialmente dados e é livre somente se for capaz de ver em perspectiva esses componentes de sua situação social e de julgá-los atendendo aos ditados da razão²³.

Muitos liberais pensam que o valor da autodeterminação é tão óbvio que não requer nenhuma defesa. Argumentam que permitir que as pessoas se autodeterminem constitui o único modo de respeitá-las como

tários. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 39.

21 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: UnB, 1981. p. 407.

22 GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999. p. 127.

23 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1994, p. 40, 42, 45. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 4. ed. Lisboa: FUNDAÇÃO Calouste Gulbenkian, 1997. p. 26.

seres morais plenos. Negar a autodeterminação a alguém é tratá-lo como uma criança ou um animal, e não como um membro pleno de uma comunidade.

Partindo da constatação de que algumas pessoas são incapazes e cometem erros acerca de suas vidas e elegendem realizar coisas banais, degradantes e inclusive prejudiciais, grande parte dos liberais entende que o respeito à autodeterminação dessas pessoas pode implicar, na prática, abandoná-las a um destino pouco feliz. Assim, admitem os liberais em suas teorias que se deem atos de paternalismo, por exemplo, nas relações entre as pessoas capazes e seus filhos, ou com dementes, ou com qualquer um que tenha temporariamente a sua capacidade de compreensão da realidade diminuída. Insistem que cada adulto capaz deve estar provido de uma esfera de autodeterminação que respeite o mesmo âmbito dos demais. Um bom representante dessa tradição é Mill, para quem, quando as pessoas alcançaram a maturidade dos anos, adquirem o direito e a prerrogativa de interpretar por si mesmas o significado e o valor de suas experiências. Para aqueles que superam o umbral de uma certa idade e uma certa capacidade mental, o direito a autodeterminar-se nas principais decisões de sua vida é inviolável²⁴.

Se os próprios liberais admitem a possibilidade de que algumas pessoas possam vir a cometer erros e realizar coisas banais, degradantes e inclusive prejudiciais, não há qualquer dificuldade em imaginar que as teorias perfeccionistas se fundamentaram, em boa medida, no questionamento do alcance da autodeterminação. Ser um “adulto capaz”, no sentido de não ser alguém com capacidade mental reduzida, não garante que seja capaz de fazer algo valioso com sua própria vida, quanto menos em relação à comunidade. Se isso é assim como se põe, não deveriam os governos decidir qual é a melhor forma de vida para seus cidadãos? O perfeccionismo marxista, como bem lembra kimlicka, constitui um exemplo de tal política, uma vez que proíbe que as pessoas realizem aquilo que se considera má eleição, isto é, escolher desempenhar um trabalho alienante²⁵.

Os liberais, em sentido bastante diverso, consideram tais políticas uma limitação ilegítima da autodeterminação, não obstante o mais plausível que possa ser a Teoria do Bem a elas subjacentes. Tendo em conta que o argumento a favor do perfeccionismo depende do pressuposto de que as pessoas possam cometer erros quanto ao valor de suas atividades, uma possível linha de defesa é negar que as pessoas possam equivocarse em seus juízos acerca do que é valioso na vida. Os defensores da autodeterminação poderiam sustentar que os juízos de valor, diferentemente dos juízos sobre fatos, constituem simplesmente expressões de respeito do que subjetivamente agrada ou desagrade aos indivíduos. Nessa ótica, tais eleições, no fundo, são arbitrárias, não-suscetíveis de uma justificação ou crítica racional. Todas essas eleições são igualmente racionais e, portanto, o Estado carece de razões para nelas interferir. Muitos perfeccionistas aceitam que esse tipo de ceticismo acerca dos juízos de valor é o que tem de configurar a posição liberal, porque, se há a concessão da possibilidade de que as pessoas cometam erros, então, o governo, sem dúvida, deve alentar sobre as formas de vida corretas e desalentar ou proibir as equivocadas. Os liberais rechaçam esse ceticismo, pois nele não se apoia a autodeterminação, eis que se as pessoas não podem cometer erros sobre suas eleições, então, o governo tampouco pode cometê-los.

Os liberais defendem a importância da autodeterminação a partir da consideração de que essa implica decidir o que os indivíduos podem fazer com suas vidas e refletir acerca de todas as possibilidades ainda quando sabem o que vai ocorrer. É em defesa dessa concepção que se manifesta Rawls para dizer que assim como uma pessoa escolhe seu plano de vida à luz de toda informação, uma pluralidade de pessoas determina seus termos de cooperação de modo a que todas tenham representação igual enquanto seres morais. Seu interesse fundamental pela liberdade e pelos meios de usá-la de maneira justa decorre do fato de elas se verem, acima de tudo, como pessoas morais com idêntico direito a escolher seu modo de vida²⁶.

24 MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 59.

25 KIMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 221.

26 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: UnB, 1981. p. 408.

Elaborando uma teoria ainda mais radical da autodeterminação, Nozick, ao relacionar utopia e Estado mínimo, diz que “o Estado mínimo nos trata como indivíduos invioláveis, que não podem ser usados de certas maneiras por outros como meios, ferramentas, instrumentos ou recursos. Trata-nos como pessoas que têm direitos individuais, com a dignidade que isso pressupõe. Tratando-nos com respeito ao acatar nossos direitos, ele nos permite, individualmente ou em conjunto com aqueles que escolhermos, determinar nosso tipo de vida, atingir nossos fins e nossas concepções, na medida em que sejamos capazes disso, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos possuidores da mesma dignidade. Como ousaria qualquer Estado ou grupo de indivíduos fazer mais ou menos?”²⁷.

Para o comunitarismo objetivista, em sentido oposto, a identidade dos indivíduos como pessoas, ao menos em parte, encontra-se profundamente marcada pelo pertencimento a determinados grupos: os indivíduos nascem inseridos em certas comunidades e práticas sem as quais deixariam de ser quem são²⁸. Ditos vínculos aparecem assim como vínculos valiosos, enquanto essenciais na definição das identidades. Daí que, para os comunitaristas, a pergunta vital de cada pessoa não é a de “o que quero ser”, ou a de “o que quero fazer de minha vida” — perguntas que parecem próprias da tradição liberal —, defensora da plena autonomia dos indivíduos, mas a de “quem sou” ou “de onde provenho”. A identidade de cada um, segundo Charles Taylor, define-se em boa medida a partir do conhecimento de onde se acha alguém situado, quais são suas relações e seus compromissos: com quem e com que projetos se sente o indivíduo identificado²⁹. Frente aos que apresentam uma ideia vazia de liberdade, os comunitaristas defendem uma ideia de liberdade “situada”, capaz de levar em conta o formar parte o indivíduo de certas práticas compartilhadas.

Nesse sentido, uma das críticas comunitaristas mais destacadas à concepção liberal de pessoa é a realizada por Michael Sandel a Rawls. Sandel contesta o pressuposto rawlsiano, conforme o qual as pessoas escolhem seus fins, seus objetivos vitais. À ideia central de Rawls, de que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais e para que tal seja verdade as pessoas têm de ser independentes de interesses particulares, ou seja, devem ser sujeitos morais desvinculados das características advindas da experiência, capazes de construir uma moral sem autoconhecimento, Sandel acredita que, nas sociedades reais, não há como os indivíduos se libertarem de seus interesses, pois eles definem não somente as obrigações, mas também a própria identidade. O pressuposto da teoria liberal de Rawls conduz a uma visão descritivamente pobre do ser humano. A adoção desse pressuposto implica deixar de lado uma visão mais adequada da pessoa, aquela que reconhece a importância que tem, para cada um, o conhecimento dos valores próprios de sua comunidade — valores que as pessoas não elegem, mas descobrem, reconhecem olhando para trás até as práticas próprias dos grupos aos quais pertencem³⁰.

O liberalismo defende uma posição peculiar, profundamente identificada com o atomismo. O atomismo é um termo com o qual os comunitaristas tendem a descrever aquelas doutrinas contratualistas, surgidas no século XVIII, que adotam uma visão da sociedade como um agregado de indivíduos orientados por objetivos individuais³¹. O atomismo parte de um exame sobre os indivíduos e seus direitos, aos quais confere uma óbvia prioridade frente às questões sociais. Defender uma postura atomista, segundo os comunitaristas, implica ignorar que os indivíduos somente possam crescer e auto-realizar-se dentro de certos contextos particulares. Para os comunitaristas, resulta claro que os indivíduos não são autossuficientes, em razão do que requerem a ajuda e o contato dos demais. Ou que não são entes capazes de viver no vazio, já que necessitam de um certo tipo de ambiente social e cultural. A história da vida dos indivíduos inscreve-se dentro de uma narração maior que é a história das comunidades, pelo que não é possível levar adiante a existência das pessoas desconhecendo que elas fazem parte dessa narração³².

27 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p. 357-358.

28 WALZER, Michael. *Las Esferas de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 75.

29 TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1994. p. 655-656.

30 SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

31 TAYLOR, Charles. Atomism. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. v. 2. p. 210.

32 TAYLOR, Charles. Atomism. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. v. 2. p. 210.

Para Charles Taylor, o ponto de partida dos atomistas denota falta de visão, um engano de autossuficiência, que os impede de ver que o indivíduo livre, detentor de direitos, somente pode assumir esta identidade graças à sua relação com uma civilização liberal desenvolvida; que é um absurdo situar esse indivíduo no estado de natureza no qual nunca poderia alcançar a identidade e, portanto, nunca poderia criar por contrato uma sociedade que o respeite. O indivíduo livre, que se afirma como tal, já tem uma obrigação de completar, de restaurar ou de manter a sociedade dentro da qual é possível alcançar essa identidade³³. Assim, não há que se preocupar, exclusivamente, com as eleições individuais das pessoas, mas sim com o marco dentro do qual essas eleições são levadas a cabo.

Nesse sentido, Taylor contrapõe-se à tese atomista com uma perspectiva social. Frente ao atomismo que parece assumir que as pessoas são capazes de desenvolver suas potencialidades humanas isoladamente, a tese social de Taylor, como tese antiatomista, vem a afirmar o contrário: o ser humano somente pode desenvolver-se socialmente, dentro de uma perspectiva aristotélica. O homem não é autossuficiente individualmente, fora da comunidade, já que, sem a existência de determinado contexto social, ele não pode afirmar sua autonomia moral, não pode firmar as convicções morais nas quais põe sua atenção o liberalismo.

MacIntyre, por sua vez, ridiculariza o “agente moral autônomo” defendido pela tradição de pensamento individualista. O ponto de partida de MacIntyre aparece focado no caráter arbitrário do debate moral contemporâneo. Esse debate surge diferenciado pelo seu caráter “emotivista”, e, assim, pela sua invocação de razões pessoais (“isso deve ser feito porque eu assim considero”) e não impessoais (“faça isso porque é teu dever”) nas discussões sobre moral. O objetivo, nessas discussões, parece ser o de reverter por qualquer meio as emoções e preferências dos demais, de tal modo que elas cheguem a coincidir com as próprias. Essa situação (que o comunitarismo reconhece como) de declive cultural teria sua causa de origem e sua fonte de permanência na cultura mesma do Iluminismo: Essa cultura seria responsável pela presente arbitrariedade do debate moral, a partir do fracasso de suas principais figuras intelectuais na provisão de uma justificativa racional da moral³⁴.

Segundo MacIntyre, os filósofos do Iluminismo tenderam a coincidir no conteúdo da moral (a importância de manter as promessas; a centralidade do valor justiça), mas fracassaram finalmente em seus intentos fundacionais, por desconhecer ou simplesmente deixar de lado a ideia de finalidade própria da vida humana. A restauração de um papel importante para a moral requereria a readoção dessa ideia de finalidade, a qual implicaria, por sua vez, deixar de lado aquele ser emotivista e a filosofia abstrata na qual se fundamenta, para começar a pensar as pessoas como situadas em seu próprio contexto social e histórico³⁵.

Dar atenção à finalidade das pessoas e, por isso, à situação contextual na qual aparecem inseridas exigiria voltar a reconhecer o papel jogado pelas virtudes no desenvolvimento pleno da vida de cada uma delas. De acordo com MacIntyre, “o que constitui o bem para o homem é uma vida humana completa, vivida do melhor modo, e o exercício das virtudes é uma parte necessária e central da vida”³⁶. Tais virtudes, por outro lado, só poderiam desenvolver-se por meio da participação dos sujeitos em certas práticas próprias de sua comunidade.

Distanciadas do subjetivismo hegemônico na modernidade, há contemporaneamente, uma série de novas investigações e estudos, fundados teoricamente na tradição objetivista, mais especificamente no comunitarismo, os quais têm aportado grandes contribuições para discussões acadêmicas e consequentes projeções práticas em termos de planejamento e execução de novas alternativas de políticas públicas. Nesse aspecto, especificamente no campo das políticas públicas, é importante referir o trabalho de Schmidt acerca de condicionantes e diretrizes de políticas públicas a partir de uma perspectiva comunitarista³⁷.

33 TAYLOR, Charles. Atomism. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. v. 2. p. 209-210.

34 MACINTYRE, Alasdair. *Além da virtude*. Bauru, SP: EDUSC, 2001. p. 51.

35 MACINTYRE, Alasdair. *Além da virtude*. Bauru, SP: EDUSC, 2001. p. 115.

36 MACINTYRE, Alasdair. *Além da virtude*. Bauru, SP: EDUSC, 2001. p. 53.

37 SCHMIDT, João Pedro. *Condicionantes e Diretrizes de Políticas Públicas: um enfoque comunitarista da transformação social*.

Ainda que com métodos e objetivos distintos da sociologia, a filosofia política também alberga uma discussão da mais alta relevância em termos de fundamentação da ação humana ou da ação social, ao tratar por distintas tradições de pesquisa acerca do ser humano atomizado, livre, autodeterminado e, portanto, senhor de suas ações e com total responsabilidade sobre elas, e, em sentido distinto, do ser humano pertencente a comunidades, a grupamentos sociais que lhe influenciam permanentemente, determinando o sentido de suas ações e, conseqüentemente, suavizando a sua responsabilidade.

Muito distante de qualquer pretensão de esgotamento do debate histórico entre subjetivistas e objetivistas, os exemplos tomados da sociologia e da filosofia política são importantes na medida em que demonstram a relevância das contradições estabelecidas por essas tradições nas discussões acerca dos fundamentos do agir e do fazer humano. Essas reflexões construídas no âmbito das ciências sociais e da filosofia política transferem-se para o plano regional do direito penal, uma vez que tanto no plano da filosofia do direito penal, quanto no da sociologia criminal as investigações que compõem a Teoria da Ação são pilares fundamentais para compreensão e para a estruturação dos sistemas normativos, no plano normativo-abstrato, e das práticas penais, no plano prático.

2.3. Subjetivismo versus objetivismo no direito penal: a hegemonia subjetivista na Teoria do Crime e da Pena

Essas razões subjetivistas e objetivistas não ficam restritas à seara especulativa das ciências sociais e da filosofia política, mas estão constantemente interpellando políticos e juristas em suas práticas diárias, e, a partir desses assaltos, engendram-se racionalidades práticas que direcionam as ações político-jurídicas num ou noutro sentido.

Inobstante essa recepção, tanto normativa quanto teórica, do debate entre subjetivistas/individualistas e objetivistas/coletivistas na regionalidade do Direito Constitucional, com algumas repercussões institucionais em termos de práticas jurídicas e judiciais, no campo do direito penal, desde os primórdios do penalismo moderno, tomando como marco a obra “Dos Delitos e das Penas” de Cesare de Beccaria, o subjetivismo guarda uma posição hegemônica, tanto nos planos teórico e normativo, quanto no das práticas penais.

Ainda que célebres tratadistas — aqui é tomada a classificação proposta por Jimenez de Asua³⁸ — atribuam o subjetivismo penal à Teoria de Felipe Gramatica, esse caráter perpassa muito antes — já no século XVIII — a maior parte das reflexões sobre o fenômeno criminal construídas na modernidade. As principais escolas penais, apesar de encerrarem conteúdos bastante heterogêneos, por se desenvolverem em distintos países, com representantes que não se conheciam uns aos outros e, em consequência, com anárquica autonomia e típicos matizes nacionais em suas construções, fazem observações muito próximas quando se trata de investigar as causas da criminogênese e formularem proposições em termos de práticas penais. Provavelmente, as maiores distinções teóricas entre elas estejam no plano da justificação do direito de punir.

Começemos pela Escola Clássica. De índole amplamente filosófica, com um sentido liberal e humanitário e utilizando o método racionalista, os seus principais expoentes, como Carrara, na Itália, ou Birkmeyer, na Alemanha, construíram uma concepção de imputabilidade baseada fundamentalmente sobre o livre arbítrio e sobre a culpabilidade moral. Dizia Carrara em seu Programa do Curso de Direito Criminal: “*Yo no me ocupo en cuestiones filosóficas, presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquélla*”³⁹. E mais adiante reitera que “*La ley dirige al hombre en tanto que es un ser moralmente libre: en consecuencia nadie es responsable de un acontecimiento del cual ha sido causa puramente física, sin ser en manera alguna su causa moral*”⁴⁰. Esses pré-conceitos deságuam em sua definição

Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 6, n. 3, p. 52-72, 2016.

38 ASUA, Luis Jimenez. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. v. 2.

39 CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. San José, CR: Editorial Jurídica Continental, 2000. p. 25.

40 CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. San José, CR: Editorial Jurídica Continental, 2000. p. 31.

de delito, onde emerge com força total o subjetivismo como elemento basilar de sua construção teórica: *El delito como acto, tiene su origen en las pasiones que impulsan el hombre a violar los derechos de sus semejantes a pesar de la prohibición de la ley*⁴¹. A mesma ideia exibe um intransigente clássico alemão, Birkmeyer: *No es posible dar una justificación al Derecho Penal cuando se suprime la libertad del querer*⁴².

Ainda dentro do classicismo, as teorias de retribuição moral, que têm em Kant seu principal expoente, guardam um forte subjetivismo ao considerarem que o direito penal é o direito que tem o representante do poder sobre o indivíduo sujeito a ele a fim de punir-lhe por um delito, mediante a infligência de uma dor. A pena é, nesse sentido, um imperativo categórico da razão prática. Kant foi quem levou mais longe as consequências da ideia contratualista em relação aos castigos. Suas ideias sobre castigo, expostas em sua *Crítica da Razão Prática*, refletem com maior clareza do que nenhuma outra uma determinada compreensão ética sobre o indivíduo e sobre suas ações, além de concluir a fenomenal tarefa de separar moral e direito, teorizado como condição e instrumento da coexistência, sob liberdade externa, entre indivíduos.

Para Kant, o castigo se justifica devido ao fato de que um indivíduo “merece” ser castigado, e merece sê-lo se é culpado de ter causado um delito. Nessa simples expressão, fica patente a intenção de abandonar a justificativa empírica ou que vá mais além do “imperativo categórico” da própria responsabilidade individual guiada pelo livre arbítrio⁴³. O que Kant pretendeu com isso foi fixar, mediante a razão, as condições universais para a vida coletiva baseada na liberdade individual.

Ao chegar à ideia de pena, Kant estabeleceu os critérios de moralidade da conduta humana, que deverá ser autodeterminada, respondendo todo ato humano à consciência individual e ao imperativo da mesma — o dever. Tudo isto vem em perfeita consonância com a natureza de homem que Kant defendia, a natureza retributiva da pena, do mesmo modo que sua resistência a utilizar um homem de modo que não seja um fim em si mesmo. Em resumo, há em Kant, no que toca às suas reflexões sobre crime e castigo, uma convicção subjetivista na ideia de livre arbítrio, própria de todo o pensamento iluminista.

Em geral, tanto teorias retribucionistas quanto preventivistas guardam um forte elemento subjetivo no que tange à compreensão da criminogênese, pois, com raríssimas ou nenhuma exceção, consideram o delito como resultado de um ato de vontade individual. Suas diferenças residem, como já mencionado anteriormente, nos fundamentos do direito de punir.

Mas o subjetivismo penal não para por aí. Há muitas outras vertentes. Assim, por exemplo, o subjetivismo dos positivistas, que, a partir de Lombroso, refere-se ao estudo do delincente desde o ponto de vista antropológico, psicológico e sociológico, ainda que não tenha chegado a uma concepção subjetiva da responsabilidade. Cesare Lombroso, a partir de seu livro *O Homem Delincente*, de 1876, utilizando o método científico, pretendeu encarar o problema da delinquência desviando o objeto de estudo do delito para o delincente. As análises seriam as de seu saber específico, isto é, a anatomia, a fisiologia e a psiquiatria⁴⁴.

O subjetivismo positivista de Lombroso, ainda que se afaste das teses morais ou metafísicas, centrais para a Escola Clássica, para as quais o livre-arbítrio e a responsabilidade moral eram artigos de fé, mantém um monocausalismo criminogênico ao centrar-se no estudo clínico do homem delincente, que numa perspectiva naturalista-determinista já nasce assim, e cujos comportamentos devem ser evitados.

Uma importante reação ao positivismo veio com a Teoria de Felipe Gramatica, com a qual ele pretendeu demonstrar os seus defeitos, propugnando uma construção teórica e sistemática, na qual a culpabilidade e a medida da pena se governam pela intenção do agente e pela antijuridicidade do indivíduo. Segundo Gramatica, a tendência jurídica de nosso tempo se dirige a uma concepção objetiva da personalidade penal, conforme a qual

41 CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. San José, CR: Editorial Jurídica Continental, 2000. p. 40-41.

42 VORMBAUM, Thomas; BOHLANDER, Michael. *A Modern History of Germany Criminal Law*. Berlin: Springer-Verlag, 2014. p. 109.

43 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 45.

44 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 305.

se atende mais às consequências materiais do ato, a lesão jurídica e a ofensa real ocasionada à sociedade, que à consciência e à intenção do sujeito ativo⁴⁵. O subjetivismo penal de Gramatica não toma em conta a consequência do ato nem a materialidade da lesão, senão que tão somente aprecia a consciência e a intenção do agente.

Desse princípio extrai seu autor deduções que já na época não eram novas, pois em parte já haviam sido expostas por alguns expoentes da Escola Clássica. O delito é, tradicionalmente, um ato do homem, previsto como tal pelas leis punitivas. Gramatica pretende subjetivá-lo, fazendo-o consistir na ação e prescindindo do resultado, consequência do delito, o que equivale a subordinar o delito à noção da culpabilidade do mesmo sujeito que o comete. A culpabilidade no sistema de Gramatica consiste na intencionalidade voluntária e consciente do que incide no ilícito; incidir, subjetivamente, no ilícito quer dizer que o indivíduo, ao executar o ato previsto pela lei como delito, tinha conformada sua intenção, tinha consciência de quais eram os fatores que a lei previa como ilícito, e, por conseguinte, como delituoso o ato respectivo. De sua construção teórica ficavam excluídas a responsabilidade objetiva e sem culpa e a responsabilidade das pessoas jurídicas⁴⁶.

O paroxismo subjetivista nas teorias e escolas penais veio com o finalismo de Welzel, que influenciou, diretamente, a maioria esmagadora das legislações penais ocidentais, dentre elas a brasileira. Nessa perspectiva, uma análise da estrutura da conduta impõe reconhecer que a vontade implica uma finalidade, porque não se concebe que haja vontade de nada; a vontade sempre é vontade de algo, isto é, a vontade sempre tem um conteúdo, que é uma finalidade. Embora não seja possível afirmar que a posição finalista se identifica com uma determinada corrente filosófica, a sua origem é aristotélica. Aristóteles não concebia qualquer conduta voluntária que não fosse final. Para ele eram voluntários finais os atos que nós chamamos de não culpáveis, com o que distinguia nitidamente a vontade da culpabilidade, sem separar a finalidade da vontade⁴⁷. De Aristóteles o finalismo chegou a São Tomás de Aquino, para quem a ideia central de seu sistema não era a causalidade, mas a finalidade. Posteriormente, Duns Escoto também retoma a ideia e desenvolve sua teoria da imputação, onde uma relação do “domínio do fato” pressupõe a finalidade⁴⁸. Na modernidade, em momento imediatamente anterior à construção teórica welzeniana, o finalismo, de um modo geral, aparece na sociologia de Max Weber, quando, ao classificar uma de suas categorias centrais — a ação social — menciona a ação ajustada a fins, que é a ação determinada por expectativas no comportamento tanto de objetos do mundo exterior como de outros homens, e utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para a obtenção de fins próprios racionalmente sopesados e perseguidos⁴⁹.

Nessa linha de tradição finalista, Welzel elabora sua Teoria Finalista da Ação, em superação à Teoria Causalista. Na perspectiva finalista welzeniana, a ação humana é exercício de uma atividade final, não de uma mera atividade causal. A finalidade é presente, portanto, em toda conduta humana. Ela pode ser inferida do fato de poder o homem, por força de seu saber causal, prever dentro de certos limites as consequências possíveis de sua conduta. Assim, pode orientar seus distintos atos à consecução do fim desejado.

A finalidade, assim, funda-se na capacidade de a vontade prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e dirigi-lo conforme a consecução desse dito fim. “A espinha dorsal da ação final é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal”⁵⁰, sem ela a ação seria rebaixada a um acontecimento causal cego⁵¹. Em resumo: pode-se diferenciar a ação causal da final porque a final é um agir orientado conscientemente a um fim, enquanto o causal não é um agir orientado a um fim, sendo resultante da constelação de causas existentes em cada momento. Dito de forma gráfica, a finalidade é vidente e a causalidade é cega⁵².

45 GRAMATICA, Filippo. *Dal soggettivismo penale alla difesa sociale*. Milão: Giuffrè, 1996. p. 38.

46 GRAMATICA, Filippo. *Dal soggettivismo penale alla difesa sociale*. Milão: Giuffrè, 1996. p. 42, 65, 78, 96.

47 ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. 3. ed. Brasília: UnB, 2001. p. 49.

48 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 1990. v. 1. p. 608-610.

49 WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 20.

50 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 25-26.

51 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997, p. 40.

52 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 25.

Para Welzel, a direção final da ação assenta-se em duas fases. A primeira fase ocorre na esfera do pensamento e abarca três elementos: o primeiro é o fim que o agente almeja; o segundo são os meios que o mesmo deve adotar para a consecução dos fins e o terceiro são as consequências secundárias coligidas ao emprego dos próprios meios⁵³.

A segunda fase ocorre no mundo real, é a realização concreta da ação que se opera. É um processo causal dominado pela determinação do fim, dos meios e dos efeitos concomitantes na esfera do pensamento. “Se não se alcança esse domínio final no mundo real — por exemplo, o resultado não se produz por qualquer causa — a ação final correspondente fica somente tentada”⁵⁴.

As reações ao subjetivismo penal sempre foram túbias. As entradas do objetivismo na teoria penal e nos processos de positividade normativa, com consequências em termos de práticas penais, não passaram de espasmos restritos às consequências materiais do ato, à lesão jurídica e à ofensa real causada à sociedade, bem como em relação a questões ligadas à tipicidade, fixando a ideia de tipo objetivo, originariamente ligado às construções naturalistas causalistas (tipo objetivo = ação + nexos causal + resultado) que, posteriormente, foram emendadas pelo finalismo com o acréscimo da finalidade (finalismo: tipo = tipo objetivo + tipo subjetivo, onde tipo objetivo = ação + causalidade + resultado e tipo subjetivo = dolo + elementos subjetivos especiais) Contemporaneamente, a partir de aportes do funcionalismo, Roxin introduziu uma nova noção, que diverge significativamente do finalismo, pela modificação do tipo objetivo, ao dizer que não basta estarem presentes os elementos ação, causalidade e resultado para que se possa considerar determinado fato objetivamente típico. É necessário, ademais, um conjunto de requisitos. Esse conjunto de requisitos que fazem de uma determinada causação uma causação típica, violadora da norma, se chama imputação objetiva⁵⁵.

Que requisitos são esses para Roxin? Fundamentalmente dois. O primeiro é a criação de um risco juridicamente desaprovado. Ações que não criam riscos, isto é, ações não perigosas, jamais são típicas, ainda que venham eventualmente a causar lesões (ex. mandar o tio à floresta desejando que ele seja atingido por um raio não é uma ação perigosa, mesmo que ele venha a ser atingido e venha a morrer em razão desse evento). Além disso, em segundo lugar, ações que, apesar de perigosas, respeitam as exigências de cuidado, são permitidas, mesmo que no caso concreto ocasionem o resultado descrito no tipo (ex. intervenções cirúrgicas que venham a ser realizadas adequadamente aos procedimentos médicos)⁵⁶.

Longe de querer aprofundar detalhadamente a projeção do debate histórico entre subjetivistas e objetivistas nos diversos ramos do direito e das manifestações das potestades estatais que lhes são respectivas, o que é preciso aqui destacar, para os fins propostos no trabalho, é a esmagadora hegemonia do subjetivismo no âmbito das positificações normativas e das práticas institucionalizadas no campo jurídico penal. Seja na teoria desenvolvida pelos distintos setores da doutrina, seja nos elementos normativos positivados relativos ao crime e às penas, há a preponderância de uma concepção de que o crime é resultado de uma manifestação da vontade individual de seres humanos livres e com autodeterminação, conforme a concepção subjetivista-liberal, e de que as medidas cabíveis para sua prevenção devem, prioritariamente, senão totalmente, serem voltadas aos indivíduos atomizadamente, tal como ocorre há mais de dois séculos, com a imposição de penas privativas de liberdade, e contemporaneamente com as outras espécies de penas, todas elas com foco no indivíduo — em sua maioria verdadeiras formas do controle biopolítico dos corpos individualizados dos condenados, tal como há muito já alertava Foucault⁵⁷.

53 BRANDÃO, Cláudio. As Teorias da Conduta o Direito Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 148, p. 89-95, out./dez. 2000.

54 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 26.

55 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 7.

56 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 8.

57 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 125.

3. A HEGEMONIA SUBJETIVISTA NO SISTEMA NORMATIVO PENAL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DAS PRÁTICAS PENAIS

Em termos normativos, o grande corolário da hegemonia subjetivista no campo penal foi a adoção, em praticamente todos os sistemas jurídico-penais do ocidente, de um modelo de direito penal que gira em torno da vontade e da finalidade do agente. As fórmulas normativas que estruturam a positivação desse modelo de direito penal representam a institucionalização de uma concepção subjetivista da criminogênese. Em outras palavras, a partir de uma concepção monocausalista do crime como uma resultante da vontade individual do agente, estruturou-se um conjunto de “soluções” normativas voltadas ao universo particular do autor do ato delituoso, o que, em termos de práticas penais significa a aplicação de penas privativas de liberdade como principal instituto penal da modernidade. No sistema normativo brasileiro, as evidências da adoção exclusiva de um direito penal da vontade aparecem já na Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84, cujo item 12 diz o seguinte:

Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e consequentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pôs-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar do ato ou abster-se de fazê-lo.

Mais adiante, o item 16 reforça essa concepção, ao mencionar que

Retoma o Projeto, no art. 19, o princípio da culpabilidade, nos denominados crimes qualificados pelo resultado, que o Código vigente submeteu a injustificada responsabilidade objetiva. A regra se estende a todas as causas de aumento situadas no desdobramento causal da ação.

Por fim, no item 18, há uma referência definitiva acerca da predominância subjetivista em nosso Código Penal:

O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto. Aboliu-se a medida de segurança para o imputável. Diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas. Admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência de ilicitude. Eliminaram-se os resíduos da responsabilidade objetiva, principalmente os denominados crimes qualificados pelo resultado.

Essa tendência espiritualista-subjetivista fundada no livre arbítrio, consagrada na Parte Geral do Código Penal brasileiro em vigência desde 1984, já era denunciada por Nina Rodrigues, em 1894, ainda que com fins críticos pouco louváveis, uma vez que a orientação teórica desse médico maranhense o aproximava das teorias eugênicas de Galton e do darwinismo social de Spencer⁵⁸. Nas palavras do próprio autor,

A legislação penal brasileira, seja no código da república, seja no antigo código do império, tomou por base o pressuposto espiritualista do livre arbítrio para critério da responsabilidade penal. Nisso, não fez mais do que trilhar a doutrina penal corrente em todos os povos civilizados à europeia, reproduzida ainda recentemente no tão debatido código penal italiano.

Naturalmente esta doutrina é adotada em toda sua plenitude e aceita com todas as suas consequências pelos partidários da metafísica espiritualista⁵⁹.

Essa macro concepção subjetivista permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico-penal atual, pois todo ele está construído sobre a responsabilidade fundamental do agente (art. 13 e 29 do Código Penal); para a punibilidade deste é sempre exigida a culpa (art. 26 a 28); e a medida da culpabilidade é erigida, sempre

58 RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011.

59 RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011. p. 13.

também, em critério primário da medida da pena (art. 29 e 59). O que é preciso destacar é que o centro ético de imputação continua aqui a ser a vontade livre do agente, ainda que hajam exigências que pelo dever social são postas a um direito penal da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade correspondente à melhor tradição cultural e jurídica espiritualista-subjetivista fundada na filosofia da consciência, tem como fundamento genético uma concepção primariamente retributiva ou expiatória da pena em relação ao agente atomizado, exatamente em função de conceber-se a criminogênese desde uma perspectiva metodológica individualista, baseada na vontade individual.

Essa hegemonia subjetivista-individualista em nosso ordenamento jurídico penal e nas práticas coercitivas que lhe são correspondentes carrega consigo um paradoxo relativo à nossa própria concepção de violência. Como bem alerta Žižek, os sinais mais evidentes de violência que nos vêm à mente são atos de crime e terror, confrontos civis, conflitos internacionais. Mas, segundo ele, devemos aprender a dar um passo para trás, a desembaraçar-nos do engodo fascinante dessa violência “subjetiva” diretamente visível, exercida por um agente claramente identificável. Precisamos ser capazes de perceber os contornos dos cenários que engendram essas explosões. O passo para trás nos permite identificar uma violência que subjaz aos nossos próprios esforços que visam a combater a violência e promover a tolerância⁶⁰.

A violência subjetiva na visão de Žižek é somente a parte mais visível de um triunvirato que inclui também dois tipos objetivos de violência. Em primeiro lugar, há uma violência “simbólica” encarnada na linguagem e em suas formas, naquilo que Heidegger chamaria a “nossa casa do ser”. Essa violência não está em ação apenas nos casos evidentes — e largamente estudados — de provocação e de relações de dominação social que nossas formas de discurso habituais reproduzem: há uma forma ainda mais fundamental de violência que pertence à linguagem enquanto tal, à imposição de um certo universo de sentido, como ocorre, por exemplo, no campo da dogmática penal, quando o subjetivismo-individualista ocupa os posicionamentos centrais tanto em questões teóricas quanto práticas. Em segundo lugar, há aquilo a que se pode chamar violência “sistêmica”, que consiste nas consequências muitas vezes catastróficas do funcionamento regular de nossos sistemas econômico e político⁶¹.

A questão fulcral que se coloca é que a possibilidade de percebermos esses distintos tipos de violência e o modo como as percebemos têm sérias implicações nas institucionalizações e práticas políticas que elaboramos para enfrentá-las. A violências subjetiva e objetiva não podem ser percebidas do mesmo ponto de vista: a violência subjetiva é experimentada enquanto tal contra o pano de fundo de um grau zero de não violência. É percebida como uma perturbação do estado de coisas “normal” e pacífico. Contudo, a violência objetiva é precisamente aquela inerente a esse estado “normal” de coisas. A violência objetiva é uma violência invisível, uma vez que é precisamente ela que sustenta a normalidade do nível zero contra a qual percebemos algo como subjetivamente violento. Assim, a violência sistêmica é de certo modo algo como a célebre “matéria escura” da física, a contrapartida de uma violência subjetiva (demasiado) visível. Pode ser invisível, mas é preciso levá-la em consideração se quisermos elucidar o que parecerá de outra forma explosões “irracionais” de violência subjetiva. Em matéria de compreensão do fenômeno criminal, o que temos percebido e considerado como relevante no plano teórico e no plano pragmático de nossas institucionalizações penais é pura e simplesmente a violência subjetiva, materializada pelos indivíduos atomizados, ao mesmo tempo que desconsideramos, completamente, todas as manifestações de violência objetiva, sistêmica, que determina silenciosamente a ação dos indivíduos sem que estes tenham, em muitos casos, qualquer monitoração reflexiva sobre elas. Ao percebermos somente a violência subjetiva, dos indivíduos, somente a ela atribuímos a potencialidade de rupturas de nossos padrões éticos, enquanto à violência objetiva imputamos um caráter de normalidade ética. Isto vai ao encontro do que diz Benjamin, quando analisa a distinção entre a violência dos indivíduos e a violência do Estado:

60 ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 17.

61 ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 17.

“o direito considera a violência nas mãos dos indivíduos um perigo capaz de solapar a ordenação de direito. [...] a violência, quando não se encontra nas mãos do direito estabelecido, qualquer que seja este, o ameaça perigosamente, não em razão dos fins que ela quer alcançar, mas por sua mera existência fora do direito. [...]”⁶².

A hiperacentuação equivocada numa compreensão subjetivista-individualista da violência tem levado a uma cadeia de equívocos no processo de monitoração reflexiva e racionalização de nossas práticas penais, cujos resultados em termos de políticas públicas criminais têm sido desastrosos. Tendo em conta toda a complexidade do acontecimento da violência e do crime e das reações institucionais a esses fenômenos, no caso brasileiro, que hoje guarda uma posição única no cenário mundial, comparável, pelo menos em termos numéricos a muito poucos países no mundo, um dos poucos aspectos que emerge de forma bastante clara num emaranhado de explicações e ações, é o fato de que a monitoração reflexiva dessa totalidade fenomênica, pelo conjunto de pessoas e grupos envolvidos na construção de soluções institucionais, tem sido consideravelmente deficiente, pois as consequências das práticas penais hoje adotadas no Brasil têm sido decepcionantes, para não dizer trágicas ou desesperadoras.

Um forte indício dessa fragilidade na monitoração reflexiva e na racionalização do fenômeno criminal e das práticas penais no Brasil é o fato de que, em um estágio já bem avançado, estamos replicando, em pontos importantes do funcionamento do nosso sistema penal, e mais especificamente em relação aos seus fins, o modelo punitivo norte-americano de alta intensidade, no qual a tônica discursiva é a substituição da sua materialidade ético-política por uma substancialidade essencialmente administrativa, ou seja, o centro da discussão e do interesse acerca da questão penal ou penitenciária está bem menos radicado no campo ético do que no plano administrativo da gestão pública, para o atingimento de suas finalidades de segregação/exclusão de parcelas bem definidas da população, sendo o encarceramento massivo o principal instrumento para esse fim.

Ainda que os modelos norte-americano e brasileiro não utilizem as mesmas alternativas institucionais repressoras, eles compartilham esse objetivo comum segregatório bem direcionado, e algumas opções político-criminais materializam essas proximidades, como a enorme energia dispendida pelo Estado brasileiro na luta contra as drogas, situação bastante semelhante à opção colombiana, fortemente apoiada e patrocinada por sucessivos governos norte-americanos.

No caso americano, temos o exemplo de um Estado de Direito quase irrepreensível, em que os processos penais oferecem uma multiplicidade de recursos, em que os poderes estão claramente separados e em que a independência dos juízes, pelo menos aparentemente, não levanta dúvidas, mas, apesar disso, em nenhuma parte do mundo democrático a máquina repressiva conheceu tal sobreaquecimento. O Brasil não está distante dessa realidade penal e penitenciária americana. O número de encarcerados e controlados pelo sistema prisional brasileiro traduzem material e concretamente nossa ideologia penal e nossas práticas penais. A esse crescimento exponencial de encarcerados em condições imundas e insalubres das penitenciárias nas quais estão sendo cumpridas as penas, é preciso agregar a quantidade de mortes que ocorrem cotidianamente em nossas prisões e o tratamento que temos dispensado aos nossos menores apreendidos. Com isso veremos que estamos mais próximos do que imaginamos da política repressivista ortodoxa dos norte-americanos, e em alguns critérios até os superamos em termos de irracionalidade do sistema penal, especialmente se considerarmos a precariedade e a crueldade de nosso sistema prisional. Aliás, as questões da precariedade e da crueldade do sistema têm servido, reiteradamente, como base temática não somente para discursos críticos de descriminalização, mas também para os de desencarceramento⁶³.

Dois exemplos contemporâneos ilustram bem a magnitude desse desconchavo. Nos Estados Unidos, considerado o mais amplo sistema democrático do mundo e o lugar por excelência das liberdades, no final

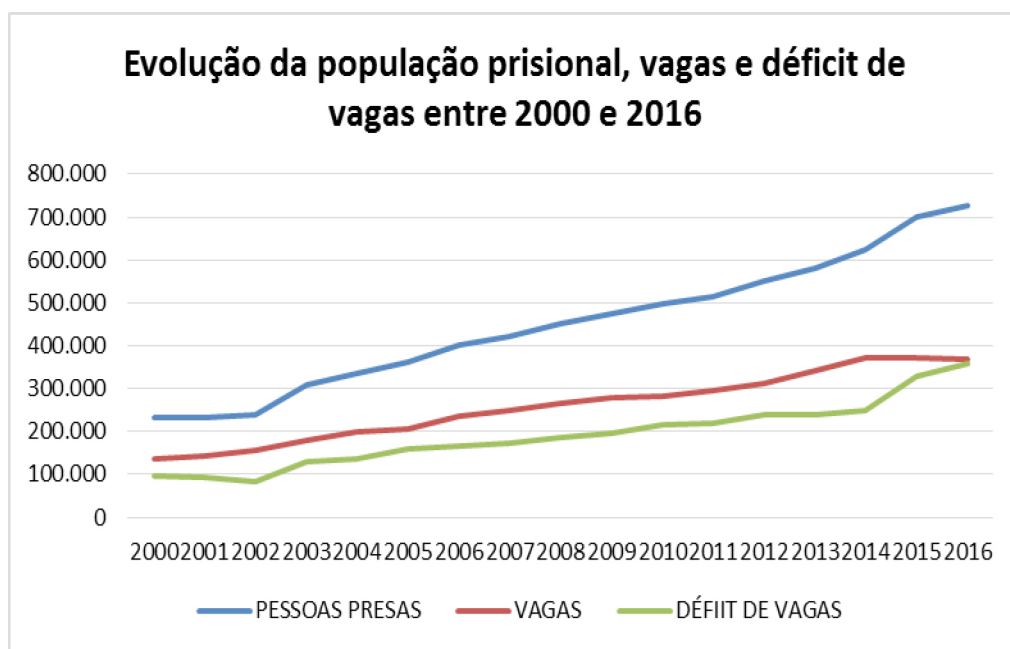
62 BENJAMIN, W. Para uma crítica da violência. In: GAGNEBIN, Jeanne Marie (Org.). *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, 2011. p. 126-127.

63 Ver a respeito ROCHA, Lilian Rose Lemos; CARDOZO, José Eduardo. Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para a proibição ou legalização das drogas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 714-730, 2017.

do ano de 2014 havia um número em torno de 2.145.100 encarcerados em seu sistema penal, algo aproximado a 25% da população carcerária mundial, perfazendo uma média de 693 presos por 100.000 habitantes⁶⁴; no Brasil, uma incipiente democracia num país em desenvolvimento, a população carcerária, crescendo em patamares alarmantes nos últimos 20 anos, chegou à casa de 726.712 presos em 2016, perfazendo uma média de 352,6 encarcerados por 100.00 habitantes. Ao número absoluto de prisioneiros é importante adicionarmos o percentual de crescimento da população carcerária brasileira, a qual chega a um aumento de 7,3% ao ano no período compreendido entre 1990 e 2016. Um dado alarmante é que 40% dessa massa de indivíduos encarcerados não possui condenação definitiva⁶⁵.

Em que pese, na atualidade, o número absoluto bem mais alto de encarcerados nos Estados Unidos comparado à população carcerária no Brasil, perfazendo uma proporção de quase 3,7 para 1, a relação entre a tendência de encarceramento nesses dois países é bem diferente nos dias atuais. Nossa inclinação continua seguindo uma curva em franco crescimento, enquanto nos Estados Unidos e outros países como Rússia e China, célebres por seus largos sistemas penais, verifica-se uma propensão à estabilização com, até mesmo, uma significativa redução no crescimento do número de encarcerados, tendência que começou a se delinear a partir do ano de 2005, havendo, logo após, desde o ano de 2008, um decréscimo do número absoluto de presos, com uma inversão no sentido da curva estatística da relação entre o número de prisioneiros por 100.000 habitantes, conforme pode ser observado nas figuras 2 e 3 abaixo.

Figura 1 - Evolução da população prisional, vagas e déficit de vagas entre 2000 e 2016 no Brasil⁶⁶



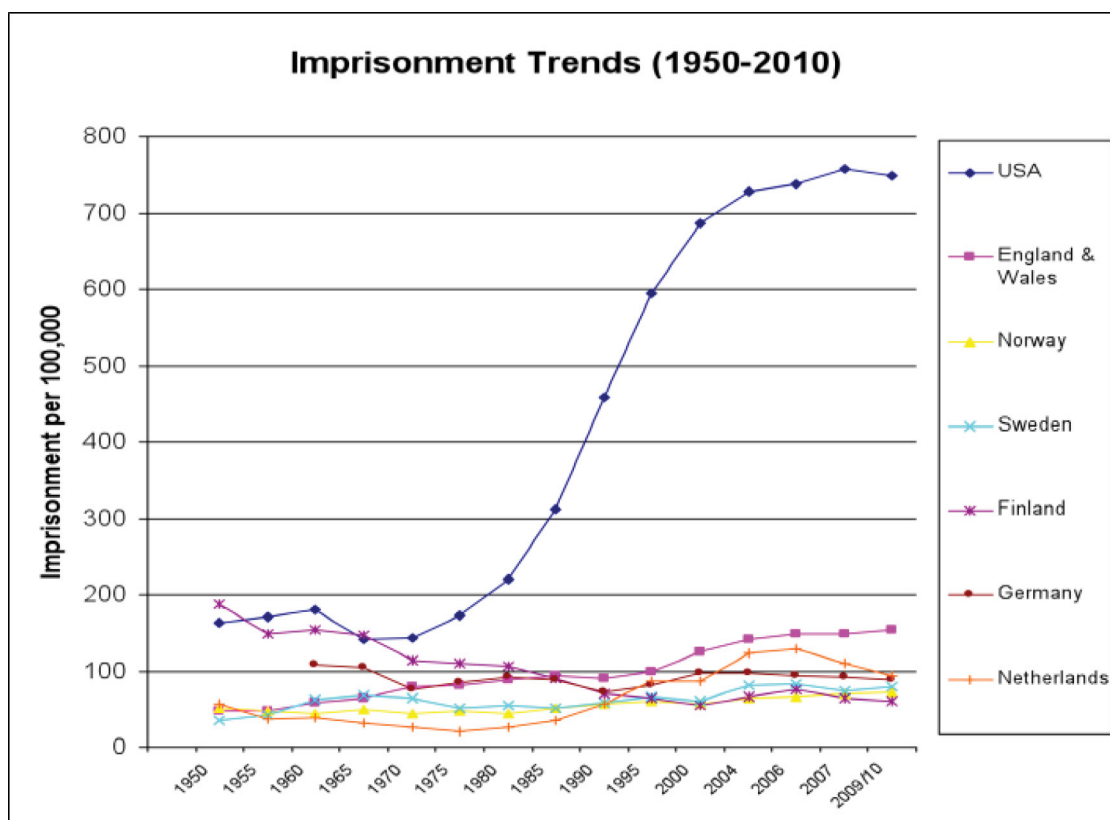
Fonte: Ministério da Justiça, 2016.

64 INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH. *World Prison Brief*. London: University of London, 2014. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

65 BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

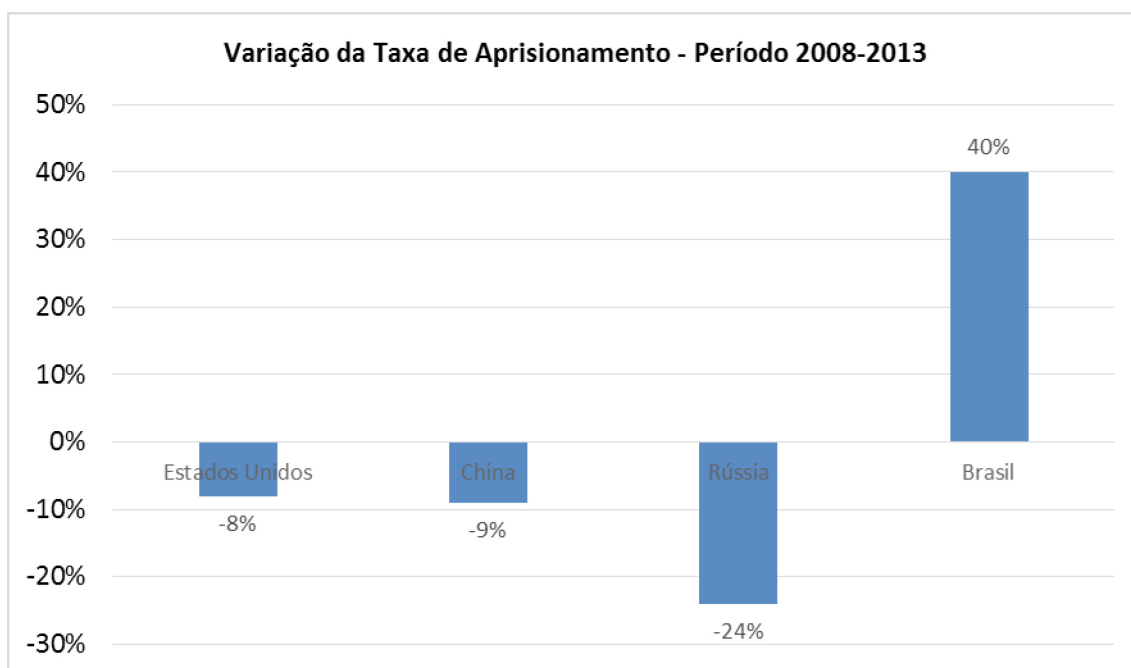
66 BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

Figura 2 - Tendências de aprisionamento na Europa e Estados Unidos no período 1950–2010⁶⁷



Fonte: Institute For Criminal Police Research

Figura 3 - Quadro comparativo da variação da taxa de aprisionamento⁶⁸

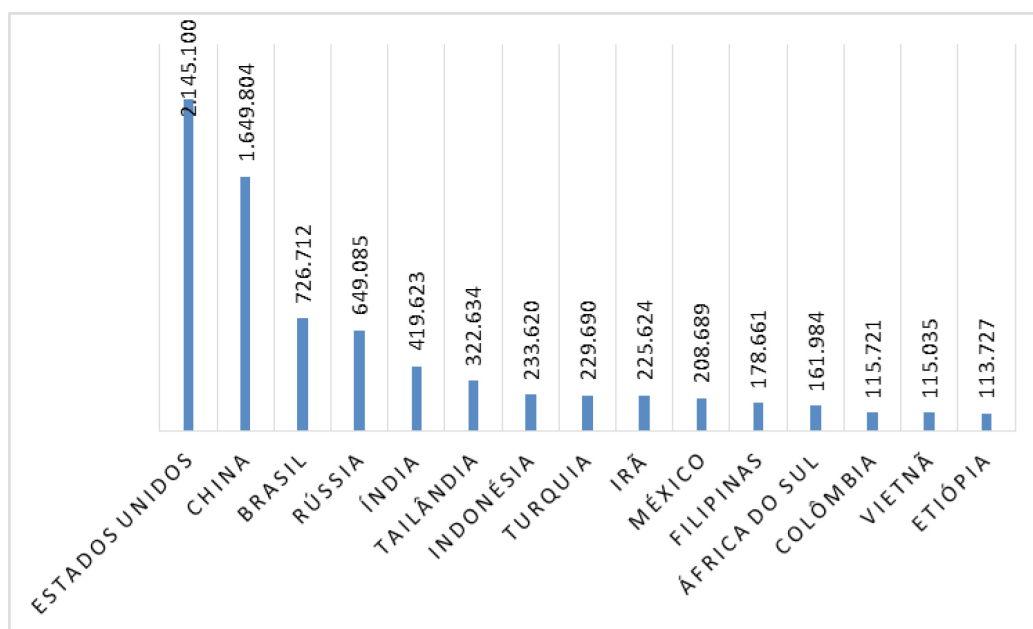


Fonte: Ministério da Justiça, 2016

67 INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH. *World Prison Brief*. London: University of London, 2014. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

68 BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

Figura 4 - As 15 maiores populações carcerárias do mundo⁶⁹



Fonte: Institute For Criminal Police Research

Os dados estatísticos acima evidenciam, dentro de uma perspectiva dualista entre objetivismo e subjetivismo, uma supremacia espiritualista-subjetivista no campo do direito penal e de suas respectivas práticas de enfrentamento da criminalidade. Essa hiperacentuação, numa subjetividade empírica na compreensão do fenômeno criminogênico, levou o direito penal, não raras vezes, à fronteira das medidas terapêuticas individualizadas. As penas privativas de liberdade, instituição caracterizadora de nossos sistemas penais modernos, ainda que não consideradas como terapêuticas, são, efetivamente, medidas penais individualizadas, que pouco efeito têm não somente em relação ao próprio indivíduo que as sofre — veja-se os números de reincidentes em nosso país —, mas também em termos gerais, pois, no plano da nossa totalidade social, o fenômeno criminal, como apontam as figuras retro, tem crescido paralelamente às taxas de encarceramento.

O conforto dos pontos de vista estabelecidos, tanto nos lugares teóricos quanto nas esferas de decisão e aplicação das práticas penais, cumpre facilmente a função de um véu para a desídia intelectual diante da inutilidade de um sistema de práticas que tem se revelado absolutamente ineficaz em qualquer aspecto que seja monitorado reflexivamente. Vivemos um processo de rotinização penal estendido temporal e espacialmente há mais de dois séculos no ocidente, por meio do qual um senso de confiança ou segurança ontológica é sustentado simbolicamente, ainda que de modo cada vez mais precário nos últimos tempos, nas atividades cotidianas da vida social. A natureza repetitiva das práticas penais empreendidas de maneira idêntica dia após dia é a base material de uma recriação constante das propriedades estruturadas dessa atividade social a partir dos próprios recursos.

Diante de tudo isso, a pergunta que se coloca é como alterar, significativamente, as propriedades estruturais de nosso sistema penal e, portanto, suas práticas repressivas absolutamente ineficazes baseadas na pena privativa de liberdade, na medida em que as formas de conduta social que o constituem estão cronicamente reproduzidas através do tempo e do espaço, mascarando sob um suposto estado normal de coisas um alto grau de violência institucionalizada?

69 INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH. *World Prison Brief*. London: University of London, 2014. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

4. NOVAS PRÁTICAS DE ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE: UMA QUESTÃO ONTOLÓGICA E NÃO EPÍSTEMO-METODOLÓGICA

A maioria das controvérsias estimuladas pelas incessantes tentativas teóricas de superação da dogmática positivista no campo das ciências penais têm sido de caráter fortemente epistemológico e metodológico. Em outras palavras, interessam-se de forma predominante por questões de relativismo, problemas de verificação e falsificação, de validade das proposições científicas etc. Por mais significativas que elas possam ser, a concentração nas questões epistemológicas e metodológicas desvia a atenção dos interesses mais “ontológicos” das ciências criminais num sentido amplo, e é fundamentalmente nestes que teorias que pretendam mudar um paradigma de práticas penais totalmente ineficaz, como o da modernidade que ainda está em vigência, devem se concentrar. Em vez de se preocuparem com disputas epistemológicas e com a questão de saber se qualquer coisa como “epistemologia”, ou mais especificamente “epistemologia penal”, em sua acepção consagrada pelo tempo, pode ou não ser formulada ou defendida, é preciso que aqueles que trabalham no campo das ciências criminais se empenhem, em primeiro lugar e acima de tudo, na reelaboração de concepções de ser humano e de fazer humano, reprodução social e transformação social.

Em primeiro lugar, em termos de uma ontologia fundamental, é de importância máxima partirmos de uma analítica que aborde o modo de ser dos seres humanos, suas possibilidades de ser diante do fenômeno criminal, para, somente então, podermos descobrir como compreendemos esse “objeto” no mundo, ou seja, como elaboramos a ciência ou ciências criminais. Compreender-nos para podermos compreender como compreendemos o fenômeno criminal é uma situação incontornável, na medida em que, sendo seres-possíveis, temos escolhas a fazer.

As ciências criminais, em suas investigações relativas às práticas penais, devem ser abordadas não como sistemas de proposições e as bases para justificá-las, mas sim como algo em que os seres humanos em sua facticidade⁷⁰, em seu existir ocasional, em seu estar-aí por um período numa época particular, se enfrentam e se explicam criticamente. É preciso que nos mostremos a nós mesmos, em nossos próprios termos, ao nos depararmos no mundo com o fenômeno criminal, com as práticas penais que temos perpetuado em todas as suas formas, para só assim pensarmos em diferentes possibilidades.

Um segundo aspecto no âmbito de uma ontologia fundamental, voltada à construção de novas possibilidades de práticas penais, diz respeito a uma fenomenologia do mundo dado criminal e de práticas penais ao redor dos seres humanos numa situação pragmática. Não apenas temos as coisas úteis reveladas no local de trabalho, mas também há outras pessoas aí, nossos colegas, nossos assistentes, nossos fornecedores, os que prendem, os que são presos. Eles estão aí tão originalmente quanto eu estou. O nosso mundo é um mundo-com; estar no mundo é estar-com outros, e o ser dos outros é estar-comigo, com os outros⁷¹. Esse é o nosso modo de ser, e nesse modo de ser, quando restringimos a regionalidade de nossas relações, eu posso ser carcereiro ou prisioneiro. É preciso que pensemos que quando estamos falando de práticas penais estamos falando de ações dirigidas a outros seres humanos que possuem afetos, emoções, projetos, que sentem dor e prazer, tristeza e felicidade. Quando estamos tratando de práticas penais não estamos nos referindo a sistemas abstratos que reclamam avaliações de custo-benefício, como têm sido pautadas as políticas criminais atuarialistas, ou de sistemas abstratos utilitaristas que tratam de uma felicidade geral que não existe em termos concretos; estamos refletindo sobre e praticando ações sociais que atingem pessoas de carne e osso, cujas principais características ontológicas são a reflexividade e a emotividade. E sendo as pessoas os únicos destinatários dos sistemas penais e suas respectivas práticas, o ponto de partida de qualquer sistema de práticas penais deve ser o da menor violência possível, pois o direito penal e suas práticas, por serem institucionalizados e legitimados a partir dessa institucionalização, não deixam de caracterizarem-se

70 HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: Hermenêutica de la Faticidad*. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 49.

71 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1999. 118.

ontologicamente como violentos, e em não raros casos até muito mais do que manifestações não institucionalizadas de violência.

Um terceiro aspecto ontológico a ser considerado relaciona-se ao modo de ser das instituições totais como as penitenciárias, locais onde se regionalizam as práticas penais na modernidade. Giddens, analisando diferentes aspectos da regionalização de locais e suas influências na configuração de várias maneiras da natureza da disponibilidade de presença dos indivíduos uns com os outros, ou, em outras palavras, a relação entre regionalização de locais e o problema da copresença, refere que prisões e manicômios são frequentemente associados à continuidade forçada de copresença entre indivíduos que não estão normalmente acostumados a tais rotinas da vida cotidiana. Para ele, os reclusos que compartilham a mesma cela raras vezes estarão livres da presença um do outro dia e noite. Para Giddens, o “poder disciplinar” das prisões, manicômios e outros tipos de “instituição total” baseia-se no rompimento da engrenagem de disponibilidade de presença nas rotinas das trajetórias diárias “de fora”. Assim, aos mesmos reclusos que são forçados à copresença contínua nega-se o acesso a encontros fáceis com outros grupos na prisão, muito embora esses outros possam estar fisicamente apenas do outro lado das paredes da cela. O “isolamento” forçado de presos em relação ao “mundo exterior”, limitando as possibilidades de copresença para os que se encontram dentro de um único local, é, evidentemente, uma característica definidora de uma instituição total⁷².

Por outro lado, ao estar-no-mundo com outras pessoas mantenho relações diferentes com os outros, e também em nosso cotidiano diário, nos relacionamos com o “eles”. O “eles” não é um indivíduo definido, mas aquilo que consideramos que valha para a maioria das outras pessoas em enunciados como “Os bandidos são todos vagabundos”, “Direitos humanos só valem para os criminosos”, “O direito penal de garantias só protege os vagabundos”. Na maior parte do tempo, em nossa vida cotidiana diária, nós nos compreendemos a partir da perspectiva do eles, ou da opinião pública. Por isso, o “eles” cria o caráter ordinário: todos fazem isso desse jeito. O “eles” tende a nivelar as possibilidades do ser; nós nos conformamos. A forma do ser do “eles” constitui o caráter público e retira dos seres humanos suas responsabilidades consigo mesmos, pois o “eles” ordena a forma apropriada⁷³. Essa construção heideggeriana ajusta-se perfeitamente ao que ocorre hoje em termos de discussão pública acerca das questões que circundam o tema da criminalidade e das práticas penais utilizadas pelo Estado para o seu enfrentamento. Esses temas, ao estarem disponibilizados na esfera pública, na opinião pública, assim estão dentro de uma pré-compreensão determinada, de uma interpretação já feita que está à nossa disposição. O falatório de que fala Heidegger, que se apresenta de modo não expresso, ao qual chegamos por nós mesmos, desde o qual vivemos. O falatório fala de tudo com uma peculiar falta de sensibilidade para com as diferenças. Alguém fala, alguém ouve, alguém conta, alguém espera, alguém está a favor, alguém está contra ... O falatório não é de ninguém, ninguém se responsabiliza de haver dito⁷⁴. Algo como o que passa hoje em nossas redes sociais, pelas quais os indivíduos se diluem no público com suas opiniões, mas, ao serem confrontados direta e pessoalmente, raramente as assumem. Quando falamos de pena de morte ou de prisão perpétua, a esmagadora maioria é a favor, mas dificilmente alguém destes que apoiam medidas tão extremas assinariam uma sentença de morte ou de prisão perpétua.

Também é preciso considerar que o falatório penal, desenvolvido em grande medida dentro das escolas de Direito, mas também assunto comum na vida cotidiana de não especialistas, da mídia e de praticamente todos os setores e classes sociais, ao ocupar o lugar de pesquisas científicas bem fundamentadas, dá margem a um direito penal das paixões, da raiva, da visão da vítima ou de seus parentes em entrevistas logo após o acontecimento do crime, ou seja, uma doxa onde o sentimento de vingança é o único móvel das ações determinantes das práticas penais. Sobre isso, é importante destacar o papel que tem desempenhado a grande mídia na propagação de um discurso de insegurança e medo e, conseqüentemente, no estímulo da adoção de práticas punitivistas, consolidando, cada vez mais, um movimento de populismo penal que, de uma forma

72 GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 145.

73 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1999. 126.

74 HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: Hermenêutica de la Faticidad*. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 52.

ou outra, tem influenciado a formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade. Sobre esse tema, indispensável se faz a leitura do trabalho de Dias e Custódio⁷⁵.

O mais assustador em tudo isso é o caráter sombrio de nosso estado de normalidade em relação ao fato de que é pelo direito penal e pela violência que lhe é ínsita, seja para instaurá-lo seja para mantê-lo, mais do que qualquer outra alternativa de cumprimento do direito, no exercício do poder sobre a vida e a morte, que o direito pretensamente tenta se fortalecer. Entretanto, o que temos visto é um espetáculo histórico de falência de um modelo de agir e fazer humano, cujos métodos e justificações epistemológicas revelam-se, absolutamente insuficientes, para a construção de instituições com padrões mínimos de humanidade.

Propor uma racionalização da questão criminal e das práticas penais nos níveis ôntico e ontológico possibilita-nos, antes de mais nada, construir um corpo de conhecimento organizado sobre as formas diferenciadas nas quais os sistemas penais e suas práticas são — nível ontológico —, para, somente a partir disso, aplicar tal conhecimento às formas reais de materialização do nosso sistema penal e de suas práticas — nível ôntico. Pensar nosso sistema penal e as práticas que lhe correspondem numa perspectiva ontológica, permite-nos compreender que as instituições totais como os presídios e a prática da privação da liberdade destacam-se como diferentes dos percursos da vida cotidiana dos que estão do lado de fora, e que aquilo a que Goffman chama de “territórios do *self* são ali violados de um modo que não se aplica aos que vivem fora de seus muros. Nessa perspectiva, quatro características ontológicas das “instituições totais”⁷⁶ precisam ser consideradas como condições a serem superadas.

1. Em primeiro lugar, precisamos achar alternativas aos métodos de interrogatório que transgridem frequentemente o que a maioria da população encara como uma prerrogativa de “reserva de informação” acerca do eu e acerca do corpo. O que se observa cotidianamente nos sistemas e nas práticas penais é que os dados sobre as características e a conduta pretérita dos reclusos — os quais seriam frequentemente considerados desabonadores por eles e pelos outros, e protegidos pela supressão e pelo tato — são cada vez mais compilados em dossiês à disposição do quadro administrativo, obedecendo a uma lógica de controle cada vez mais aguda.
2. Em segundo, há uma dissolução de fronteiras entre fechamento e abertura que ordinariamente servem para proteger um sentimento de segurança ontológica que precisa ser refeita. Precisamos resgatar a cidadania em nossas práticas penais de modo que a excreção, a manutenção da higiene e da aparência não sejam mais realizadas publicamente, ou fiquem sujeitas ao controle dos outros, mas, de modo totalmente distinto, sejam práticas que respeitem à individualidade dos que estão sujeitos ao sistema penitenciário.
3. As instituições totais como os presídios são marcadas pela ocorrência permanente de relações forçadas e contínuas com outros, relações estas caracterizadas pela subordinação, pela dominação, pela violência e pela morte. Tal como Bettelheim, Goffman assinala que, em “instituições totais”, os seres humanos são reduzidos a estados de dependência infantil⁷⁷, ao que acrescentaríamos, a um estado de hipossuficiência infantil. Um sistema penal em que ontologicamente haja uma mínima consideração pelos seres humanos deve prover espaços individualizados e proteger a individualidade, permitindo, se é que é possível pensar nisto em instituições totais de confinamento, ao encarcerado um mínimo de condições de autoestima e

75 DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivista dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 91-104, 2013.

76 GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 184.

77 GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974. p. 22.

autocuidado de seu eu.

4. Outro ponto a ser repensado é a questão temporal, na perspectiva existencial, dos encarcerados. A seriação temporal de atividades, em curto e em longo prazo, é especificada e controlada. Os reclusos, os internados, não possuem “tempo livre” ou “um tempo só deles”, como os trabalhadores. Esta é uma situação que, uma vez enfrentada, pode modificar consideravelmente a qualidade de vida dos apenados.

Escuta-se um falatório, metodologicamente construído e epistemologicamente justificado de que o sistema penal e suas práticas fundam-se sobre a ideia de trabalho e objetivam a ressocialização, entretanto, no plano ontológico, somente é possível compreender que em nossas organizações carcerárias o significado da dialética do controle é, ainda mais nos dias de hoje, altamente considerável. É preciso concordar com Giddens, que afirma existirem contextos em que essa autonomia especificamente característica do agente humano — a capacidade de “ter atuado de outra maneira” — está seriamente reduzida. As formas de controle que os reclusos procuram exercer sobre suas vidas no dia a dia tendem a concentrar-se sobretudo na proteção contra a degradação do *self*⁷⁸. Ora, como pensar na manutenção de um sistema cujas práticas tem como principal característica a degradação do *self*?

5. A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO TEÓRICA DO DUALISMO EXCLUDENTE OBJETIVISMO VERSUS SUBJETIVISMO COMO CONDIÇÃO ONTOLÓGICA DE REMOÇÃO DE PRÁTICAS PENAIS DEGRADANTES E INEFICAZES

Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob a influência daquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. (Karl Marx)⁷⁹

Para a superação das práticas penais fundadas num modelo científico mais preocupado com questões de procedimentalização metodológica e de justificação epistemológica do que com interesses ontológicos, é de primordial importância transpor um dualismo que está profundamente estabelecido na teoria social, uma divisão excludente entre objetivismo e subjetivismo quando se trata de teoria da ação. No campo das ciências criminais mais especificamente, é de fundamental importância ultrapassar esse dualismo em relação à compreensão da criminogênese e, conseqüentemente, também relativamente às práticas penais.

Essas divisões e dualismos excludentes dentro das ciências sociais têm levado, uma vez projetados para o campo pragmático de políticas públicas, a práticas muitas vezes absolutamente ineficientes, com altos custos sociais, como é o caso das práticas estatais penais de privação de liberdade. A distinção que essas diferentes tradições têm do agir e do fazer humano, das mudanças e das reproduções sociais projetam-se nas práticas estatais institucionalizadas. Em tradições hermenêuticas de pensamento as ciências sociais e naturais são consideradas radicalmente discrepantes. A hermenêutica foi a base daquele “humanismo” contra o qual os estruturalistas se opuseram de modo tão vigoroso e persistente. No pensamento hermenêutico, tal como apresentado por Dilthey, o abismo entre sujeito e objeto social alcança sua amplitude máxima. A subjetividade é o centro previamente constituído da experiência e cultura histórica, e como tal, fornece o fundamento básico das ciências sociais ou humanas. Fora do domínio da experiência subjetiva, e alheio a ela, está o mundo material, governado por relações interpessoais de causa e efeito. Enquanto, para aquelas escolas de pensamento que tendem para o naturalismo, a subjetividade foi encarada como uma espécie de mistério,

78 GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 184-185.

79 MARX, Karl. *O 18 do Brumário de Napoleão Bonaparte*. 2000. p. 6. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/brumario.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

ou quase como um fenômeno residual, para a hermenêutica o mundo da natureza, as estruturas, as funções é que são opacos — os quais somente podem ser apreendidos desde fora. Nas sociologias interpretativas, é concedida primazia à ação e ao significado na explicação da conduta humana; os conceitos estruturais não são notavelmente conspícuos e não se fala muito em coerção. Para o funcionalismo e o estruturalismo, entretanto, a estrutura (nos sentidos divergentes atribuídos ao conceito) tem primazia sobre a ação e suas qualidades restritivas são fortemente acentuadas.

As diferenças entre esses pontos de vista sobre a ciências têm sido frequentemente consideradas metodológicas e epistemológicas, quando, de fato, são muito mais ontológicas. A questão é como os conceitos de ação, significado e subjetividade devem ser especificados e como poderiam ser relacionados com noções de estrutura e coerção. Essa é a questão ontológica central em termos de criminogênese e com as práticas penais que estão associadas a uma determinada concepção de crime. Se o crime, repetimos, é uma consequência de uma ação livre e deliberada do agente, uma manifestação de sua vontade sem qualquer espécie de coação externa justifica as práticas penais dirigidas aos indivíduos atomizadamente, como tem sido ao longo da modernidade com as penas privativas de liberdade; se, em sentido diverso, compreende-se o crime como sendo o corolário da influência de coerções e estruturas sobre a vontade e a autodeterminação individual, ou em conjunto com esta, então, precisamos repensar nossas práticas penais, a fim de minimizar o peso da vontade do agente, da sua autodeterminação na geração do delito e na concepção de culpabilidade, o que, por consequência, deve projetar-se por meio de novas concepções de práticas penais.

Uma proposta ontologicamente fundante de uma nova perspectiva de compreensão do fenômeno criminal e de superação das práticas penais que vêm sendo materializadas há mais de dois séculos no ocidente deve se assentar, em primeiro lugar, numa tentativa de sobrepujar os imperialismos do sujeito, como proposto pelos subjetivistas, e do objeto social, como defendido por estruturalistas e funcionalistas. Esta é uma proposta de Giddens para as ciências sociais de uma maneira geral, e que entendemos seja perfeitamente adequada ao campo das ciências criminais. Para o pesquisador inglês,

O domínio básico de estudo das ciências sociais, de acordo com a teoria da estruturação, não é a experiência do ator individual nem a existência de qualquer totalidade social, mas as práticas sociais ordenadas no espaço e no tempo. As atividades sociais humanas, à semelhança de alguns itens auto-reprodutores na natureza, são recursivas. Quer dizer, elas não são criadas por atores sociais mas continuamente recriadas por eles através dos próprios meios pelos quais eles se expressam como atores⁸⁰.

O dualismo excludente entre objetivismo e subjetivismo deve dar lugar ao conceito de dualidade da estrutura, onde a estrutura, considerada em termos de regras e recursos, é considerada como o meio e o resultado da conduta que ela recursivamente organiza. Por essa perspectiva, as propriedades estruturais⁸¹ de sistemas sociais não existem fora da ação, mas estão cronicamente envolvidas em sua produção e reprodução. Há, assim, um descentramento do sujeito sem que isto implique a evaporação da subjetividade num universo vazio de sinais. As práticas sociais, ao penetrarem no espaço e no tempo, estão na raiz da constituição do sujeito e do objeto social.

Com isso, não se está negando a existência de uma monitoração reflexiva da ação, ou seja, o caráter deliberado, ou intencional, do comportamento humano, considerado no interior do fluxo de atividade do agente, tampouco a racionalização da ação, em termos de capacidade que os atores têm de se manterem em contato com as bases do que fazem, da forma como fazem, de tal modo que, se interrogados por outros, podem fornecer as razões para suas atividades. Mas, ao mesmo tempo em que há a integração dos atores por meio de reciprocidade de práticas em circunstâncias de copresença, também se reconhece a importância da estrutura, dos conjuntos de regras e recursos implicados na articulação institucional de sistemas sociais, da

80 GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 2-3.

81 Segundo Giddens, as propriedades estruturais são características estruturadas de sistemas sociais, sobretudo as institucionalizadas, que se estendem ao longo do tempo e do espaço. GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. xxi, xxiii, xxxv, 20, 443.

sua influência na integração social e sistêmica e, portanto, também na criminogênese.

A análise fenomenológica da criminalidade, como condição prévia e necessária para uma reflexão acerca das práticas punitivas, deixa, nesse viés, de ser refém do subjetivismo e passa a reconhecer, também, juntamente à vontade dos indivíduos, como propulsores da criminalidade, outros elementos que transcendem a manifestação volitiva do agente. Esse parece ser um movimento realista de investigação da criminogênese. Como desconsiderar, por exemplo, a existência e a relação de elementos objetivos, sistêmicos e estruturais oriundos da desigualdade social gerada pelo sistema econômico capitalista, com o fato de que em torno de 67% dos encarcerados no Brasil estão nessa condição pela prática de crimes cujos principais significados são a distribuição forçada ou a geração ilícita de renda (tráfico de drogas, roubo e furto)⁸²? Como desconsiderar a influência de um sistema político fortemente estruturado, há séculos, sobre bases patrimonialistas na ocorrência da corrupção endêmica que afeta o setor público no Brasil, com forte participação do setor privado?

O grande desafio que se coloca é como fazer chegar essa relevância de fatores objetivos na criminogênese até a dogmática penal, ao sistema normativo e às práticas estatais penais que a ele estão associadas. O principal espaço normativo institucionalizado de estabelecimento e delimitação das possibilidades de práticas penais a serem aplicadas, o artigo 59 do Código Penal, contempla, fundamentalmente, circunstâncias ligadas ao caráter deliberado, ou intencional, do comportamento humano, considerado no interior do fluxo de atividade do agente. Outras circunstâncias e elementos que podem afetar e até mesmo determinar a ação humana, como princípios de organização de totalidades sociais, fatores de alinhamento institucional global de uma sociedade ou tipo de sociedade, características estruturadas de sistemas sociais, distribuição de recursos materiais envolvidos na geração de poder e recursos não materiais também envolvidos nesse fenômeno, derivando da capacidade de tirar proveito das atividades dos seres humanos, que resultam do domínio de alguns atores sobre outros, são absolutamente desconhecidos e desconsiderados na análise da criminogênese e, por consequência, na projeção política de práticas penais a serem adotadas num determinado espaço e tempo. No escravagismo era bastante simples, com base no sistema legal da época, e considerando-se como móvel do crime a vontade “livre” e deliberada do agente, condenar um escravo à morte pela insurreição ou pelo assassinato de um homem livre branco. Os fatores objetivos que afetavam indiscutivelmente a vontade individual de escravos não podiam ser considerados, uma vez que, mesmo constituindo-se em violência, estavam normalizados no funcionamento da estrutura social da época. O mesmo ocorre hoje com a questão da desigualdade social e sua relação com os crimes que têm uma estreita ligação com a distribuição ou geração forçada e ilegal de renda. A violência econômica, originada pelo sistema econômico e financeiro capitalista e sustentada pela superestrutura política e jurídica estatal, é absolutamente desconsiderada no momento de o Estado efetivar suas práticas punitivas contra os indivíduos que cometem roubos, furtos e tráfico de entorpecentes. É lógico, e isso não pode ser negado, que há uma quantidade considerável desses crimes cujo cometimento não se justifica por fatores objetivos, mas uma quantidade considerável, provavelmente a grande maioria, sim.

A consideração dessa dualidade entre estrutura e vontade e reflexividade humanas, e a importância da sua interação como fator determinante da criminogênese, deve, necessariamente, refletir-se no âmbito da culpabilidade com uma renovada atenção a um tensionamento entre o sentido “supraindividual” e o sentido “individual” que devem penetrar qualquer concepção de culpabilidade. Há uma exigência de serem considerados, conjuntamente, padrões objetivos de culpabilidade, não somente oriundos da ordenação normativa, mas também decorrentes da influência de fatores transcendentais na geração da ação humana, com padrões subjetivos. Contemporaneamente, na quase que totalidade dos sistemas jurídicos constitucionais ocidentais,

82 BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. p. 42-43. Sobre a relação entre desemprego, atividade econômica e crime, ver o excelente artigo de ZUÑIGA-JARA, Sergio; CAMPO, Sofia Ruiz; Soria-Barreto, Karla. Crimen, desempleo y actividad económica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 80-98, 2015. Sobre a relação vulnerabilidade social e reincidência ver o trabalho de CONCHA-AMIN, M.; IGLESIAS, J. R.; COMIM, F. V. The influence of social vulnerability and illicit drug use on recidivism of Young offenders. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-11, 2013.

praticamente não há uma tensão dialética entre elementos supraindividuais-objetivos e individuais-subjetivos na elaboração do juízo de reprovabilidade do injusto, pois o peso todo tem recaído sobre o plano individual, projetado através da questão da potencial consciência da ilicitude e da possibilidade de autodeterminação. O que estamos aqui a advogar é uma redistribuição dessa tensão com a sua consideração, também, dos elementos objetivos criminogênicos, tanto no momento do juízo de reprovabilidade como circunstância de alta relevância na fixação da pena quanto na projeção de novas práticas penais que não estejam dirigidas ao agente em sua individualidade.

Sopesar a importância de elementos objetivos no processo causal da criminogênese, especialmente em sociedades com alto grau de desigualdade e exclusão social, em que o Estado tem falhado diuturnamente em suas obrigações sociais, apresenta-se como uma alternativa incontornável se pretendemos efetivamente mudar o sentido de nossas práticas penais. Nesse aspecto ganha força numa nova proposta de direito penal a concepção de coculpabilidade, originada, segundo alguns autores, no direito penal socialista, ou, segundo outros, desde o pensamento iluminista de Marat⁸³. A estrutura da culpabilidade centra-se sobre a ideia de que todo o sujeito age numa circunstância dada e com o âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade, há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade — por melhor organizada que seja — nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas possibilidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir essas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer, assim, que há, aqui, uma “coculpabilidade” com a qual a própria sociedade deve arcar. Zaffaroni e Pierangeli entendem que essa ideia está recepcionada em nosso Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66⁸⁴, o qual dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Ainda que tal disposição possa deixar margem para a consideração de circunstâncias atenuantes *extra legem*, entendemos que sua exiguidade enunciativa tem levado a uma completa omissão por parte dos aplicadores da lei em relação à consideração de fatores objetivos determinantes no processo de causação delituosa e, conseqüentemente, na fixação da pena.

Essa desconsideração total de fatores objetivos na causação do delito, analisada num nível ontológico fundamental, significa a negação completa de aspectos essenciais do modo de ser humano, quais sejam, a sua condição de ser-no-mundo, de ser-com os outros, de sermos à medida que temos a possibilidade de encontrarmos-nos com os outros seres intramundanos de toda espécie, de podermos ser afetados pelo inservível, pelo resistente, pelo ameaçador e temível dos entes. Negar isto é negar o encontro como condição de que se deem os entes intramundanos como podendo afetar-nos, afetar nossas motivações, nossas ações, muitas vezes de modo inconsciente, sem a devida monitoração reflexiva por parte do agente em relação a sua própria ação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema das práticas penais, muito antes de se constituir em assunto de debates políticos ou conteúdo de normatização no plano jurídico, apresenta-se como uma questão que merece um cuidado filosófico e científico, e que reclama processos de racionalização, a fim de serem evitadas práticas penais que resultem de um doxa originada nos falatórios que constituem o senso comum.

Apesar de uma larga experiência histórica já constituída na modernidade em relação aos nossos sistemas

83 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 613.

84 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 613.

normativos e às práticas penais baseadas nas penas privativas de liberdade, temos empilhado fracassos no enfrentamento da criminalidade por meio de políticas públicas que parecem não dar ouvidos aos desvelamentos da realidade proporcionados no universo das ciências que se ocupam do fenômeno criminal e das práticas penais eminentemente materializadas pelo Estado. Enquanto os campos do conhecimento filosófico e de ciências sociais têm elaborado profundas reflexões sobre o problema dos comportamentos desviantes e da legitimação das organizações políticas no exercício da punição como reação a esses comportamentos, os Estados, considerados no nível ôntico, parecem estar mais baseando suas ações em reações emocionais, em opiniões sem qualquer fundamento científico, em interesses eleitorais, em provocações da mídia, do que propriamente nos conhecimentos produzidos no âmbito científico.

Um dos debates quase que totalmente ignorado pelos indivíduos ou grupos que ocupam posicionamentos políticos de decisão em termos de políticas criminais é o constituído, há largo tempo, por subjetivistas e objetivistas, no campo das ciências sociais e da filosofia política, acerca das condições e possibilidades do agir e do fazer humano, objeto do mais alto interesse para o campo do direito e das práticas penais.

Pelo esquecimento desse importante debate, em termos pragmáticos de formulação de políticas públicas de combate à criminalidade por parte dos agentes públicos, a modernidade tem sido pródiga no privilégio e hegemonia do subjetivismo individualista como metodologia alimentadora das concepções criminogênicas que dão suporte aos nossos sistemas normativos penais e às práticas penais por eles institucionalizadas. De uma concepção subjetivista-individualista de crime — onde a vontade individual e a autodeterminação do praticante do delito jogam um papel fundamental, para não dizer total na criminogênese — têm resultado práticas penais dirigidas unicamente aos indivíduos agentes dos crimes, em uma perspectiva atomizada, baseadas fundamentalmente nas privações de liberdade. O efeito disso todos conhecemos: um imenso fracasso das políticas criminais, especialmente em países que optam por políticas de encarceramento massivo, como é o caso do Brasil.

No presente trabalho, buscamos realçar a importância da retomada desse debate acerca do agir e do fazer humanos, tal como construído pelos dissensos entre subjetivistas e objetivistas, exemplificativamente declinados no corpo do texto por meio da sociologia e da filosofia política, uma vez que as evidências científicas apontam uma convergência de elementos causais, tanto individuais quanto estruturais, nos processos sociais de causação do delito. Tal situação de agregação de causas de distintas origens é ainda mais pulsante em países com alto grau de desigualdade e exclusão sociais, onde a potência dos sistemas econômico e financeiro, da concentração de riqueza, da apropriação do Estado por determinados setores sociais e inúmeros outros fatores amplificam a influência de elementos objetivos na determinação da ação humana, especialmente da ação delituosa.

O descuido em relação às causas objetivas atuantes na criminogênese deve-se, em boa medida, a uma postura metodológica e epistemológica excludente que permeou esse debate entre subjetivistas e objetivistas. Ou seja, a hegemonia subjetivista no campo do direito penal vale-se em grande parte de uma focalização em interesses metodológicos e epistemológicos voltados à não validação científica dos pressupostos que sustentam as construções objetivistas, impedindo-as de se projetarem no campo normativo penal. Essa hiperacentuação em preocupações metodológicas e epistemológicas tem obnubilado os principais interesses a serem considerados nessa região fenomênica: os interesses ontológicos, pois é nesse nível que poderemos construir um corpo de conhecimento organizado sobre a forma de ser do nosso sistema penal e das práticas punitivas estatais, com um olhar voltado às reais condições de violências que atingem os indivíduos mais fragilizados à cooptação pelo sistema ou pelos fluxos de criminalidade.

Para tanto, o desvelamento dos reais fatores que influenciam a ação e o fazer humanos é de fundamental importância para a constituição de um campo de ciências criminais ontologicamente embasados. A ontologia da criminalidade nos tem revelado, cada vez mais, a fluência de fatores objetivos na determinação das condutas criminais, especialmente de natureza econômica. É inevitável, assim, que, numa sociedade que se pretenda justa e democrática, tais fatores venham a ser considerados como determinantes da criminogênese

e, assim sendo, valorados no estabelecimento dos juízos de reprovação, de forma a imputar responsabilidades não só ao indivíduo, mas também ao próprio Estado e aos sistemas (econômico, financeiro etc.) que são por ele garantidos e que tem alto grau de determinação nas causas criminológicas.

É imperativo algo como uma revolução copernicana em nossas práticas penais, totalmente ineficazes e com um alto custo social, mas para isso, precisamos reconhecer que a criminalidade não é um resultado exclusivo de atos individuais, decorrentes de uma manifestação exclusiva de vontade do agente, mas para ela concorrem fatores objetivos que, não raras vezes, têm sua violência mascarada com um véu de normalidade.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. 3. ed. Brasília: UnB, 2001.
- ASUA, Luis Jimenez. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. v. 2.
- BAUMANN, Zigmunt. *Aprendendo a Pensar com a Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BENJAMIN, W. *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, 2011.
- BLAU, Peter M. *Inequality and Heterogeneity*. Nova York: Free Press, 1977.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- BRANDÃO, Cláudio. As Teorias da Conduta o Direito Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 148, p. 89-95, out./dez. 2000.
- BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.
- CONCHA-AMIN, M.; IGLESIAS, J. R.; COMIM, F. V. The influence of social vulnerability and illicit drug use on recidivism of Young offenders. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-11, 2013.
- CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. San José, CR: Editorial Jurídica Continental, 2000.
- DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivista dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 91-104, 2013.
- DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1983.
- GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.
- GRAMATICA, Filippo. *Dal soggettivismo penale alla difesa sociale*. Milão: Giuffrè, 1996.
- GUIDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins fontes, 2013.
- HAYEK, Frederic A. *Individualism and Economic Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1949.
- HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: Hermenêutica de la Faticidad*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE RESEARCH. *World Prison Breaif*. London: University of London, 2014. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1994.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 4. ed. Lisboa: FUNDAÇÃO Calouste Gulbenkian, 1997.
- KIMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LALLEMENT, Michel. *História das Ideias Sociológicas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- MACINTYRE, Alasdair. *Além da virtude*. Bauru, SP: EDUSC, 2001.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual racionalidade?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 1991.
- MARX, Karl. *O 18 do Brumário de Napoleão Bonaparte*. 2000. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/brumario.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- MAYHEW, Bruce H. Structuralism versus individualism. *Social Force*, Oxford, UK, v. 59, n. 2, p. 335-375, dez. 1980.
- MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.
- NAGEL, Thomas. *Igualdad y Parcialidad: bases éticas de la teoría política*. Barcelona: Paidós, 1996.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- PARSONS, Talcott. *The Structure of Social Action*. 2. ed. New York: The Free Press, 1949.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: UnB, 1981.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 1990. v. 1.
- ROCHA, Lilian Rose Lemos; CARDOZO, José Eduardo. Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para a proibição ou legalização das drogas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 714-730, 2017.
- RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SACHSIDA, Adolfo; MENDONÇA, Mário Jorge Cardoso de; MOREIRA, Tito Belchior Silva. O impacto de diferentes tipos de repressão legal sobre as taxas de homicídio entre os estados brasileiros. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 99-122, 2015.
- SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- SCHMITD, João Pedro. Condicionantes e Diretrizes de Políticas Públicas: um enfoque comunitarista da transformação social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p. 52-72, 2016.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1994.
- TAYLOR, Charles. Atomism. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. v. 2.
- VIEIRA, Daniela Arantes. *Alasdair MacIntyre e a crítica da modernidade: uma contribuição para o debate liberais versus comunitários*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- VORMBAUM, Thomas; BOHLANDER, Michael. *A Modern History of Germany Criminal Law*. Berlim: Springer-Verlag, 2014.
- WALLACE, Walter L. Structure and action in the theories of Coleman and Parsons. In: BLAU, Peter Michael (Ed.). *Approaches to the Study of Social Structure*. Londres: Collier-Macmillan, 1975.
- WALZER, Michael. *Las Esferas de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

- WATKINS, John Willian Nevill. Historical Explanation in the social sciences. *The British Journal for the Philosophy of Science*, Oxford, UK, v. 8, n. 30, Aug. 1957.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- ZUÑIGA-JARA, Sergio; CAMPO, Sofía Ruiz; Soria-Barreto, Karla. Crimen, desempleo y actividad económica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 80-98, 2015.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A privatização de presídios e a
ideia neoliberal de criação de
um Estado Mínimo**

**The privatization of prisons and
the neoliberal idea of creating a
minimum state**

Gina Marcilio Vidal Pompeu

Carlos Lélio Lauria Ferreira

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

A privatização de presídios e a ideia neoliberal de criação de um Estado Mínimo*

The privatization of prisons and the neoliberal idea of creating a minimum state

Gina Marcilio Vidal Pompeu**

Carlos Lélio Lauria Ferreira***

RESUMO

O presente artigo aborda a possibilidade de privatização de presídios e a ideia neoliberal de criação de um Estado Mínimo. Examina-se a administração pública no Brasil com base em uma concepção burocrática e gerencial, bem como apresentam-se, de modo particular, os paradoxos da administração prisional brasileira. Justifica-se a escolha do tema por entender que se trata de questão desconsiderada no mundo jurídico brasileiro e, de certa forma, desconhecida no âmbito da execução penal internacional, mesmo com o reconhecimento da absoluta falência do Estado e seu caráter intervencionista. O objetivo da pesquisa é mostrar, inicialmente, que a crise do Estado autoriza considerar a ideia neoliberal da administração prisional em todos os seus aspectos. Trata-se de matéria que reclama pronunciamento acerca da vantagem de estatizar ou privatizar alguns setores da administração pública. O problema constatado na abordagem é a dicotomia entre as normas penal, administrativa e constitucional. A metodologia utilizada é a analítica, empírica, com conceitos jurídicos e normativos no âmbito do Direito Constitucional e Administrativo. Os conceitos utilizados levam em consideração a realidade do sistema penitenciário brasileiro e sua forma arcaica de administração, a aplicação de normas e princípios previstos na Constituição da República de 1988, assim como o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Espera-se obter como resultado do trabalho a possibilidade de contribuir para o esclarecimento e a reflexão sobre modelos de gestão adequados à administração prisional no Brasil.

Palavras-chave: Privatização. Neoliberalismo. Direito constitucional. Dicotomia entre normas. Estado Mínimo.

ABSTRACT

Through this article, the possibility of privatization of prisons and the neoliberal idea of creating a Minimum State will be discussed, with a thorough examination of the public administration in Brazil from a bureaucratic and managerial perspective, showing, in a particular way, the paradoxes of Brazilian prison administration. The choice of the topic is justified because it is understood like a question considered inconsistent in the Brazilian legal world and, to a certain way, it's an unknown issue in the scope of internatio-

* Recebido em 11/10/2017
Aprovado em 17/01/2018

** Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1994) e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004). Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestrado e Doutorado. Consultora Jurídica da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. E-mail: ginapompeu@unifor.br

*** Doutorando em Direito Constitucional no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA e Universidade de Fortaleza; especialista em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes; Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Coordenador Executivo do Comitê Permanente da América Latina para Revisão e Atualização das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento dos Presos. Manaus-AM, Brasil. Email: lelio@argo.com.br

nal criminal enforcement, even with the recognition of the absolute bankruptcy of the State and its interventionist character. The objective of the research is to show, initially, that the crisis of the State authorizes to consider the neoliberal idea of the prison administration in all its aspects. This is a subject that demands a pronouncement on the advantages of nationalizing or privatizing some sectors of the public administration. The problem identified in the approach is the dichotomy between criminal, administrative and constitutional rules. The methodology used is analytical, empirical, with legal and normative concepts in the scope of constitutional and administrative law. The concepts used take into account the reality of the Brazilian penitentiary system and its archaic form of administration, the application of norms and principles foreseen in the Constitution of the Republic of 1988, as well as the doctrinal and jurisprudential understanding on the subject. It is hoped to obtain as a result of the work, to clarify the importance of the reflection on the management models appropriate to the prison administration in Brazil.

Keywords: Privatization. Neoliberalism. Constitutional Law. Dichotomy between standards. Minimum State.

1. INTRODUÇÃO

Com o recrudescimento da crise no sistema penitenciário brasileiro no final do século XX, tornaram-se indispensáveis a modernização da administração prisional e a descentralização operacional do sistema de cumprimento de pena, que sempre foi demasiadamente centralizado. A urgência em encontrar alternativas para que o fim almejado no Direito da Execução Penal e no Direito Penal fosse alcançado, e a finalidade primordial da pena, qual seja, a prevenção, se tornasse realidade fracassaram em todos os aspectos; em consequência disso, a busca por alternativas inovadoras deslocou o foco de pesquisa para uma nova direção: o Direito Constitucional Econômico, por meio do aprofundamento em doutrinas que propõem concepções de um Estado menos intervencionista.

Nesta introdução, convém esclarecer que se pretende mostrar neste artigo que a privatização ou a terceirização de alguns serviços penitenciários, núcleo central da execução penal no Brasil, já é colocada em prática na maioria dos estabelecimentos penais brasileiros. Nesse particular, vale frisar que a livre iniciativa, como princípio da ordem constitucional econômica, foi decisão política fundamental do constituinte. *A Constituição Federal brasileira assegura a efetivação do Estado Democrático de Direito, garantidor dos direitos fundamentais de todas as pessoas. Com efeito, diante das flagrantes violações dos Direitos Humanos da população encarcerada em presídios brasileiros e os incontestáveis entraves burocráticos que emperram a gestão prisional, fica evidente o distanciamento entre os direitos consagrados no ordenamento constitucional e sua concretização.*

A questão abordada é desafio, também, para o Direito Administrativo, já que faz convite à reflexão sobre a eficácia das questões que envolvem os paradoxos da administração penitenciária brasileira. De forma especial, este artigo tem por finalidade apresentar análises que levem à identificação das causas da crise pela qual passam o Estado e a ideologia estatista da administração penitenciária, a concepção de *Estado Mínimo* e sua relação com a questão prisional, de tal modo que se possa escolher, acertadamente, entre estatizar ou privatizar.

2. A CONCEPÇÃO BUROCRÁTICA E GERENCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A concepção sobre a forma de gerência da administração pública brasileira surge no momento em que se constata a fragmentação do modelo burocrático de administração colocado à prova diante das crises políticas, econômicas e sociais ocorridas no Brasil nas últimas décadas, especialmente em relação à prestação ineficaz de serviços públicos. É importante sublinhar que o caráter gerencial de administração é determinado pela maneira atual de tratar a gestão pública, com métodos e sistemas modernos de execução e controle

dos serviços públicos, a vincular a atuação do Poder Público a princípios administrativos de índole constitucional, o que, em consequência, influi na atuação de seus servidores e da própria administração. Com isso, sobressaem atributos como eficiência e qualidade, e torna-se efetiva a democracia com a participação ativa dos cidadãos.¹

Anota-se que a mudança de fase da gestão burocrática tradicional para a administração gerencial atual desvia o olhar anteriormente centrado em possível vantagem administrativa do Estado para o cidadão.² Como assinala Bresser-Pereira³ a reforma gerencial de 1995 vem à tona com o intuito de pôr fim às práticas clientelistas e patrimonialistas do antigo modelo, isto é, instalar uma administração pautada nos “princípios da nova gestão pública”. Com efeito, os aspectos que afastam a administração pública burocrática da gerencial limitam-se, basicamente, à natureza dos procedimentos e aos resultados alcançados.⁴ Análise detida da reforma enunciada mostra mais a consistência das mudanças para a coletividade do que propriamente para as instituições. A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, entre outros assuntos, “modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas”. Evidencia-se a modificação do gerenciamento público burocrático em visão moderna de gestão. Administrar é gerir os serviços públicos, significa não somente prestar serviço, mas executá-lo, como também dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil.⁵

Dessa forma, com o poder estatal fragilizado e sem recursos, a ideologia das privatizações e o desentranhe dos processos burocráticos ganham força. Conforme anota Luiz Romeu de Freitas Júnior⁶, a noção de administração pública no Brasil, vinculada diretamente à de burocracia apresentada por Max Weber⁷, em que fica explícita a necessidade de utilizar ferramentas e modelos de gestão diretamente alinhados com os princípios constitucionais da administração pública, expostos no artigo 37 da Constituição Federal brasileira de 1988, entendidos como eficazes. No entanto, quando se levanta a discussão sobre o nível de eficiência, surgem alguns questionamentos sobre o assunto. Max Weber introduziu o conceito de burocracia com base na dominação legal para mostrar que a ideia básica é que qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma. Obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer.⁸

A burocracia, conforme Weber seria sinônimo não somente de eficiência, mas também de legalidade, publicidade, moralidade e impessoalidade. Essa foi uma tendência não somente de uma corrente teórica, como também do que aconteceu na prática no Brasil. Nesse contexto, destaca-se a predominância dos princípios que norteiam a administração pública, como o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade e o da eficiência, este último observado com peculiar interesse diante da proclamada ineficiência do modelo burocrático de gestão.

Há, também, outro aspecto a ser destacado, além dos princípios que guiam a administração pública brasileira, no que diz respeito à clássica divisão entre público e privado (esclarecimento essencial para a definição

1 Sobre o tema, é conveniente consultar Daniella Mello Coelho, “Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

2 Vide Diogo de Figueiredo Moreira Neto no artigo “Administração Pública Gerencial”. Disponível em: <<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

3 BRESSER-PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 120, n. 1, p. 6-9, 1996.

4 Mais sobre o tema pode ser encontrado em Alba Conceição Marquez dos Santos, no artigo “A administração pública gerencial”. Disponível em: <www.seplag.rs.gov.br/uploads>. Acesso em: 28 jun. 2017.

5 Cf. Adeilton Hamilko, no artigo “Ética da Administração Pública”. Disponível em: <<http://imap.curitiba.pr.gov.br/files/imap>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

6 FREITAS JÚNIOR, Luiz Romeu de. *Modelos de gestão na administração pública: influência dos gestores na aplicação dos modelos de administração*. Disponível em: <<https://www.admpg.com.br/2015>>. Acesso em 3 jun. 2017.

7 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB, 2004.

8 VASCONCELOS Flávio Carvalho de. *Racionalidade, autoridade e burocracia: as bases da definição de um tipo organizacional pós-burocrático*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

do que realmente é passível de entrega ao particular no processo de privatização). Mais uma vez, Bresser-Pereira⁹ elucida sobre a separação dos dois institutos e chama a atenção para o que denomina “propriedade pública não estatal”. Lembra que, no *capitalismo contemporâneo, as formas de propriedade relevantes não são apenas duas, como geralmente se pensa, e como a divisão clássica do Direito entre Direito Público e Privado sugere — a propriedade privada e a propriedade pública —, as quais, na verdade, são três: (1) a propriedade privada, voltada para a realização de lucro (empresas) ou de consumo privado (famílias); (2) a propriedade pública estatal; e (3) a propriedade pública não estatal. Anota o autor que a confusão não deriva da divisão bipartite do Direito, mas do fato de que o Direito Público foi confundido com o Direito Estatal, enquanto o Direito Privado foi entendido como aquele que engloba as instituições não estatais.*¹⁰

3. PARADOXOS DA ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL: PARTICULARIDADE BRASILEIRA

Ao focar-se nas contradições verificadas no sistema de gestão dos estabelecimentos penais brasileiros nas últimas décadas, o imbróglgio gerencial no sistema prisional adquire contornos preocupantes, com efeitos danosos para o sistema de justiça criminal. De um lado, uma corrente busca reconstruir o Estado e estruturar uma forma de gestão prisional apta a tornar o sistema de execução de pena mais condizente com as finalidades da sanção penal; de outro, estão aqueles que apregoam a impossibilidade de delegação à iniciativa privada de atividades-fim da administração pública, mesmo diante do fracasso das políticas públicas ineficientes na prestação dos serviços penitenciários e da constatação dos elevados índices de reincidência criminal.¹¹

No entendimento de Adilson Dallari¹² os serviços meramente instrumentais e muitas vezes de conteúdo técnico, que não exprimem funções dotadas da imperatividade, tampouco poder de decisão do Estado, bem como serviços de mera estruturação e verificação, encartadas no exercício de atividade de polícia, mediante, basicamente, o credenciamento alinhavado, são passíveis de transferência, enquanto as atividades de emissão de um ato jurídico administrativo não configuram essas espécies. Na mesma direção, seguem Fernando Mânica e Rafaella Brustolin¹³, com a compreensão de que as atividades assistenciais previstas nos artigos 10 a 27 da Lei de Execução Penal, que exprimam relação meramente instrumental e não envolvam qualquer tipo de coerção, são delegáveis, por exemplo, e a assistência material, disciplinada nos artigos 12 e 13 da Lei nº 7.210/84, compreendida em funções de fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços de limpeza e lavanderia não apresenta quaisquer manifestações de coerção ou atividade decisória, podendo ser trespassada a fim de promover os direitos fundamentais já há muito não preservados em ambiente carcerário. Quanto à assistência à saúde e educação, compreendidas nos artigos 14 e 17 a 21 da referida Lei, poderão ser caracterizadas como meramente administrativas caso não exprimam relação direta com as condições da execução da pena, e por estarem estritamente relacionadas ao escopo ressocializador, podem caracterizar progressão de regime dos presos, contém carga decisória e não pode ser realizado por particulares, como o trabalho exercido por psiquiatras. Por isto, como regra poderão ser delegadas, excluídas as exceções. As autoras fazem distinção quanto aos serviços de assistência jurídica aos reclusos, previstos nos artigos 15 e 16, há na lei a imposição da prestação jurídica gratuita realizada pela Defensoria Pública, com a presença de agentes desse órgão dentro e fora dos estabelecimentos prisionais.

Em relação à confluência e da confrontação das duas ideologias referidas, é possível identificar dois projetos de natureza político-criminal no que diz respeito à gestão prisional. O primeiro consubstancia-se

9 BRESSER-PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 120, n. 1, p. 9, 1996.

10 Trabalho apresentado ao Seminário sobre Reforma do Estado na América Latina, organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996).

11 É evidente que a concepção de uma administração eficiente e gerencial das atividades inerentes ao Estado, este concebido como titular do direito de punir e executar a pena implica revisão total dos princípios que norteiam a Administração Pública.

12 DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 50.

13 MÂNICA, Fernando Borges; BRUSTOLIN, Rafaella. Gestão de presídios por parcerias público-privadas: uma análise das atividades passíveis de delegação. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 304-320, 2017.

em três pontos: *diminuição dos investimentos e de novas vagas nos estabelecimentos penais; escassez dos recursos públicos reservados ao sistema prisional; gestão ineficaz dos estabelecimentos penais*. Enfim, é a estrutura administrativa estatal antiquada, carcomida, propulsora de práticas desrespeitosas dos direitos humanos. O segundo traduz-se em invocação de forte conteúdo gerencial, que floresceu no Brasil com base no comprometimento da direção dos presídios com as organizações criminosas, especialmente durante os anos 1990, identificado com a ideia de que se deve observar a *preponderância do interesse público sobre o interesse particular*, com a formalização de apoios e projetos com os mais diferentes setores da sociedade, com destaque para a captação de investimentos privados para a área, sem dúvida de vertente neoliberal. A oposição entre as duas vertentes gera a expectativa de que as práticas adotadas na administração penitenciária sejam orientadas por uma política criminal e penitenciária que contemple modelos de gestão eficaz.

4. A CRISE DO ESTADO E A IDEOLOGIA NEOLIBERAL DA ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL: ESTATIZAR OU PRIVATIZAR

O argumento utilizado para explicar a crise do Estado leva em consideração pelo menos dois fatores: o desenvolvimento desvirtuado e o processo crescente de integração das economias de vários países. Bresser-Pereira¹⁴ lembra que, a partir dos anos 1970, houve redução das taxas de crescimento econômico, elevação das taxas de desemprego e aumento da inflação. Ressalta que a crise do Estado é devida ao próprio Estado, e as propostas de reformas neoconservadoras servem a objetivos não intencionados pelos próprios neoconservadores. É nesse contexto que Anderson¹⁵ procura demonstrar que o impacto do neoliberalismo em todo o mundo tem sido tão forte que é agora considerado a ideologia dominante da época presente.¹⁶

Contudo, é importante chamar a atenção para a base do neoliberalismo. Nesse viés, Moraes¹⁷ abrilhanta a tarefa de buscar a origem dessa doutrina ao mostrar que a pedra fundamental do liberalismo costuma ser identificada com Adam Smith, mais especialmente com a publicação de “A riqueza das nações”, em 1776 — sem dúvida, um dos livros mais reeditados e citados dos tempos modernos.

Com larga frequência, os autores neoliberais manifestam-se no sentido de que a maior responsabilidade pelas irregularidades verificadas nas atividades da Administração Pública é do Estado, ponderação que pode ser aplicada especialmente à administração prisional, justificativa invocada para a proposta de privatização de serviços penitenciários.

Afirmam os neoliberais que o mercado é superior ao Estado na seleção de preferências, pois aqui qualquer erro implica perda de riqueza para o indivíduo. Adam Przeworsky¹⁸ diz que a tese central sobre a ineficiência do Estado nem sempre se sustenta, porque não se pode usar o mesmo critério de eficiência para o mercado e para o Estado. Uma política pública pode reduzir a renda nacional e, todavia, aumentar o bem-estar da sociedade, podendo ser considerada eficiente nesse sentido. Liliam Ferraresi Brighente¹⁹ que o que no fundo alicerça as críticas neoliberais é que elas possuem uma “preferência apriorística pelo mercado” e uma “preferência ideológica pela propriedade privada”, não se importando nem um pouco em fazer pouco caso da política; aliás, não concedem espaço à política, o que resulta numa rejeição da própria democracia. Diante de tudo o que foi dito, não fica claro que o Estado, em sua atuação, não pretenda atender os interes-

14 BRESSER-PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 120, n. 1, 1996.

15 ANDERSON, P. “Balanço do Neoliberalismo”. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Ed.) *Pós-Neoliberalismo*. As Políticas Sociais e o Estado Democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1995. p. 9-23.

16 São considerados expoentes do neoliberalismo Friedrich A. Hayek e Milton Friedman.

17 MORAES, R.C. *Neoliberalismo*. de onde vem, para onde vai. São Paulo: SENAC, 2001.

18 PZREWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Argelina C. Figueiredo e Pedro P. Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. p. 35.

19 BRIGHENTE, Liliam Ferraresi. Resenha da obra “Estado e economia no capitalismo”, de Adam Przeworsky. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 245-259, jan./jun. 2011.

ses do povo, e, contudo, também não é evidente que é o povo quem governa.

Ao discorrer sobre as recentes mudanças sob inspiração do neoliberalismo, Avelãs Nunes recorda que uma onda privatizadora varreu a Europa e o mundo, desencadeada fundamentalmente por motivos ideológicos²⁰. Ressalta que se privatizou tudo, inclusive, setores ligados à produção e à distribuição de bens e serviços essenciais à vida das pessoas. Veja-se que no Brasil as privatizações de empresas estatais começaram em 1979 e atravessaram os governos dos Presidentes Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso.

Estima-se que, com as principais privatizações federais e estaduais ocorridas no governo Fernando Henrique Cardoso, arrecadaram-se milhões de reais e ainda foram economizados bilhões de dívidas das empresas privatizadas, com cerca de 85 bilhões de reais de saldo, estimativa contestada por Aloysio Biondi,²¹ um dos maiores críticos das privatizações no Brasil, com o argumento de que houve vendas de longo prazo a serem pagas em prestações, isto é, o dinheiro não entrou no caixa do governo, mas seu valor total foi incluído, enganosamente, nos resultados divulgados pelo governo. Todavia, omite o autor os ganhos obtidos com as privatizações como aumento da competitividade das empresas que estavam sucateadas, legitimadas pelas intervenções do Poder Judiciário nas ações que questionaram o Programa Nacional de Desestatização, aprovação do Tribunal de Contas da União e chancela do Congresso Nacional por meio das legislações correspondentes.

Essa é a questão relevante e essencial para a compreensão do significado das privatizações na área prisional. É inegável que o tema divide especialistas, com destaque para o fato de que os que são contrários às privatizações não expressaram o mesmo entusiasmo das autoridades administrativas. Denunciaram a política de subvalorização do patrimônio público com o objetivo de garantir um rápido processo de privatizações.²²

Há de se questionar, então, se o custo com a construção, a reforma e a manutenção dos prédios públicos, em que funcionam os presídios brasileiros, deve ser arcado somente pelo Poder Público ou se seria mais eficiente sua composição com a iniciativa privada, seja no regime de parceria público-privada²³, terceirização ou mesmo privatização.

Esclarecedoras são as lições de Pinheiro e Giambiagi²⁴ a respeito das privatizações ao mostrar que, no início dos anos 1990, o programa de privatizações teve pouco impacto no orçamento do governo federal e, na prática, as privatizações foram usadas mais para destacar um compromisso com reformas liberalizantes do que para diminuir o déficit público ou aumentar a eficiência das estatais.

É importante sublinhar que há duas formas de administração não estatal dos estabelecimentos penais: a terceirização e a privatização. A terceirização prisional é uma forma de cogestão dos estabelecimentos penais por meio da parceria entre os setores público e privado, a fim de otimizar a prestação dos serviços penitenciários. Maria Sylvia Di Pietro²⁵ concebe a terceirização como “a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiros para o desempenho de atividade-meio”. Com efeito, não há um momento determinado que possa ser apontado como aquele em que teve origem a terceirização prisional, mas é possível afirmar que esse tipo de administração dos presídios foi criado para afastar do controle estatal a responsabilidade pela execução de atividades secundárias na estrutura administrativa. Permitiu-se, então, que o Estado ficasse livre para executar sua atividade-fim. Dessa forma, surge o compartilhamento da gestão, aplicado, em seguida, ao sistema carcerário.

No que diz respeito à privatização, têm ocorrido sucessivos estudos e debates sobre essa forma de ges-

20 AVELÃS NUNES, António José. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 409-476, jul./dez. 2011.

21 BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Geração, 2014.

22 ANDREWS, Christina W.; KOUZMIN, Alexander. O discurso da nova administração pública. *Lua Nova*, n. 45, p. 97-129, 1998.

23 No Brasil, o Complexo Prisional de Ribeirão das Neves é administrado por meio de PPP, no município de mesmo nome, no estado de Minas Gerais, o qual iniciou suas operações em janeiro de 2013.

24 PINHEIRO, A. C.; GIAMBIAGI, F. Brazilian Privatization in the 1990s. *World Development*, v. 22, n. 5, p. 737-753, 1994.

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 187.

tão das prisões, tema que, no plano teórico, está sujeito a controvérsias com amplo repertório de posições conflitantes, enquanto, na prática, vários países já ousam submeter a prova a inspiração desse novo modelo de execução penal, o qual envolve a administração profissional de instituições privadas.

Também é preciso deixar claro que a ideia não é nova. O antecedente mais remoto de prisão privada encontra-se na reação exercida pelo sentimento de justiça, quando, nas tribos primitivas da humanidade, o rival ou inimigo era preso em árvores, fossas, cavernas, torres, túmulos e troncos.

É importante mencionar que há, basicamente, dois modelos em que o setor privado participa da administração prisional: o francês e o americano²⁶. De acordo com o modelo francês de prisão privada floresceu a partir de 1985, embora os debates sobre o assunto tenham ganhado força desde 1976. Há de se destacar que o fato de existir estabelecimentos penais para recolhimento de classes diferentes de presos, ou seja, presos do setor público e presos do setor privado, não ofende o princípio de igualdade perante a lei, tampouco conflita com os princípios que regem o processo de individualização do tratamento penal, sobretudo no Direito Penal moderno. O que se quer enfatizar é que não há que se falar em sistema de penas fixas para todos os tipos de criminosos.

Não há que se confundir privatização de presídios com o modelo Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), forma de administração humanizada com participação da comunidade na execução da pena e na ressocialização do condenado, entidade civil fundada em 1972. Como salientado por Grecianny Cordeiro²⁷, o modelo apaqueano e o terceirizado são elementos completamente distintas, tratando-se a APAC de entidade representante da sociedade civil, movida por fins religiosos, sem qualquer fim lucrativo, diferentemente do que ocorre em relação às empresas administradoras de presídios, cuja finalidade precípua é o lucro.

Essa é a questão relevante e essencial para compreensão da privatização dos presídios no Direito Comparado. A Constituição da França, por exemplo, define a competência do Legislativo para estabelecer as normas necessárias para conferir celeridade à execução da pena, dentro de um sistema de administração compartilhada de estabelecimento penal construído com recursos privados, fórmula diferente da que é adotada no Brasil no que diz respeito à origem dos recursos destinados à construção dos presídios.

Nos Estados Unidos, 22 estados adotam prisões privadas, nas quais a própria iniciativa privada é responsável pela manutenção dos presos; cabe ao Estado o pagamento das despesas correspondentes por meio de contrato com o particular.

Vale destacar sobre a matéria a posição da Suprema Corte dos Estados Unidos por meio da Súmula nº 1.981: “Não há obstáculo constitucional para impedir a implantação de prisões privadas, cabendo a cada Estado avaliar as vantagens advindas dessas experiências, em termos de qualidade e segurança, nos domínios da execução penal”.

Ao analisar as prisões privadas na Inglaterra medieval, Laurindo Minhoto²⁸ destaca que essas prisões eram concebidas como instituições autossuficientes do ponto de vista econômico, pertenciam, em tese, ao rei, porém, não havia nenhuma previsão orçamentária para atender às despesas com sua administração. Interessante observação é feita em relação aos administradores que recebiam salários semanais, usualmente do xerife do Condado, porém, muito mais significativos eram os rendimentos obtidos a partir da cobrança de taxas, as mais variadas, dos prisioneiros²⁹. O sistema de taxas era oficialmente reconhecido como a con-

26 Marcello de Araújo Júnior menciona o sistema de arrendamento, em que o particular edifica a penitenciária e posteriormente a aluga ao Estado, que, após determinado período de tempo, passa a ter a propriedade do imóvel. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello (Coord.). *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 109.

27 CORDEIRO, Grecianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2014.

28 MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

29 BORNA, S. Free enterprise goes to prison. *The British Journal of Criminology*, p. 321-334, 1986.

tribuição do prisioneiro para o custo de manutenção do estabelecimento. Na esteira do que afirma Laurindo Minhoto³⁰, resta claro que os clientes atuais do sistema prisional são os novos “sujeitos monetários sem dinheiro,”³¹ descartados da nova ordem econômica internacional.

Essa indução à privatização deve, na verdade, considerar, antes de tudo, a necessidade de mudança na forma de gestão do Estado. A questão não é simplesmente estatizar ou privatizar, mas perquirir a determinação do Estado em sanear adequadamente e racionalizar a Administração Pública. De fato, é preciso, sim, pensar a redefinição do Estado na economia do país. De acordo com o entendimento de Gregório Iriarte³², não há exemplos de *estatismo antiprivatista* ou de *privatismo antiestatizante* que tenha gerado economias poderosas. O Japão, a Alemanha, a França e a Suécia são todos exemplos de Estados que intervêm na economia ao apoiar, orientar e incentivar a iniciativa particular.

5. A CONCEPÇÃO DE *ESTADO MÍNIMO* E SUA RELAÇÃO COM A QUESTÃO PRISIONAL

Em plano não completamente distinto da economia, localizam-se as concepções políticas e ideológicas que convergem em torno do conceito de *Estado Mínimo* na área do Direito Penal e da Execução Penal. Convém destacar, naturalmente, que a ideia de *Estado Mínimo* aparece para refutar a ideia de Estado de Bem-Estar, garantidor³³ dos direitos básicos do cidadão, não como ação meramente assistencialista, caridosa, mas como direito político. Contra essa concepção, Hayek e Friedman defendiam que o Estado não deveria impor-se pela autoridade, muito menos ter funções patriarcais tendentes a ocultar os excessos praticados, disfarçados de proteção.

Elaine de Carvalho³⁴ lembra que, para Hayek, mais especificamente, uma das funções principais do *Estado (Mínimo)* seria auxiliar na difusão de conhecimentos e informações, a fim de permitir maior mobilidade econômica, sem haver centralização de decisões, de modo contrário ao planejamento por parte do Estado. Para Manoel Malaguti³⁵, a esse *Estado (Mínimo)* restaria zelar pelo bom funcionamento do mercado: garantir a ordem e elaborar leis de proteção à propriedade privada e de proteção à liberdade de expressão, à manutenção dos cárceres e à defesa das fronteiras.

Em outras palavras, a intervenção do Estado deveria ocorrer somente nos casos em que fosse necessário regular e dar estabilidade às situações de mercado em que a livre concorrência estivesse ameaçada. Daqui se infere, necessariamente, que o intervencionismo estatal teria plena correspondência em esferas ou ramos de atividades consideradas desestimulantes para a iniciativa privada, além de impulsionar setores essenciais da administração pública, incluída aí a gestão dos presídios, objeto deste artigo. Trata-se de visão estratégica do empreendedorismo.

Ao defender a ideia de que o Estado não pode e não deve executar, diretamente, uma série de tarefas, e

30 MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 196.

31 Expressão cunhada por R. Kurz nos seguintes termos: “a maioria da população mundial já consiste hoje de sujeitos monetários sem dinheiro, pessoas que não se encaixam em nenhuma forma de organização social, nem na pré-capitalista, nem na capitalista, e muito menos na pós-capitalista, sendo forçadas a viver num leprosário social que já compreende a maior parte do planeta”. KURZ, R. *O colapso da modernização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 195.

32 IRIARTE, Gregório. *Neoliberalismo, sim ou não?* São Paulo: Paulinas, 1995.

33 Avelãs Nunes define Estado garantidor, por um lado, como Estado “desconstrutor” de serviços encarregados de prestações essenciais do cidadão, e, por outro lado, como Estado “fiador” e “controlador” de prestações dos serviços de interesse geral por parte de entidades privadas. AVELÃS NUNES, António José. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 409-476, jul./dez. 2011.

34 CARVALHO, Elaine. *Hayek e Friedman e as origens do neoliberalismo*. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/planet/anpuhes/ensaio>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

35 MALAGUTI, Manoel L. Smith e Hayek, irmanados na defesa das regras do jogo. In: MALAGUTI, Manoel L.; CARCANHOLO, Reinaldo; CARCANHOLO, Marcelo D. (Org.). *Neoliberalismo: a tragédia do nosso tempo*. São Paulo: Cortez, 1998.

de que é preciso, também, redefinir o seu papel, Daiane Nogueira de Lira³⁶ reconhece, no aparelho estatal, quatro setores que são de fundamental importância, cada um com suas peculiaridades, formas diferenciadas de gestão e de propriedade. O primeiro é o núcleo estratégico, setor que define as leis e as políticas públicas e cobra o seu cumprimento. O segundo são as atividades exclusivas, o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar, como o poder de regular, de fiscalizar e de fomentar. O terceiro são os serviços não exclusivos ou competitivos, setor que o Estado atua, simultaneamente, com outras organizações públicas não estatais e privadas, como os serviços sociais e científicos. O quarto, a produção de bens e serviços para o mercado, isto é, a área de atuação das empresas que desenvolvem atividades econômicas voltadas para o lucro e que, ainda, permanecem no aparelho do Estado.

Do mesmo modo, questionado a mostrar com mais detalhes as funções de seu *Estado Mínimo*, Milton Friedman³⁷ delinea sua concepção sobre o não intervencionismo: um governo que mantenha a lei e a ordem; defina os direitos de propriedades; sirva de meio para a modificação dos direitos de propriedade e de outras regras do jogo econômico; julgue disputas sobre a interpretação das regras; reforce contratos e promova a competição.

Ao fazer contraponto às ideias de Hayek e Friedman, Joseph Stiglitz,³⁸ professor de economia (licenciado) na Universidade Stanford, um dos críticos dos pensamentos e políticas neoliberais, questionado sobre as políticas de privatização, tão festejadas ultimamente, explicita seus pressupostos sobre quando, como e o que privatizar, nesse sentido aponta para a existência de questões decisivas a serem tratadas em relação à privatização, que dizem respeito à sua abrangência e medidas que devem ser tomadas.

Nesse viés, mesmo quando a privatização aumenta a eficiência produtiva, pode haver problemas para garantir que se cumpram os objetivos públicos mais gerais, que não são refletidos claramente nos preços de mercado. Continua seu pensamento se posiciona a favor da privatização dos presídios, dos serviços sociais, por exemplo. Porém, questiona, qual deve ser a abrangência da privatização. Pode-se introduzir mais atividade do setor privado dentro das atividades públicas, por exemplo, por meio de terceirização ou mecanismos de incentivos como leilões? Esses métodos são ou não, alternativa eficiente à privatização? Joseph Stiglitz assevera que essas questões não foram enfrentadas pelo Consenso de Washington, em razão da ênfase exclusiva na privatização.

Evidentemente, o neoliberalismo, em seu aspecto econômico, defende a livre concorrência. Daí a aversão ao sistema socialista e ao intervencionismo de certos governos. Uma frase é repetida à exaustão: mais mercado, menos Estado, uma vez que este é avaliado como corrupto, ineficiente, gastador.³⁹ Já a visão de capitalismo de Eugênio Gudin⁴⁰ contempla os princípios da política estatal neoliberal com o policiamento do sistema, contexto em que transparece sua noção de *Estado Mínimo*. Como ele mesmo disse, não se trata de reprodução dos princípios dos clássicos da economia política, mas é de mesma inspiração, realizada somente uma atualização do conceito, em função das necessidades do século XX. Ir além desse receituário é romper com o liberalismo e, conseqüentemente — segundo sua visão —, com o capitalismo e a democracia.

Por sua vez, Martin Carnoy,⁴¹ ao discutir a relação entre Estado e postura liberal no século XX, esclarece alguns pontos sobre a atualização da concepção *smithiana* ‘adaptada’ ao novo contexto do capitalismo de monopólios, ao afirmar que o Estado deveria ser a expressão perfeita das vontades dos homens, no sentido de trabalhar somente para investir naquelas mercadorias e serviços que o sistema da livre empresa acha não

36 LIRA, Daiane Nogueira de. Políticas públicas para a infância e juventude: uma análise a partir da reforma estatal dos anos 90. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 225-257, jul./dez. 2011.

37 FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

38 STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Tradução: Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

39 RAMOS, Roberto; BIZ, Osvaldo. *O âncora e o neoliberalismo: a privatização do sentido*. Porto Alegre: Evangraf, 2007.

40 Analisado pela pesquisadora Angélica Borges, por meio da obra de sua autoria: *Eugênio Gudin: capitalismo e neoliberalismo*. São Paulo: EDUC, 1996.

41 CARNOY, M. *Estado e teoria política*. Campinas: Papirus, 1986.

lucrativos, além das demandas públicas (defesa, rodovias e algumas formas de educação, por exemplo), e impor as leis. Como aquisição da Depressão pós-1929, sentencia que o melhor Estado é o menor Estado.

É nesse contexto de antagonismo às ideias neoliberais que Noam Chomsky,⁴² conhecido pelos críticos como um socialista libertário que se destacou na década de 1990 por ser o principal crítico do mercado livre, ao defender que o caráter liberal do capitalismo é estruturalmente falho e moralmente maléfico, afirma que o neoliberalismo é a causa da progressão de desigualdades socioeconômicas, catastróficos e irreversíveis desastres ecológicos, instabilidade econômica global e aumento da concentração de riqueza, e alerta para o fato de que se deve avaliar com cautela as doutrinas que dominam o discurso intelectual.

Interessa a esta pesquisa, particularmente, examinar a questão do *Estado Mínimo* no âmbito penal. É nessa perspectiva que Michel Foucault⁴³ certifica que a lógica do liberalismo clássico, e com mais vigor do neoliberalismo, é o *Estado Mínimo*, racionalmente econômico, com um governo que atua sempre baseado em interesse, e no âmbito penal isso se reproduz por meio de um cálculo de utilidade que busca um sistema penal com o custo mais baixo possível para o Estado.

Portanto, é conveniente lembrar que, no caso do Brasil, cujo modelo político-econômico apresenta características neoliberais, o sistema prisional não escaparia a seus influxos, quer pelos custos exorbitantes do encarceramento,⁴⁴ quer pela indústria que lhe é adjacente, que movimenta e faz circular bens e serviços ao injetar milhões de reais na economia.

6. QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE PRIVATIZAÇÃO QUE NÃO FORAM TRATADAS PELO CONSENSO DE WASHINGTON

Particularmente significativo quanto à divulgação do neoliberalismo nos países subdesenvolvidos, o conjunto de recomendações do Consenso de Washington frustrou, de certo modo, as expectativas da comunidade internacional. De fato, criado para fomentar a política de privatizações com vistas à redução da participação do Estado na economia e a promoção do ajustamento macroeconômico, o Encontro ocorrido na capital norte-americana verdadeiramente não atingiu seu propósito original: desvencilhar-se da concepção de abertura econômica e comercial. Tampouco alcançou seu objetivo principal, fincado no equilíbrio entre aceleração do desenvolvimento e equidade na distribuição de renda, a par de todas as premissas que utilizou e das ferramentas que forneceu para a criação da cartilha neoliberal. De fato, as desigualdades sociais se agravaram com a globalização neoliberal; a concentração de riquezas e a exclusão social atingiram proporções escandalosas⁴⁵.

Em primeiro lugar, parece incontestável que a opção pela desestatização com prevalência sobre a competição não pode ser interpretada como aspecto negativo das conclusões do Consenso de Washington, sobretudo pela manifesta ineficiência de empresas estatais e crescimento dos déficits fiscais dos governos na

42 CHOMSKY, Noam. O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e Ordem Global. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 439-458, jul./dez. 2011.

43 FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: M. Fontes, 2008.

44 O custo do encarceramento no Brasil é um dos mais altos do mundo. Estima-se que o custo médio mensal do preso nos presídios brasileiros gira em torno de R\$ 2.000,00, a variar de acordo com o tipo de gestão, se pública ou privada, por meio do sistema de terceirização ou em parceria público-privada. Já o custo mensal aproximado do preso em penitenciária federal é cerca de R\$ 2.600,00 de acordo com informações fornecidas pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.

45 Segundo Manuel Castells, é característica do capitalismo informacional, baseado na desregulamentação do mercado e na insuficiência de políticas de integração social, “a aceleração do processo de desenvolvimento desigual e a inclusão e exclusão simultânea das pessoas no processo de crescimento”, o que se traduz “na polarização, bem como na propagação da miséria entre um contingente cada vez maior de pessoas”. CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v. 3. p. 106.

época. O ponto controverso do Encontro, nesse particular, cingiu-se à velocidade com que se desenvolveu o processo de privatizações, especialmente no Leste Europeu. Nessa linha de intelecção, a discussão girava em torno do assentamento prévio de uma estrutura jurídica ou a privatização imediata na esteira das reformas.

Daqui se infere necessariamente que a questão fundamental e decisiva quanto à privatização está relacionada com a realização ou não dos princípios da eficiência e da igualdade, o que, de forma mais clara, implica definir se a eficiência é resultado da competição e qual a relação entre os monopólios privados e a alta de preços. Dessa forma, a indução à privatização após o Consenso de Washington deve, ainda, considerar a possibilidade de dar tratamento a certos monopólios privados com instrumentos eficazes da política econômica. Os leilões e a regulação, nesse caso, são fundamentais para preservação do processo de privatização.

Nesse sentido o que precisa ser enfatizado é a absoluta ausência de propósito de se sujeitar à administração estatal, setores nos quais já ficou demonstrada a ineficiência da gestão pública, a exemplo do setor siderúrgico. Incompetente para enquadrar-se no mercado competitivo, o governo é praticamente alijado do processo.

Diante desse cenário, é importante salientar que a discussão sobre questões respeitantes a matérias que não foram examinadas pelo Consenso de Washington, e que se relacionam com a busca de um Estado mínimo que não interfira em temas que devam ser tratados e executados pela iniciativa privada, esteja alicerçada na noção de que a intervenção estatal só se justifica em situações em que o mercado não seja mais eficiente. Assim, observa-se que as interrogações aduzidas por Joseph Stiglitz na entrevista referenciada impõem sua análise sob a ótica do Direito e da Economia, fortalecendo a necessidade do exercício da interdisciplinaridade no desenvolvimento deste trabalho.

Nessa perspectiva, é possível fazer réplica aos questionamentos de Joseph Stiglitz com o convencimento de que a resposta à provocação quanto à manutenção da estatização ou à decisão pela privatização dos presídios é no sentido de que a desestatização apresenta-se como a melhor alternativa à eterna crise do sistema prisional, com amparo nos argumentos desenvolvidos neste trabalho. No que concerne à privatização dos serviços sociais, merece ser destacada, em primeiro lugar, a decisão do Supremo Tribunal Federal⁴⁶ no sentido de que a execução de serviços sociais considerados essenciais pode ser feita por meio de convênios com organizações sociais, devendo ser salientado que a maioria dos ministros entendeu que a execução de serviços públicos como saúde, ensino, pesquisa, cultura e preservação do meio ambiente não é de exclusiva responsabilidade do Estado, desde que sejam obedecidos os critérios de fiscalização previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que determina obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O Plenário seguiu o voto do ministro Luiz Fux, com o argumento de que a decisão do que pode ou não ser delegado a organizações sociais é do Congresso, obedecido o ‘princípio democrático’. Disso se extrai que a entrega de serviços sociais a entidades privadas abre caminho para o estabelecimento de uma nova concepção sobre ‘serviços públicos’, malgrado não se tratar de privatização propriamente dita, em função de não se reconhecer as ‘organizações sociais’ como entidades com fins lucrativos, argumento que contraria fundamentação de voto vencido que nominou a delegação outorgada pelo Supremo de ‘privatização indevida’. Note-se que a decisão em comento corrige anacronismo até então vigente, cujo entendimento condicionava a execução de um serviço público somente pela Administração Pública, mesmo que combatida.

Outro fato questionado por Joseph Stiglitz que merece reflexão é quanto à possibilidade de privatização do enriquecimento do urânio. Questão controvertida e literalmente explosiva. Implica análise percuciente sobre o assunto. Deve-se consignar, de início, que o tema precisa ser examinado sob a ótica da

46 A decisão por 7 votos a 2 foi tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade que tramita desde 1998, intentada pelo PT e pelo PDT, com o argumento pela inconstitucionalidade da Lei nº 9.637, editada em 1998, que qualificava entidades privadas como ‘organizações sociais’ e buscava a redução do Estado, conforme a cartilha neoliberal, e que afirma serem inconstitucionais os artigos da Lei de Organizações Sociais que autorizam o Estado a ‘privatizar’ os serviços públicos.

possibilidade de flexibilização do monopólio do urânio, previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 177, V), com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006⁴⁷. Em síntese reduzida, reproduz-se escorço histórico dessa exclusividade debatida no VII Simpósio Brasileiro de Exploração Mineral⁴⁸, desde sua criação pela Lei n. 4.118 de 1962 até sua validação pela Constituição em vigor. Especial destaque deve ser dado à Lei nº 6.189 de 1974, que limitou a participação de empresas privadas, depois alterada pela Lei nº 7.781 de 1989. Evidentemente, em conformidade com as conclusões daquele Simpósio, a ideia de quebra do monopólio do urânio está atrelada à conscientização dos benefícios que a energia nuclear pode trazer, inclusive com relação à redução do efeito estufa.

Mais um traço interessante em comum com a questão aludida é suscitado pelo presidente das Indústrias Nucleares do Brasil – INB, ao revelar que o país começa a atrair a atenção de empresas privadas estrangeiras que querem atuar aqui nas atividades de mineração e beneficiamento de urânio, considerando que o mercado mundial de urânio movimenta cerca de US\$ 20 bilhões por ano e essas corporações, também, têm interesse, nem sempre declarado, em dar segurança energética aos países centrais através da exportação do minério de países produtores com grande estabilidade política, como é o caso do Brasil, ressaltando que as reservas nacionais desse minério são muito significativas — uma vez que se trata da sétima nação do mundo no que concerne ao minério já localizado em solo nacional. De fato, a exportação do concentrado, sem a agregação de valor, seria uma forma inadequada de utilização das reservas nacionais, que constituem patrimônio estratégico do país. O artigo mencionado traz fatos interessantes e essenciais para compreensão da estratégia nacional ao setor, como o reconhecimento de que o desenvolvimento do processo de enriquecimento isotópico de urânio é uma das maiores conquistas tecnológicas do país; além do Brasil, apenas dez países do mundo detêm tecnologias de enriquecimento de urânio: Alemanha, China, Estados Unidos, França, Holanda, Índia, Irã, Japão, Paquistão e Reino Unido, e nenhum desses países vende ou transfere esses conhecimentos⁴⁹.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se neste artigo dos modelos de gestão e suas respectivas concepções conservadoras e neoliberais. Foi possível conhecer o centralismo e o estruturalismo da administração pública e a transição da administração burocrática clássica para a administração gerencial moderna. A problematização do objeto levou em consideração a necessidade de se redefinir a posição do Estado na economia diante do avanço da política de privatização de presídios no Brasil.

É lição clássica do Direito estabelecer a ponderação adequada em busca da aproximação da realidade jurídica com a realidade social. Todavia, nesse contexto, pode-se imaginar que o fosso existente entre as formas de administração pública e a eficiência no trato da coisa pública faz com que o Estado permaneça mergulhado no retrocesso administrativo de sérias consequências para o país, muito embora queira se en-

47 Dentro da mesma temática, há de se registrar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 53/2014, que quebra o monopólio estatal sobre os minerais e minérios nucleares, apresentada pela Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI). Sobre o assunto, recomenda-se consultar a Agência Senado. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/25/pec-quebra-monopolio-estatal-sobre-minerios-nucleares>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

48 Flexibilização do Monopólio do Urânio. John M Albuquerque Forman. J Forman Consultoria. VII Simpósio Brasileiro de Exploração Mineral. Disponível em: <<http://www.adimb.com.br/simexmin2016/palestra/teatroouopreto.pdf>> Acesso em: 7 dez. 2017.

49 Aquilino Senra (presidente das Indústrias Nucleares do Brasil – INB). Fonte: O Globo (artigo publicado no dia 28 de abril de 2014). Disponível em: <<http://www.aben.com.br/noticias/motivos-para-o-monopolio-do-uranio>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

tronizar a importância sociopolítica da gestão, sem desconsiderar a dimensão institucional-administrativa, tampouco a dimensão econômico-financeira.

Observa-se que a fragilização das empresas estatais no Brasil passou por um processo gradual em que a ingerência do governo travou a economia, com apoio em aspectos ideológicos, apelos emocionais e nacionalismos exagerados. O equívoco governamental comprometeu a gestão pública ao desprezar a concorrência, negar incentivo à livre iniciativa e permanecer inerte em reconhecer que nenhuma vantagem há em manter empresas estatais deficitárias sem capacidade de investimentos. Com efeito, é necessário preservar as estatais estratégicas, mas é fundamental liberar o Estado para a agenda social, ou seja, o Estado deve fazer menos e fazer melhor. Porém, para tornar a transferência de empresas estatais atrativas para o setor privado, livrando-as das ingerências políticas, dos desmandos e da corrupção, exige-se a criação de agências reguladoras eficientes, reestruturação e redução do endividamento de longo prazo.

Procurou-se analisar edificações paradigmáticas da gestão dentro de um processo dialético com o neoliberalismo, ao buscar novos formatos institucionais e administrativos para o enfrentamento dos entraves burocráticos próprios da administração pública, com especial atenção às referências teóricas e metodológicas que procuram explicar a crise do Estado. Buscou-se, ainda, chamar a atenção para o fato de que a concepção de Estado mínimo transpõe a ação de privatizar, distinção relevante no exame do modelo de gestão que se pretende no Brasil. As reflexões contidas neste artigo também tentaram demonstrar que os paradoxos verificados na administração prisional brasileira são reflexos fidedignos da desordem que impera na Administração Pública federal e na dos estados.

A desconfiança com que usualmente foi tratada a participação do setor privado na Administração Pública brasileira afetou, sobremaneira, a definição do papel do Estado na economia, sem considerar a dinâmica das transformações pelas quais passou o sistema de gerenciamento público, especialmente a gestão prisional que enfrenta o estigma referido de que o sistema capitalista neoliberal tem uma alta capacidade para produzir marginalidade, o que na ótica da segregação acaba por gerar massificação do aprisionamento e custos elevados não suportados pelo Estado. Isso ensejou o deslocamento da custódia de pessoas presas para a iniciativa privada. Há, na verdade, prestação de serviços públicos de péssima qualidade à população, que resiste a pagar à iniciativa privada pela execução de serviços essenciais, sem cogitar, da máxima de Friedman, segundo a qual não existe almoço grátis, pois alguém está pagando por ele, direta ou indiretamente.

Vale frisar, também, que segurança pública não constitui monopólio do Estado. Nessa pauta, evidenciou-se o modelo da parceria público-privada (PPP), colocado em prática no Brasil em 2005, com participação efetiva da iniciativa privada no sistema prisional, ao desafiar a gestão estatal a aferir sua eficiência no setor, independentemente das amarras ideológicas.

Na medida em que se estabelece a responsabilidade das empresas e dos órgãos da Administração Pública em contrato, com rigoroso processo de fiscalização, existem boas razões para acreditar na eficiência da execução das atividades desenvolvidas nos estabelecimentos penais, passíveis de delegação ao particular, tais como serviços técnicos e assistenciais nas áreas jurídica, psicológica, social, médica, psiquiátrica, odontológica, pedagógica, ocupacional, esportiva, alimentícia, de segurança interna, de administração e, especialmente, de treinamento.

À guisa de conclusão, é possível mesmo tomar esse ponto de vista como a medida exata para definir posição clara a respeito do fracasso do modelo de gestão estatal dos presídios brasileiros. É lícito afirmar que a letargia em inovar na gestão penitenciária do Brasil recrudescer a crise carcerária e realçou os equívocos do planejamento estratégico no setor. O argumento utilizado para orientar a criação e a implantação de uma política criminal e penitenciária com foco na gestão prisional terceirizada ou privatizada, inspirada em modelos utilizados nos Estados Unidos e na França, expressa, de fato, as necessidades do sistema penitenciário brasileiro.

Com efeito, é também possível redarguir à provocação inicial entre estatizar ou privatizar: ousa-se inclinar-se pela desestatização, que diminui a presença do Estado em área tão sensível como é o sistema prisio-

nal. Opiniões equivocadas e pouco racionais são as verdadeiras qualificações que podem ser atribuídas aos entendimentos sobre a privatização de presídios, seja pela ótica tradicional ou pela ótica neoliberal.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, P. “Balanço do Neoliberalismo”. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Ed.) *Pós-Neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1995. p. 9-23.
- ANDREWS, Christina W.; KOUZMIN, Alexander. O discurso da nova administração pública. *Lua Nova*, n. 45, p. 97-129, 1998.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello (Coord.). *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AVELÃS NUNES, António José. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 409-476, jul./dez. 2011.
- BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Geração, 2014.
- BORGES, Maria Angélica. *Eugênio Gudin: capitalismo e neoliberalismo*. São Paulo: EDUC, 1996.
- BRESSER-PEREIRA, L. C. *A Reforma do Estado nos Anos 1990. Lógica e Mecanismos de Controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. Trabalho apresentado na segunda reunião do círculo de Montevideu, Barcelona, 25-26 abril.
- BRESSER-PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 120, n. 1, 1996.
- BRIGHENTE, Liliam Ferraresi. Resenha da obra “Estado e economia no capitalismo”, de Adam Pzeworsky. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 245-259, jan./jun. 2011.
- CARNOY, M. *Estado e teoria política*. Campinas: Papyrus, 1986.
- CARVALHO, Elaine. *Hayek e Friedman e as origens do neoliberalismo*. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/planet/anpuhes/ensaio>>. Acesso em: 3 jul. 2017.
- CARVALHO, Ney. *A guerra das privatizações*. São Paulo: Cultura, 2009.
- CHOMSKY, Noam. O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e Ordem Global. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 439-458, jul./dez. 2011.
- COELHO, Daniella Mello. *Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii>>. Acesso em: 28 jun. 2017.
- CORDEIRO, Grecianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: M. Fontes, 2008.
- FREITAS JÚNIOR, Luiz Romeu de. *Modelos de gestão na administração pública: influência dos gestores na aplicação dos modelos de administração*. Disponível em: <<https://www.admpg.com.br/2015>>. Acesso em 3 jun. 2017.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Liberdade de Escolher: o novo Liberalismo Econômico*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Record, 1980. p. 152.
- GONÇALVES, Marcos Augusto. *Neoliberalismo em choque: o pós-Consenso de Washington*. Caderno Mais!

- 12 jun. 1998. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs12079804.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2017.
- HAMILKO, Adeilton. *Ética da Administração Pública*. Disponível em: <<http://imap.curitiba.pr.gov.br/files/imap>>. Acesso em: 28 jun. 2017.
- HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987.
- IRIARTE, Gregório. *Neoliberalismo, sim ou não?* São Paulo: Paulinas, 1995.
- KURZ, R. *O colapso da modernização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- LIRA, Daiane Nogueira de. Políticas públicas para a infância e juventude: uma análise a partir da reforma estatal dos anos 90. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 225-257, jul./dez. 2011.
- MALAGUTI, Manoel L. Smith e Hayek, irmandados na defesa das regras do jogo. In: MALAGUTI, Manoel L.; CARCANHOLO, Reinaldo; CARCANHOLO, Marcelo D. (Org.). *Neoliberalismo: a tragédia do nosso tempo*. São Paulo: Cortez, 1998.
- MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MORAES, R. C. *Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai*. São Paulo: SENAC, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração Pública gerencial*. Disponível em: <<http://www.camararj.gov.br/setores/proc/revistaproc>>. Acesso em: 28 jun. 2017.
- PINHEIRO, A. C.; GIAMBIAGI, F. Brazilian Privatization in the 1990s. *World Development*, v. 22, n. 5, 1994, p. 737-753.
- PZREWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Argelina C. Figueiredo e Pedro P. Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. p. 35.
- RAMOS, Roberto; BIZ, Osvaldo. *O âncora e o neoliberalismo: a privatização do sentido*. Porto Alegre: Evangraf, 2007.
- SANTOS, Alba Conceição Marquez. *A administração pública gerencial*. Disponível em: <www.seplag.rs.gov.br/uploads>. Acesso em 28 jun. 2017.
- SELZNICK, Philip. *American Sociological Review*. v. 13, Issue 1, Feb., 1948, 25-35. Disponível em <<https://www2.bc.edu/jonescq/mb851/1948.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2017.
- SILVA, José Adaumir Arruda da. *Privatização de presídios: uma ressocialização perversa*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Tradução: Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- VASCONCELOS Flávio Carvalho de. *Racionalidade, autoridade e burocracia: as bases da definição de um tipo organizacional pósburocrático*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index>>. Acesso em: 4 jun. 2017.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB, 2004.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

La necesidad de investigar la prisión (desde afuera y desde adentro) para transformarla. Sobre unas modestas experiencias en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires

The necessity of prison studies (from within and outside) to change it. Some modest experiences in University of Buenos Aires

Gabriel Ignacio Anitua

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

La necesidad de investigar la prisión (desde afuera y desde adentro) para transformarla. Sobre unas modestas experiencias en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires*

The necessity of prison studies (from within and outside) to change it. Some modest experiences in University of Buenos Aires

Gabriel Ignacio Anitua**

RESUMEN

Se pretende destacar la importancia de las investigaciones sobre el campo de la prisión, que no casualmente es reacio a ser visibilizado. Se asume el compromiso político de esa investigación, necesaria para la transformación como se demuestra con la asunción de la realidad por la jurisprudencia. Se comentan dos investigaciones realizadas por el autor en la Universidad de Buenos Aires.

Palabras clave: Prisión. Investigaciones. Sobrepoblación penitenciaria. Jurisprudencia realista. Visibilización.

ABSTRACT

The purpose is remark the importance of investigations on the prison field, which is not accidentally reluctant to be seen. It is obvious the political commitment of that research, necessary for the transformation as demonstrated by the assumption of reality by the jurisprudence. Two researches made by the author at the University of Buenos Aires are commented here.

Keywords: Prison. Research. Mass incarceration. Realistic jurisprudence. Visibility.

1. UN CASTIGO LEGAL REACIO A SER INVESTIGADO

Nos parece fundamental, y aquí vamos a insistir en la necesidad de, realizar investigaciones sobre esa herramienta punitiva que ha recurrido, desde hace doscientos años, a la privación de la libertad como casi sinónimo del castigo legal.

Destacamos esa historicidad para dar cuenta de la no naturalidad de esa forma material del castigo, así como para señalar algunos de los problemas que asumimos conlleva la prisión desde su origen. No deja de ser paradójico que la aparición de la pena privativa de la libertad coincide con el momento

* Artículo convidado

** Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, Master “Sistema penal y problemas sociales” de la Universidad de Barcelona, Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal en la Universidad del País Vasco, Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Licenciado en Sociología por la misma Universidad. Becario pre-doctoral del Gobierno Vasco, en la UPV de San Sebastián (1997-1999), y post-doctoral de la Fundación Humboldt, en la Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt (2004-2005). Trabaja como Profesor titular de Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad Nacional de José C. Paz y como adjunto regular en el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires, y del posgrado en esa misma Universidad, entre otras. Actualmente, también como Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires. Email: ganitua@derecho.uba.ar

en que la libertad se convierte en bien fundamental, incluso supremo si asociamos, tal como lo hiciera por ejemplo Kant, la idea de libertad con la de la autonomía y la dignidad humana. Más que paradójico, se ha pretendido ver en ello una suerte de explicación. Por ejemplo, Elías Neuman señaló que “La ideología del individualismo liberal que destaca a la persona humana por la misma virtualidad de ser y que proyecta los postulados de igualdad, fraternidad y libertad, tuvo una concreta y definitiva influencia en las ciencias penales. ... El reconocimiento jurídico-social de la libertad permitiría recién, en sentido estricto, hablar de la sanción penal que la restringe o la limita”¹.

En todo caso, aun restringiendo el concepto de libertad a su concreción práctica de la libertad ambulatoria, y atendiendo más a las circunstancias materiales que a las de los pensamientos legitimadores o limitadores, lo cierto es que cuando resultan necesarias algunas libertades de paso para personas y mercaderías, también se descubre la posibilidad de que algunas personas se vean precisamente privadas de esas capacidades, con evidentes y diversas finalidades políticas y económicas. Pero en cantidades que ya no respondiesen a necesidades biológico-económicas, pues como nos señalan Rusche Y Kirchheimer², ese momento también es el fin del de las casas de corrección. En todo caso, con indudable finalidad simbólica y también una nueva materialidad. Como dijese Foucault: “las Luces que descubrieron las libertades, también inventaron las disciplinas”³.

Por otro lado, la materialidad del castigo no se limitó entonces a la mera privación de la libertad ambulatoria, y en verdad nunca dejó de ser un tipo de pena corporal (similar en parte a sus precedentes como las penas de galeras, minas o fortines)⁴.

El bien jurídico “libertad” en la práctica va a estar relacionado con los otros bienes y derechos, y eso se verifica cada vez en mayor medida. Pero para poder afirmar ello son muy necesarias las investigaciones empíricas. Las descripciones de la cárcel real en nuestro “aquí y ahora”.

La criminología o la sociología de la prisión justifica que, pese a las declaraciones normativas que señalan que a los reclusos sólo se les ha de privar de su libertad, se realicen investigaciones para demostrar que todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran, por lo menos, “devaluados” en comparación con los mismos cuando se refieren a quienes viven en libertad, incluso en su acepción jurídica⁵.

Creemos que esa investigación sobre la materialidad de las relaciones producidas o reguladas por el derecho es fundamental en todos los casos. Pero especialmente es necesaria en esta materia pues “el efecto más importante quizá del sistema carcelario y de su extensión mucho más allá de la prisión legal, es que logra volver natural y legítimo el poder de castigar, y rebajar al menos el umbral de tolerancia a la penalidad. Tiende a borrar lo que puede haber de exorbitante en el ejercicio del castigo”⁶.

De allí la necesidad de “desnaturalizar” esta concreta expresión de la punitividad, de ponerla en el contexto histórico y valorarla desde el lugar de quienes la sufren. Seguimos así las indicaciones de evaluar a esta forma de castigo de acuerdo a su “propia época, por los que experimentan el dolor, conforme a su vida cotidiana y a las demás personas, y a la luz de lo que consideraban como sus pecados”⁷. Con una especial atención a esos elementos que “parecen capaces de neutralizar lo que debía de haber sido un dolor agudo, o de agravar un dolor de poca importancia”⁸.

1 NEUMAN, E. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*. Buenos Aires: Pannedille, 1971. p. 43.

2 RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1986.

3 FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*. Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires: Siglo XXI, 1998. p. 222.

4 ANITUA, G. I. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot, 2015. p. 102.

5 RIVERA BEIRAS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: J. M Bosch, 1997.

6 FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*. Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires: Siglo XXI, 1998. p. 308.

7 CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura económica, México, 1984. p. 11.

8 CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura económica, México, 1984. p. 13.

Esa aparente paradoja, esa insatisfactoria explicación, esa empatía imposible, entonces, adquiere características definitorias de una institución presente y que precisa ser analizada. Como dijera Pavarini “la historia de la cárcel se inscribe pues en la historia más amplia de la hipocresía: tiene algo que ver con la censura sobre las palabras obscenas y sobre los espectáculos inconvenientes, con el ocultamiento por sentimientos de decencia de las manifestaciones de la corporalidad humana”⁹.

La historia de esa concreta hipocresía, así como sus continuidades, otorga pistas para unas realidades que justifican ser estudiadas con finalidades expresamente políticas.

2. LA FINALIDAD DE LLEGAR A LA POLÍTICA JURISPRUDENCIAL

La importancia de esa constatación es que, con buena fe, debe de ser reconocida por los operadores judiciales, y así, además del necesario reconocimiento que debería de hacer el mismo legislador, por el derecho en acto. Y de esa manera ser incorporada a la proyección que hace este o tener efectos jurídicos y materiales sobre las personas detenidas.

Un buen ejemplo de ello se reconoce en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos: “...las circunstancias narradas por el señor Galindo, así como la incertidumbre sobre la duración que tendría su privación de libertad y lo que podría sucederle, generaron una afectación a su integridad psíquica y moral” (caso “Galindo Cárdenas y otros v. Perú”, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de octubre de 2015). Lo que allí dice la Corte Interamericana permite interpretar que en el caso concreto debe considerarse el “modo” en que se practica la privación de la libertad, y que ello debe ser traducido en la duración de su castigo o en su modulación.

Alguna aplicación de esas premisas ha sido y es demandada por los propios presos y sus abogados, que suelen instar a la modificación de aspectos y por tanto de la pena misma, en Argentina, especialmente a partir del uso de la herramienta del habeas corpus correctivo, y también en los alegatos finales en los que se debate sobre la pena y en sus recursos.

La vía de los “habeas corpus” que dan cuenta del empeoramiento de la situación de detención ha tenido una clara recepción, en la Argentina, del producto de investigaciones realizadas, especialmente en el ámbito de las organizaciones de derechos humanos. Es así que se llegó, en 2005, al famoso fallo “Verbitsky” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, con fecha 3 de Mayo de 2005). Allí se asumió la crítica al sistema penitenciario bonaerense que hacían los recurrentes (especialmente la sobrepoblación), e intimó a la Provincia de Buenos Aires a revisar su legislación en materia de privación procesal y ejecutiva de la libertad; a -en un plazo relativamente corto de tiempo- la evacuación de individuos enfermos y menores de edad de esas comisarías; y finalmente a concertar mesas de diálogos con los distintos actores y sectores involucrados en la cuestión, especialmente intimando a un poder jurisdiccional que, por no reconocer la realidad, incumplía gravemente sus funciones. Más allá de ello, lo cierto es que el fallo “Verbitsky” tuvo una muy directa influencia en la posterior y casi inmediata disminución de la cantidad de detenidos y la incipiente descompresión de la situación de hacinamiento en las cárceles bonaerenses. Aun reconociendo otras variables, es indudable que los números siguientes (el amesetamiento del número de reclusos en Argentina desde ese 2005 y hasta 2008, e incluso una ligera reducción en igual período en la provincia de Buenos Aires) están relacionados fundamentalmente con el fallo “Verbitsky” y con la sanción de la ley provincial 13.449 que reformó el sistema de excarcelaciones, tal como lo ordenó la CSJN en aquella sentencia. Además de esas medidas expresamente ordenadas, creemos que también el fallo tuvo influencia sobre cierto “sentido

9 PAVARINI, M. “*La miseria del reformismo penitenciario*”. Prólogo a Rivera Beiras, I. y Salt, M., Los derechos fundamentales de los reclusos (Argentina y España). Buenos Aires: del Puerto, 1999. p. 13.

común” acerca del encarcelamiento, y de que no es una “solución”.

El habeas corpus, que es el recurso establecido constitucional y legalmente para denunciar agravamientos de la situación de detención, siguió utilizándose en forma extendida y ha generado criterios casuísticos sobre el control judicial de actos u omisiones de las autoridades que reflejan siempre el constante influjo de la realidad material sobre las formulaciones jurídicas¹⁰.

El tribunal de mayor importancia en materia penal para el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, la Cámara Nacional de Casación Penal, también ha considerado hechos de la realidad en una muy relevante sentencia. Así, en autos “Núñez, Brian Oscar s/ homicidio simple en grado de tentativa” (CCC 56449/2013/TO1/CNC2 del 11/9/2015), el juez Niño sostuvo que “La ocurrencia, jurídicamente indiscutible, de actos de tortura materializados en el ámbito penitenciario en perjuicio del encausado Núñez, ocurridos el 16 de julio de 2011, en circunstancias en que se encontraba cumpliendo condena –no firme aún- [...] debe integrar la pena única a fijar en esta oportunidad [...] la imposición de tormentos a un individuo encarcelado obliga a reflexionar seriamente en punto a la conducta a asumir en el momento de conjeturar una respuesta global al comportamiento ilícito que se le adjudica.” Y amplía afirmando que “La acreditación, en el caso sub júdice, de la imposición de torturas al encausado Brian Núñez [...] debe traducirse en una reducción de la pena que le restaba cumplir en virtud de aquel proceso, como medida paliativa de la enorme lesión al Estado constitucional de Derecho que dicha realidad puso al descubierto.”

Finalmente, también hemos advertido la importancia de considerar las investigaciones de la realidad penitenciaria en el fallo dictado el 4 de agosto de 2015 en la causa n° CCC 25833/2014/TO1/2/CNC1, caratulada “Legajo de ejecución penal en autos Obredor, Mariano Pablo por robo con armas en tentativa”, tras recurso del condenado llevado adelante por sus defensores oficiales Salas y Alderete Lobo, y en donde la nueva Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, en sala integrada por los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Luis Niño, expuso algunos argumentos que justifican y obligan a repensar la vieja pero vigente cuestión de la “reincidencia”. Lo crucial de ese fallo¹¹ aparece en el voto del juez Niño quien critica al sistema penitenciario argentino a partir de referencias al mismo en informes y denuncias de organismos especializados y, sobre todo, en precedentes jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales. Es especialmente destacable el uso que hace, entre ellos, de un fallo del Tribunal de Apelación de Dresden, Alemania, en el que se declaró que la extradición a Argentina de un detenido implicaba un trato inhumano, considerando la situación carcelaria de nuestro país.

También en otras instancias judiciales los recurrentes lograron que se tomasen en consideración las descripciones de la “cárcel real” en el derecho práctico así sancionado. Las menciones a la situación carcelaria argentina en las resoluciones dan cuenta de la existencia de vulneraciones a la integridad física y psíquica de las personas privadas de libertad, encuadrables bajo la figura de las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Si bien esos análisis resultan poco frecuentes en la práctica judicial e incluso en la teoría jurídica, creemos fundamental y no tan dificultoso darle relevancia a los hechos. Al “ser”, y no tan solo al “deber ser” (aunque también, pues es la medida de sancionar a ese “ser que no debería ser”). Lo que parece necesario, en forma previa, es que exista gran cantidad de investigación sobre dicha realidad, que debería de ser ineludible para jueces y juristas.

El reclamo para que los jueces y juristas realicen ese esfuerzo no es novedoso y, no casualmente, se reivindicó para extraer consecuencias en lo que hace a ese lugar en que el derecho y el no derecho suelen

10 PIECHESTEIN, Ana Clara. “La (in)seguridad en las cárceles: apuntes sobre el fallo ‘Gutiérrez’ en el habeas corpus colectivo”. *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, v. 18, p. 367-392, 2016.

11 Que comentamos elogiosamente: ANITUA, G. I. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot, 2015; PIECHESTEIN, Ana Clara. “La (in)seguridad en las cárceles: apuntes sobre el fallo ‘Gutiérrez’ en el habeas corpus colectivo”. *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, v. 18, p. 367-392, 2016.

confundirse en complicidades y mutuos ocultamientos.

El gran maestro Elías Neuman denunciaba hace tiempo “la asimetría garrafal entre las leyes y las realidades, o mejor aún, entre la antinaturalidad de la prisión y la prístina ideología de esos derechos”, distancia que impide aplicarlos estrictamente en dicho marco de “no derecho” (2001) Y es, en efecto, otro gran maestro como Zaffaroni quien en su prédica nos incita a sacar consecuencias jurídicas de los hechos, incluso de los antijurídicos. Ello se hace necesario, sobre todo, desde que el gran penalista y criminólogo latinoamericano nos señaló que “las penas ilícitas son penas”¹². Desde entonces se nos ha facilitado el ver que la ley, la Constitución, el Estado de derecho, prescriben cómo deben ser las penas, pero, como no podría ser de otra manera (ya que en caso contrario la ley sería miope), también la ley debe admitir como dato de la realidad que las penas pueden ser distintas a lo que allí se manda. Y, justamente, ese dato de realidad debe tener y tiene consecuencias jurídicas. Los intérpretes de la ley también tienen que considerar esos datos de la realidad, y así obtener otras consecuencias jurídicas, relativas a la propia pena, y en concreto a favor de quienes sufren esas penas crueles.

Y desde allí, e incluso en más oportunidades en fallos jurisprudenciales que en textos académicos, varios son los actores e intérpretes legales que han hecho valer las realidades, antes que la imaginación, para sacar consecuencias más justas de aquello que señalan las leyes.

Este tipo de jurisprudencia “sociológica”, que junto a la ley atiende a la realidad, que no la ignora, y que la toma como base para la decisión, es de suma importancia para que la administración de justicia deje de actuar ciegamente, reproduciendo injusticias materiales amparándose en meros pedazos de papeles.

Que la jurisprudencia asuma la realidad del funcionamiento de la cárcel es un paso indispensable para volver más justas sus decisiones, pero también tiene un componente imprescindible para “construir” y hacer visible esa misma realidad. El componente sociológico, y luego político, de esa decisión, de esa forma, escapa a lo meramente individual. Sus alcances son imprevisibles, pero en todo caso importantes.

Contar con descripciones autorizadas de la situación carcelaria actual y real resulta imprescindible para pensar una reforma profunda de las prisiones y de la sociedad punitiva. Y esa reforma, si logra exitosamente transformar esas realidades, puede permitir otra nueva interpretación de esas mismas leyes.

3. LAS PRISIONES VISTAS DESDE “NUESTRAMÉRICA”

La jurisprudencia y el derecho necesitan, entonces, de la investigación empírica y teórica sobre las cárceles. Es eso lo que intentamos hacer en nuestros cursos, que tal vez por defectos y carencias a la hora de investigar y enseñar suelen privilegiar el aspecto, no menor, que nos propone la historia.

Pero no es solamente la historia lo que debe tenerse en cuenta para analizar la realidad del encierro. En todo caso, la historia nos recuerda que ha habido cambios. Y es importante atender a la coyuntura y a la presencia actual de determinados cambios. Tanto los económicos, sociales y políticos de la sociedad, pero asimismo los que ocurren en los sistemas penitenciarios. Esos cambios aparecen como una constante. Y no resultan óbice para recuperar trabajos y reflexiones previas, sino que obligan a hacerlo prestando siempre atención a la singularidad del momento histórico y evitando generalizaciones.

No obstante, algo que sigue caracterizando a los sistemas de la privación de la libertad en Argentina y

12 “Al abarcar el derecho penal los casos de poder punitivo ejercido al margen de toda ley y los ejercicios excediendo la habilitación legal, no excluye del concepto de pena las torturas, los apremios, las victimizaciones por el poder penal subterráneo [...] Sin duda que todo este ejercicio del poder punitivo es penal (son penas) aunque se trate de penas ilícitas. Este concepto importa adoptar una idea amplia de pena, como categoría que permite al derecho penal distinguir entre penas lícitas e ilícitas, pero que le impide ignorar la penalidad de las coacciones ilícitas, lo que tiene consecuencias prácticas en las decisiones pautadoras de casos particulares”. ZAFFARONI, R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 44.

América latina es el problema del encarcelamiento masivo, un problema que es nuestro, que es latinoamericano pero que se advierte como un problema global, y que tal vez ha sido “importado” puesto que Estados Unidos también encarceló y encarcela mucho. Pero algo que nos llama la atención, y que obligará a seguir pensando sobre la especificidad del sistema carcelario en nuestra región, es que los Estados Unidos encarcelaba mucho o encarceló mucho en un momento diferente, y en un contexto diferente. Actualmente no solo no encarcela tanto e incluso encarcela menos que antes, fenómeno que también se advierte en Europa, lo que puede tener alguna relación con la crisis económica¹³.

Pero esa crisis económica afecta al menos de la misma forma a nuestro sur global. Y, sin embargo, en los últimos diez años los que encarcelan más y en mayor velocidad son nuestros países, Brasil, Chile, Uruguay, Colombia y Argentina: en nuestros países, hoy, el crecimiento del número de presos es mayor que en los Estados Unidos. En los Estados Unidos era difícil que ese número siguiera creciendo, pero es importante tomar en cuenta este dato para hacernos cargo del futuro de nuestro sistema de encarcelamiento, y de aquellas historias de personas marcadas y en parte malogradas en nuestras prisiones, realidad que sostenemos deben seguir siendo investigadas.

Como es sabido, la medida que permite comparar cuantitativamente los sistemas penales nacionales, es la de las tasas de personas detenidas en penitenciarias cada 100.000 habitantes.

Los Estados Unidos habían llegado para 2005 a la altísima cifra de los 700 presos cada 100.000 habitantes. Una cifra horrorosa y que valió la comparación de Nils Christie con el Gulag soviético o con el Holocausto nazi. Esa cifra terrible sigue vigente en la actualidad, pero lo cierto es que no aumentó, e incluso descendió, aunque mínimamente, en los últimos años.

Es de por sí un cambio y una situación que debe ser considerada previamente a cualquier investigación específica que ese aumento desmesurado haya continuado casi exclusivamente en nuestro margen latinoamericano. En algunos países de la región las cifras por sí solas ya son alarmantes, y dar cuenta de ellas constituye la primera denuncia que debe hacer el investigador.

Así, tenemos a Cuba que, al igual que casi todos los países del Caribe, tiene cifras altas en su tasa de encarcelamiento, que llegan en 2013 a 510 personas cada 100.000 en libertad. En esa comparación, el otro país record de nuestra América es Chile, que ha llegado a 548 presos cada 100.000 habitantes en el 2013¹⁴.

Los dos países latinoamericanos con más presos en términos absolutos son Brasil y México, lo que es lógico por el tamaño de su población. En este sentido, Brasil pasó de 114.377 presos en el año 1992 a 469.807 a mediados de 2009 y 548.003 en 2012. Su tasa de encarcelamiento pasó de 74 a 301 cada 100.000 habitantes para mediados de 2014, lo que lo convierte en uno de los mayores encarceladores mundiales. Y con la agravante que ha cuadruplicado la población encarcelada en sólo 17 años, con superpoblación en cárceles de hombres de un 55% y de mujeres en un 74%, y con un alarmante porcentaje de presos entre los 18 y los 24 años, que es del 50,8%, lo que da cuenta de esa selección de su *clientela* entre los más jóvenes (y pobres). México pasó de 93.574 presos en 1994 a 224.749 a fines de 2009. A junio de 2015, su tasa de encarcelamiento era de 212, cuando en 1994 tenía unos 100 presos cada 100.000 habitantes (que recordemos es lo que se considera “normal”, aunque no hay nada normal cuando de mantener humanos en jaulas se trata).

Pero casi todos los países latinoamericanos vieron aumentada la población carcelaria de sus respectivos países. Colombia pasó de tener 92 presos por cada 100.000 en el año 1992, a una tasa de encarcelamiento de 242 hacia finales de 2015. Perú elevó su tasa de encarcelamiento de 77 a 247 en estos últimos veinte años. Venezuela tenía una tasa de encarcelamiento de 101 cada 100.000 habitantes en 1992, y era de 159 en mayo de 2015. Bolivia pasó de 79 a 130 entre 1992 y 2012, descendiendo a 122 para el año 2015. Costa Rica,

13 BRANDARIZ GARCIA, J. A. “Gran Recesión y cambio de ciclo del expansionismo punitivo: ¿hacia una actualización de la crítica al sistema penal?”. *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales*, Santa Fe, n. 38, UNL, p. 31-4, 2014.

14 SÁNCHEZ CEAL, M.; PIÑOL ARRIAGADA, D. *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile*. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, 2015. p. 10.

aumentó su tasa de encarcelamiento de 104 a 352 entre 1992 y 2014. Ecuador creció en igual período de 74 a 162; El Salvador, de 101 a 506; Nicaragua, de 78 a 171; y Paraguay, de 70 a 158. Finalmente, Uruguay incrementó notablemente sus tasas en los últimos veinte años: de 96 presos cada 100.000 habitantes, su nivel de encarcelamiento se elevó a 291 para octubre de 2015.¹⁵

En Argentina se declaraba una tasa de encarcelamiento de 63 por 100.000 habitantes en 1992, y para 2015 de 166, dando un total a nivel país de 71.464 personas presas¹⁶. Los datos del 2014 a este 2017 son alarmantes, pues ese crecimiento se aceleró (en el ámbito federal, se pasó de 9974 presos en 2014 a 11561 en 2017¹⁷). Las proyecciones futuras de los datos de nuestro país son preocupantes. En julio de 2017 fue promulgada la ley 27.375 que introduce numerosas modificaciones a la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad, al igual que sobre ciertos aspectos el Código penal. Entre sus novedades se destaca la eliminación de la progresividad de la ejecución penal para la mayor parte de los condenados y su reducción a su mínima expresión para el resto. En particular, plantea la imposibilidad para determinados delitos del acceso a salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida. Como lógica consecuencia resulta esperable que este endurecimiento punitivo aumente los niveles de encarcelamiento.

Más allá de las importantes diferencias entre los distintos países, dos características comunes relacionadas con el crecimiento general de estas tasas en la región son el uso extensivo de la prisión preventiva y que el crecimiento de la población encarcelada resulta aún más rápido que el de por sí veloz proceso de construcción de nuevas cárceles (que implica usualmente grandes negociados). Ello repercute en el fenómeno de superpoblación o hacinamiento que se advierte actualmente en todos los sistemas penitenciarios de los países de América Latina.

Ese dato ya es muy importante puesto que por sí mismo da cuenta de la vulneración de muchos otros derechos empezando por el de vivir dignamente, y en este caso se lo debemos a las importantes investigaciones, como la que hemos utilizado de Carranza¹⁸.

Pero diversos debates pueden proponerse sobre el modo de construcción de esas tasas. Desde inconsistencias metodológicas, decisiones políticas discutibles como no contabilizar las personas detenidas en establecimientos de fuerzas de seguridad diferentes a las administraciones penitenciarias y demoras en aportar la información, hasta el falseamiento y manipulación del dato. Todo ello requiere de investigaciones que se apoyen en aquellas.

Más interesante aún, la literatura dedicada al estudio comparativo de los sistemas penales –David Nelken, por caso¹⁹– pone en discusión también la capacidad de las tasas de encarcelamiento para explicar el nivel de punitividad de un Estado.

Creemos que, en parte, es posible sostener que las tasas de encarcelamiento dicen mucho. Pero dicen poco también, si no se las compatibiliza con el estudio de las formas de castigo informales y hasta ilegales –de las que la historia reciente de nuestra región puede dar ejemplos nefastos– y las formas concretas en que se materializa el encierro en cada país.

15 Nos hemos valido principalmente de las estadísticas actualizadas y sistematizadas por el Centro Internacional de Estudios en Prisiones (<http://www.prisonstudies.org>). Hemos consultado también las estadísticas del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía de la CEPAL (<http://www.cepal.org/celade/celade50/>), y las publicaciones del Instituto ILANUD CARRANZA, E. *Los Sistemas Penitenciarios en América Latina y el derecho comparado*. Estándares internacionales. San José: ILANUD, 2013. Debemos destacar que desde el 2014 al presente, y si bien hay una interesante excepción en Chile, que desde el 2009 reduce su tasa de encarcelamiento. SÁNCHEZ CEAL, M.; PIÑOL ARRIAGADA, D. *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile*. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, 2015. –tal vez explicable porque ya tenía tasas muy altas– los países de la región continuaron aumentando su población reclusa.

16 Según último informe disponible del SNEEP.

17 Según Base de Datos de Población y Alojamiento de la Procuración Penitenciaria Nacional.

18 CARRANZA, E. *Los Sistemas Penitenciarios en América Latina y el derecho comparado*. Estándares Internacionales. San José: ILANUD, 2013.

19 NELKEN, D. *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*. Londres: Sage, 2010.

Sobre esta última cuestión, y fuertemente en la última década, se ha arraigado en nuestra región una tradición académica y política que produce información cuantitativa y cualitativa sobre el modo de desarrollarse la privación de libertad en el país. Esta literatura es en gran medida fruto del encuentro entre organizaciones y organismos estatales de derechos humanos, y grupos de investigación social especialmente interesados en la temática.

Solo por citar algunos ejemplos argentinos, los Informes Anuales de la Procuración Penitenciaria de la Nación para el ámbito federal (PPN, 2016) y del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria para el sistema penitenciario bonaerense (CPM- CCT, 2016) son, junto a los informes periódicos del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, 2016), material imprescindible en la temática. Informan sobre el recurso estructural a la violencia para gestionar el encierro; el nivel de hacinamiento y las precarias condiciones materiales de detención; el uso extendido del aislamiento en solitario; el limitado acceso a programas educativos, laborales y culturales; el confinamiento de las personas detenidas respecto de sus familiares, y la revictimización de éstos; y las deficiencias en sus servicios alimentarios y de salud.

4. ALGUNAS EXPERIENCIAS DE INVESTIGACIÓN SOBRE Y DESDE LAS CÁRCELES REALES EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Es por ello que todo aporte que surja del análisis de la realidad penitenciaria es necesario. Daremos aquí cuenta de algunas formas de acercarnos a esa realidad desde nuestros ámbitos concretos de investigación para la transformación.

“Todas las familias dichosas se parecen, y las desgraciadas lo son cada una a su manera”, es el conocido y citado, aunque discutible, inicio que le dio a Anna Karenina, el gran Tolstói. De la misma forma el criminólogo británico Richard SPARKS ha dicho que “toda prisión es una prisión, aunque cada prisión es única en sí misma”. Hemos asumido eso que se comparte, en este caso tanto la lógica de la prisión como la de la desgracia, como lo que es necesario singularizar, en las necesarias aproximaciones al estudio de los sistemas penitenciarios, y precisando entonces que todas las prisiones son desdichadas a su manera, sostenemos que se debe analizar tanto lo general como lo particular del fenómeno de la privación de la libertad.

En lo que hace a la tarea de investigación académica que nos ha mantenido ocupados en los últimos años, hemos intentado hacer eso en el Proyecto de Investigación UBACyT, “*Transformaciones en el espacio prisión. Continuidades y rupturas en el régimen penitenciario argentino*”, integrado por estudiantes, docentes e investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires principalmente, pero con la valiosa participación también de estudiantes e investigadores formados en otras disciplinas, como la sociología y la comunicación social.

La investigación que nos propusimos llevar adelante desde un abordaje interdisciplinario tuvo por objeto el surgimiento, desarrollo y consolidación del sistema penitenciario argentino y sus transformaciones, circunscripta al Servicio Penitenciario Federal (es decir, las prisiones en que están alojados los condenados y procesados por delitos federales, y no los delitos “comunes” de las que se ocupa en Argentina, que es un país federal, cada Estado provincial). Pretendimos así contribuir al desarrollo y actualización del análisis crítico respecto del funcionamiento de la prisión, identificando rupturas y continuidades con el pasado y recuperando las experiencias y representaciones de los actores involucrados. Partiendo de la detección de un contraste notorio entre la amplia producción académica sobre la prisión, en particular del contexto anglosajón, y los aislados desarrollos locales, este aporte buscaba analizar el encierro penitenciario argentino desde diversas perspectivas, entre ellas la normativa, pero también la empírico sociológica, histórica y comunicacional.

Es así que los textos de discusión para el seminario de lectura de los días martes, los trabajos emprendidos por los investigadores durante esos tres años y las colaboraciones de otros contextos nacionales, regionales y

globales reunidas para dar forma acabada a esta compilación, han respondido a esa preocupación inicial por delinear los contornos del sistema penitenciario, aquellos que definen sus características estructurales. No ha renunciado, sin embargo, a su propuesta de recortar las notas específicas del régimen penitenciario federal argentino, a partir de un ejercicio comparativo con trabajos empíricos producidos en esos otros contextos.

Como extensión a otros ámbitos de ese hacer ha quedado la publicación de un libro sobre esa cárcel real y concreta²⁰. La selección de artículos en esa publicación responde a dos grandes preocupaciones que han atravesado estos años de trabajo colectivo. En primer lugar, la reflexión material e histórica de los sistemas penitenciarios, indagando en las reconfiguraciones adoptadas por éstos en sus diferentes contextos políticos, sociales, culturales y económicos. Una segunda preocupación se ha focalizado en ampliar el prisma de los actores involucrados en la configuración del régimen carcelario. La inclusión del análisis crítico sobre el rol desempeñado por la administración de justicia penal, en particular, nos ha permitido identificar exploratoriamente sus fortalezas para constituirse en un agente garante del actual estado denigrante de las prisiones, pero también sumamente relevante para su esperable proceso de transformación. Toda esta recopilación de estudios empíricos focalizados en diversas aristas del régimen carcelario, han aportado una visión crítica sobre el funcionamiento actual del sistema penitenciario y sus propuestas de reformulación.

También esa obra colectiva se ha interesado en producir y recuperar trabajos empíricos que aporten descripciones complejas sobre aristas específicas del encierro. Esto, partiendo del convencimiento que una comprensión de los regímenes penitenciarios es sin duda una deuda pendiente para los espacios de investigación y docencia universitaria, y que constituye una pieza imprescindible para su transformación, denunciando y erradicando los principales *dolores del encarcelamiento*. Para comprender ese espacio cerrado, debe pensarse a los distintos actores que lo ocupan. Y eso obliga a pensar a los detenidos y sus familiares, como así también a los funcionarios penitenciarios. Como diremos más adelante, más que hacerlo desde fuera, resulta conveniente darla la voz a eso mismos actores.

Pero no solo a ellos. Enseñaba Elías Neuman,²¹ que desde el primer hasta el último engranaje de la máquina de juzgar penalmente –andamiaje en el que incluía a jueces, fiscales, defensores y auxiliares- tienen su razón de ser porque existen delitos y delincuentes (y que, en consecuencia, viven por y del delito). Todo ello existe también porque existe la prisión.

El vínculo entre la administración de justicia penal y la prisión, no obstante, es aún más profundo. Siendo la responsable no solamente de su control –en definitiva, en circunstancias regulares, las personas están en prisión principalmente por una previa decisión judicial- la administración de justicia penal ha intentado por todos los medios evitar tan fatigosa y desagradable tarea²². Siguiendo a Foucault, “la ejecución misma es como una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergüenza imponer al condenado; mantiénesse, pues, a distancia, tendiendo siempre a confiarla a otros, y bajo secreto. Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar. De ahí ese doble sistema de protección que la justicia ha establecido entre ella y el castigo que impone. La ejecución de la pena tiende a convertirse en un sector autónomo, un mecanismo administrativo del cual descarga a la justicia...”²³. Es por ello necesario prestar atención al rol asumido por la administración de justicia penal, que también explica de un modo bastante certero el nivel de degradación existente en un régimen carcelario.

Es por ello muy necesaria la investigación para los juristas y desde las facultades de Derecho, donde se forman los futuros jueces y abogados. En eso continúa la lucha de cierta tendencia en los estudios penales que es conocida como “criminología crítica”, que aún hoy debe luchar para hacerse un necesario lugar en los ámbitos académicos.

20 ANITUA, G. I. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot, 2015.

21 NEUMAN, E. *Los que viven del delito y los otros*. México: Siglo XXI, 1991.

22 ANITUA, G. I.; GUAL, R. “Sobre una reforma legal que anuló el control jurisdiccional de la ejecución de la pena en sede federal”. *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Tomo 2009/A. 2009.

23 FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*. Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires: Siglo XXI, 1998. p. 12.

En nuestra querida Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires esa dificultad para obtener ese necesario lugar adquiere, en el presente, una llamativa correlación con una suerte de “silencio penitenciario”²⁴, reflejado en que “se observa una consolidada despreocupación por incluir la problemática en la formación de grado, un escaso peso específico demostrado por las investigaciones en curso, y una nula profundidad de debate e intervención a nivel performativo y político”²⁵.

Ese silencio debe ser roto y esa despreocupación debe ser solucionada. La prisión es nuestra sociedad y es un producto de las construcciones jurídicas. Esa tarea la tiene que realizar la perspectiva crítica, que tiene dos tipos de objetivos: el de “criticar” en el sentido de investigar, de conocer lo que se pueda conocer del fenómeno analizado, propio del criticismo kantiano, y el de un sentido claramente transformador de ese fenómeno, crítico en el sentido marxiano (el de la máxima “hasta ahora los filósofos han interpretado el mundo, a partir de ahora deberían ayudar a cambiarlo”). En ese sentido mencionamos la perspectiva de la criminología crítica, que abreva en la famosa definición de “teoría crítica”, diferenciada de la tradicional por Horkheimer. En aquel sentido, nuestra criminología pretende construir conocimiento que al mismo tiempo que aspira a una comprensión de la situación concreta de la prisión en nuestra sociedad actual, aspira también apoyar la fuerza transformadora de la institución analizada y así criticada²⁶. La justificación de las investigaciones propuestas estará dada si se logra tanto analizar esa realidad penitenciaria, como si influye al orientar acciones que se dirijan a cambiarla. Esta doble dimensión hace que la crítica, que aúne ambos sentidos, deba ser concebida como praxis. Quien mejor lo sintetizó fue HABERMAS, cuando señaló que “la teoría incluye una doble relación entre teoría y praxis: investiga, por una parte, el contexto histórico de constitución de una situación de intereses a la que aún pertenece la teoría [...]; y, por otra parte, investiga el contexto histórico de acción sobre el que la teoría puede ejercer una influencia que orienta la acción. En un caso se trata de una praxis social [...] en el otro de una praxis política que consecuentemente aspira a subvertir el sistema de instituciones existente”²⁷.

Esta propuesta, entonces, de acción, que invita a transformar en práctica las investigaciones, sigue siendo teórica porque quiere que no sea mera técnica, en el sentido que no termine sirviendo a la burocracia encargada del asunto penitenciario en esa construcción de la realidad que pretendemos explicar y desmontar. En ese sentido, un pensamiento que sirva no debe ser de ninguna manera un pensamiento servil. Ni tampoco proporcionar involuntariamente nuevas “ruedas de auxilio” a instituciones problematizadas.

La cárcel ha demostrado ampliamente la capacidad de absorber pensamientos críticos o reformistas, cuando estos han quedado dentro de los límites materiales como condición de posibilidad. Ya recordaba Pavarini que la moda de los llamados sustitutivos penales favoreció sin querer la posibilidad de castigar “sea como fuera”, cuando en ausencia de alternativas entre privación de libertad y libertad, ciertas consideraciones de oportunidad, que siempre existen aunque no se prevean legalmente, hubieran sugerido la, preferible, no punición²⁸.

Así es que la recuperación de la idea de crítica sobre sí misma, y que no termine nunca por convertirse en dogmática, resulta también importante advertencia a las posibilidades de praxis, especialmente importantes en un escenario, el de las manifestaciones concretas de las prisiones, histórica y geográficamente situadas, que siempre han sabido digerir los discursos para mantenerse con ciertas continuidades en sus características nocivas y destructoras de individuos o sujetos.

Un pensamiento crítico que debe invitarnos a reflexionar sobre una práctica en materia penitenciaria, por lo tanto, de tipo política.

24 DEL OLMO, R. “¿Por qué el actual silencio carcelario?”. En: BRICEÑO-LEÓN, R. (Comp.). *Violencia, Sociedad y Justicia en América Latina*. Buenos Aires: Clacso, 2002.

25 GUAL, R. “Formando penalistas que no sientan pena. Una facultad de derecho de espaldas a la prisión (y los presos)”. En: PITLEVNIK, L. (Comp.) *Universidad y conflictividad social*. Buenos Aires: Didot, 2012.

26 HORKHEIMER, M. “*Teoría Tradicional y Teoría Crítica*”, en *Teoría Crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.

27 HABERMAS, J. *Teoría y Praxis*. Estudios de filosofía social. Madrid: Tecnos, 1997. p. 13-14.

28 PAVARINI, M. *Lo scambio penitenziario*. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva. Bologna: Martina, 1996.

Que reconozca nuestro limitado papel como sujetos y a la vez objetos de la problemática estudiada, y que otorgue primordial importancia a la visibilización y el reconocimiento de los actores ignorados para contribuir a la construcción de una nueva cultura política emancipatoria en el sentido declarado por Boaventura de Sousa Santos. Este autor nos recuerda que debe entenderse por teoría crítica “aquella que no reduce ‘la realidad’ a lo que existe. La realidad, como quiera que se le conciba, es considerada por la teoría crítica como un campo de posibilidades, siendo precisamente la tarea de la teoría crítica definir y ponderar el grado de variación que existe más allá de lo empíricamente dado”²⁹. Esta cuestión de lo dado y las posibilidades en el autor citado entronca, con recuperar esas voces en la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias, y esta última nos envía directamente a una práctica política que debe ser necesariamente radical, porque tiene que pensar en lo impensado.

Ello, por supuesto, sin olvidarnos de aquellos actores de los que tenemos tanto que aprender, pues son los que cotidianamente conviven y así construyen la realidad penitenciaria.

En ese sentido, también debemos mencionar nuestro aprendizaje formando parte de actividades de extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En estos últimos años hemos tenido el honor de ser de los pocos hombres que compartía las experiencias de mujeres en cárceles federales. Algunas de ellas sufren una situación de detención como condenadas o procesadas (y a pesar de las dificultades realizaron esta tarea, entre otras varias actividades) y las otras ingresan a la Unidad destinada a mujeres que está en la localidad de Ezeiza como parte de una actividad universitaria (y que complementan con sus estudios o docencia, así como con otras actividades políticas o laborales). Todas ellas realizaron tareas que tuvieron su marco en el proyecto de Extensión Universitaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires denominado “*Cárcel y exclusión social: construyendo puentes entre el adentro y el afuera*” –período 2013/2014- y que actuó, formalmente bajo mi dirección y que continúa actualmente en el proyecto de Extensión Universitaria denominado también “*Cárcel y exclusión social: construyendo puentes entre el adentro y el afuera*” –período 2016/2018-.

El proyecto tuvo y tiene como principal objetivo la reivindicación de las personas privadas de su libertad como sujetos de derechos. Ello implica perseguir el fortalecimiento de su capacidad para actuar en nombre propio por la defensa y exigencia del cumplimiento de sus derechos y los de otros, así como para participar en las decisiones que hacen a las condiciones en que se da su detención.

A través de la articulación con personas que están o estuvieron privadas de la libertad, estudiantes, docentes universitarios y distintas organizaciones, cooperativas, grupos e instituciones creadas al mismo efecto, perseguimos desnaturalizar la violación sistemática de derechos y potenciar las capacidades y herramientas de acción que los actores poseen.

A tal efecto, se generó un espacio de discusión colectiva y horizontal dentro del ámbito carcelario, específicamente en el Centro Universitario de la cárcel de mujeres correspondiente a la ciudad de Buenos Aires³⁰.

La tarea de estas mujeres se extendió en otras áreas, pero tuvo un momento casi ritual de encuentro y generalización de ideas y planteos en las reuniones de los días lunes por la tarde, en el Centro Universitario de Ezeiza del Complejo Penitenciario Federal nro. IV. El formato de “taller” de esos encuentros permitió abordar algunos de los aspectos que luego quedarían reflejados en este producto que se da a la imprenta (así, se sucedieron algunos de esos aspectos específicos de derechos que se denuncian como incumplidos, y las vías judiciales o no que pueden ser útiles para remediarlo).

Es especialmente necesario dimensionar y valorar que esos encuentros se hayan podido realizar periódicamente durante estos años, así como que se haya decidido dar continuidad a ese tipo de encuentros.

29 SANTOS, B. de Sousa. *Conocer desde el sur: para una cultura política emancipatoria*. Lima: Facultad de Ciencias Sociales, UNMSM, 2006. p. 18.

30 Que comenzó llamándose “Taller de extranjería”, luego “taller de derechos económicos, sociales y culturales” -con el ingreso espontáneo de mujeres argentinas al anterior taller- y finalmente “taller de derechos sociales”

En este punto nos gustaría señalar la importancia de que la Universidad realice este tipo de actividades de extensión universitaria, pero igualmente formativas (para todos los que de alguna forma hemos participado de esta experiencia). No es solamente, no obstante, una función de formación y extensión, sino que también la cobertura brindada, aunque más no sea simbólicamente y no necesariamente con recursos económicos, por el prestigio de la Universidad cumple una función primordial de empoderamiento de las mujeres participantes, hacia fuera del grupo así conformado, pero también hacia dentro y hacia la autopercepción individual de cada una de las mujeres que se han organizado.

Y que se han organizado, no obstante reconocerse como parte de la Universidad, en forma heterodoxa y creativa, aprovechando experiencias previas pero también dando cuenta así de ciertas necesidades o características comunes. Así se permitió un debate acerca de los problemas que afectan a la generalidad de la población penal y, en especial, sobre la falta de vigencia de ciertos derechos (especialmente se observaron aquí los que se denominan como “sociales, económicos y culturales”), dentro del ámbito de la prisión.

Es casi de Perogrullo decir que en la cárcel se vulneran los derechos. Históricamente se constituyó como un lugar de “no derecho”, o de resistencia a los límites que, entre otros, puede imponer el derecho. Y ello no solo remite a la “genealogía”, sino que el presente da cuenta de situaciones “antijurídicas”. Las más graves, de frontal violencia y arbitrariedad.

Pero no es lo mismo que ello surja de investigaciones externas a que la propia percepción de las internas arribe a la descripción de las cárceles en la actualidad como el lugar privilegiado de violación de derechos, de desigualdad y discriminación.

Y así emergen aspectos concretos que implican el no cumplimiento de derechos, como lo son el hacinamiento, la deficiente atención de salud, de alimentación, de seguridad, de derechos laborales y de ciudadanía. Todo aquello que en los sectores vulnerables de nuestra población acompaña y define una tal situación de vulnerabilidad, queda evidenciado en el ámbito carcelario.

Que, además, aloja a personas que eran especialmente vulnerables antes de ser detenidas. La intervención estatal, y jurídica, producida en la detención, lejos de paliar esa vulnerabilidad, la amplía hasta lo indecible.

Es por todo ello que es posible hablar, como ya lo hicimos citando a Rivera Beiras, de una devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, y aún más, de la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría³¹. Esta persona es el preso.

Y es, por lo que logramos aprender en estos encuentros, aún peor en el caso de la presa. Estamos ante casos de dobles vulnerabilidades. O más, puesto que muchas de las mujeres presas son también pobres, migrantes, de distintas minorías, etcétera.

Pero indudablemente la perspectiva de género se impone ya que esos prejuicios, que en muchos casos recibe la propia ley, se profundizan con el sesgo machista y se ensañan sobre unas “malas mujeres” (así consideradas porque violaron el papel que les corresponde como esposa y madre, como “mujer” y por tanto sumisa, dependiente y dócil). Haríamos mal en extender mis propias ideas sobre la teoría feminista a lo que han sabido decir y proponer las autoras de estos encuentros, verdadero ejercicio de praxis feminista. Así como también verdadero ejercicio de praxis jurídica, puesto que, y a pesar de todos los lógicos recelos, las autoras de estas descripciones y propuestas confían en la herramienta jurídica para la denuncia y el reclamo. Ese tal optimismo es de resaltar.

Como ya hemos dicho, y no nos cansaremos de repetir, una de las virtudes del trabajo realizado en forma colectiva es el de la reivindicación de las personas privadas de su libertad como sujetos de derechos. Creemos que de esta manera se han visibilizado a sí mismas las mujeres que aprendieron a percibir también su capa-

31 RIVERA BEIRAS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: J. M Bosch, 1997.

cidad para actuar en nombre propio por la defensa y exigencia del cumplimiento de sus derechos y los de otros, así como para participar en las decisiones que hacen a las condiciones en que se produce su detención.

Ese aprendizaje fue fundamental para todos, los que así advertimos la necesidad de dialogar con las personas que sufren la concreta situación de ausencia de derechos. Y que aprendimos otras cosas, pues este trabajo de extensión fue también un trabajo de investigación, ya que a la vez que se discutían herramientas jurídicas, se podía obtener valiosa información de los testimonios de primera mano de estas personas que nos permiten conocer qué es la cárcel, y que es lo que produce, material y jurídicamente. A través de la articulación con personas que están o estuvieron privadas de la libertad, estudiantes, docentes universitarios y distintas organizaciones, cooperativas, y grupos se ha logrado desnaturalizar la violación sistemática de derechos, al mismo tiempo que, más prudentemente, y como ya señalé, potenciar las capacidades y herramientas de acción que las actoras poseen.

La política penal en general, así como el operador jurídico en el caso concreto; y para ayudar o denunciar a ambos el que reflexiona desde la Universidad, debe tener en cuenta a la realidad. La realidad que se presenta como ineludible (y también insoportable) a quienes realizan esta investigación es la de las violaciones a los derechos humanos de quienes cumplen una pena o antes de que ella se imponga y mientras están detenidas. Precisamente, quienes mejor advierten los alcances y contenidos concretos de esa realidad son las detenidas, y donde ello mejor se percibe es dentro de la prisión.

Por todo lo dicho, al menos desde un punto de vista estratégico es necesario insistir en las relaciones con el derecho, en las posibilidades de exigencia del derecho colectivo o individual, pensados como espacios de libertad dentro de la lógica del encierro. Pero, como afirma Pavarini³², no es posible hablar de derechos en la cárcel, en su verdadero sentido, y a la vez reconocer lo que ésta es y produce. Parece necesario admitir que el discurso jurídico, no solamente peca por omisión, sino que ha legitimado las relaciones de poder existentes e impide los cambios pacificadores (para lo que históricamente han sido más útiles las acciones informales).

Esto no implica negar el rol transformador que ese derecho cómplice puede, con todo, cumplir. Al contrario, esta idea reconoce la potencialidad del derecho para subvertir las mismas categorías jurídicas y las normas existentes, y sobremanera las prácticas consolidadas por su mera repetición.

En cualquier caso, reconocer esa potencialidad debe, necesariamente, reconocer también sus límites. Y con ello saber que, en definitiva, esas estrategias deben insertarse en prácticas políticas más amplias.

También ellas surgieron en los talleres y guían acciones futuras del grupo de trabajo. Al preguntarse por los problemas y necesidades de las mujeres presas, más allá de las creadas por el propio ordenamiento jurídico y que reclaman más bien una no intervención estatal, es que surge la necesaria relación con los bienes y servicios que el Estado ofrece o puede o debe ofrecer a la población en general (y en forma universal) y en particular a la población encarcelada (y destacando los principios de igualdad y de diferencia, especialmente por tratarse de mujeres). Sobre esta última, cabe tener presente que dicho rol estatal pareciera estar definido legalmente de manera contradictoria. Por un lado, el Estado debe reconocer y respetar un conjunto de derechos humanos básicos plasmados en la legislación nacional y los compromisos internacionales a toda persona, incluso en prisión. Por otro lado, la cárcel se ha constituido, como ya hemos dicho, como institución social precisamente a partir de la negación (o disminución) del conjunto de derechos humanos, incluyendo los que se proclamen expresamente en dicho ámbito.

Y es por ello que la invitación final de estas breves líneas se destina a pensar políticamente. El objetivo final no es otro que contribuir a mejorar las condiciones de vida de las personas presas en las cárceles, y ello es posible de ser realizado con investigaciones y participación en lo que sucede tras los muros, con una visibilización que funciona denunciando los abusos que sufren y mostrando las privaciones añadidas a la falta

32 PAVARINI, M. “*La miseria del reformismo penitenciario*”. Prólogo a Rivera Beiras, I. y Salt, M., Los derechos fundamentales de los reclusos (Argentina y España). Buenos Aires: del Puerto, 1999.

de libertad a que se ven sometidas, así como hacer emerger su condición de personas y ciudadanos, ante sí mismos, ante los responsables judiciales, ante los políticos y ante la opinión pública.

REFERENCIAS

- ANITUA, G. I. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot, 2015.
- ANITUA, G. I.; GUAL, R. “Sobre una reforma legal que anuló el control jurisdiccional de la ejecución de la pena en sede federal”. *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Tomo 2009/A. 2009.
- ANITUA, G. I.; GUAL, R. *Privación de la libertad*. Buenos Aires: Didot, 2015.
- ANITUA, G. I.; PIECHESTEIN, A. C. “Algunos apuntes sobre la reincidencia”. *Jurisprudencia de Casación Penal*. Buenos Aires, Selección y análisis de fallos (Nardiello y Martín, directores), n. 2, Hammurabi, p. 123-160, 2016.
- BRANDARIZ GARCIA, J. A. “Gran Recesión y cambio de ciclo del expansionismo punitivo: ¿hacia una actualización de la crítica al sistema penal?”. *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales*, Santa Fe, n. 38, UNL, p. 31-4, 2014.
- CARRANZA, E. *Los Sistemas Penitenciarios en América Latina y el derecho comparado*. Estándares internacionales. San José: ILANUD, 2013.
- CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura económica, México, 1984.
- CHRISTIE, N. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Buenos Aires: del Puerto, 1993.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. *Derechos humanos en Argentina*. Informe anual 2015. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE LA COMISIÓN PROVINCIAL POR LA MEMORIA (CPM-CCT). *Informe anual 2016*. El sistema de la crueldad. La Plata: CPM, 2017.
- DEL OLMO, R. “¿Por qué el actual silencio carcelario?”. En: BRICEÑO-LEÓN, R. (Comp.). *Violencia, Sociedad y Justicia en América Latina*. Buenos Aires: Clacso, 2002.
- FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*. Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires: Siglo XXI, 1998.
- GUAL, R. “Formando penalistas que no sientan pena. Una facultad de derecho de espaldas a la prisión (y los presos)”. En: PITLEVNIK, L. (Comp.) *Universidad y conflictividad social*. Buenos Aires: Didot, 2012.
- HABERMAS, J. *Teoría y Praxis*. Estudios de filosofía social. Madrid: Tecnos, 1997.
- HORKHEIMER, M. “*Teoría Tradicional y Teoría Crítica*”, en *Teoría Crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.
- MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcel y fábrica*. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX). México: Siglo XXI, 1980.
- NELKEN, D. *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*. Londres: Sage, 2010.
- NEUMAN, E. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*. Buenos Aires: Pannedille, 1971.
- NEUMAN, E. *Los que viven del delito y los otros*. México: Siglo XXI, 1991.
- NEUMAN, E. *El Estado Penal y la Prisión-Muerte*. Buenos Aires: Universidad, 2001.
- PAVARINI, M. *Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: Flacso, 2009.

PAVARINI, M. “*La miseria del reformismo penitenciario*”. Prólogo a Rivera Beiras, I. y Salt, M., Los derechos fundamentales de los reclusos (Argentina y España). Buenos Aires: del Puerto, 1999.

PAVARINI, M. *Lo scambio penitenziario*. Manifesto e latente nella flessibilità de la pena in fase esecutiva. Bologna: Martina, 1996.

PIECHESTEIN, Ana Clara. “La (in)seguridad en las cárceles: apuntes sobre el fallo ‘Gutiérrez’ en el habeas corpus colectivo”. *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, v. 18, p. 367-392, 2016.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN. *Informe Anual 2016*. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Buenos Aires: PPN, 2017.

RIVERA BEIRAS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: J. M Bosch, 1997.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1986.

SÁNCHEZ CEAL, M.; PIÑOL ARRIAGADA, D. *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile*. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica, Santiago, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, 2015.

SANTOS, B. de Sousa. *Conocer desde el sur*. para una cultura política emancipatoria. Lima: Facultad de Ciencias Sociales, UNMSM, 2006.

ZAFFARONI, R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Ambiente urbano e segurança pública: contribuições das ciências sociais para o estudo e a formulação de políticas criminais

Urban environment and public safety: contributions of social sciences to the study and formulation of criminal policies

Sergio Francisco Carlos Sobrinho

Clóvis Eduardo Malinverni
da Silveira

Aírton Guilherme Guilherme
Berger Filho

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Ambiente urbano e segurança pública: contribuições das ciências sociais para o estudo e a formulação de políticas criminais*

Urban environment and public safety: contributions of social sciences to the study and formulation of criminal policies

Sergio Francisco Carlos Sobrinho**

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira***

Aírton Guilherme Guilherme Berger Filho****

* Recebido em 24/02/2018
Aprovado em 09/04/2018

** Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1991), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2007). Pós-Doutor em Ciências Criminais (2015) pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS. Professor Doutor Adjunto na Universidade de Caxias do Sul (UCS), atuando nos cursos de Bacharelado, Mestrado Acadêmico e Doutorado em Direito. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal da PUC/RS e do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental Crítico, da UCS/RS. E-mail: sergiograziano@gmail.com

*** Doutor em Direito (2011) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), área de concentração Direito, Estado e Sociedade, com estágio Doutorado-Sandwich / CAPES, na Universidade Lusitana (Porto/Portugal). Mestre em Direito (2005) pela UFSC, área de concentração Teoria e Filosofia do Direito. Bacharel em Direito (2002) pela UFSC. Professor Doutor Adjunto na Universidade de Caxias do Sul (UCS), atuando nos cursos de Bacharelado, Mestrado Acadêmico e Doutorado em Direito. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental Crítico da UCS/RS. E-mail: clovisems@gmail.com

**** Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2002), Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2004), Doutor em Direito na UNISINOS (2016). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental na Graduação na Pós-Graduação stricto sensu, em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS/RS). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental Crítico, da UCS/RS. E-mail: agbergef@ucs.br

RESUMO

Este artigo discute os fenômenos do aumento da violência e do encarceramento à luz do conceito de ambiente urbano. O objetivo é refletir sobre o papel das ciências sociais no estudo e na formulação de políticas de segurança pública, ao questionar de que maneira uma visão mais integrativa (ecológica) dos problemas urbanos poderia contribuir com a sociologia da violência, com a finalidade de elucidar as razões e os sentidos da criminalidade. O trabalho consiste na análise e no cotejo de diversos indicadores sobre a violência no Brasil, com o fito de evidenciar a correlação entre variáveis como: tipos de crimes praticados no Brasil, desemprego e precarização do trabalho, trabalho realizado dentro do sistema penitenciário, exclusão socioespacial e encarceramento. Os dados colhidos são discutidos com base em um enfoque “ambiental”, apresentado, neste estudo, como proposta epistemológica. São propostos argumentos generalizáveis, embora não definitivos, sobre os efeitos deletérios de soluções como o recrudescimento do encarceramento e sobre a relação de retroalimentação entre o medo do encarceramento, a superexploração da força de trabalho e a normalização da violência. Conclui-se que as políticas criminais tendem a ser tanto mais bem-sucedidas quanto mais considerarem uma perspectiva interdisciplinar ou ecológica da violência urbana, incorporando elementos de ordem socioeconômica, espacial, cultural e psicológica a um conceito operacional de ambiente urbano. A originalidade do estudo, portanto, reside na proposta de aproximação entre o estudo das políticas de segurança pública e a epistemologia ambiental.

Palavras-chave: Ambiente urbano. Violência. Políticas públicas. Epistemologia ambiental.

ABSTRACT

The research discusses the increasing of violence and incarceration, by using the concept of “urban environment”. The goal is to reflect on the role of social sciences in the study and formulation of public security policies, by

questioning how a more integrative (ecological) view of urban problems could contribute to the sociology of violence, considering the task of elucidating the reasons and the meanings of crime. The work consists of analyzing and comparing several indicators on violence in Brazil, in order to highlight the correlation between variables such as: types of crimes practiced in Brazil, unemployment and precariousness of work, work performed within the penitentiary system, social and spatial exclusion and incarceration. The data collected are discussed from an “environmental” approach, presented in this study as an epistemological proposal. Generalizable but not definitive arguments are proposed about the deleterious effects of solutions such as increasing incarceration, as well as the feedback relationship between fear of incarceration, overexploitation of labor force and normalization of violence. It is concluded that criminal policies tend to be more successful when they consider an interdisciplinary or ecological perspective of urban violence, incorporating socioeconomic, spatial, cultural and psychological elements to an operational concept of urban environment. The originality of the study, therefore, lies in the proposal of approximating the study of public security policies and environmental epistemology.

Keywords: Urban environment. Violence. Public policy. Environmental epistemology.

1. INTRODUÇÃO

A partir da análise de diversos indicadores e dados disponíveis em sítios eletrônicos como o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), o Mapa da Violência, Atlas da Violência, dentre outros, o presente artigo propõe um diálogo interdisciplinar capaz de estabelecer as possíveis relações entre as condições socioeconômicas da população e o aumento da violência e do encarceramento, com vistas a colaborar com a construção de um panorama acerca das condições atuais da segurança pública no Brasil.

A temática central do presente artigo, que é a violência no ambiente urbano, estará delimitada pela análise sociológica das respostas públicas produzidas nas últimas décadas no Brasil, em especial o modelo de polícia vigente, as políticas públicas sobre drogas e as políticas de encarceramento. Esses fatores contribuem com o aprofundamento das desigualdades socioeconômicas, pela criminalização das classes sociais mais desfavorecidas e pela intensificação do racismo de classe no Brasil. Diagnosticá-los é papel fundamental das ciências sociais, de modo promover políticas públicas de segurança adequadas ao ambiente urbano brasileiro, marcado pelo aumento da criminalidade violenta e da sensação de insegurança nas últimas décadas.

A partir da análise dos fatores mencionados acima, toma-se como tarefa refletir sobre o papel das ciências sociais em relação à formulação, implementação, monitoramento e avaliação das políticas criminais, sustentando-se o argumento, de natureza epistemológica, de que se faz necessário construir uma visão mais complexa e transdisciplinar para a elucidação de problemas que, tradicionalmente, são enfrentados pelas ciências criminais de maneira reducionista/cartesiana.

Diante desse olhar criminológico, elabora-se o argumento central do presente texto, de que é fundamental compreender a efetivação das políticas criminais no contexto daquilo que se pode designar *ambiente urbano*, segundo uma perspectiva ecológica. Isso significa abordar o tema com base em um viés radicalmente interdisciplinar, buscando estabelecer relações de influência e condicionamento entre fenômenos aparentemente independentes, tais como: os fatores condicionantes da expansão urbana; o perfil macro e microeconômico do Brasil atual; os discursos midiático, jurisdicional e acadêmico produzidos sobre a criminalidade; os índices de criminalidade observados.

A análise de dados ensaiada neste trabalho revela flagrantes interpelações entre as condições socioeconômicas da população (sobretudo trabalho e emprego), o aumento da violência e do encarceramento, corroborando o argumento de que a promoção de políticas públicas mais efetivas passa pela compreensão progressivamente mais complexa dos fatores que incidem sobre a vida no ambiente urbano.

Sobreleva-se, nesse contexto, a importância de uma maior integração entre as ciências sociais, pois a ideia é entender como as cidades têm recepcionado as políticas públicas de segurança. Desse modo, pretende-se lançar argumentos e reflexões que possam auxiliar a refutação de uma percepção policial e autoritária sobre o problema da violência, sobretudo em relação à ideia de que a diminuição da criminalidade passa pelo recrudescimento penal e pela suspensão de garantias individuais. A tradução disso em linguagem epistemológica é a constatação de que as dificuldades de enfrentamento das causas da violência e da criminalidade, no âmbito das cidades, estão diretamente relacionadas à percepção reducionista de problemas sociais estruturais e complexos, especialmente pela contínua repetição de posturas reativas diante de situações de conflito social.

A aproximação entre esses temas é a finalidade deste artigo que, embora não esgote o assunto, pretende esboçar algumas linhas argumentativas que servirão de esteio para estudos futuros. Entretanto, o texto apresenta um fechamento formal, na medida em que alcança os objetivos da etapa inicial da pesquisa, demonstrando que uma visão mais ecológica ou holística permite um tratamento tendencialmente mais acurado e fidedigno da temática enunciada, superando as limitações de um viés mais reducionista, de fechamento disciplinar, de uma lógica linear de causa e efeito, de uma abordagem puramente reativa em vez de preventiva/planificadora.

Problematiza-se, portanto, a legitimidade de relacionar o aumento da criminalidade, da violência urbana e do encarceramento com a carência de políticas públicas de segurança pautadas em uma abordagem interdisciplinar e de multivariáveis. Muito embora a hipótese primária de resposta ao questionamento levantado seja afirmativa, é fundamental percorrer os caminhos pavimentados pelas ciências sociais, a fim de relacionar o conflito pelo espaço urbano, condicionado pelos modos de agir do poder público em conjunto com o poder privado, com a produção de impactos sociais e ambientais, em sentido *lato*.

A pesquisa foi marcada pelo raciocínio indutivo, uma vez que da análise de dados sobre a violência e sobre os processos de criminalização seletiva resultam argumentos generalizáveis, ainda que não definitivos, sobre a relação entre exclusão social/socioespacial e a normalização da violência, justamente porque há uma sensível tendência e necessidade de se internalizar, como consequência normal dessa relação, as violências que atingem pessoas em situação de maior vulnerabilidade; isto é, as permanentes violações de direitos fundamentais atingem, na maioria das vezes, a população jovem e negra das periferias das cidades brasileiras.

Compreende-se, também, uma pesquisa bibliográfica de cunho exploratório, uma vez que os dados empíricos são cotejados com as descobertas de determinados cientistas sociais, geógrafos e criminalistas, e interpretados com base no aparato conceitual por eles desenvolvido. Assim, o trabalho deita raízes em dados obtidos de forma metodologicamente rigorosa, dedicando-se à interpretação desses dados a partir de uma lente teórica específica, que se propõe designar *epistemologia ambiental aplicada às políticas criminais*.

O arcabouço epistemológico ambiental/ecológico que este estudo prioriza, considerando-se que há uma miríade de teorias que vão em direção semelhante, é mais bem representado pela noção de “epistemologia ambiental”, conforme trabalhada por Enrique Leff. Diante da constatação de que a realidade social se encontra em vias de complexificação, situando-se para além da capacidade explicativa dos paradigmas teóricos tradicionalmente estabelecidos, a epistemologia ambiental apresenta-se como a proposta de um saber integrativo, voltado a captar “a multicausalidade e as relações de interdependência dos processos”, quer sejam naturais, quer sociais.¹

Ainda que pareça exótico lançar mão de noção consagrada por um autor geralmente associado às questões ambientais propriamente ditas (ecológicas), é preciso ressaltar que não se trata, propriamente, de aproximar o estudo das políticas criminais do tema ecológico, e sim do recurso a uma forma enriquecedora de compreender o conhecimento humano, em seus fundamentos, limites e pressupostos, e a relação entre

1 LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 109.

aquele que conhece e o objeto a conhecer, que é a função da epistemologia. Tal perspectiva mostra-se extremamente pertinente, justamente em vista da premente necessidade de promover ligações entre dados, disciplinas e abordagens de origens diversas, para melhor compreensão do problema da segurança pública.

Por fim, ainda a respeito do quadro metodológico, o conceito operacional de “ambiente urbano” será utilizado com um significado amplo, no sentido de “ambiência” e “qualidade de vida” em perspectiva alargada, que engloba aspectos materiais e imateriais de convivência e os fatores que sobre ela incidem. O “ambiente” ou o “meio”, neste artigo, congloba não apenas os bens ambientais naturais urbanos de que fala a legislação ambiental, e sim a interação entre fatores políticos, econômicos, psicossociais, culturais e espaciais que, no caso do nosso estudo, dá-se no meio urbano e resulta na produção da criminalidade. Embora mais ampla do que a noção de “meio ambiente” utilizada na legislação ambiental, parte-se, contudo, de um mesmo fundamento comum, que é a emergência de um paradigma ecológico ou ambiental de pensamento, conforme sugerido acima.

2. A CONTRIBUIÇÃO DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O DEBATE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA

Inúmeros pensadores contribuíram para o adensamento da “segurança pública” enquanto campo de estudos. Contudo, não há, por diversas razões, uma compreensão unívoca sobre o tema. Muito embora não constitua objetivo deste trabalho promover um debate sobre o tema, é fundamental entender que:

[...] diferentes posições políticas e institucionais interagem para que segurança pública não esteja circunscrita em torno de uma única definição conceitual e esteja imersa num campo em disputas. Trata-se menos de um conceito teórico e mais de um campo empírico e organizacional que estrutura instituições e relações sociais em torno da forma como o Estado administra ordem e conflitos sociais².

Assim, para os propósitos deste artigo, será utilizada a expressão “segurança pública” para indicar o campo das ciências sociais que investiga as respostas do poder público frente ao crime, à violência e ao encarceramento.

As ciências sociais têm contribuído muito para o debate sobre a violência e segurança pública no Brasil, justamente a partir da produção acadêmica nas áreas da sociologia, antropologia e ciência política. A partir das pesquisas produzidas ao longo dos últimos 40 anos, foi possível entender e produzir políticas de segurança públicas adequadas ao contexto nacional. Entretanto, como afirmam Azevedo e Ribeiro³ ao confrontar os índices de criminalidade violenta do Brasil com outros países, as estatísticas apontam a níveis alarmantes, “atingindo especialmente a população masculina jovem, entre 15 e 24 anos, moradora das periferias dos grandes centros urbanos”.

Por sua vez, os estudos desenvolvidos por Waiselfisz,⁴⁵ voltados para o diagnóstico sobre mortes violentas no Brasil, apontam para o fato de que os jovens, com idade entre 15 e 29 anos, negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos, são as principais vítimas dessas mortes. Este estudo revela, por exemplo, que, em relação aos 56.337 homicídios ocorridos em 2012, 53,37% eram jovens, dos quais 77,0% eram negros e 93,30% eram homens.

2 COSTA, Arthur Trindade Maranhão; LIMA, Renato Sérgio de. Segurança pública. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 482.

3 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli de; RIBEIRO, Fernanda Bittencourt. Violência, segurança pública e direitos humanos no Brasil. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, jun. 2001. p. 367.

4 WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2014: os jovens do Brasil*. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – Flacso. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

5 WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2016: homicídios por arma de fogo no Brasil*. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – Flacso. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

Desde a publicação do referido estudo, o cenário tornou-se ainda mais grave. Os dados sobre mortes violentas no Brasil, apresentados no Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁶ e em diversas edições⁷ do Mapa da Violência⁸, permitem diagnosticar um crescimento significativo do número de homicídios, tanto em termos absolutos como também em termos proporcionais (mortes por 100 mil habitantes). Observa-se o crescimento da quantidade de morte violentas, em termos absolutos, ao comparar as 13.910 mortes violentas ocorridas em 1980 e as 61.283 mortes ocorridas em 2016. A taxa de mortes violentas também tem aumentado significativamente desde 1980 com aproximadamente 11 mortes violentas por 110 mil habitantes, chegando em 2002 com 28,5 mortes por 100 mil habitantes e, em 2016, com 29,7 mortes por 100 mil habitantes.

Esse quadro de evidente crescimento da violência, aliado ao sentimento de insegurança coletivo, contribuiu, efetivamente, para o encadeamento de sucessivos eventos, os quais permitiram tanto o aumento da criminalização primária, efetivada por meio das instâncias legislativas, como da criminalização secundária, realizada pelo sistema de justiça criminal – polícias e Poder judiciário.

Os dados apresentados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2017)⁹ revelam, objetivamente, um crescimento exponencial do encarceramento no Brasil: se, na década de 1990, havia, aproximadamente, 90 mil pessoas presas, em junho de 2016, o Brasil possuía 726.712 pessoas encarceradas, o que significa um crescimento extravagante de 707%. Destaque-se, por fim, mais dois dados importantes: 40% das pessoas encarceradas, ou seja, aproximadamente 300.000 pessoas, estão presas provisoriamente e a taxa de encarceramento também aumentou significativamente, pois em 2014 a taxa de encarceramento era de 306,22 pessoas presas para cada 100 mil habitantes e, em 2016, a taxa de encarceramento subiu para 352,6 indivíduos presos.

A partir desses dados, é importante notar — e o presente artigo está inserido exatamente neste contexto — que, nas últimas décadas, esse visível e significativo aumento da violência, em especial o aumento de crimes violentos, não sofreu impactos em razão da rigorosa atuação do sistema de justiça criminal. Isto é, o encarceramento em massa, ocorrido no Brasil a partir dos anos 1990, comprovadamente não produziu os efeitos declaradamente esperados, uma vez que, ao mesmo tempo, houve um crescimento de ambos os indicadores: violência e encarceramento.

Este é o cenário que deve ser analisado: o ambiente urbano, em especial as grandes metrópoles, está cada vez mais violento, enquanto as políticas públicas, adotadas com a expectativa de melhorar a qualidade do ambiente de vida, não somente não surtiram os efeitos esperados, mas, ao contrário, produziram impactos significativos no sentido do aumento da violência, como também do aumento do encarceramento e da sensação de insegurança.

A quantidade de presos provisórios também tem mantido o crescimento nos últimos anos. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)¹⁰ aponta que, em junho de 2016, estavam presos provisoriamente 292.450 (40,2%) pessoas.¹¹ Esses números nos mostram uma profunda assimetria

6 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: FBSP, 2017.

7 WASELFSZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2014: os jovens do Brasil*. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – Flacso. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

8 WASELFSZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2016: homicídios por arma de fogo no Brasil*. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – Flacso. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

9 SANTOS, Thandara (Org.). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: INFOPEN. Jun. 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

10 Os dados do Levantamento Nacional do INFOPEN, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), são atualizados periodicamente com os dados repassados pelos gestores dos estabelecimentos prisionais.

11 SANTOS, Thandara (Org.). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: INFOPEN. Jun. 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

entre a realidade carcerária e os diversos mecanismos contidos na legislação brasileira, fundada em uma lógica estabelecida por políticas não-penalizadoras e “descarcerizantes” como a Lei nº 12.403/2011, que estabeleceu as novas medidas cautelares diversas da prisão, como o monitoramento eletrônico.

Uma primeira ponderação pode ser feita a partir da análise desses dados: eles mostram claramente a eficácia invertida do sistema de justiça criminal. Vê-se, por exemplo, que quase 300 mil pessoas poderiam estar submetidas a alguma medida cautelar fora da prisão; contudo, a pouca utilização das medidas cautelares diversas da prisão, além da clara demonstração da baixa efetividade da Lei nº 12.403/2011, demonstra, também, que, apesar da atuação vigorosa do sistema de justiça criminal e do encarceramento em massa, permanece em constante crescimento o número de mortes violentas no país.

Há, contudo, outro fator que deve ser levado em consideração para entender esse aparente paradoxo: a taxa de esclarecimento dos crimes. Waiselfisz¹² afirma que apenas 8% (oito por cento) dos homicídios no Brasil são esclarecidos e, conseqüentemente, um número menor é processado e, efetivamente, há algum tipo de condenação. Isto significa dizer, em primeiro lugar, que capacidade de resolutividade e de investigação das polícias, nos casos penais, é muito baixa e, em segundo lugar, que há uma “taxa de impunidade” de 92%; isto é, aproximadamente 55 mil mortes violentas ficam absolutamente esquecidas do ponto de vista do sistema de justiça criminal.

Esses fatores — aumento do número de mortes violentas, encarceramento em massa, baixa efetividade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e baixo índice de resolutividade dos casos criminais — apontam para uma estreita relação entre a ampla divulgação do crescimento da violência e da criminalidade com o aumento da sensação de insegurança e do medo de tornar-se vítima.

Cria-se, então, o sentimento social da necessidade de combater a violência e a criminalidade por meio de políticas de segurança cada vez mais conservadoras e repressivas, solução reducionista e flagrantemente ineficaz. O discurso repressivo toma conta das mídias, simplificando problemas complexos e dificultando, em lugar de favorecer, soluções efetivas. Nesse sentido, Dias e Custódio analisaram os efeitos negativos do discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação sobre as agendas das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e adolescentes no Brasil, sustentando que a produção de estigmatização social da infância obstaculiza ações mais educativas-protetivas, condizentes com o viés socioprotetivo constitucional¹³

Tal tendência pode ser adequadamente representada por diversas propostas de resolução do problema da criminalidade em geral, como o aumento da quantidade de penas (aumento do tempo de prisão); aumento do prazo para progressão de regime prisional; extinção do instituto da progressão de penas; redução ou flexibilização das garantias processuais; aumento dos prazos prescricionais; criação de tipos penais (crimes de lavagem de capitais e terrorismo, por exemplo); execução provisória de penas, antes mesmo do trânsito em julgado de sentenças condenatórias; intensificação da construção de presídios.

Não há evidência empírica de que tais medidas, no Brasil ou no direito comparado, tenham solucionado, ou contribuído, decisiva e consistentemente, para a solução do problema da criminalidade. Por outro lado, há fortes indicativos de que tais propostas não passam de subterfúgios, ou, então, de “soluções fáceis”, destinadas a recusar a desconfortável tarefa da formulação de uma visão mais integral(izante) sobre as variáveis complexas compreendidas em relação ao tema da segurança pública. Daí a reflexão de fundo do presente trabalho, sobre a necessidade de convergência dos estudos sobre violência na direção de uma abordagem mais fortemente interdisciplinar, ou mesmo transdisciplinar,¹⁴ pautada em um paradigma ambiental ou eco-

12 WASELFSZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2014: os jovens do Brasil*. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – Flacso. <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

13 DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n.1, p. 91-104, jan./jul. 2013.

14 Morin fala em interdisciplinaridade como o procedimento em que, apesar do intercâmbio disciplinar, cada disciplina prioriza sua soberania territorial “à custa de algumas magras trocas” de maneira que as fronteiras se confirmam “em vez de desmoronar”. Sugere, então, designar “transdisciplinaridade” o movimento em que o próprio desenvolvimento do conhecimento transcende o

lógico, capaz de fornecer subsídios epistemológicos para integrar diferentes variáveis e abordagens em sínteses mais promissoras.

O modo “ambiental” de pensar não possui uma única matriz e, muito embora não exista uma única versão acerca da influência do ecologismo sobre o campo epistemológico, o assunto vem sendo longamente debatido nas últimas décadas. Para Capra, seria possível observar, tanto na cultura em geral quanto nos ramos particulares das ciências, a emergência de um “paradigma ecológico”, que ele também designa “pensamento sistêmico”, pautado em um pensamento intuitivo, sintético, holístico e não linear — por oposição ao pensamento racional, analítico, reducionista e linear que dominou o saber nos últimos séculos. Esse modelo priorizaria os valores conservação, cooperação, qualidade e parceria (em detrimento dos valores expansão, competição, quantidade e dominação).¹⁵

Mesmo para além da referência à terminologia “ambiental”, há uma progressiva compreensão de que as abordagens sintéticas e ecléticas, que combinem “achados de estudos analíticos (de economia, psicologia experimental, administração pública, sociologia quantitativa, ciência política) com conhecimentos empírico-práticos próprios de cada área do conhecimento”, são mais adequadas no sentido de orientar a intervenção social e as políticas públicas, justamente porque as ciências sociais lidam, necessariamente, com fenômenos resultantes de fatores diversos e interligados.¹⁶ Não obstante, observa-se em diversos marcos teóricos, bem como na linguagem acadêmica corrente, o uso de metáforas associadas aos organismos vivos (rede, teia, interação, influência, resiliência, sustentabilidade, rizoma, autopoiese, simbiose, complexidade) no lugar de metáforas mecânicas, lineares e causais. Tais abordagens mostram-se particularmente inspiradoras, para as ciências sociais, seja em um sentido ontológico, seja enquanto repertório metafórico para aproximações epistemológicas.

É nesse sentido que o “saber ambiental”, para Leff, pode ser compreendido como um saber reintegrador¹⁷ da diversidade dos saberes, diante de uma crise das racionalidades científica, econômica e política tradicionais. Buscar um saber integrador ou integrativo, contudo, não significa constituir um pensamento único e dogmático, e muito menos estanque, mas, ao contrário, é a visão tradicional das ciências, onde os objetos de estudo são fragmentários, que tende a homogeneizar a realidade e negar a interdependência ente fenômenos e abordagens que estão fora de seu escopo, enquanto uma racionalidade ambiental deve valorizar as interdependências, correlações e diversidade de saberes, voltando-se para a mudança institucional e a transformação social.¹⁸

Tendências de aproximação ente temas distanciados pela ciência analítica e cartesiana estão em todas as disciplinas. Cite-se, a título de exemplo, na arquitetura e urbanismo, o estudo da “paisagem urbana” a partir da ótica poder, e da espacialização dos anseios políticos e econômicos e sociais, de modo que a relação entre paisagem e poder fornece elementos para o “entendimento do espaço urbano e compreensão da inter-relação entre espaço e sociedade”.¹⁹ Da mesma forma que, no referido estudo, o político é trazido para enriquecer o estudo do espaço, as dinâmicas socioespaciais podem ser aproximadas do estudo da violência, ao considerar, por exemplo, o modo como as grandes cidades produzem segregação territorial e “todos os corolários que a acompanham — falta de saneamento ambiental, riscos de desmoronamentos, risco de enchentes, violência”²⁰.

das disciplinas isoladas — por exemplo, como no movimento que, historicamente, permitiu falar-se na ciência, no singular, e não apenas em ciências. Priorizou-se, neste texto, o termo “interdisciplinar”, porque não se pretendeu, neste artigo, perseguir o grau de exigência de uma perspectiva “transdisciplinar”, na acepção de Morin, embora a perspectiva seja inspiradora. MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 82. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 135-136.

15 CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 18-19.

16 SCHMIDT, João Pedro. Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 63, n. 3, p. 51-72, 2016. p. 49.

17 LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 17.

18 LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 110.

19 BONAMETTI, João Henrique. A paisagem urbana como produto do poder. *Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management)*, v. 2, n. 2, p. 259-273, jul./dez. 2010.

20 ARANTES, Oflia; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único: desmanchando consensos*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 123.

Pensar o problema da criminalidade como um problema ambiental, nesse sentido, é encará-lo em sua complexidade, priorizando as sínteses possíveis, ainda que provisórias, buscando integrar temas e abordagens usualmente compartimentadas. A proposição de que esse enfoque epistemológico tem muitas contribuições a oferecer para a sociologia da violência justifica-se pelos movimentos realizados pelos cientistas sociais em direção à interdisciplinaridade; mas também, e, sobretudo, pela observação do reducionismo das abordagens hegemônicas de combate à criminalidade, em um contexto em que a própria linguagem militar (de “combate”, “guerras” e “alvos”) é reveladora de uma propensão simplificadora, repressiva e militarizante.

3. O DESENVOLVIMENTO DO AMBIENTE URBANO E A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

A preocupação do presente artigo reside na problematização da violência nos centros urbanos, na medida em que as consequências a ela relacionadas tem implicações diretas na vida urbana, em especial no plano econômico, político, geográfico e, fundamentalmente no plano da sociabilidade.

Como já visto, o foco prioritário do encarceramento no Brasil é dos jovens, negros, moradores das periferias e de baixa escolaridade. Contudo, se esses dados forem analisados com as estatísticas oficiais, as quais indicam, em primeiro lugar, que um percentual significativo da população carcerária é formado por pessoas que praticaram crimes não violentos²¹; e, em segundo, que 40% da população prisional são presos provisórios, perceberemos que o encarceramento da população está sendo feito contra pessoas que não deveriam estar presas (presos provisórios) e, na sua maioria, estão presas por crimes não violentos, relegando os crimes violentos à impunidade, em especial, como visto, pelo baixo grau de resolutividade e esclarecimento dos homicídios.

É importante perceber que uma das consequências desse tipo de impunidade é, certamente, a redução da confiança nas instâncias oficiais do Estado, produzindo não somente a sensação de impunidade, insegurança e medo, mas também o sentimento de vingança, prática infelizmente comum nos dias atuais. De toda forma, esses problemas estão umbilicalmente ligados a déficits estruturais e culturais históricos, a começar pelo modelo de polícia que temos no Brasil, o qual, conforme aponta Soares²², mais de 70% dos profissionais da segurança pública no Brasil (eles e elas são quase 800 mil, incluindo todas as policiais, guardas municipais e agentes penitenciários) são contrários ao atual modelo policial.

O modelo de polícia brasileiro poderia caminhar para propostas mais eficientes, a começar pela possibilidade da realização do ciclo completo de policiamento — prevenção, repressão e investigação — e, mais ainda, na alteração da estrutura das polícias. A desmilitarização das polícias; a alteração do artigo 144 da Constituição Federal, atribuindo responsabilidade de segurança pública aos municípios, a unificação das polícias (tornando-as todas civis e com ciclos completos); a criação de diversas polícias com competências distintas, determinadas por meio da circunscrição territorial ou por tipo de delito; todos estes são exemplos de possíveis formas de reestruturação e implementação de uma polícia mais moderna.

O Atlas da violência²³, estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), faz importante análise sobre a produção de violência no

21 Os dados do Levantamento nacional de Informações Penitenciárias informam que do total de pessoas presas, condenadas ou aguardando julgamento, praticaram 620.583 fatos criminalizáveis. Desse total, 84.686 são crimes contra a pessoa (homicídio, lesão corporal, aborto, dentre outros), 174.547 crimes patrimoniais violentos (roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro), 26.082 crimes sexuais, 2028 crimes de trânsito e mais 4.257 de crimes de legislação especial, totalizando 291.600 fatos. Significa dizer que foram praticados 46,98% de crimes violentos. Se considerarmos os crimes relacionados com o tráfico de drogas (tráfico, associação ao tráfico e tráfico internacional), foram mais 215.091 fatos, ou seja, 34,65% do total de crimes. Assim, é possível considerar que 53% dos crimes praticados não têm violência à pessoa, ou seja, a maioria são crimes não violentos.

22 SOARES, Luiz Eduardo; ROLIM, Marcos; RAMOS, Sílvia. *O que pensam os profissionais da segurança pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça; SENASP, 2009.

23 CERQUEIRA, Daniel et al. (Org.). *Atlas da violência 2017*. Brasília: IPEA; São Paulo: FBSP, 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

ambiente urbano e aponta quatro circunstâncias que levam o desempenho econômico a afetar as taxas de criminalidade.

Conforme o estudo, uma primeira circunstância está relacionada com o mercado de trabalho, isto porque o crescimento econômico faz aumentar a oferta de trabalho e, conseqüentemente, eleva o salário real do trabalhador, o que “faz com que o custo de oportunidade de entrar no mundo da criminalidade urbana aumente, fazendo diminuir os incentivos a favor do crime, o que contribui para a queda das taxas”. Nesse relatório, os autores apontam que o próprio IPEA realizou estudo sobre a relação entre mercado de trabalho e homicídio, no qual concluíram que “a cada 1% de diminuição na taxa de desemprego de homens faz com que a taxa de homicídio diminua de 2,1%”.

A segunda circunstância apontada pelo estudo é uma consequência do desenvolvimento econômico: isto é, a melhora das condições econômicas da população pode, eventualmente, trazer consigo algumas mazelas, sendo uma delas o mercado ilícito, especialmente comércio de drogas e armas. O estudo revela, ainda, que o desenvolvimento de pequenas cidades no norte e nordeste brasileiro incrementou a “prevalência da violência letal, utilizada não apenas na disputa por mercados, mas ainda para disciplinar devedores duvidosos e trabalhadores desviantes do narcotráfico, sem à qual o dono do negócio perderia credibilidade, levando a firma à falência.”

A terceira circunstância apontada pelo estudo é que o desenvolvimento econômico pode levar, indiretamente, a um processo de desorganização social proporcionada pela migração de pessoas em busca de novos postos de trabalho e oportunidades. Isto porque há um aumento da dificuldade do controle social do crime, do anonimato e da fuga do autor de delitos.

O estudo aponta como quarta circunstância para relacionar o desempenho econômico e as taxas de criminalidade: a rapidez das transformações urbanas e sociais sem as devidas políticas públicas preventivas e de controle, tanto no campo da segurança pública, como também do ordenamento urbano e prevenção social, que envolve educação, assistência social, cultura e saúde, sendo, portanto, “a qualidade da política pública é um dos elementos cruciais que podem conduzir à diminuição das dinâmicas criminais”.

Essa quarta circunstância remete na verdade a um conjunto de variáveis complexas, que somente podem ser apreendidas consoante um esforço profundamente interdisciplinar e integrativo, sempre aberto a novos fatores antes desconsiderados, ou métodos inovadores de análise.

A existência de estudos que observam atentamente os processos de urbanização, orientados, sobretudo, pelos deslocamentos do capital financeiro, pelos processos de segregação espacial e, particularmente, pela criação de “guetos” materiais e simbólicos, bem como o aumento da violência, atestam a riqueza subjacente à proposta de caracterização do ambiente urbano como objeto de estudos nas ciências criminais.

O estudo trazido por Bazolli, Pereira e Oliveira²⁴ identifica a força ativa das cidades, em especial como ferramenta para gerar emprego, renda e produzir desenvolvimento urbano, isto é, crescimento com equidade e sustentabilidade. Contudo, afirmam que o crescimento das cidades, aliado à especulação imobiliária, impõe a segregação dos pobres às periferias das cidades; segundo eles, esse processo segregativo ocorre, em primeiro momento, com a extensão da cidade, movimento pelo qual “os trabalhadores contraem dívidas seguindo o raciocínio ditado pelo motivo-especulação; transformam o negócio em aposta financeira, estabelecendo comparativo entre as taxas de juros de mercado e a expectativa do ganho sobre a valorização de sua localização.” A segregação ocorre quando, “sobressaltados pelo mercado (gentrificação), nos seus círculos periódicos de oscilação”, os empurram para áreas distantes e periféricas das cidades, “(re)afirmando a negativa do direito à cidade”.

Tais afirmações encontram respaldo em estudos recentes como o de Rolnik, sobre a “colonização da terra e da moradia na era das finanças”, pelo qual se observa a centralidade de fenômenos tais como as novas

24 BAZOLLI, João Aparecido; PEREIRA, Olivia Campos Maia; OLIVEIRA, Mariela Cristina Ayres. Regularização fundiária: nova lei, velhas práticas: caso de Araguaína – Amazônia Legal. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 215-230, 2017. p. 219.

formas de concessões urbanísticas, que transferem “pedaços inteiros” das grandes cidades para a gestão de complexos imobiliários-financeiros interessados na extração de renda desses locais.²⁵ Dentre os impactos sociais da forma de produção do espaço urbano, pode-se situar a produção de uma violência institucionalizada, por meio da qual uma população identificada e de critérios não legais será violenta e seletivamente excluída e submetida, como “matéria prima”, ao lucro financeiro.

Levanta-se como hipótese, nesse sentido, a necessidade de um maior investimento no estudo dos aspectos ambientais, em sentido *lato*, da criminalidade, que se soma à hipótese de que as políticas criminais no Brasil são tanto menos eficazes quanto menos capazes de superar um modelo cartesiano do conhecimento. Evidentemente, as razões políticas, econômicas e culturais que explicam essas escolhas não constituem objeto do presente estudo.

Há, no mesmo sentido, outras duas importantes ponderações sobre a íntima ligação entre a lógica do desenvolvimento do ambiente urbano e as políticas penais, as quais merecem destaque: em primeiro lugar, é a transformação da categoria sociológica “violência” e, em segundo, é a análise da relação entre o mercado e o sistema prisional, a partir da utilização da força de trabalho das pessoas presas.

Sobre a primeira situação, é importante lembrar a explosão demográfica da população carcerária nos últimos 30 anos; isto é, passamos de 90 mil presos para quase 750 mil pessoas encarceradas. Além disso, há, também, um significativo aumento dos investimentos na construção de presídios, o que revela uma nítida tendência no aumento da população prisional, bem como de pessoas submetidas aos diversos sistemas de controle (sócio)penal fora dos muros da prisão.

Esse desenho revela uma verdadeira “modelação” do sistema penal ao sistema econômico, o que lhe permite realizar o capital por meio de uma dinâmica própria.²⁶ Importante atentar à sutil relação entre as diversas variáveis, pois, se, de um lado, temos o aumento de violência no ambiente urbano, de outro lado temos o aumento do encarceramento. Este é um sistema que se retroalimenta, numa dinâmica quase paradoxal. Importante perceber a adequação da categoria sociológica “violência” à categoria econômica, como produto de consumo. Agora, a categoria “violência” tornou-se, também, um produto de consumo.

Por fim, é preciso analisar a segunda ponderação sobre a relação existente entre o desenvolvimento do ambiente urbano e as políticas penais, justamente para buscar compreender uma possível relação entre mercado, sistema prisional e força de trabalho. Muitas reflexões podem e devem ser feitas sobre esse tema, em especial sobre a necessidade, ou não, do trabalho das pessoas presas, mesmo porque a ideia de privatizar esse modo de exploração da força de trabalho é, cada vez mais, uma realidade.

Contudo, vale lembrar que o trabalho exercido dentro dos estabelecimentos penais é muito mais do que a simples exploração de mão de obra, já que, além de não receberem pelo trabalho realizado, ou receberem muito pouco (pois normalmente realizam o trabalho por metas, o qual já se sabe que é um dos modos mais perversos de exploração), há o subterfúgio da remição de pena, segundo o qual o preso trabalha 3 dias e desconta 1 dia da pena. Significa dizer que o trabalho, dentro dos estabelecimentos penais, serve muito mais como instrumento de controle da população carcerária do que propriamente uma tentativa de “ressocialização” do apenado.

Essas análises produzidas pelas ciências sociais permitem entender, dentro da lógica das estruturas econômicas, os motivos pelos quais o ambiente urbano e o senso comum reconhecem como legítimas as políticas públicas atuais, as quais são responsáveis pelo encarceramento de uma massa de pessoas criminalizadas, as quais, também, estão submetidas às condições precárias de trabalho, sem, entretanto, questionar e se contrapor a elas. Esse controle social do desvio, efetivado pelo aparato repressivo do Estado, também é

25 ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 355.

26 GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. Os impactos econômicos da atuação do sistema penal: vida virtual, isolamento e encarceramento em massa. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 133-158, dez. 2014. p. 135.

responsável pela produção, em certa medida, de toda violência estrutural, caracterizada pela manutenção e reprodução da desigualdade social, na medida em que essas práticas repressivas atuam, seletivamente, contra determinadas pessoas e classes sociais, fatores que legitimam as diferenças sociais.

De toda forma, esse tipo de situação lembra o modelo desenhado por George Rusch e Otto Kirchheimer na década de 1930, o *less eligibility*, segundo o qual a condição de vida no interior do cárcere deve ser pior do que aquela encontrada pelo trabalhador livre. É preciso imaginar a situação da realidade dos trabalhadores brasileiros hoje, justamente porque estão a viver e submetidos ao trabalho flexível e intermitente. Estes mesmos trabalhadores estão, também, vulnerados pelas condições sociais e econômicas contemporâneas.

É possível fazer uma singular comparação entre as condições legais e sócio econômicas do trabalhador brasileiro com o sistema prisional, justamente porque a atual situação carcerária no Brasil é de extrema precariedade — com muitas mortes, rebeliões, superlotação. A condição é semelhante à situação do trabalhador, ou seja, delicada, pois não se sabe qual será, diante das reformas trabalhistas ocorridas nos últimos meses, o futuro da própria classe trabalhadora. A esse respeito, Coutinho²⁷ analisa, de maneira bastante convincente, os riscos de aprofundamento do trabalho precário e da superexploração da força de trabalho no Brasil, sobretudo com base nos movimentos de regularização do trabalho terceirizado, passando pelo diagnóstico da precariedade laboral do trabalho análogo à condição de escravo, e da relação entre terceirização e acidentes de trabalho e adoecimentos.

Mediante estudos que relacionem as condições de trabalho à situação econômica brasileira atual e às mudanças em termos de direitos trabalhistas, é possível supor que crescerá, no próximo ciclo histórico, a população excedente. Esta será explorada e criminalizada pelo próprio cenário econômico nacional, exploração tal cada vez mais facilitada por um marco regulatório que diminui garantias a pretexto de gerar empregos. Contudo, a tendência é que esses trabalhadores se submetam a uma relação de trabalho cada vez mais precária, justamente para evitar a prisão.

Assim, é fundamental perceber que a aparente tendência de agravamento da situação econômica, em especial pelo constante aumento do desemprego, do trabalho análogo à condição de escravo, do trabalho intermitente, em conjunto com o aumento da violência do meio urbano e do encarceramento em massa, estabelece um relacionamento coerente com o princípio de *less eligibility*. Isto porque, por piores que sejam as condições do trabalhador formalmente livre, ainda que este seja superexplorado, essas condições serão melhores do que aquelas às quais ele poderia ser submetido no cárcere.

Os estudos produzidos pelas ciências sociais no Brasil, no âmbito do sistema de justiça criminal, têm mostrado um significativo aumento de diversos indicadores de violência, criminalidade, encarceramento e seus efeitos deletérios para a sociabilidade humana. Entretanto, conforme se verifica no estudo protagonizado por Azevedo e Cifali,²⁸ a partir de 2002, o Brasil teve uma significativa melhora nas políticas públicas de segurança justamente porque houve um comprometimento do governo federal na implantação de políticas de redução de violência, com protagonismo de uma política de controle de armas e o “combate à impunidade para crimes praticados por organizações criminosas”, dentre outros fatores. Concluem os referidos autores que:

Tratava-se [...] de estimular políticas sociais que viabilizassem a redução das desigualdades e contribuíssem para a pacificação social, por um lado, e, de outro, de qualificar a atuação dos órgãos de segurança pública, notadamente a Polícia Federal, vinculada à União, mas também as polícias estaduais, por meio da utilização de novas tecnologias e da construção de uma base de dados que permitisse a coordenação de esforços para o combate do crime organizado, especialmente o narcotráfico e o contrabando de armas.²⁹

27 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização, máquina de moer gente trabalhadora: a inexorável relação entre a marchandage e a degradação laboral, as mortes e mutilações no trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

28 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 105-127, abr. 2015. p. 110.

29 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula

Os dados e análises apresentados pelo Atlas da Violência³⁰ corroboram essa perspectiva, ao tornar evidente que os índices de mortes violentas em diversos estados brasileiros diminuíram quando houve implantação de políticas de segurança de caráter mais preventivo, como foi o caso de Pernambuco. Nesse estado, entre 2007 e 2013, houve uma diminuição de 36% da taxa de homicídios, justamente em razão da implantação do programa “Pacto pela Vida” naquele estado. O Espírito Santo foi outro estado que teve a taxa de homicídio diminuída, justamente após a implantação do programa “Estado Presente” lançado em 2011. Esse programa foi o responsável pela melhora da posição do estado, pois até 2013 estava entre os 5 estados mais violentos do país, ocupando em 2015 a 15ª posição.

Esses dados não devem ser interpretados como reveladores de modelos ideais. Contudo, as inferências ensaiadas neste artigo atestam que uma análise mais complexa e multifatorial, para além da perspectiva da simples repressão, tendem a produzir melhores resultados. Tais reflexões precisam ser cotejadas com outras, e submetidas a análises de cunho mais integrativo e metodologicamente rigoroso; não obstante, corroboram e reforçam a hipótese levanta no início deste texto, de que constitui um caminho promissor pensar estes problemas tomando como objeto um “ambiente urbano”, visto a partir de uma epistemologia ambiental.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente artigo, foi possível verificar o importante papel desempenhado pelas ciências sociais no âmbito das pesquisas que fundamentam as políticas públicas, em especial aquelas ligadas às políticas criminais. As análises trazidas indicam, claramente, a necessidade de se estabelecer um diálogo interdisciplinar para entender o cenário da segurança pública no Brasil e, com isso, estabelecer possíveis políticas públicas de segurança, observando diversos critérios não repressivos, como aquele das condições socioeconômicas da população.

Embora o trabalho tenha conferido um maior acento à questão socioeconômica, parece evidente que as políticas de segurança pública tendem a ser tanto mais bem-sucedidas quanto mais considerarem uma perspectiva complexa do problema criminal, incorporando elementos de ordem socioeconômica, cultural, psicológica, e assim sucessivamente.

É lícito postular, particularmente, que a tendência atual é a formação de um ciclo de retroalimentação entre o problema da criminalidade e o problema da precarização da vida social, em sentido lato. Ainda que a criminalidade esteja aumentando, e ainda que outras variáveis tenham de ser consideradas, os dados analisados permitem concluir que o medo do encarceramento tende a produzir no trabalhador uma aptidão para suportar, psicologicamente, a progressiva precarização de suas condições de trabalho, o que mostra a interação complexa entre estes fatores de análise.

Para que se compreenda melhor a interação entre os diversos problemas sociais e os dados de conjuntura referidos no presente texto, a pesquisa científica tradicional, de viés mais analítico, compartimentalizado em disciplinas e temática específicas, não deixa de ser importante. Contudo, esses estudos devem estar a serviço de uma ciência das interações e inter-relações, mais sintética e sensível ao contexto. Isso significa, para fins do presente estudo, pensar as políticas públicas de segurança percebendo a violência urbana antes como um problema decorrente de um *ambiente urbano*, objeto de apreensão multifatorial e interdisciplinar.

É profícuo, portanto, que as ciências criminais se voltem a pesquisar de que maneira o desenvolvimento dos centros urbanos — ou, mais precisamente, o modo como as cidades são *produzidas*, consoante impe-

e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 105-127, abr. 2015. p. 120.

30 CERQUEIRA, Daniel et al. (Orgs.). *Atlas da violência 2017*. Brasília: IPEA; São Paulo: FBSP, 2017. p. 10-11. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

rativos de ordem econômica, social, política, cultural — tem contribuído para o aumento da violência e do encarceramento. Essa tarefa requer debater o estudo e a formulação de políticas criminais sob um viés epistemológico; ou seja, perguntar sobre a natureza, as etapas e os limites do conhecimento, e quais abordagens são mais efetivas para o estudo da violência e da criminalidade.

Nesse sentido, a racionalidade ambiental³¹ ajuda a compreender porque a confiança excessiva em sistemas de controle social, na uniformização e criminalização de comportamentos, no uso de tecnologias penais e policiais, pode coincidir com a produção de uma sociedade cada vez mais violenta. Não há “solução” simples, sobretudo de caráter reativo, para qualquer problema associado à violência, quando pensado de maneira descolada do contexto social complexo que o produziu — como se a criminalidade se refletisse sobre a sociedade, mas não fosse dela um reflexo. Somente um tipo de abordagem mais integrador e sintético poderá conduzir, do ponto de vista epistemológico, para a formulação de políticas criminais mais eficazes e de uma melhor compreensão acadêmica da questão criminal.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único: desmanchando consensos*. Petrópolis: Vozes, 2002.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 15, n. 1, p. 105-127, abr. 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/19940>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; RIBEIRO, Fernanda Bittencourt. Violência, segurança pública e direitos humanos no Brasil. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, jun. 2001.

BAZOLLI, João Aparecido; PEREIRA, Olivia Campos Maia; OLIVEIRA, Mariela Cristina Ayres. Regularização fundiária: nova lei, velhas práticas: caso de Araguaína – Amazônia Legal. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 215-230, 2017.

BONAMETTI, João Henrique. A paisagem urbana como produto do poder. *Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management)*, v. 2, n. 2, p. 259-273, jul./dez. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN*. Dez. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>. Acesso em: 18 fev. 2018.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.

CERQUEIRA, Daniel et al. (Org.). *Atlas da violência 2017*. Brasília: IPEA; São Paulo: FBSP, 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; LIMA, Renato Sérgio de. Segurança pública. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli de (Org.). *Crime, polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização, máquina de moer gente trabalhadora: a inexorável relação entre a marchandage e a degradação laboral, as mortes e mutilações no trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

31 LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 133-144.

DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 91-104, jan./jul. 2013.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: FBSP, 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. Os impactos econômicos da atuação do sistema penal: vida virtual, isolamento e encarceramento em massa. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 133-158, dez. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p133>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LIMA, Renato Sérgio de; SINHORETTO, Jacqueline; BUENO, Samira. Dossiê: a violência entre teoria e empiria: a gestão da vida e da segurança pública no Brasil. *Sociedade e Estado (UnB)*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 123-144, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922015000100123>. Acesso em: 18 fev. 2018.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 82. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015.

SANTOS, Thandara (Org.). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: INFOPEN. Jun. 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

SCHMIDT, João Pedro. Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 63, n. 3, p. 51-72, 2016.

SOARES, Luiz Eduardo; ROLIM, Marcos; RAMOS, Silvia. *O que pensam os profissionais da segurança pública no Brasil*. Brasil: Ministério da Justiça; SENASP, 2009. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/outras_publicacoes/pagina-2/17pesquisa_o-que-pensam-os-profissionais-da-seguranca-publica.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2014: os jovens do Brasil*. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – Flacso. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2016: homicídios por arma de fogo no Brasil*. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – Flacso. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.



REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito?

Ecocide: criminalizing policy of international environmental crimes or a crime itself?

Djalma Alvarez Brochado Neto

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito?*

Ecocide: criminalizing policy of international environmental crimes or a crime itself?

Djalma Alvarez Brochado Neto**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne**

RESUMO

A tendência à criminalização de condutas contra o meio ambiente advém da ineficiência dos outros ramos do direito em garantir a devida proteção a este bem de valor imprescindível à vida. Dada a universalização dos danos e das consequências, cabe ao Direito Internacional Penal a tipificação de determinados comportamentos prejudiciais. Neste contexto, diversos movimentos técnico-científico-culturais buscam tornar crime internacional o dano massivo ao meio ambiente: o ecocídio. O presente artigo tem como objetivo determinar se e em que medida o ecocídio pode ser compreendido como um movimento científico na busca de maior proteção do meio ambiente, de forma ampla, frente o aumento da criminalidade internacional ambiental; ou um tipo específico de crime com implicância internacional, com descrição objetiva de um comportamento abstrato, limitado, capaz de individualizar a conduta do agente. A pesquisa tem como método o dialético, buscando compreender o objeto através das noções de totalidade, mudança e contradição inerentes à realidade. Conclui-se que há um ecocídio “projeto de política pública” a ser adotada pelas nações, derivada da inclusão daquele no rol de crimes internacionais; e o ecocídio “tipo penal”, delimitado e taxativo, com abrangência restrita à conduta a ser descrita. A distinção possibilita a correta definição e abrangência de ambos, evitando o esvaziamento do crime (pela imprecisão e vagueza) e a redução da política pública (restrita à tipificação da conduta).

Palavras-chave: Ecocídio. Políticas públicas. Tipo penal. Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT

The trend of criminalizing the misconducts against the environment arises from the inefficiency of other branches of the law to ensure the protection of this essential asset, so important for the maintenance of life. Given the universal nature of the damages and the consequences of the misconducts against the environment it is imperative for international criminal law

* Recebido em 06/04/2018
Aprovado em 27/04/2018

** Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (2018). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (2016). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2006). Sócio advogado no escritório Dionizio & Brochado Advocacia. Professor Assistente no Centro Universitário Estácio do Ceará. E-mail: djaneto@hotmail.com

*** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Foi Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2012-2016). Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente - Université de Paris V e Universidade de São Paulo (2008). Mestre em Direito Internacional Público - Université de Paris V (2004). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (2001). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI) e do MUNDO DIREITO. Coordenadora do Projeto de Pesquisa em Direito do Mar. E-mail: tarinfmontalverne@yahoo.com.br

define certain harmful conducts. In this context, several technical-scientific-cultural movements seek to have the massive damage to the environment: the ecocide, considered an international crime. This article aims to determine if and to what extent the movement against the ecocide can be understood as a broad scientific movement in the search of a larger protection of the environment, in face of the increase of international environmental crime; or a specific, limited, definition of crime with an international implication, having an objective description of an abstract and limited behavior and capable of individualizing the agent's conduct. This research applies the dialectic method, seeking to understand the object from the perspective of the following notions, which are inherent to reality: totality, change and contradiction. The conclusion is that there is an ecocide which is related to a "public policy project" which is to be adopted by the nations, derived from the inclusion of the ecocide misconduct in the international law; and the "crime" ecocide, delimited and exhaustive, restricted to the described conduct. The distinction allows the correct definition and comprehensiveness of both, avoiding the emptying of crime (by imprecision and vagueness) and the reduction of public policy (restricted to the definition of conduct).

Keywords: Ecocide. Public policy. Crime. International Criminal Court.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2010, o jornal *The Guardian* publicou uma matéria¹ elencando as dez maiores destruições mundiais de ecossistemas, até então, provocadas pelo homem. O primeiro caso retrata a exploração da areia betuminosa² ao norte da região de Alberta, no Canadá, iniciada em 1969. A extração de petróleo deste material por empresas transnacionais (subsidiadas/toleradas pelo Estado) provoca há décadas danos ambientais – e humanos³ – irreparáveis e em larga escala, transformando este projeto no mais nocivo ao planeta.

Como este, existem vários outros ataques à natureza que podem receber a alcunha de "ecocídio"⁴, termo que significa, grosso modo, destruição em larga escala do meio ambiente⁵. Em comum, nestes casos, identifica-se a ausência de sanções jurídicas capazes de tolher ou reduzir a prática de determinadas condutas, a despeito da gradativa ampliação de instrumentos jurídicos protetivos, notadamente a partir da Conferência Internacional para o Meio Ambiente Humano de Estocolmo⁶, em 1972.

Hoje, o meio ambiente tem valor considerado superior, compartilhado pela comunidade internacional, diante de sua importância para a segurança e sobrevivência da própria humanidade⁷. O Direito Internacional Penal, logo, assume papel de destaque, visto a ineficácia dos outros ramos do direito na efetiva proteção deste bem jurídico.

Nesse sentido, desde a década de 1970, após os lançamentos do Agente Laranja no Vietnã pelos Estados

1 TREGASKIS, Shiona. Ten worst 'ecocides'. *The Guardian*, Londres, 4 maio 2010. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/environment/gallery/2010/may/04/top-10-ecocides>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

2 Betume viscoso, aglomerado com xisto e areia, a partir do qual se produz petróleo.

3 RAOUL, Emmanuel. Sob as areias betuminosas do Canadá. *Le monde Diplomatique*, São Paulo, 1º de abril de 2010. Disponível em: <<http://diplomatie.org.br/sob-as-areias-betuminosas-do-canada/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

4 Para outros exemplos, ver: CABANES, Valérie. *Examples of Ecocide*. Disponível em: <https://www.endecocide.org/examples/#art_007>. Acesso em: 18 fev. 2018.

5 Segundo Bronwyn Lay et al., "The term ecocide was born from science. The plant biologist and chair of the Department of Botany at Yale University Arthur Galston first publicly used the term ecocide in 1970 after researching herbicides. David Zierler's 2011 book *The Invention of Ecocide traces how the use of herbicidal warfare in the Vietnam war led to the defoliation of large areas of that country and resulted in a movement of scientists who advocated for ecocide to be an international crime*". LAY, Bronwyn et al. Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging. *The Journal Jurisprudence*, Melbourne, v. 28, p. 431, 2015, p. 433.

6 Para mais informações sobre a Convenção de Estocolmo, ver: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>.

7 MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 542.

Unidos⁸, propõe-se a criação do crime de ecocídio em âmbito internacional. Assim, a busca pela criminalização de condutas atentatórias ao meio ambiente alcançou o Tribunal Penal Internacional (TPI), com sede em Haia, habilitado a punir atos que provoquem danos ambientais em contexto de guerra (artigo 8º, item 2, alínea iv, do Estatuto de Roma) desde 2002.

Na prática, todavia, os mais danosos crimes ambientais se dão em tempos de paz, com objetivos precipuamente econômicos. Há, portanto, uma lacuna legal em matéria penal⁹. O passo mais recente para a persecução criminal daqueles, fora do contexto de guerra, ocorreu em setembro de 2016, quando o Escritório da Promotoria do TPI reconheceu a possibilidade de cooperar com os países signatários do Estatuto de Roma na eventual apuração de delitos ambientais¹⁰. Não é, entretanto, uma adesão formal do ecocídio à competência da Corte.

Apoiando a criminalização formal dessas condutas, há diversos grupos civis¹¹ de ambientalistas e advogados atuantes internacionalmente defendendo uma maior atenção do Direito Penal à repressão de crimes contra o meio ambiente, nos níveis nacionais e internacional.

Ocorre que, além da gama de problemas advindos da aplicabilidade do Direito Penal na seara internacional, há diversas questões de ordem jurídica a se esclarecer ou definir antes de efetivamente tornar realidade a punição por danos ao meio ambiente entre nações soberanas. No que tange ao ecocídio, surge de plano o seguinte questionamento: cuida-se de movimento científico-cultural, propondo definir procedimentos e uma gama de crimes com alto potencial lesivo da natureza, na forma de política pública, a ser realizada pelos Estados, além da criminalização internacional; ou consiste o ecocídio num tipo penal claro, limitado e definido, contemplando todos os elementos jurídicos necessários a alcançar, após devido processo, uma sanção?

A confusão se dá diante das diversas abordagens do crime ecocídio. Num primeiro momento vinculado a atos de guerra, passando pela campanha Eradicating Ecocide (resultando num documento apresentado nas Nações Unidas¹² em 2010), até as proposições de convenções internacionais, tratando dos crimes contra o meio ambiente (ecocrimes¹³ e ecocídio), em 2015, capitaneadas pelo pesquisador francês Lauren Neyret¹⁴, observa-se uma constante evolução nas discussões sobre a necessidade de criminalização de condutas extremas contra a natureza. Mas, a dificuldade de se estabelecer critérios técnicos à definição do crime fomenta o elastecimento do conceito de ecocídio, tornando-o mais similar a um movimento de criminalização geral de diversas condutas contra o meio ambiente do que um tipo penal em si.

Como crime, o ecocídio poderia ser incorporado aos constantes no Estatuto de Roma, ou tipificado num

8 No ano de 2013, ainda nasciam crianças com malformações congênitas em consequência da exposição ao herbicida “agente laranja”. FERREIRA, Maria Augusta Drago, *et al.* Agente Laranja/Dioxina: consequências de seu uso no Vietnã. *Cetox-UFC*, Fortaleza, boletim 7, 2013. Disponível em: <<http://www.cetox.ufc.br/boletins/arquivos%20boletins/Boletim%2007%20Dioxina.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

9 A inexistência de uma corte específica e os variados documentos internacionais de tutela do meio ambiente, especialmente civis e administrativos, dificultam a tutela conjunta do direito penal, entre os problemas, a dificuldade de fixação de competência para punir os infratores JORDACE, Thiago. *Tutela penal ambiental: necessidade, adequação e viabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 220.

10 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Office of the prosecutor policy paper on case selection and prioritization*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

11 Entre eles, End Ecocide on Earth e Eradicating Ecocide.

12 ERADICATING ECOCIDE. *Relevant international crime history*. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/the-law/history/#_ftn8>. Acesso em: 20 fev. 2018.

13 Para Neyret, entende-se por ecocídio o conjunto de ilícitos – cuja responsabilidade de julgamento cabe aos Estados – que coloquem em perigo o meio ambiente, cometidos intencionalmente ou por negligência ao menos grave. O art. 3 da proposta de “Convenção Ecocrimes” estipula algumas infrações, como (a) o rejeito, a emissão ou a introdução de uma quantidade de substâncias ou de radiações ionizantes no ar ou na atmosfera, nos solos, nas águas ou nos meios aquáticos e (c) a exploração de uma usina naquela uma atividade perigosa é exercida ou substâncias ou preparações perigosas são estocadas ou utilizadas. MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015. p. 551.

14 NEYRET, Laurent (Dir.). *Des écocrimes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruxelles: Bruylant, 2015.

estatuto de criação de um tribunal específico¹⁵. Na legislação interna de alguns países¹⁶ e nas propostas de convenção internacional existem tentativas de tipificação do delito, estabelecendo, em maior ou menor grau, a responsabilização penal por crimes ambientais.

Nesse panorama, o presente artigo tem como objetivo determinar se e em que medida o ecocídio pode ser compreendido como um movimento científico na busca de maior proteção do meio ambiente, de forma ampla, frente ao aumento da criminalidade internacional ambiental; ou um tipo específico de crime com implicância internacional, com descrição objetiva de um comportamento abstrato, limitado, capaz de individualizar a conduta do agente.

A pesquisa justifica-se na relevância do tema na atualidade. Os danos ambientais alcançam escala cada vez maior, impactando diretamente a vida humana e o ambiente natural. Nesse prisma, os estudos sobre novos mecanismos de repressão à criminalidade ambiental ganham destaque oferecendo bases à construção de futuros tratados e legislações nacionais, por meio da definição de crimes, como o ecocídio.

Este trabalho inova, portanto, ao contrapor duas diferentes abordagens do termo ecocídio, esclarecendo a importância de distingui-las para, enfim, possibilitar a aplicação jurídica do crime nacional e internacionalmente.

A pesquisa tem como método o dialético, reconhecendo a dificuldade de se apreender o real, em sua determinação objetiva, buscando, por isso, compreender o objeto através das noções de totalidade, mudança e contradição inerentes à realidade¹⁷. Analisando o ecocídio como movimento da história, pretende-se articular seu desenvolvimento como crime.

O artigo divide-se em três partes: discorre-se sobre a evolução da proteção do meio ambiente por meio de instrumentos internacionais voltados à prevenção, apontando para a insuficiência destes e a necessidade de criminalização de condutas danosas à natureza; após, pretende-se estabelecer a importância da padronização dos crimes ambientais nos níveis nacionais, a fim de possibilitar uma maior efetividade da intervenção penal no âmbito internacional; por fim, cabe distinguir “ecocídio política pública” e “ecocídio crime”, com fulcro de permitir o avanço em busca de um regramento internacional penal ambiental adequado.

2. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE PELA REPRESSÃO PENAL: A INSUFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PREVENÇÃO A DANOS AMBIENTAIS

O arau-gigante era uma ave de grande porte, incapaz de voar, semelhante aos pinguins, que habitava a América do Norte e Europa. Dada a sua docilidade, era facilmente abatido e transformado em alimento, iscas, plumas, etc., servindo de mantimento barato às embarcações. A caça predatória findou na sua deliberada e consciente extinção, em 1821¹⁸. Este é um exemplo, dentre outros¹⁹, de danos massivos ao meio ambiente (incluindo os seres vivos) sem qualquer consequência jurídica internacional, persistindo este cenário até a década de 1970.

As primeiras bases de uma regulamentação para a proteção do meio ambiente se deram na Conferência Internacional para o Meio Ambiente Humano realizada em Estocolmo, em 1972²⁰. À época, estava clara a

15 MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015. p. 567.

16 LAY, Bronwyn et al. Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging. *The Journal Jurisprudence*, Melbourne, v. 28, 2015. p. 436.

17 DINIZ, Célia; SILVA, Iolanda Barbosa. *O método dialético e suas possibilidades reflexivas*. Natal: EDUEP, 2008. p. 4.

18 KOLBERT, Elizabeth. *A sexta extinção: uma história não natural*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. p. 65-67.

19 No século seguinte, viu-se um crescimento de desastres ambientais em todo o mundo, provocando severas degradações ao meio ambiente, como derramamento de petróleo na costa norte da França, o acidente químico em Bophal, na Índia, e o desastre nuclear de Chernobyl. CUNHA, Guilherme Farias et al. Princípio da precaução no Brasil após a Rio-92: impacto ambiental e saúde humana. *Ambiente & Sociedade*, v. 16, n. 3, 2013. p. 67.

20 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano*. Disponível em: <www.

capacidade do ser humano de promover danos irreparáveis à natureza, afetando a coletividade indiscriminadamente²¹. A preocupação era obter o reconhecimento da finitude dos recursos naturais, chamando a comunidade internacional à cooperação nas questões relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente²².

O próximo passo importante na formulação de metas mais objetivas à proteção do meio ambiente se deu na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro, em 1992, conhecida como Cúpula da Terra (ou Eco-92). No encontro, além de reafirmar os compromissos determinados em Estocolmo, buscou-se definir uma nova agenda global, fixando-se conceitos importantes em convenções e tratados multilaterais²³, em especial o princípio da precaução:

Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental²⁴.

A precaução foi erigida à categoria de princípio-regra internacional, exigindo o cumprimento de todas as medidas possíveis para a prevenção de danos ambientais²⁵. Apesar de diferir do princípio da prevenção²⁶, tanto este como aquele buscam proteger o meio ambiente evitando que o dano ocorra, ignorando, todavia, uma sanção para quem o produz.

O mesmo ocorreu na Conferência Das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, chamada Rio+20, realizada em 2002, também no Rio de Janeiro. A Declaração Final, conhecida como “O Futuro Que Queremos”²⁷, reafirma os compromissos assumidos nas Convenções anteriores, no sentido de fortalecer a cooperação internacional, com foco no desenvolvimento sustentável²⁸.

mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 18 fev. 2018.

21 Da Declaração da Conferência da ONU, junho 1972, ponto 6: “Chegamos a um momento da história em que devemos orientar nossos atos em todo o mundo com particular atenção às consequências que podem ter para o meio ambiente. Por ignorância ou indiferença, podemos causar danos imensos e irreparáveis ao meio ambiente da terra do qual dependem nossa vida e nosso bem-estar”.

22 Princípio 24 da Declaração da Conferência: “Todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito e cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente. É indispensável cooperar para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera, possam Ter para o meio ambiente, mediante acordos multilaterais ou bilaterais, ou por outros meios apropriados, respeitados a soberania e os interesses de todos os estados”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano*. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 18 fev. 2018.

23 GUIMARÃES, Roberto Pereira; FONTOURA, Yuna Souza dos Reis da. Rio+ 20 ou Rio-20?: crônica de um fracasso anunciado. *Ambiente & Sociedade - USP*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 19-39, 2012. p. 21.

24 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento* Disponível em: <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

25 “O fundamento de tal exigência mais uma vez será a solidariedade humana, tanto para com a geração presente como para com as gerações vindouras. Sendo assim, a solidariedade passa a exercer o papel de instrumento de limitação, estabelecendo um vínculo entre gerações, e provocando inclusive, uma forma de controle social”. MARQUES, Clarissa. Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações. *Nomos*, Fortaleza, v. 32, n. 2, 2012. p. 46. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/350/332>. Acesso em: 10. Fev. 2018.

26 Para Denise Hammerschmidt, “o princípio da prevenção é uma conduta racional frente a um mal que a ciência pode objetivar e mensurar, que se move dentro das certezas das ciências. A precaução, pelo contrário, enfrenta a outra natureza da incerteza: a incerteza dos saberes científicos em si mesmo”, e arremata: “O princípio da prevenção refere-se ao perigo concreto e o princípio da precaução refere-se ao perigo abstrato”. HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 97-122, jan. 2002. p. 111. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15317>. Acesso em: 08 mar. 2018.

27 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20): o futuro que queremos*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

28 Segundo Guimarães e Fontoura, “a Rio+20 não esteve centrada, sequer foi desenhada, com o objetivo de culminar negociações sobre aspectos fundamentais para o futuro ambiental do planeta, focando-se somente em discussões, quase acadêmicas, em torno de ‘economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza’ e sobre ‘o quadro institucional para o desenvolvimento sustentável’”. Com o mundo imerso na mais profunda crise econômica desde a Grande Depressão de 1929, foi realmente difícil convencer líderes mundiais a viajarem ao Rio em Junho para simplesmente discutir estes temas, mas sem ter que

Como visto, para o Direito Internacional, a proteção ao meio ambiente possuía caráter eminentemente preventivo. Todavia, a escalada de danos ambientais massivos ocorrida nos últimos anos evidencia (como a extração de petróleo das areias betuminosas no Canadá), senão a ineficiência, a insuficiência das medidas de precaução e prevenção²⁹. A intervenção penal, como *ultima ratio*, passou a ser necessária³⁰.

Num enfoque repressivo internacional, apenas o dano ambiental num contexto bélico era avaliado potencialmente como crime. Ao analisar a Guerra da Indochina, onde a natureza foi, pela primeira vez, alvo militar de destruição sistemática, Richard Falk utilizou o termo ecocídio³¹ em alusão ao já consagrado termo “genocídio”.

A proteção ao meio ambiente, para efeitos penais, atrelou-se, durante as discussões na Organização das Nações Unidas (ONU), aos crimes contra paz e a humanidade³². Nas negociações para formatação das bases do Estatuto de Roma, considerou-se, inicialmente, a inclusão do crime internacional de ecocídio em tempos de paz (o quinto crime de relevância mundial), mas, no rascunho preliminar de 1998, foi excluída qualquer menção ao delito e a danos ambientais, restringindo-os apenas aos crimes de guerra³³. Mesmo assim, o dispositivo é vago e de difícil subsunção para um caso prático. Ademais, a punição por crimes ambientais somente em situações de guerra limita significativamente a aplicabilidade da regra³⁴.

tomar decisões, de resto, não identificadas em momento algum para a sua ratificação e posta em prática, exceto na vaga declaração política ‘O Futuro que Queremos.’” GUIMARÃES, Roberto Pereira; FONTOURA, Yuna Souza dos Reis da. Rio+ 20 ou Rio-20?: crônica de um fracasso anunciado. *Ambiente & Sociedade - USP*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 19-39, 2012. p. 26.

29 O esforço internacional para combater os chamados “diamante de sangue” desenrolou na criação do *Kimberley Process* (KP), uma certificação que garantiria a procedência da pedra preciosa, assegurando controle na exploração mineral e o respeito aos direitos humanos. Todavia, a solução encontrada, aparentemente, máscara e institucionaliza a prática de crimes, agora sob um suposto selo de autenticidade. ALT, Vivian. A falácia da certificação dos Diamantes de Sangue. *Politike, Carta Capital*, São Paulo, 19 fev. 2015. Disponível em: <<http://politike.cartacapital.com.br/a-falacia-da-certificacao-dos-diamantes-de-sangue/>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

30 A criminalidade ambiental atinge as sociedades como um todo, tendo consequências em diversas áreas, como sanitária e econômica, implicando diretamente na segurança dos países. O Direito Internacional se mostra impotente, diante das sucessivas violações ao meio ambiente, necessitando de um enfoque do Direito Internacional Penal, a fim de promover uma maior integração legislativa entre Estados. MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015. p. 543-544.

31 “Therefore, it is important to understand the extent to which environmental warfare is linked to the overall tactics of high-technology counter-insurgency warfare, and extends the indiscriminateness of warfare carried on against people to the land itself. Just as counter-insurgency warfare tends toward genocide with respect to the people, so it tends toward ecocide with respect to the environment”. FALK, Richard. Environment warfare and ecocide: facts, appraisal and proposals. *Brussels: Révue Belge de Droit International*, n. 11, p. 1-27, 1973.p.1-2.Disponível em: <<http://rbd.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201973/RBDI%201973-1/RBDI%201973.1%20-%20pp.%201%20%20C3%83%C2%A0%2027%20-%20Richard%20Falk.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

32 “Crimes against the peace and security of mankind might therefore be characterized as acts which seriously jeopardized the most vital interests of mankind, violated the fundamental principles of jus cogens and threatened individual nations, ethnic groups, civilization and the right to life. Perhaps the Special Rapporteur could also consider the relationship between the provisions of the draft code and those of article 19 of part 1 of the draft articles on State responsibility. He would also not object if the list of international crimes included “ecocide”, as a reflection of the need to safeguard and preserve the environment, as well as the first use of nuclear weapons, colonialism, apartheid, economic aggression and mercenarism”. UNITED NATIONS. *Yearbook of The International Law Commission*, 1987. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1987_v1.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018.

33 Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002, promulgando o Estatuto de Roma. Diz o art. 8º, 8(2)(b) (iv): “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crimes de guerra”: iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa”.

34 “À première vue, les défenseurs de l’environnement devraient donc être ravis de voir des règles sur les dommages causés à l’environnement en temps de guerre — qui ne faisaient auparavant même pas partie du régime des infractions graves — élevés au rang de crimes de guerre à la Cour pénale internationale. Cependant, notre analyse des éléments de l’article 8, paragraphe 2, alinéa b-iv) du Statut de la CPI et de leur application à des exemples classiques de dommages intentionnels à l’environnement en temps de guerre a montré que le champ d’application de cette règle est extrêmement limité. En effet, au vu des critères élevés fixés pour les dommages causés, de la difficulté que pose l’exigence de connaissance, et de la notion de « proportionnalité/nécessité » élargie et donc facile à invoquer, on peut se demander, comme Heller et Lawrence, s’il sera possible de condamner qui que ce soit pour dommages à l’environnement en temps de guerre en vertu de cette disposition de la CPI” WYATT, Julian. Le développement du droit international au carrefour du droit de l’environnement, du droit humanitaire et du droit pénal: les dommages causés à

Dessa forma, o fenômeno ecocídio e o que ele representa (degeneração ambiental em massa) assumiu o papel de chamar a atenção dos Estados à necessidade de criminalização de condutas destrutivas do meio ambiente, mas carecia de definição como um tipo penal propriamente dito. Era – e ainda é, na maioria dos projetos – impreciso e abstrato o suficiente a embarçar a segurança jurídica necessária a sua aplicação. No dizer de Bronwyn Lay *et al.*³⁵:

Apesar da defesa legal e da sociedade civil por meio século, e da presença da lei do ecocídio em pelo menos dez jurisdições nacionais, o direito penal internacional tem resistido à inclusão do ecocídio no seu cânone, com exceção das disposições nunca utilizadas no Estatuto de Roma em relação aos danos ambientais em tempo de guerra. Isto é apesar de sólidos fundamentos jurídicos e morais existentes para suas inclusões, o menor deles é que a humanidade depende dos ecossistemas para sobreviver.

Todavia, alguns projetos sobre o ecocídio como crime já eram conhecidos nas Nações Unidas, apresentados por especialistas e organizações não-governamentais, como a *Friends of the Earth International*³⁶. A ONG apresentou ao Secretário Geral, em 2015, uma proposta para um tratado sobre corporações transnacionais (TNCs, sigla em inglês) em relação aos direitos humanos, dando especial atenção aos crimes cometidos por pessoas jurídicas, entre eles os praticados contra o meio ambiente³⁷.

Outro movimento que pleiteia a atuação internacional penal nos crimes ambientais é o *Eradicating Ecocide*³⁸. Dentre as suas propostas para uma lei internacional, enuncia-se a definição de ecocídio³⁹:

Extensa destruição, dano ou perda de ecossistema (s) de um determinado território, seja por ação humana ou por outras causas, a tal ponto que a fruição pacífica pelos habitantes daquele território seja severamente diminuída.

Ainda no continente europeu, a pesquisa liderada por Laurent Neyret⁴⁰, na França, entre os anos de 2011 e 2014, buscou apurar os desdobramentos jurídicos de diversos crimes ambientais (ecocrimes e ecocídio), apresentando, diante das lacunas encontradas no Direito Internacional no que tange à criminalidade ambiental⁴¹, trinta e cinco propostas para uma punição mais efetiva destes crimes. Destacam-se aqui dois projetos: de Convenção contra a criminalidade ambiental (Convenção Ecocrimes); e de Convenção contra o ecocídio (Convenção Ecocídio)⁴². Neste último, o artigo 2º traz a definição de ecocídio:

1. Para os fins da presente Convenção, o ecocídio define-se como os atos intencionais descritos a seguir, quando eles comprometem a segurança do planeta e são cometidos no âmbito de uma ação generalizada

l'environnement en période de conflit armé international, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n. 879, 2010. p. 42.

35 “Despite legal and civil society advocacy for half a century, and the presence of ecocide law in at least ten national jurisdictions, international criminal law has been resistant to the inclusion of ecocide within its canon with the exception of the never used provisions in the Rome Statute regarding environmental damage in wartime. This is despite solid historical and extant national legal and moral foundations for its inclusions, the least of which is that humanity depends upon ecosystems for survival.” LAY, Bronwyn et al. Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging. *The Journal Jurisprudence*, Melbourne/AU, v. 28, 2015. p. 436.

36 FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL. *Home*. Disponível em: <<http://www.foei.org/>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

37 “The Treaty should include a reference to Ecocide caused by the direct or systemic violations by TNCs. Ecocide is the extensive damage to, destruction of or loss of ecosystem(s) of a given territory to such an extent that peaceful enjoyment by the inhabitants of that territory has been or will be severely diminished, or when systemic death and extermination of species occur. The inclusion of Ecocide in international law aims to prohibit mass damage and destruction of the Earth and creates a legal duty of care for all inhabitants –including all living beings –that have been or are at risk of being significantly harmed due to Ecocide. The duty of care applies to prevent, prohibit and preempt both human-caused Ecocide and natural catastrophes”. UNITED NATIONS. *Human Right Council*. 2015. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/144/21/PDF/G1514421.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

38 ERADICATING ECOCIDE. *Home*. Disponível em: <<http://eradicatingecocide.com/>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

39 “The extensive destruction, damage or loss of ecosystem(s) of a given territory, whether by human agency or by other causes, to such an extent that peaceful enjoyment by the inhabitants of that territory has been severely diminished”. HIGGINS, Polly. *Eradicating Ecocide: exposing the corporate and political practices destroying the planet and proposing the laws to eradicate ecocide*. London: Shepard-Walwyn (IPG), 2016.

40 NEYRET, Laurent (Dir). *Des écocrimes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruxelles: Bruylant, 2015.

41 MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 550-560, 2015. p. 543.

42 MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 550-560, 2015.

ou sistemática:

- a) O rejeito, a emissão ou a introdução de uma quantidade de substâncias ou de radiações ionizantes no ar ou na atmosfera, nos solos, nas águas e nos ambientes aquáticos;
- b) A coleta, o transporte, a valorização ou a eliminação de resíduos, incluindo a fiscalização dessas operações e a posterior manutenção dos aterros e notadamente as medidas tomadas na qualidade de negociador ou corretor em qualquer atividade relacionada à gestão de resíduos;
- c) A exploração de uma fábrica em que uma atividade perigosa é realizada ou substâncias ou preparações perigosas sejam armazenadas ou utilizadas;
- d) A produção, o tratamento, a manipulação, a utilização, a detenção, a armazenagem, o transporte, a importação, a exportação ou a eliminação de materiais nucleares ou outras substâncias radioativas perigosas;
- e) a morte, a destruição, a posse ou a captura de espécimes da fauna e da flora selvagens protegidos ou não;
- f) outros atos de caráter análogo cometidos intencionalmente e que colocam em perigo a segurança do planeta.

Há notoriamente nesta proposta um desenvolvimento jurídico de crime mais próprio da ciência penal, apontando, nos outros artigos da Convenção, o modo de apuração das responsabilidades das pessoas físicas e jurídicas, sanções e competência⁴³.

O apelo crescente à criminalização de condutas atentatórias ao meio ambiente na seara internacional evidencia a insuficiência dos meios tradicionais de prevenção de danos ambientais. Não há, entretanto, uniformização nas propostas de tipificação do crime de ecocídio. Mesmo assim, resta clara a importância do Direito Internacional Penal a fim de garantir uma efetiva proteção do meio ambiente, já plenamente reconhecido como bem de valor elevado e universal. Esta maior proteção se dará com a criminalização e padronização dos ecocrimes (crimes ambientais de menor repercussão) e do ecocídio, nas esferas nacionais e internacional.

3. A NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO UNIFORME DE DANOS AMBIENTAIS MASSIVOS PARA TORNAR MAIS EFICAZ A LEGISLAÇÃO PENAL AMBIENTAL

A efetividade das políticas de prevenção aos danos ambientais é frequentemente questionada, especialmente pela ausência de maior poder coercitivo das normas internacionais⁴⁴. De fato, a ausência de normas jurídicas penais no trato sobre o tema possibilita a ocorrência – sem intervenção legal⁴⁵ – de diversos ataques ao meio ambiente pelo mundo, com crescente impacto sobre o ecossistema e as comunidades humanas⁴⁶.

43 Artigos 3 (Participação ao crime de ecocídio), 5 (Responsabilidade penal das pessoas morais), 6 (Sanções contra as pessoas físicas), 7 (Sanções contra as pessoas morais), 10 (Competências nacionais) e 11 (Investigação e persecução penal). MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 550-560, 2015.

44 MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 550-560, 2015. p. 545.

45 No contexto da prevenção global a danos ao meio ambiente, diante da carência de ação dos governantes de muitos países, diversas iniciativas públicas *bottom-up* surgiram nos últimos anos, como, por exemplo, ocorre em 28 Estados nos EUA que desenvolvem planos climáticos próprios, estabelecendo metas de redução de emissões de carbono. No plano privado, encontram-se ações de Responsabilidade Social Corporativa (RSC), ranqueamentos que levam em conta a luta contra o aquecimento, entre outros. VAN WAEYENBERGE, Arnaud. Direito Global: uma teoria adequada para se pensar o direito ambiental? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, 2017. p. 18. Apesar de louváveis, as iniciativas citadas não implicam a desnecessidade de atuação dos tradicionais atores de direito internacional; pelo contrário, devem reforçar, com regras gerais, a proteção à natureza global.

46 Citem-se, a título de exemplo, duas reportagens de importantes jornais internacionais sobre a escalada da criminalidade ambiental nesta década: em 2010, *The Guardian*, elencando dez danos ambientais reconhecíveis como “ecocídio”. TREGASKIS, Shiona.

Apesar de alguns sistemas jurídicos nacionais contemplarem leis penais ambientais, o fazem de forma distinta, em variados graus de complexidade e eficiência. Entretanto, estas legislações são inadaptadas para lidar com a criminalidade ambiental – intrinsecamente relacionadas a questões econômicas –, principalmente em razão do seu caráter transnacional. O interesse político local determina o nível de submissão às leis, frequentemente aquém do necessário a coibir as práticas delituosas. Nos países em desenvolvimento, especialmente, a corrupção se mostra outra barreira à aplicação legal, influenciando diretamente na eficácia daquelas⁴⁷.

Ainda, comparando os dispositivos legais entre países, observa-se que, por vezes, não se encontram similitudes entre os tipos penais⁴⁸ (conceitos, delitos, penas). As variadas abordagens sobre os mesmos crimes acabam por provocar o chamado *dumping* ambiental, servindo de catalizador para atividades criminosas⁴⁹. Agentes econômicos internacionais (empresas transnacionais, via de regra), optam por construir instalações poluentes ou degradantes em nações onde a legislação é mais branda, auferindo maiores lucros, frente à desnecessidade de adoção de medidas em relação à proteção do meio ambiente. A ausência de padronização dos crimes entre os Estados, portanto, favorece o incremento da criminalidade ambiental, especialmente naqueles onde haja consequências regionais ou globais.

Nesse prisma, o Direito Internacional Penal tem a oportunidade de propor diretrizes jurídicas adequadas, respeitados os princípios gerais de Direito Penal⁵⁰ e as peculiaridades de cada país, com o fulcro de alcançar a proteção ao meio ambiente, hoje realizada através de mecanismos meramente preventivos e, até então, ineficazes⁵¹.

Um dos caminhos para, na prática, buscar uma uniformização dos crimes e das penas nos níveis nacional e internacional é amparado no princípio da complementaridade⁵², definir e determinar quais crimes ambien-

Ten worst ‘ecocides’. *Theguardian*, 2010. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/environment/gallery/2010/may/04/top-10-ecocides/#/?picture=361634449&index=0>>. Acesso em: 18 fev. 2018. e em 2015, Le Monde, narrando a corrente de eventos de cinco crimes ambientais, investigação que desembocou nas 35 propostas apresentadas pela equipe de Lauren Neyret. MICHEL, Serge; BAUDET, Marie-Béatrice. Ecocide, *Le Monde*, Paris, 2015. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/planete/visuel/2015/01/24/ecocide-episode-1-le-bois-qui-saigne_4527270_3244.html#sDDxAh2S0KV7qjS.99>. Acesso em: 20 fev. 2018. Outra lista de possíveis crimes de ecocídio encontra-se nesse site, incluindo entre os delitos o caso brasileiro “Belo Monte”. CABANES, Valérie. *Examples of Ecocide*. Disponível em: <https://www.endecocide.org/examples/#art_007>. Acesso em: 18 fev. 2018.

47 MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 550-560, 2015. p. 544.

48 “Este problema ocorre porque os deveres e obrigações internacionais são de cunho minimalista, ou seja, trabalham com padrões mínimos. Os Estados ficam com uma ampla margem de conveniência e oportunidade para estabelecerem políticas além dos padrões internacionais acordados ou ficarem adstritos ao documento estrangeiro”. JORDACE, Thiago. *Tutela Penal Ambiental: necessidade, adequação e viabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 188.

49 MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 550-560, 2015. p. 544.

50 “O Estatuto de Roma também consagrou princípios gerais de direito penal, não obstante as diferenças conceituais entre as delegações de países de direito civil e as de países de *common law*”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013. p. 35. São, conforme os arts. 22 e 23 do Estatuto, os princípios: *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, irretroatividade *ratione personae*, responsabilidade penal individual, exclusão dos menores de 18 anos, irrelevância do cargo oficial, responsabilidade dos chefes e outros superiores, imprescritibilidade (inaplicabilidade de “*statutes of limitations*”), elemento de intencionalidade, circunstâncias eximentes de responsabilidade penal, erros de fato ou de direito, ordens superiores e disposições gerais.

51 “On peut donc en conclure que le droit international de l’environnement actuel s’attache plus à prévenir les faits qu’à rendre la justice une fois les dommages causés. La prévention est la stratégie principale qu’un très grand nombre d’instruments majeurs du droit international de l’environnement ont adoptée depuis la Conférence de Stockholm. C’est le cas du régime très efficace mis en place par la Convention de Vienne et le Protocole de Montréal pour la protection de la couche d’ozone. C’est aussi la voie suivie par les deux instruments universellement connus que sont la Convention-cadre des Nations Unies et son Protocole de Kyoto sur le changement climatique, dont le régime s’est toutefois avéré moins efficace. Il est compréhensible que les instruments mettent ainsi l’accent sur la prévention dans le contexte environnemental (par opposition au contexte financier, par exemple) quand on observe, comme le fait la CIJ dans l’Affaire relative au projet Gab*ikovo-Nagyamaros, les « limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages »⁴⁶. En effet, les difficultés pratiques que pose l’indemnisation ex post facto pour des dommages à l’environnement sont aggravées au niveau international, du fait que les problèmes liés à l’établissement des éléments de preuve et à l’estimation des dommages sont plus difficilement réglés dans le cadre d’un différend international qu’au niveau national”. WYATT, Julian. Le développement du droit international au carrefour du droit de l’environnement, du droit humanitaire et du droit penal: les dommages causés à l’environnement en période de conflit armé international, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n. 879, 2010. p. 10.

52 O princípio da complementaridade, disposto no art. 1º do Estatuto de Roma, estabelece que a atuação do Tribunal Penal Internacional será subsidiária às cortes nacionais, ou seja, o TPI terá competência para julgar os crimes elencados no Estatuto se o

tais são de competência do Tribunal Penal Internacional (TPI)⁵³. Os signatários teriam de se adequar, alterando suas legislações internas o mais próximo possível do parâmetro negociado e adicionado ao Estatuto. Assim, com menos discrepâncias entre os tipos penais e sanções entre Estados, o *dumping* ambiental seria reduzido, além de ampliar a capacidade investigativa nas práticas criminosas transnacionais.

Para isso, entretanto, deve-se compreender a necessária ampliação dos bens jurídicos objetos de tutela do Direito Internacional Penal moderno, adicionando o meio ambiente aos bens tradicionalmente amparados por este ramo do direito (vida, paz, dentre outros). O tema, como se percebe, tem alcance global (a se notar pelo crescimento de encontros e documentos internacionais nos últimos 50 anos), consistindo o dano ambiental em um problema – e as respetivas soluções – de interesse mundial. Deveria, logo, o ecocídio ser acrescido aos crimes nucleares (*core crimes*) do Estatuto de Roma, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Atento à evolução do Direito Penal e à maior efetividade do Tribunal diante das graves violações ao meio ambiente, o Escritório da Promotoria⁵⁴ do TPI, órgão independente, mas vinculado a esta Corte, divulgou um documento de políticas sobre a seleção e priorização de casos passíveis de investigação⁵⁵, em setembro de 2016. Nele, reconheceu, pela primeira vez desde a instalação do Tribunal, a possibilidade de apurar crimes ambientais em tempos de paz⁵⁶:

41. The impact of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the increased vulnerability of victims, the terror subsequently instilled, or the social, economic and environmental damage inflicted on the affected communities. In this context, the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land.

Não é de fato uma adesão formal do ecocídio ao rol dos crimes suscetíveis de apuração pelo TPI, mas significa uma maior compreensão de que os danos ao meio ambiente alcançam interesse da comunidade internacional, especialmente na seara penal. Amparou-se a Promotoria no artigo 93 (10) do Estatuto de Roma⁵⁷, alegando haver interesse da Corte sempre que constitua o fato crime grave no país requerente de cooperação do Tribunal.

Sem dúvida, o documento da Promotoria evidencia uma maior atenção aos crimes ambientais, em especial às condutas com grande potencialidade lesiva a comunidades humanas (daí a vinculação aos crimes contra a humanidade). Todavia, o tipo penal ecocídio, para concretamente ser contemplado no rol de crimes passíveis de julgamento pelo TPI, precisa necessariamente de previsão legal. o que se dará, somente, por meio de uma negociação entre os países signatários do Tratado de Roma.

Outra forma de se buscar a padronização na repressão aos crimes ambientais, conforme sugerido por Neyret⁵⁸, se dá com o estabelecimento de uma nova convenção, definindo os tipos penais e instituindo uma

Estado se mostrar inábil, inerte ou ineficiente no julgamento local. Conforme Jordace, o mencionado princípio tem duas finalidades: respeitar a soberania de cada país e dar efetividade à justiça internacional penal JORDACE, Thiago. *Tutela Penal Ambiental*: necessidade, adequação e viabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 223-224.

53 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *ICC's new Registrar Peter Lewis takes oath*. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/Main.aspx>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

54 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Office of the Prosecutor*. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/about/otp>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

55 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Office of the prosecutor policy paper on case selection and prioritization*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

56 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Office of the prosecutor policy paper on case selection and prioritization*. p. 14. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

57 “Art. 93 (10) (a) Mediante pedido, o Tribunal cooperará com um Estado Parte e prestar-lhe-á auxílio na condução de um inquérito ou julgamento relacionado com fatos que constituam um crime da jurisdição do Tribunal ou que constituam um crime grave à luz do direito interno do Estado requerente”. BRASIL. *Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

58 NEYRET, Laurent (Dir). *Des éco-crimes à l'éco-cide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruxelles: Bruylant, 2015.

Corte própria para o tema: Tribunal Penal Internacional do Meio Ambiente, conforme dispõe o artigo 18 do projeto da “Convenção Ecocídio”. Este Tribunal, a exemplo do TPI, teria jurisdição complementar às nacionais, com competência para julgamento do crime de ecocídio⁵⁹.

No esteio do princípio da jurisdição universal⁶⁰, o consenso sobre o tipo penal, conceito de dano ambiental, fixação de limites e competência parece ser – a despeito da dificuldade inerente às relações internacionais – o caminho mais viável a uma maior repressão dos crimes ambientais transnacionais. A julgar pelo movimento da Promotoria no TPI, o entendimento de que o meio ambiente é um bem de valor superior – logo, merecedor de atenção do Direito Internacional Penal –, o ecocídio será, em breve, uma conduta reprovada mundialmente.

Como se viu, é imperiosa a necessidade de definir tipos penais próprios a combater a criminalidade ambiental, com atenção à padronização dos tipos nos âmbitos interno e externo, se não evitando ao menos diminuindo o *dumping* ambiental. A seguir, buscar-se-á diferenciar o “ecocídio tipo penal”, com suas elementares necessárias à classificação como tal, e “ecocídio movimento científico-cultural” em prol de uma maior proteção ao meio ambiente.

4. POR QUE DISTINGUIR “ECOCÍDIO POLÍTICA PÚBLICA” E “ECOCÍDIO CRIME”?

Desde a década de 1970, o termo “ecocídio” tem sido utilizado para representar danos massivos provocados pelo homem ao meio ambiente, seja num contexto bélico ou em tempos de paz. Serviu – e ainda serve – de chamariz a ambientalistas e juristas interessados em ampliar a atenção da comunidade internacional à criminalidade ambiental, crescente e cada vez mais vantajosa aos infratores nos dias atuais.

Assim, o ecocídio, reconhecidamente um crime grave e de grandes proporções, funciona como bandeira de uma política de proteção penal do meio ambiente. Reconhecê-lo neste último sentido significa, portanto, promover uma série de discussões legislativas e doutrinárias com definição de diversos crimes ambientais, meios de reparação e compensação dos danos, análises de responsabilidade criminal, civil e administrativa de pessoas físicas e jurídicas, reflexões sobre a existência de personalidade da natureza⁶¹, entre outros temas. O ecocídio, nestes termos, não se adstringe a um tipo penal: resume uma diretriz a nortear países e Organizações Internacionais (OIs) rumo à criminalização efetiva de condutas prejudiciais à natureza e sua preservação.

A julgar pelas campanhas internacionais (*End Ecocide on Earth*⁶², *Eradicating Ecocide*⁶³ e *This is Ecocide*⁶⁴, por exemplo), o chamado à proteção da segurança planetária ambiental carrega, no pedido de criminalização do ecocídio, uma gama de outras providências a ser tomadas pelos atores internacionais (direcionadas aos

59 NEYRET, Laurent. From ecocrimes to ecocide. Protecting the environment through criminal law. *C-EENRG Reports*, Cambridge, 2017. Disponível em: <<https://www.ceenrg.landecon.cam.ac.uk/report-files/report-002/view>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

60 Para informações sobre o princípio da jurisdição universal e crimes internacionais, ver CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

61 Os estudos acerca dos crimes ambientais, em sua maioria, possuem posição ideológica antropocêntrica, considerando “os bens naturais protegidos como fontes de utilidade ao ser humano no atendimento de suas necessidades vitais”. BORGES, Orlando Francisco. Ecocídio: um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde? *RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, 2013. p. 6494. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06457_06495.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018. Para Herman Benjamin, “O antropocentrismo intergeracional (= das gerações futuras) é uma forma temporalmente ampliada da visão antropocêntrica clássica, já que enfatiza obrigações do presente para com os seres humanos do futuro. Como fundamento ético para a tutela jurídica do meio ambiente, é, atualmente, o paradigma dominante nos principais países. BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Nomos*, Fortaleza, v. 31, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/398/380>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

62 END ECOCIDE ON THE EARTH. *Facts*. Disponível em: <<https://www.endecocide.org/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

63 ERADICATING ECOCIDE. *Home*. Disponível em: <<http://eradicatingecocide.com/>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

64 ECOCIDE LAW. *A Law which can protect the Earth!* Disponível em: <<http://www.thisisecocide.org/>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

Estados), bem além, portanto, da mera definição de um tipo penal. Por si, esta característica não desprestigia os movimentos a favor da maior proteção do meio ambiente.

Nesse contexto, o ecocídio também pode ser compreendido como uma proposta de política pública idealizada no âmbito internacional a ser implementada na seara nacional, a fim de promover a inclusão nas legislações internas de instrumentos capazes de reprimir, com eficiência, crimes ambientais massivos, que – dado o tamanho do dano – independem de fronteiras⁶⁵.

Atrair a atenção da sociedade civil à repressão de expressivos crimes ambientais é de suma importância prática. A citada decisão da Promotoria do TPI sobre a cooperação com os países nestes casos, em 2016, foi notícia mundial, ampliando o debate acerca do tema. O “ecocídio política pública” pode estimular inclusive o andamento do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 4.038/2008, apenso ao PLC nº 301/2007, que implementa o Estatuto de Roma no Brasil⁶⁶. Ambos os projetos se encontram estagnados no Congresso Nacional, desde junho de 2013, quando este último teve sua votação prejudicada em decorrência da falta de quórum. O projeto é o único em tramitação no Congresso apto a tornar operacional o TPI no país⁶⁷.

Apesar das críticas ao PLC nº 4038/2008⁶⁸, não há que se falar em submissão prática ao Tribunal sem a devida implementação, tendo em vista o princípio da complementaridade. A legislação local deve obrigatoriamente criminalizar as mesmas condutas elencadas na Corte internacional, a fim de possibilitar a apuração de tais delitos internamente. Afora os tipos penais, é necessário principalmente definir regras de cooperação, dentre outras providências, para tornar a jurisdição externa operacional. Nesse ponto, o apelo midiático do ecocídio pode acelerar o andamento do Projeto, dada a ligação entre o TPI e este crime de caráter – e interesse – internacional.

Desta feita, reconhece-se que há um conceito ecocídio como movimento de promoção da responsabilização penal por crimes ambientais em âmbito internacional. Sob o manto da criação de um crime capaz de punir os atos mais danosos contra o meio ambiente no planeta, estabelece-se uma cadeia de obrigações aos atores internacionais que vai além da simples tipificação do delito.

Entretanto, o ecocídio é, na sua essência, um crime, sendo que realizar sua distinção com “ecocídio política pública” é fundamental. Compreendê-lo de forma ampla o afasta de sua aplicabilidade prática como infração penal. A imprecisão quanto à definição do tipo traz prejuízos a sua efetivação. Há, de fato, diversos conceitos, na maioria com descrições vagas, como a apresentada por Polly Higgins⁶⁹, ou de intrincada sub-

65 “As degradações ambientais sem fronteiras são caracterizadas: (1) pela grande proporção de destruição da natureza; (2) dificuldade de controle dos materiais poluentes despejados; (3) lesões além dos limites territoriais nacionais. O custo dessas condutas lesivas é incalculável.” JORDACE, Thiago. *Tutela Penal Ambiental: necessidade, adequação e viabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 228.

66 O Projeto dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, além de instituir normas processuais específicas, cuidando ainda da cooperação nacional com o TPI. Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. BRASIL. *Projeto de Lei 4038/2008*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B355B4AFB426DC76EE0C0F883137DBD8.proposicoesWebExterno1?codteor=600460&filename=Tramitacao-PL+4038/2008>. Acesso em: 20 fev. 2018.

67 Passados quase 16 anos da ratificação do Estatuto de Roma, o Brasil, por ausência de implementação legal, não se submete tecnicamente à jurisdição do TPI, apesar de já ter tido uma juíza como representante, Sylvia Steiner (funcionou na Corte de 2003 a 2016).

68 A Anistia Internacional publicou um documento, em 2009, comentando o Projeto de Lei brasileiro, apresentando sugestões ao texto. A organização congratula a iniciativa, “However, the organization notes with concern the existence in the current bill of certain serious flaws and omissions that, if retained in the enacted legislation, could undermine the effective exercise of the principle of complementarity by Brazilian courts and the cooperation with the ICC as laid down in Part 9 of the Rome Statute. These include omission of certain war crimes, as well as restricted definitions of crimes against humanity and war crimes and principles of criminal responsibility, such as responsibility of commanders and other superiors and superior orders, among other”. AMNESTY INTERNATIONAL. *Brazil: Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court*. In: national legislation. UK: AIP, 2009. p. 6. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/download/Documents/44000/amr190052009en.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

69 HIGGINS, Polly. *Eradicating Ecocide: exposing the corporate and political practices destroying the planet and proposing the laws*

sunção entre fato e norma, como a proposta pelo movimento *End Ecocide on Earth*⁷⁰.

O problema crucial na tipificação do crime de ecocídio se encontra no princípio da legalidade. A reserva legal é tratada no Estatuto de Roma nos artigos 22 (*nullum crimen sine lege*)⁷¹, 23 (*nulla poena sine lege*)⁷² e 24 (irretroatividade *ratione personae*)⁷³, buscando assim abordar todas as quatro funções daquele princípio⁷⁴.

Entretanto, a abordagem não foi satisfatória para alguns doutrinadores, em razão de “não limitar a tipificação das condutas penais às regras estabelecidas, e por não prever a cominação das penas específicas para cada crime”⁷⁵. Por exemplo, ao determinar que a previsão de um crime dar-se-á de forma precisa, vedada a analogia (art. 22, [2]), o Estatuto reafirma o princípio da legalidade do documento; mas, no item seguinte (art. 22, [3]), informa que o disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do Direito Internacional, independentemente do presente documento, flexibilizando, então, o mencionado princípio. Da mesma maneira, o princípio da individualização da pena resta comprometido conforme teor do art. 77⁷⁶, quando deixa de conferir um padrão de certeza e restrição da pena a ser aplicada ao caso concreto.

Ademais, implícito ao princípio da legalidade, encontra-se o da taxatividade. Este princípio, fundamental ao Direito Penal, determina que a descrição do tipo penal não pode se dar de forma genérica (requerendo interpretações analógicas), evitando a tentativa de burlar, através de cláusulas gerais e indeterminadas, a segurança e a garantia jurídicas pretendidas. Alguns crimes hoje tipificados no Estatuto de Roma, por exemplo, padecem de imprecisão, “pois se limitam a especificar o *nomen iuris* dos institutos sem que exista efetiva agregação de significado”⁷⁷.

A determinação taxativa de um crime é fundamental a sua correta aplicação. Mesmo compreendendo as peculiaridades do Direito Internacional Penal em relação ao Direito Penal dos Estados⁷⁸, o Estatuto não

to eradicate ecocide. London: Shepard-Walwyn (IPG), 2016.

70 A proposta inclui o ecocídio como 5º crime de competência do TPI, somando-se ao genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão. Para a íntegra da proposta de emenda ao Estatuto de Roma. END ECOCIDE ON EARTH. *Ecocide Amendments Proposal*. preamble. Disponível em: <<https://www.endecocide.org/wp-content/uploads/2016/10/ICC-Amendments-Ecocide-ENG-Sept-2016.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

71 (1) Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal. (2) A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

(3) O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do Direito Internacional, independentemente do presente Estatuto.

72 Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

73 (1) Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

(2) Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

74 AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Ed.). *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*: contribuciones de América Latina y Alemania. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. p. 143.

75 AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Ed.). *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*: contribuciones de América Latina y Alemania. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 144.

76 Artigo 77–Penas Aplicáveis: 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5o do presente Estatuto uma das seguintes penas: a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. 2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar: a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual; b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa-fé.

77 GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. *O estatuto de Roma e o princípio da legalidade*. 2006. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 143.

78 “Certo é, contudo, que o princípio da reserva legal no direito internacional apresenta peculiaridades, quando comparado com as esferas nacionais. Natural é, portanto, que a existência de um poder central dotado de mecanismos de coerção e de perseguição se

pode se furtar de descrever – e limitar – o bem jurídico protegido, a conduta a ser criminalizada e a respectiva sanção. Das infrações processáveis pelo TPI, uma, pelo menos, não encontra sequer definição legal: o crime de agressão, disposto no artigo 5º, 1 (d), aguardando alteração ou revisão do Estatuto⁷⁹ a fim de tornar o Tribunal competente para julgá-lo.

Em Direito Internacional, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano também deve ser bem definido. Neste ponto, a apuração de crimes ambientais, via de regra com bens jurídicos difusos atingidos, onde há imprecisão na identificação dos sujeitos ativos e passivos, dentre outros problemas, encontra dificuldades nos delitos nacional e transnacionais. Diferente do Direito Penal clássico (com tutela de bens jurídicos individuais e sujeitos bem determinados), o Direito Penal moderno se revela com a aparição de novos bens jurídicos, além de uma ampliação dos objetos de tutela⁸⁰. No dizer de Marcelo Varela, danos indiretos não são reconhecidos pelo Direito Internacional⁸¹, ou seja, a perquirição penal deve ser precisa, ao ponto de identificar com segurança o autor, o dano e o respectivo nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Nessa nova conjuntura jurídica, portanto, deve-se buscar, observadas as características inerentes ao Direito Internacional Público, o respeito à legalidade, taxatividade, individualização da pena e o nexo de causalidade, objetivando a correta aplicação do Direito Penal no âmbito transnacional.

Assim, o tipo ecocídio, para alcançar a efetividade almejada, carece da definição objetiva e precisa o suficiente para imputar a conduta ao criminoso⁸², sem macular a segurança jurídica necessária a qualquer procedimento penal.

Portanto, sustenta-se ter hoje o ecocídio duas concepções: a primeira como tipo penal, a ser melhor desenvolvido e definido no nível internacional, a fim de conferir segurança jurídica na sua aplicação prática e servir de base às construções legislativas nacionais, a segunda como movimento de promoção da responsabilização penal nos crimes ambientais de alcance internacional, engajando pesquisadores no objetivo de uniformizar/padronizar a criminalização de delitos contra o meio ambiente (ecocrimes e ecocídio).

A campanha por uma abordagem criminal dos danos ambientais é de suma importância na busca por um planeta mais saudável, sustentável e responsável. Deve-se, entretanto, ter o cuidado de reconhecer a necessidade de ampliação do arcabouço penal, evitando concentrar no tipo ecocídio a solução para o combate dos danos ambientais, ampliando seu conceito, sob pena de assim lhe retirar a eficácia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência à criminalização de condutas contra o meio ambiente advém da ineficiência dos outros ramos do direito em garantir a devida proteção a este bem de valor imprescindível à vida. As ações humanas capazes de danificar a natureza são cada vez mais comuns e, de regra, sem qualquer sanção legal. Dada a

faça acompanhar de maiores garantias. É nesse nível que se coloca, aos Estados nacionais, a exigência de uma maior determinação dos tipos penais. Todavia, na arena internacional, a pulverização de forças torna frágil a implementação de um sistema punitivo. A exigência do mesmo grau de taxatividade, portanto não levaria em consideração as especificidades e complexidades do direito internacional.” AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Ed.). *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*: contribuciones de América Latina y Alemania. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. p. 144.

79 Artigo 5, (2): O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

80 JORDACE, Thiago. *Tutela Penal Ambiental*: necessidade, adequação e viabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 194-195.

81 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 431.

82 Revela um caminho viável à tipificação do crime, preservando a segurança jurídica e, ao mesmo tempo, conferindo flexibilidade necessária à norma, no intuito de replicá-la, com as adaptações necessárias, em nível nacional. MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 550-560, 2015.

sua amplitude, cabe ao Direito Internacional Penal a tipificação universal de determinados comportamentos prejudiciais ao meio ambiente, quando o dano e/ou as consequências forem significativos.

Neste contexto, diversos movimentos técnico-científico-culturais buscam, desde os anos de 1970, tornar crime internacional o dano massivo ao meio ambiente, chamando-o de ecocídio, numa analogia ao crime de genocídio. Nas negociações para a instalação do Tribunal Penal Internacional, foi discutida a possibilidade de este crime juntar-se aos outros quatro considerados mais graves à segurança do planeta: genocídio, crimes contra a humanidade, de guerra e de agressão. Na redação final do Estatuto de Roma, no entanto, somente os últimos foram aprovados.

A premissa era – e ainda é – a seguinte: com a institucionalização do crime de ecocídio no plano internacional, os Estados submetidos à jurisdição do TPI estariam compelidos a internalizar a tipificação do delito, aumentando o poder de cooperação e, portanto, a proteção ao meio ambiente.

Ocorre que uma maior e mais efetiva repressão a danos ambientais não advém somente da elaboração de apenas um tipo penal, por mais grave que seja. São necessárias diversas providências no sentido de criminalizar condutas menos danosas (como os ecocrimes), estabelecer meios de cooperação investigativa e padronização dos crimes entre Estados, a fim de reduzir o *dumping* ambiental.

Há, portanto, um ecocídio “projeto de política pública” a ser adotada pelas nações, derivada da inclusão daquele no rol de crimes internacionais; e o ecocídio “tipo penal”, delimitado e taxativo, com abrangência restrita à conduta a ser descrita. A distinção é importante, pois possibilita a correta definição e abrangência de ambos, evitando o esvaziamento do crime (pela imprecisão e vagueza) e a redução da política pública (restrita à tipificação da conduta).

Superados os problemas técnico-jurídicos do crime de ecocídio, sua implementação no nível internacional (seja através do TPI ou de um tribunal próprio) será um paradigma na repressão às condutas contra o meio ambiente, incitando a racionalização na tipificação dos crimes nos Estados e o desenvolvimento de mecanismos de proteção ambiental, alcançando entes públicos (elaboração de leis) e privados (códigos de conduta).

REFERÊNCIAS

ALT, Vivian. A falácia da certificação dos Diamantes de Sangue. *Politike, Carta Capital*, São Paulo, 19 fev. 2015. Disponível em: <<http://politike.cartacapital.com.br/a-falacia-da-certificacao-dos-diamantes-de-sangue/>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (Ed.). *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*: contribuciones de América Latina y Alemania. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Nomos*, Fortaleza, v. 31, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/398/380>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BORGES, Orlindo Francisco. Ecocídio: um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde? *RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, 2013. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06457_06495.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.

CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Guilherme Farias et al. Princípio da precaução no Brasil após a Rio-92: impacto ambiental e saúde humana. *Ambiente & Sociedade*, v. 16, n. 3, 2013.

- DINIZ, Célia; SILVA, Iolanda Barbosa. *O método dialético e suas possibilidades reflexivas*. Natal: EDUEP, 2008.
- FALK, Richard. Environment warfare and ecocide: facts, appraisal and proposals. *Brussels: Revue Belge de Droit International*, n. 11, p. 1-27, 1973. Disponível em: <<http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201973/RBDI%201973-1/RBDI%201973.1%20-%20pp.%201%20%C3%83%C2%A0%2027%20-%20Richard%20Falk.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- FERREIRA, Maria Augusta Drago, *et al.* Agente Laranja/Dioxina: consequências de seu uso no Vietnã. *Cetox-UFC*, Fortaleza, boletim 7, 2013. Disponível em: <<http://www.cetox.ufc.br/boletins/arquivos%20boletins/Boletim%2007%20Dioxina.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. *O estatuto de Roma e o princípio da legalidade*. 2006. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.
- GUIMARÃES, Roberto Pereira; FONTOURA, Yuna Souza dos Reis da. Rio+ 20 ou Rio-20? crônica de um fracasso anunciado. *Ambiente & Sociedade - USP*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 19-39, 2012.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 97-122, jan. 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15317>>. Acesso em: 08 mar. 2018.
- HIGGINS, Polly. *Eradicating Ecocide: exposing the corporate and political practices destroying the planet and proposing the laws to eradicate ecocide*. London: Shepard-Walwyn (IPG), 2016.
- JORDACE, Thiago. *Tutela Penal Ambiental: necessidade, adequação e viabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.
- KOLBERT, Elizabeth. *A sexta extinção: uma história não natural*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.
- LAY, Bronwyn et al. Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging. *The Journal Jurisprudence*, Melbourne, v. 28, p. 431-452, 2015.
- MARQUES, Clarissa. Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações. *Nomos*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 37-56, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/350/332>>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 541-569, 2015.
- MICHEL, Serge; BAUDET, Marie-Béatrice. Ecocide. *Le Monde*, Paris, 24 jan. 2015. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/planete/visuel/2015/01/24/ecocide-episode-1-le-bois-qui-saigne_4527270_3244.html#sDDxAh2Sz0KV7qjS.99>, acesso em 20 fev. 2018.
- NEYRET, Laurent (Dir.). *Des écocrimes à l'écocide: le droit pénal au secours de l'environnement*. Bruxelles: Bruylant, 2015.
- NEYRET, Laurent. From ecocrimes to ecocide. Protecting the environment through criminal law. *C-EENRG Reports*, University of Cambridge, 2017. Disponível em: <<https://www.ceenrg.landecon.cam.ac.uk/report-files/report-002/view>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- TREGASKIS, Shiona. Ten worst 'ecocides'. *The Gaurdian*, Londres, 4 maio 2010. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/environment/gallery/2010/may/04/top-10-ecocides>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.
- VAN WAEYENBERGE, Arnaud. Direito Global: Uma teoria adequada para se pensar o direito ambiental? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 11-19, 2017.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

WYATT, Julian. Le développement du droit international au carrefour du droit de l'environnement, du droit humanitaire et du droit penal: les dommages causés à l'environnement en période de conflit armé international, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, v. 92, n. 879, p. 593-646, 2010.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa

Restorative justice as a public policy alternative to mass incarceration

Selma Pereira de Santana

Carlos Alberto Miranda Santos

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa*

Restorative justice as a public policy alternative to mass incarceration

Selma Pereira de Santana**

Carlos Alberto Miranda Santos***

RESUMO

Este artigo tem o objetivo de analisar a eficácia da justiça restaurativa como um novo paradigma de política pública em segurança pública capaz de humanizar as respostas estatais para condutas escolhidas como criminosas, diferentemente da retribuição punitiva, característica principal do sistema de justiça criminal atual. A hipótese será testada com base na observação empírica do cenário atual; no modelo adotado pelo sistema carcerário nos estados brasileiros que evidencia sua capacidade de gerar violência extrema, a exemplo das recentes rebeliões ocorridas em presídios estaduais, fruto da política criminal adotada pelo Estado e do sistema penal como ferramenta de controle social. Justifica-se uma análise teórica do paradigma restaurativo como uma alternativa apta a substituir a pena afitiva tradicionalmente imposta, toma-se por base os movimentos que lançaram críticas ao sistema penal e as propostas alternativas à pena ao longo da história, até o surgimento do novo paradigma; conclui-se que, originalmente, a justiça restaurativa surge como um novo modelo de resposta ao crime capaz de diminuir o encarceramento massivo, ainda que não implique a total supressão do modelo retributivo atual, que poderá ser utilizado de maneira residual nos casos de maior gravidade.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Sistema penal. Crime. Cárcere. Punição.

ABSTRACT

This article aims to analyze the efficacy of restorative justice as a new paradigm of public policy in public security capable of humanizing state responses to chosen criminal conduct, unlike punitive retribution, the main feature of the current criminal justice system. And it is from empirical observation in the current scenario that such hypothesis will be tested; in the model adopted by the prison system in the Brazilian states that shows its capacity to generate extreme violence, as in the recent rebellions in state prisons, as a result of the criminal policy adopted by the State and the penal system as a tool for social control. A theoretical analysis of the restorative paradigm is justified as an alternative to replace the traditionally imposed distressing sentence, based on movements that have criticized the penal sys-

* Recebido em 25/01/2018
Aprovado em 14/02/2018

** Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais. Professora do PPGD UFBA. Promotora do Ministério Público Militar da União. Email: selmadesantana@gmail.com

*** Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Faculdade de Direito da UFBA. Professor da Academia da Polícia Militar da Bahia. Advogado. Major R/R da Polícia Militar da Bahia. Email: kiko.miranda@bol.com.br

tem and alternative proposals to the sentence throughout history until the emergence of the new paradigm; it is concluded that restorative justice originally emerges as a new model of response to crime capable of reducing mass incarceration, although it does not imply the total suppression of the current remuneration model, which can be used in a residual manner in cases of greater severity.

Keywords: Restorative justice. Criminal system. Crime. Prison. Punishment.

1. INTRODUÇÃO

O modelo de política criminal adotado pela justiça penal brasileira, lastreado na pena afliativa, mais uma vez mostrou-se incapaz de cumprir suas promessas de reabilitação e prevenção das condutas criminosas. A falência anunciada do sistema carcerário ganhou novos episódios de repercussão internacional evidenciando sua capacidade de gerar violência extrema. As rebeliões ocorridas no ano de 2017 nos presídios dos estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte são consequências esperadas em relação à escolha do paradigma punitivo retributivo e do encarceramento em massa como principais instrumentos de resposta ao crime.

Como reação à escalada da violência, o Estado amplia o alcance do sistema penal com decisões de caráter emergencial, às vezes equivocadas, a exemplo da crescente utilização das ações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), evidenciando uma forte tendência a um estado de exceção permanente. Em contraposição a essa concepção tradicional da justiça criminal, cresce a ideia da justiça restaurativa, adotando o paradigma restaurativo como um modelo mais humanizado e capaz de combater altos índices de reincidência criminal, para reintegrar egressos do sistema penitenciário e solucionar conflitos em comunidades com condão de reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, permitindo-lhe a reapropriação do conflito avocado pelo Estado soberano, limitando o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos, e, assim, reforçar os laços e sentimentos de solidariedade social, outrora rompidos.

A partir dos anos 70 do século passado, foi surgindo referências à justiça restaurativa como um modelo de resposta ao crime diferente da justiça penal. Afasta-se a possibilidade de condenação à pena afliativa, afirmam-se as vantagens para reintegração do agente ofensor e invoca-se a satisfação das necessidades das vítimas. E ainda apresenta essa solução como mais pacificadora e capaz de reatar os laços comunitários fragilizados pela ocorrência do delito.

A justiça restaurativa firmou-se nas últimas décadas como resposta inovadora adequada às necessidades de vítimas, comunidade e autores da conduta criminosas, por considerar os crimes como violações de pessoas e relacionamentos interpessoais, e não somente ao Estado soberano, que acarretam na obrigação do infrator reparar os danos.

Este artigo tem como objetivo demonstrar a eficácia da justiça restaurativa para diminuição da intervenção penal estatal e a da política de encarceramento em massa, contrapondo-se à aporia do paradigma punitivo que se sustenta no discurso da legitimidade conferida pelo sistema criminal, em que as promessas de ressocialização e prevenção não foram cumpridas. Contudo, o aumento do encarceramento e da reincidência é constante. Para tanto, com base em debates no campo nacional e internacional, o método hipotético-dedutivo servirá para desenvolver os estudos dos referenciais bibliográficos básicos e complementares.

Este artigo está dividido em mais três capítulos, além da introdução, quais sejam: no segundo é abordada a relação entre a justiça restaurativa e a diminuição do encarceramento, ressaltando as promessas não cumpridas pela justiça penal; no terceiro faz-se um relato histórico dos movimentos que antecederam a justiça restaurativa, notadamente o abolicionismo e a vitimologia; o quarto detalha a justiça restaurativa como um original e novo modelo de resposta ao delito; por fim as conclusões para essa nova experiência.

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A DIMINUIÇÃO DO ENCARCERAMENTO

Considerando-se que o crime constitui, por natureza, um conflito entre indivíduos que resulta em danos à vítima, à comunidade e ao próprio autor, e somente de maneira reflexa torna-se uma transgressão ao ordenamento jurídico, que anteriormente tipificou a conduta como delituosa, entende-se que toda resposta direcionada ao conflito terá repercussões que ultrapassam a figura do ofensor, ainda que a vítima ou a comunidade não sejam diretamente afetadas, visto que o Estado, ao optar pela pena afiliva, retirando das partes o poder de conduzir a resolução do desencontro, condena-os às frustrações e angústias causadas pela sensação de impotência experimentada diante da insuficiência do modelo adotado pela justiça penal, que não atende as suas expectativas. Assim, para Leonardo Sica¹:

A punição irracional, o castigo e a violência punitiva, enquanto características principais da reação penal, apenas infundem nos cidadãos o ideal de sofrimento como dado essencial da justiça e avolumam a própria violência que os oprime [...] Em outras palavras, a justiça penal deve dispor da mínima força e sempre que possível prescindir do recurso à violência legal, reconhecendo que o conflito, o desvio às regras de convivência, são constantes impossíveis de eliminar.

O discurso de combate ao crime tem servido como álibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos direitos humanos de uma classe social pré-selecionada, seja por ação ou omissão do Estado. Muitos estudos se ocupam em analisar a pobreza tentando, inclusive, vinculá-la ao cometimento de ilícitos penais por influência do paradigma da reação social. Entretanto, sem buscar as estruturas e dinâmicas do problema, apontando para sua nascente reproduzida pelas elites econômicas, políticas e intelectuais de países periféricos e exemplo do Brasil. Por outro lado, a chamada legislação penal de emergência “representa a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo emocionalismo e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas²”.

Ao se desvirtuar do princípio da intervenção mínima, em que o direito penal somente deve intervir na ordem jurídica e social quando os outros ramos do direito fracassam nesta função, o Estado anulou a característica residual e de subsidiariedade do direito penal, o que banalizou todo o sistema penal³.

O descrédito na eficiência do sistema penal e carcerário tem gerado discursos a favor do endurecimento das leis em detrimento a outras estratégias coercitivas menos ofensivas à dignidade humana que, embora já estejam previstas na Lei de Execução Penal (LEP), por não serem efetivadas, terminam aumentando a sensação de inoperância de todo o sistema de justiça criminal brasileiro.

As posturas estatais, que em sua origem deveriam ser extraordinárias e temporárias, passam a ser empregadas como técnicas de governo, sendo aplicadas de forma rotineira na sociedade transformando-se em um verdadeiro paradigma de governo travestido de democracia, muitas vezes referendados e legitimados pelo Direito, como se percebe ao analisar o artigo 86 da LEP e sua aparente permissividade à pena de degredo na medida em que autoriza construção de presídios em áreas distantes do local da condenação do ofensor, para recolher condenados por interesse da segurança pública ou do próprio condenado, o que parece ser um contrassenso frente ao artigo 90 da própria lei que limita a distância de construção à possibilidade de visitação ao preso, com vistas a favorecer o processo (re) educativo e “socializador” do apenado⁴, e na constante utilização de ações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) evidenciando o estado de exceção⁵.

1 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5.

2 SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

3 SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

4 BASTOS, Osvaldo Neto. *Crise do Estado e segurança nacional: nova geopolítica num contexto de terrorismo, crime organizado, democracia e liberdade*. Salvador: Dinamarca, 2011.

5 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

2.1. O Estado de exceção e o paradigma de governo

O paradigma punitivo tem servido para legitimar esse fenômeno, uma vez que, na medida em que se percebe a apropriação do poder punitivo pelo Estado dito democrático, lastreado no discurso de manutenção da ordem e defesa da sociedade em geral, pode-se identificar a escalada das práticas de controle em que medidas que deveriam ser consideradas como excepcionais, são normalizadas pela sua frequente ocorrência, tornando cidadãos em objetos de controle, tal como os ditos como criminosos. O paradigma restaurativo surge como um novo modelo, mais humanizado, retirando do Estado e devolvendo a vítima e a sociedade em geral o controle e a resolução do conflito delitivo, o que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito, devolvendo-lhes a competência de resolução dos conflitos.

O estado de exceção como paradigma de governo⁶ e como princípio político surge como leis integradas ao corpo do direito vigente, utilizando-se deste para atingir a classe social escolhida para sofrer determinado controle por meio da criminalização de certas condutas e das constantes violações dos direitos humanos a exemplo do descaso pela obrigatoriedade trazida na Lei de Execuções Penais relacionada à assistência educacional do preso e do internado. Também a inexistência de uma assistência social direcionada ao egresso com vistas a sua reintegração na sociedade serve para denunciar o sistema prisional como um constante violador dos direitos humanos perpetrados pelo próprio Estado, com a anuência das instituições responsáveis pelo cumprimento e fiscalização das leis, e sob o silêncio da sociedade civil.

Outro exemplo claro de violação dos direitos humanos reside na atenção para compatibilidade da lotação dos estabelecimentos penais e da competência do juiz da execução em determinar o cumprimento da pena ou medida de segurança em outra comarca, sem que interesse político e partidário seja o condutor da subjetividade no julgamento dessas decisões. Porém, as notícias de presídios superlotados são recorrentes, denunciando a aporia da abordagem do sistema punitivo atual, que tem seu fracasso retratado pela anomia do Estado por meio do desalinhamento da lei formal com os anseios da sociedade atual diante da conduta desviante, resultando em diversos movimentos alternativos para reformar ou mesmo extinguir a justiça penal, tendo como principal objetivo a ressignificação da resposta ao crime.

2.2. A justiça penal e a aporia da pena afiliva

Por meio do entendimento conceitual da racionalidade criminal moderna como um sistema de legitimação do pensamento e da ação na necessidade da punição, pode-se identificar um sistema de ideias que dão suporte teórico e ideológico para as formas de intervenção adotadas pelo direito penal.

A racionalidade penal moderna⁷ legitima o mito da pena afiliva como a melhor forma de assegurar a observância disciplinada das normas de comportamento, o que confere ao saber criminal o *status* de uma ciência voltada para o punitivismo. A adoção do castigo, como resposta aos crimes, proferido por processo público e aplicado de forma racional e humana, guarda relação visceral com a sociedade que se forma meio às revoluções e posteriormente governada pelas leis positivadas, planejadas e ordenadas, a sociedade disciplinar da lei e da ordem que vai ser erguida durante os séculos XVIII e XIX.

A justiça penal tem como objetivo a defesa da sociedade contra a violência gerada pelos conflitos, intrínsecos à natureza humana, e na dimensão política deve criar mecanismos que garantam e protejam os direitos fundamentais e a dignidade humana dos cidadãos contra a arbitrariedade do Estado polícia, o que ajuda a efetivar o mandamento contido na norma parâmetro que dita o Estado Democrático de Direito. Entretanto, quando

6 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

7 A racionalidade penal moderna é o sistema de pensamento desenvolvido na Europa entre os séculos XVIII e XIX, caracteriza-se por uma maneira de pensar e construir o direito penal, que adquire uma forma de sistema de pensamento que tem como uma de suas principais características a naturalização da estrutura normativa.

se escolhe adotar o paradigma da punição adotando a pena privativa de liberdade como única resposta a ser aplicada nas situações de crime, acaba-se por também gerando outra violência, tornando-se a principal violadora de tais direitos e garantias, o que gera insatisfação social e põe em xeque a legitimidade do sistema penal.

É, ainda, a justiça penal, manifestação do poder do Estado em punir condutas consideradas criminosas, como forma de controlar os impulsos de vingança, tendo em vista garantir uma existência pacífica entre os membros da sociedade, porém, o exercício desse poder de sancionar penalmente termina por resultar em graves supressões de garantias individuais e direitos civis, resultando em críticas ao discurso racionalista que legitima o poder de punir, ao enxergar a pena como um mal legalmente definido para causar sofrimento a quem causou o sofrimento alheio, ou seja, de forma retributiva praticar o mal a quem causou o mal como um dado essencial da justiça, o que não é admitido pela ética já que o Estado não permite a vingança privada, contudo, usa da punição violenta contra quem viola as leis penais.

Ao utilizar o castigo e a pena afliitiva como respostas ao delito, o Estado apenas aumenta a própria violência que vitima os seus administrados, destruindo laços comunitários com base na falácia do paradigma punitivo retributivo, que sustenta a ideia de realização da justiça, que se corporifica na imposição de uma pena ao autor do crime, em retribuição ao mal por ele causado⁸.

Complementando esse pensamento, Guilherme Câmara aduz que⁹:

Cuida-se aqui de uma concepção da pena como reação, retribuição ou castigo punitivo, que tem como nota característica e diferenciadora sua desvinculação ou (des) ligamento de qualquer fim social específico, que remonta ao ver de não poucos às origens vindicativas da pena e ao princípio do Talião; já no plano jurídico filosófico, liga-se, sobretudo aos próceres do idealismo alemão.

O sistema penal retribucionista é caracterizado pela capacidade de potencializar toda situação que envolve o delito, a resposta que o Estado dá à sociedade carece de legitimidade ética porque sua medida é o mal que oferece àqueles que praticam o mal. O foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, em que a culpa se apresenta como o fulcro do processo penal, o delito é visto como uma transgressão às leis e o infrator se insere numa conduta proibitiva por ser danosa, ou imoral, ou ofensiva à lei penal. Acredita-se que o crime é uma ofensa ao Estado soberano, e que o ofensor deve ser exemplarmente castigado.

Ao longo do tempo, a justiça penal foi abandonando outras formas de resposta ao crime, a exemplo da pena física do suplício, no sistema absolutista de punição, uma vez que, nas monarquias absolutistas, a punição apresentava-se muito mais como o símbolo do poder da majestade, para garantir a presença do rei, do que um efetivo instrumento de controle e coerção social. Também era composto por algumas outras espécies de punições como os trabalhos forçados, as penas de deportação e as de multa. Às vezes, as penas de banimento e de multa vinham acompanhadas, quase sempre, de uma dose de sofrimento e demais alternativas ao encarceramento¹⁰.

No Brasil, as Casas de Correção surgiram como o embrião de nossa atual concepção de prisão e eram estabelecimentos dedicados à caridade, à correção e à disciplina de um modo geral, apesar de que não gozavam de primazia enquanto modelo de punição, foram ganhando notoriedade tempos depois como relata Clarissa Maia; Flávio Sá Neto; Marcos Costa e Marcos Luiz¹¹.

De um lado, as prisões deveriam ser reestruturadas de acordo com os princípios modernos da Escola Positiva. Do outro lado, havia a experiência do funcionamento da Casa de Correção desde 1850, que demonstrava um acúmulo de problemas naquela que foi criada para ser a prisão modelo do Império brasileiro.

8 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

9 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 29.

10 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

11 MAIA, Clarissa Nunes et al. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 285

A Casa de Correção surgiu como proposta de pessoas com importantes posições sociais como: médicos, políticos e juristas, essa instituição prisional foi constituída durante o século XIX de forma bastante paradoxal, pois o seu propósito era realizar um avanço em relação às práticas que dominavam aquele período histórico, e servir de modelo para a regeneração dos criminosos por meio do trabalho, educação e religião. Porém, foi palco de estratificações sociais e terminou por servir as demandas político-econômicas da época¹².

Quando o modelo retributivo passou a dominar o sistema penal com as promessas de reeducação, ressocialização e prevenção percebeu-se que na prática tais resultados não estavam sendo alcançados, e que o encarceramento e o endurecimento das leis penais não tinham influências na diminuição da criminalidade; por outro lado, percebeu-se que o encarceramento, além de romper com os laços comunitários, tendia a aumentar os casos de reincidência, uma vez que o egresso do sistema carcerário não encontrava oportunidades diante da vigilância, controle e estigmatização pós-cárcere e pela criação de novas vítimas indiretas, como é o caso dos membros da família do infrator, que passavam a ter dificuldades financeiras.

Assim, pode-se deduzir que ressalvados alguns casos extremos, em que se tem por indubitável que o afastamento de alguém do convívio social é imprescindível e estritamente necessário, a aplicação de penas restritivas da liberdade a autores de práticas delituosas revela-se como uma medida penal inteiramente desaconselhável. De fato, se não aplicada dentro de uma dimensão absolutamente excepcional, ela pode trazer mais prejuízos do que benefícios à vida social¹³.

O processo penal provavelmente estigmatiza por toda a vida aqueles considerados culpado, e, para responder às constantes críticas que recebia, o sistema se utilizava de meios autorreferenciais, atribuindo o seu fracasso às técnicas e reformas do modelo. Diante da aporia da pena afitiva com suas promessas de prevenção e diminuições da violência, surgiram diversos movimentos que questionaram a legitimidade e efetividade do modelo calcado no paradigma punitivo, e apontaram soluções para sua reforma e até mesmo extinção.

3. ANTECEDENTES DO NOVO PARADIGMA: O ABOLICIONISMO E A VITIMOLOGIA COMO MOVIMENTOS CATALISADORES

O desgaste da justiça penal provocou movimentos ideológicos como forma de reação ao paradigma punitivo, a exemplo do abolicionismo, das penas alternativas, do minimalismo e da vitimologia que influenciaram a criação do novo paradigma. A fomentação do surgimento de novas ideias relativas à forma de abordagem do delito, nas décadas de 60 e 70 nos Estados Unidos, somadas à crise da ideia de ressocialização por meio do encarceramento parece ser um bom marco histórico para situar o surgimento do paradigma restaurativo.

Raffaella Pallamolla¹⁴ aponta que crise do sistema de justiça criminal remonta à época do próprio surgimento da prisão como pena por excelência, e as tentativas que buscaram reformá-la (dentre elas as penas alternativas como forma de reduzir o emprego da prisão). Ademais, desde o início dos anos 70, observa-se uma gradual modificação nas políticas penais, com um progressivo deslocamento do modelo baseado na punição, na direção de um modelo orientado à reparação.

O Quadro 1 sintetiza as principais diferenças que formam as bases teóricas que caracterizam o tradicional paradigma punitivo e o novo paradigma restaurativo, e que são alvos da crítica abolicionista entre outras propostas alternativas à pena.

12 MAIA, Clarissa Nunes et al. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 285

13 ROCHA, Lilian Rose Lemos; CARDOZO, José Eduardo. Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para proibição ou legalização das drogas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 723, dez. 2017.

14 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

Quadro 1: Principais diferenças entre os paradigmas punitivo e restaurativo

ABORDAGEM PUNITIVA	ABORDAGEM RESTAURATIVA
Tem na culpa o centro das atenções.	Tem a resolução do conflito como central.
Foco no fato delituoso pretérito, já ocorrido.	Foco nas consequências futuras que o fato delituoso causa.
As necessidades das partes são vistas como secundárias.	As necessidades das partes envolvidas e da comunidade são primárias.
Enfatiza diferenças entre ofensor e vítima.	Procura pelo comum entre o ofensor, a vítima e a comunidade.
Imposição de dor considerada normativa.	Restauração e reparação consideradas normativas.
Foco voltado ao ofensor e no crime, a vítima ignorada.	As necessidades da vítima são centrais, contudo não se despreza o autor e a comunidade.
O Estado soberano como único responsável pela resposta à conduta delituosa.	Reconhecidos os papéis da vítima, do ofensor e da comunidade na resposta ao crime.

Fonte: Dados próprios.

Pallamolla¹⁵, ao citar a Zehr¹⁶, elenca as características do modelo punitivo e retributivo em contraposição ao modelo da justiça restaurativa:

- o foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, e não no dano causado à vítima, suas necessidades e direitos;
- analisa-se o ato (delito) como uma transgressão às leis da sociedade. O infrator cometeu um ato proibido, por ser danoso ou imoral, pela lei penal. Dessa forma, não é conferida importância às relações interpessoais que perpassam o delito, bem como é ignorado o aspecto conflituoso do crime;
- os danos são definidos em abstrato e não em concreto;
- o Estado passa a ser a vítima da ação e pode iniciá-la contra o infrator, bem como tem o poder exclusivo de prosseguir ou não com a ação e pode, muitas vezes, dar seguimento à ação mesmo quando a vítima não queira. Assim, Estado e infrator são as partes do processo, enquanto a verdadeira vítima é afastada e não entra em contato com o ofensor;
- terminada a ação e atribuída a culpa ao infrator, este é punido. A ele é imposta alguma perda ou sofrimento;
- esse processo estigmatiza aqueles considerados culpados, o que acarreta perda considerável de sua reputação moral, fato que lhe acompanhará, provavelmente, por toda vida, mesmo depois de ter “pago sua dívida com a sociedade”;
- em razão dos danos causados por essa resposta penal, são concedidas garantias processuais ao acusado para que se reduzam os riscos de injustiças;
- os acusados têm o direito de mentir em sua própria defesa.

15 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

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

É certo que o abolicionismo penal e o movimento em favor das vítimas inspiraram a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossaram seus princípios nem participaram diretamente de seu advento. Porém, a reflexão sobre as origens da justiça restaurativa tem contornos complexos ao se comparar aspectos de convergência contraditórios, como aponta Cláudia Cruz Santos¹⁷:

Um dos aspectos que torna mais complexa a reflexão sobre as origens da justiça restaurativa prende-se com o modo como nela convergem correntes criminológicas e orientações político criminais a um primeiro olhar contraditórias. Considerem-se a título de exemplo, as dificuldades inerentes à conciliação do abolicionismo penal com a vitimologia ou, no plano político criminal, a contradição entre uma reação ao crime que aposta na diversão processual através de mecanismos de consenso e, por outro lado, o endurecimento no sancionamento penal preconizado por alguns para enfrentar uma criminalidade que se diz progressivamente mais grave.

Na década de 80, houve o crescimento dos movimentos abolicionista e vitimológico, que também denunciavam as nefastas consequências do modelo de justiça criminal, enquanto o abolicionismo tem foco na rejeição do sistema de justiça penal tradicional como forma de resolução do conflito, por ser deletério para o ofensor e para a comunidade; a vitimologia preocupa-se com o imperativo da reparação dos danos causado a vítima do crime praticado, e chama a atenção para o seu afastamento da resolução dos conflitos e a consequente despreocupação do sistema penal clássico com suas necessidades e direitos. Nesse cenário (re) surge a ideia de práticas restaurativas aliadas a um modelo de justiça restaurativa. Muitos autores apontam a vitimologia e o abolicionismo penal como principais críticos do sistema de justiça criminal, porém, Leonardo Sica¹⁸ relativiza a importância dos movimentos em favor da vítima, apesar de, em alguns países e em muitos estudos, este ser considerado como principal fator de impulso à justiça restaurativa.

Sica faz essa relativização pelo fato de considerar que, em tais movimentos, existe uma tendência em potencializar os valores retributivos os quais se pretende neutralizar, mas se entende que a fase em que a vitimologia ficou mais centrada nas consequências que a infração resulta para a vítima foi o fator de maior inspiração, principalmente considerando-se que a reparação e o empoderamento dela são os objetos definitórios da justiça restaurativa. Ressalte-se, porém, que a vitimologia cuida do estudo das vítimas de crimes, e não cabe a esta estudar problemas relacionados a todas as formas possíveis de vitimização social; tem por medida e limite o problema do crime, não os problemas relacionados a todas as categorias possíveis de vítimas. Exacerbada ampliação no campo de pesquisa da vitimologia, significaria uma perda de densidade científica.

O Abolicionismo, como doutrina que revela uma face ilegítima do direito penal e a não justificação para a sustentação dos institutos vigentes, prega a extinção do direito penal e dos seus elementos de justificação, buscando uma humanização contrária à violência penal. As teorias abolicionistas foram as que criticaram a punição com mais ênfase, propondo reflexões que foram além da simples legitimidade do direito criminal e suas penas, questionando a própria necessidade de existência do paradigma de punir¹⁹.

As ideias abolicionistas, de maneira ampla, pretendem superar não somente a pena de prisão, mas as tradicionais formas punitivas. As críticas abolicionistas versam sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos. Primeiramente porque os delitos não teriam uma realidade ontológica, sendo apenas expressão de conflitos sociais, problemas, casualidades, etc. e, em segundo lugar, porque o direito penal não auxilia na resolução de tais problemas, pois não evita delitos e não ajuda o autor do delito e a vítima.

Duras críticas foram dirigidas ao abolicionismo, principalmente por deixar de participar da tentativa de reformar o Direito Penal, pugnando somente por sua extinção, afastando-se de outros setores que também criticam o sistema penal, mas que acreditam na impossibilidade e sua extinção. Entre os críticos, Pallamolla

17 SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal*. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 40.

18 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

19 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

cita a Ferrajoli²⁰ que, apesar de ser um defensor do direito penal mínimo, acusa que a abolição do direito penal oficial é uma “utopia regressiva”, ao ter a ilusão de uma sociedade boa e de um Estado bom, pois se fosse abolido, reações públicas ou privadas arbitrárias se multiplicariam. Também faz referência à ideia de Galeano²¹ que defende que a existência da utopia tem justificativa na necessidade da humanidade em continuar caminhando e sonhando.

O problema do esquecimento da vítima do delito é um dos mais preocupantes pontos que levantam crítica sobre a legitimidade do direito criminal na atualidade. O Estado soberano avoca para si o poder de punir deixando a vítima e ou a comunidade fora da resolução do conflito, não considerando o dano causado à vítima, suas necessidades e direitos. Agindo assim, não se confere importância às relações interpessoais que vão além do delito, nem se leva em conta o aspecto conflituoso do crime, já que os danos são definidos em abstrato e não em concreto.

Ao se apropriar de forma exclusiva da resolução do delito, o Estado afasta a vítima e a comunidade, passando a ser vítima da ação podendo iniciá-la contra o infrator. Note-se que Guilherme Câmara²², ao sublinhar sobre a alteração do protagonista do *jus puniendi*, discorre sobre a dimensão dos interesses do Estado nessa mudança. Assim, a intervenção penal terá como interesse maior a intimidação, geral ou especial, não a satisfação das vítimas concretas. Direito Penal público dotado de sanções também públicas.

Aliás, no âmbito do processo penal, a vítima de crime é excluída quando da recepção do delito pelo sistema inquisitório, cujas principais características podem ser aqui esquematicamente elencadas: a função de julgar se especializa; o juiz já não é um árbitro nomeado pelas partes, agora é um técnico; a justiça penal perde seu caráter popular; o procedimento é escrito e secreto; o Estado procede de ofício surge, então, a figura do procurador do Rei, órgão rudimentar que dará origem ao Ministério Público²³.

Ainda segundo Câmara²⁴, o interesse pela vítima sobreveio em épocas mais recentes, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, influenciado pela macrovitimização, resultante do holocausto judeu, e pelo aumento da criminalidade urbana. Há observações da comunidade científica, compromissadas com a figura da vítima, que, às vezes, chega até mesmo a incidir em unilateral vitimocentrismo.

Ressalta-se que, por outro lado, uma orientação para o delinquente, fundada no conceito de reabilitação, dominou a política criminal durante os anos sessenta e setenta. Apenas nos anos noventa, a vítima alcança alguma densidade no contexto político criminal. Nessa linha, vale salientar que um olhar mais vigoroso para a vítima não pressupõe um automático retorno a estágios primitivos de justiça penal, tal como a prevalência da vingança privada, nem em uma reprivatização do Direito Penal. Traduz-se, aliás, em benefícios para os protagonistas do conflito, mormente no sentido conciliatório, some-se a isso que a neutralização da vítima do conflito pelo processo criminal ocasiona outro sofrimento, ou vitimização secundária, que ocorre já na delegacia ou outros locais de atendimento, quando a vítima procura as autoridades policiais ou agentes de saúde para noticiar o fato típico, e se não são bem orientados, esses profissionais darão mais importância às informações acerca do ofensor e do fato, de que as próprias necessidades da vítima.

O paradigma punitivo sofreu evoluções no decorrer da história passando das penas severas e sem correção com o delito cometido; penas racionais focadas na reabilitação e na proporcionalidade entre o delito e a pena; e as penas alternativas ao encarceramento. Essas penas ditas como alternativas, em vez de substituir a pena de cárcere por outra alternativa acabaram por aumentar o espectro de atuação do controle formal,

20 Luigi Ferrajoli utiliza o termo de utopia regressiva ao criticar a abolição do direito penal oficial, independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários, já que se projeta sobre a existência de ilusória de uma sociedade boa ou de um Estado bom.

21 Para Eduardo Galeano a utopia é necessária para que a comunidade continue sonhando, delirando ainda que tenha em vista o inatingível.

22 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

23 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 77.

24 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

adicionando uma nova pena alternativa à antiga pena privativa de liberdade, sendo bastante criticada por não introduzir mudança significativa na racionalidade do sistema penal, uma vez que, como pontuou Howard Zehr²⁵, ambas penas (privativas de liberdade e alternativas) comungavam da mesma compreensão acerca do crime e da justiça, pois se apoiavam nos pressupostos de que a culpa deveria ser atribuída e a justiça estaria sempre comprometida em impor a aflição como resposta ao delito. Então já que o crime é definido por meio da violação da lei, ficou evidenciado que:

Nas últimas décadas, muito se falou sobre penas alternativas: incontáveis projetos, experiências e supostas inovações surgiram nesse campo. Curiosamente, as taxas gerais de encarceramento subiram vertiginosamente, contrastando com o discurso das alternativas e, mais do que tudo, indicando que algo está equivocado no enfoque ou na transposição prática de todo esse arcabouço de ideias para diminuir a utilização da pena de prisão.

Ao abordar sobre as penas e medidas alternativas, Leonardo Sica²⁶ relata que estas foram um verdadeiro fracasso, visto que as taxas gerais de encarceramento subiram de maneira vertiginosa, o que contrastava com o discurso das alternativas, isso porque não se preocupou em construir um discurso próprio e toda sua elaboração restringiu-se na crítica à prisão e na constatação das mazelas do cárcere, por outro lado, as alternativas eram pensadas, exclusivamente, dentro do paradigma punitivo retributivo.

4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO MODELO DE RESPOSTA AO DELITO

Como resposta à falência do paradigma punitivo, Cláudia Cruz Santos²⁷ afirma que, a partir dos anos 70 do século passado, surgiram referências à justiça restaurativa como modelo de resposta ao crime que seria diferente da justiça penal. Enquanto novo paradigma de resolução dos conflitos penais, a justiça restaurativa desenvolveu-se com base nos movimentos de diversão das sanções penais, como salienta Ilana Luz²⁸:

Esse novo modelo foi fruto do movimento que podemos denominar de “acordar criminal”, por meio do qual uma parcela dos estudiosos, que se debruçam sobre a questão criminal, verificou a necessidade de transcender as críticas ao sistema e buscar um modelo complementar, novo, que altere a racionalidade de conceber e pensar o sistema. Sem dúvidas, essa mudança adveio com a crise, com a quebra das promessas que o paradigma de punir não podia – ou nunca pode – cumprir.

No modelo restaurativo afasta-se a possibilidade de condenação à pena de prisão, afirmam-se as vantagens para reintegração do agente ofensor e invoca-se a satisfação das necessidades das vítimas, e ainda apresenta solução mais pacificadora para a comunidade. As duas décadas de experiência e debates da justiça restaurativa não foram suficientes para definir o conceito e os objetivos desse modelo direcionado à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência e à responsabilização.

Com conceito aberto e polissêmico, a justiça restaurativa se apresenta como um sistema de práticas utilizadas com o escopo de prevenir conflitos ou atenuar as consequências decorrentes dos conflitos interpersonais por meio da devolução do poder de solução do conflito à vítima, ao ofensor e à comunidade para que decidam, dialoguem e planejem a melhor forma de reparar os danos advindos do desencontro conflituoso.

Pallamolla²⁹ corrobora o caráter polissêmico do conceito de justiça restaurativa ao afirmar que buscar

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

26 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 8.

27 SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

28 LUZ, Ilana Martins. *A Justiça Restaurativa: a ascensão do intérprete e a racionalidade criminal*. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p. 102.

29 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

por um conceito unívoco e simples levaria a uma visão reducionista de uma proposta cuja riqueza está na diversidade e na flexibilidade, permitindo a sua melhor adaptação frente aos diferentes cenários sociais já que, diferentemente do paradigma punitivo focado no crime em si e na pessoa do autor, o foco da justiça restaurativa está nas consequências do crime e nas relações sociais afetadas. Esse novo paradigma de justiça penal baseado na mediação penal pode colaborar com a concretização do Estado democrático de direito previsto na norma parâmetro de 1988, mas, até o momento, parece latente diante dos vários fatores característicos do pensamento racionalista moderno, em que as prisões têm uma função e público-alvo pré-selecionados.

Crítico do discurso racionalista da legitimação do poder de punir e suas conseqüentes violações de garantias e direitos civis, Sica³⁰ propõe a adoção da justiça restaurativa como um paradigma criativo e inovador capaz de substituir a pena afletiva, como forma de resposta aos comportamentos desviantes definidos como delituosos. Para o autor o crime deve ser compreendido como um fato social normal que foi rotulado como tal, fruto de uma escolha política localizada no tempo e muitas vezes passível de releitura. Para tanto, a mediação surge como reação penal legítima e adaptável ao ordenamento jurídico nacional, com capacidade de servir à construção de um novo paradigma de justiça baseado em princípios restaurativos passíveis de ocupar o lugar da pena.

Também com condão de reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, permitindo-lhe reapropriação do conflito afastando o direito penal do papel de vingador público, limitando o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos. E, por essa via, reforçar os laços e sentimentos de solidariedade social rompidos. Isto criaria um sistema de dupla entrada: mediação e punição, gerando outras possibilidades, para fora do círculo punitivo, como tentativa de quebrar o ciclo da violência. Além disso, e a justiça punitiva passaria a ser residual e aplicada nos casos mais graves, de extrema necessidade já que para alguns o principal papel da justiça penal é o de possibilitar a aplicação das sanções penais, conforme a ideologia de lei e ordem, e tão somente de forma residual caberia a justiça penal garantir os direitos fundamentais.

Por fim seguiria os princípios basilares de que o crime é, primariamente, um conflito entre indivíduos, resultando danos à vítima e/ou a comunidade e ao próprio autor. E somente secundariamente é uma transgressão à lei; o objetivo da justiça criminal deve ser reconciliar as pessoas e reparar os danos advindos do crime facilitando a participação ativa de vítimas, ofensores e comunidades.

O padrão restaurativo tem por objetivo conciliar os interesses de todas as partes envolvidas no conflito criminal, em busca por uma pacificação e ressignificação da relação social conflituosa que o originou, e assim almeja pela restauração de todas as relações abaladas, não se limitando à reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, a partir de uma postura ativa e amadurecida do infrator durante a utilização do instrumental da mediação, o que redundará em vantagens para todos os envolvidos no episódio criminal, na medida em que devolve à vítima a relevância de sua participação na resposta ao dano sofrido, o que afasta possibilidade de uma vitimização secundária, e promove recuperação da paz social da comunidade envolvida.

Tendo a flexibilidade como base para ser operacionalizada, a justiça restaurativa deve seguir alguns contornos basilares para se ajustar a realidade das partes envolvidas e a cultura da comunidade que estas integram, sob pena de incorrer nos mesmos erros característicos do modelo de justiça retributiva, ou seja, obrigar as partes a se adequarem aos procedimentos formais, rígidos e previamente positivados pelo sistema tradicional de justiça. O caráter voluntariado das partes é condicionante no processo restaurativo. Entretanto, estas devem ser estimuladas à participação no evento conciliatório, em que as vantagens do modelo na busca do consenso dos efeitos causados pela infração devem ser cuidadosamente demonstradas. Entretanto, existem princípios básicos que podem servir para orientar a institucionalização da justiça restaurativa como

30 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

cita Raffaella Pallamolla³¹:

Os Princípios Básicos encontram-se na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e são referência internacional no âmbito da regulamentação da justiça restaurativa e suas práticas. Tais princípios visam orientar sua utilização em casos criminais e pretendem delinear aspectos relativos à sua definição, uso, operação e desenvolvimento contínuo dos programas e dos facilitadores, a fim de abordar limitações e finalidades dos processos e resultados restaurativos. Estes princípios não ambicionam indicar como os países devem proceder à institucionalização da justiça restaurativa, apenas apresentam um guia para os Estados que queiram implementá-la.

O modelo de justiça restaurativa não se apresenta como um substituto ao modelo punitivo, eles devem coexistir e se complementarem, já que se entende que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações limite.

Cláudia Cruz Santos³² relata que, apesar da explosão da justiça restaurativa acontecer somente nos anos 90, antes disto já existiam valores, processos e práticas consideradas restaurativas. Assim, o modelo de justiça restaurativa, de inspiração teórica anglo-saxônica, eclode nos Estados Unidos na década de 90, e, em pouco tempo, é difundido pelo continente europeu com suas três principais concepções (encontro, reparação e transformação), que se diferenciam de acordo onde for enfatizado.

1ª a concepção do encontro {vítima, autor e outros interessados no caso devem ter a oportunidade de se encontrarem em um local não tão formal. Saindo da passividade e assumindo posições ativas nas discussões e na tomada de decisões sobre o que deve ser feito em relação ao delito}.

2ª a concepção da reparação {defende-se que o dano causado à vítima deve ser reparado: valorizando a vítima — ressignificar o conflito}.

Valorização do ofensor — que terá a oportunidade do arrependimento e de reparar a vítima.

3ª a concepção da transformação {transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si mesmas e como se relacionam com os outros no dia a dia. Rejeita-se qualquer hierarquia entre os seres humanos (ou entre outros elementos do meio ambiente)}.

A justiça restaurativa, como forma de vida a ser adotada, prega o abandono do eu isolado para compreender a nós mesmos como intrinsecamente conectados e identificados com os outros seres e o mundo externo.

Algumas críticas surgem sobre a justiça restaurativa, no campo prático, são os seguintes questionamentos: o novo paradigma não seria mais um “canto da sereia” ou uma “utopia regressiva”? As decisões aplicadas de modo assistemático e com pouca planificação, dependente, ainda, da discricionariedade dos responsáveis pela administração da justiça; isto não limitaria a “clientela” alcançada pelos programas restauradores aos infratores contra a propriedade privada e primários? A justiça restaurativa, além de não servir como alternativa efetiva à prisão pode conduzir a uma expansão das redes de controle penal, violando garantias jurídicas? Sua atuação se concentra em infratores jovens, e em alguns casos particularmente seletivos, também sua efetividade para reduzir a reincidência é real?

No campo doutrinário, as críticas mais fortes referem-se ao fato de que esse paradigma representa um retrocesso, uma volta às formas primitivas de controle, possibilitando a autotutela e fomentando a vingança privada. Porém, essas críticas elaboradas pelos defensores do sistema penal tradicional surgem sempre de forma autorreferencial, ou seja, sugere o aperfeiçoamento do modelo punitivo encarcerador como solução aos problemas, ou seja, leis mais duras e a construção de mais presídios.

Em comparação com a justiça retributiva, podem-se enumerar alguns valores gerais que caracterizam a

31 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 87.

32 SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal*. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

justiça restaurativa: visão realista do crime como um ato que traumatiza a vítima causando danos; interesse na participação das pessoas e da comunidade envolvidas no delito, atribuindo-lhes responsabilidade na solução do crime considerando as diferenças e incentivando a tolerância numa dimensão de justiça social. Contudo, os valores obrigatórios não são estáticos, e vão sendo elaborados com base em análises empíricas que verificam como estão funcionando na prática. Entretanto, esses valores devem ser respeitados ou até mesmo impostos. Todos os processos da justiça restaurativa se encerram com um acordo que definirá como o infrator irá reparar o dano por ele causado.

Por fim, restou-se comprovada a potencial eficácia da justiça restaurativa como limitadora da exteriorização da ação penal governamental, ao afastar a possibilidade de condenação à pena de prisão por meio da reintegração do agente ofensor, invocação da satisfação das necessidades das vítimas, e ainda apresentar uma solução mais pacificadora para a comunidade promovendo a reconciliação entre as partes, a resolução do conflito, a reconstrução dos laços rompidos pelo delito, a prevenção da reincidência e a responsabilização, que surgem, às vezes, como disfunções do sistema criminal atualmente equivocado, e que carece de considerações para uma nova experiência de resposta ao delito.

5. CONSIDERAÇÕES PARA UMA NOVA EXPERIÊNCIA

O Direito Penal deve ser uma garantia para coexistência pacífica entre os membros da sociedade, entretanto, é dentro do sistema de justiça penal que se observam as maiores atrocidades e insurgências contra os princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana.

O encarceramento em massa reflete tal violência, uma vez que, equivocadamente, passou a figurar como resposta justa e ideal de política criminal, entre os arranjos institucionais, por parte do Estado policial.

A crise que assola os presídios brasileiros surge como consequência do sistema penal retribucionista que potencializa a violência; da problemática situação atual que envolve o delito, na medida em que se oferece o mal àqueles que praticam o mal. Fato característico do paradigma de punir que atravessa uma crise de legitimidade diante da aporia da resposta afitiva e sancionatória ao delito, que não cumpriu as finalidades prometidas e afastou da resolução do conflito penal, a vítima do delito e a comunidade envolvida.

O paradigma punitivo é estruturado por uma racionalidade criminal moderna e está fundado nas normas positivadas de comportamento e de sanção, de forma que, na presença do delito, deverá haver sempre a aplicação de uma resposta punitiva. Essa racionalidade não admite a criação de qualquer outra resposta para o crime diferente da punição como castigo e da violência punitiva enquanto características principais da reação penal, apostando no sofrimento como dado essencial à justiça, e avolumando a própria violência que se diz combater.

O estabelecimento institucional para utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos e da justiça restaurativa diminui a ocorrência dos crimes, uma vez que o crime nada mais é que um conflito, anteriormente escolhido para tal.

O crime pode ser evitado por meio da mediação quebrando a espiral do delito, pois, geralmente, é fruto de um pequeno conflito não resolvido e que ganha dimensões.

O direito penal, com fulcro no infrator e na culpa, esqueceu-se da vítima ao tratar apenas da proteção dos bens jurídicos, negligenciando o dano causado à vítima e a necessidade de reparação, gerando movimentos que pregam medidas alternativas e até mesmo a sua extinção, a exemplo do surgimento da vitimologia e do abolicionismo penal.

A prisão fabrica, indiretamente, delinquência, pois faz as famílias dos apenados caírem na miséria; o ró-

tulo de criminoso e a constante vigilância fazem com que egresso reincida na ação delituosa.

A partir dos anos 70 do século passado, surgiram referências à justiça restaurativa como modelo de resposta ao crime que seria diferente da justiça penal. Afasta-se a possibilidade de condenação à pena de prisão, afirmam-se as vantagens para reintegração do agente ofensor e invoca-se a satisfação das necessidades das vítimas. E ainda apresenta essa solução como mais pacificadora para a comunidade. Torna-se, então, necessário compreender o seu sentido e a forma como podem coexistir e relacionar-se com a justiça penal na reação ao crime.

O modelo restaurativo tem por objetivo conciliar os interesses de todas as partes envolvidas no conflito criminal, restaurando todas as relações abaladas, não se limitando à reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, a partir de uma postura ativa e do infrator durante a mediação, o que redundará em vantagens para todos os envolvidos no episódio criminal.

O discurso de combate ao crime e/ou ao inimigo tem servido de alibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos direitos humanos de uma classe social pré-selecionada, seja por ação ou omissão do Estado. Muitos estudos se ocupam em analisar a pobreza inclusive tentando, de alguma maneira, vinculá-la ao cometimento de ilícitos penais por influência do paradigma da reação social, porém, sem buscar as estruturas e dinâmicas do problema, apontando para sua nascente reproduzida pelas elites econômicas, políticas e intelectuais de países periféricos e exemplo do Brasil. Por outro lado, a chamada legislação penal de emergência “representa a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo “pânico midiático” e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas.

O paradigma restaurativo surge como um novo modelo eficaz, mais humanizado, retirando do Estado e devolvendo a vítima e a sociedade em geral o controle e a resolução do conflito delitivo, o que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito, devolvendo-lhes a competência de resolução dos conflitos.

Conclui-se pela adoção da justiça restaurativa como política pública de segurança pública alternativa ao encarceramento, por ser um paradigma criativo e inovador capaz de substituir a pena aflictiva, como forma de resposta aos comportamentos desviantes definidos como delituosos, já que o crime deve ser compreendido como um fato social normal que fora rotulado como tal fruto de uma escolha política localizada no tempo e muitas vezes passível de releitura.

Para tanto a mediação surge como reação penal legítima e adaptável ao ordenamento jurídico nacional, com capacidade de servir para construção de um novo paradigma de justiça baseado em princípios restaurativos passíveis de ocupar o lugar da pena. Contudo, o modelo de justiça restaurativa não se apresenta como um substituto ao modelo punitivo. Ambos os modelos devem coexistir e se complementarem, já que se entende que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BASTOS, Osvaldo Neto. *Crise do Estado e segurança nacional: nova geopolítica num contexto de terrorismo, crime organizado, democracia e liberdade*. Salvador: Dinamarca, 2011.

- CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas S.A, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- LUZ, Ilana Martins. *A Justiça Restaurativa: a ascensão do intérprete e a racionalidade criminal*. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.
- MAIA, Clarissa Nunes et al. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.
- MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*. alternativa à jurisdição. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- ROCHA, Lilian Rose Lemos; CARDOZO, José Eduardo. Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para proibição ou legalização das drogas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 714-730, dez. 2017.
- ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha*. policiamento e a segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- WARAT, Luís Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A justiça restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura de paz: uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil
The restorative justice as an instrument of peace culture: a new perspective for the implementation of socio-educational measures in Brazil

Charlise Paula Colet Gimenez

Fabiana Marion Spengler

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

A justiça restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura de paz: uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil*

The restorative justice as an instrument of peace culture: a new perspective for the implementation of socio-educational measures in Brazil

Charlise Paula Colet Gimenez**

Fabiana Marion Spengler***

RESUMO

O objetivo do presente estudo é abordar a Justiça Restaurativa como instrumento de humanização da execução das medidas socioeducativas no Brasil. Para realizá-lo, adota-se o método de abordagem dedutivo. Aborda-se, inicialmente, o conflito na sociedade contemporânea, a fragilidade das relações sociais e a inclusão de métodos de tratamento de conflitos cujo escopo é atender as necessidades das pessoas envolvidas no conflito. Em um segundo momento, discorre-se acerca da Justiça Restaurativa como quebra da justiça retributiva ao propor, por meio do diálogo e consenso, o respeito absoluto aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. Na sequência, a fim de consolidar o objetivo do artigo, abordam-se as práticas restaurativas na execução de medidas socioeducativas. A importância da proposta se verifica pela Justiça Restaurativa considerar o delito como um dano às pessoas envolvidas e às relações pessoais, razão pela qual propõe que vítima e ofensor assumam a resolução do conflito no tocante à responsabilidade, à reparação do dano, ao reconhecimento dos traumas causados e à restauração das relações rompidas. Inserem-se, nesse contexto, as medidas socioeducativas, as quais são orientadas pela Doutrina da Proteção Integral, garantindo-se ao adolescente o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, o que é possibilitado pela Justiça Restaurativa, cumprindo-se, desse modo, o fim do Direito Penal, qual seja, a convivência pacífica entre os seres humanos.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Cultura de Paz. Medida Socioeducativa. Doutrina da Proteção Integral.

ABSTRACT

The objective of this study is to approach the Restorative Justice as an instrument to humanize the implementation of socio-educational measures in Brazil. To achieve this, it is adopted the deductive method of approach.

* Recebido em 22/02/2018
Aprovado em 19/03/2018

** Doutora e Mestre em Direito em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí. Professora dos Cursos de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da URI Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da mesma instituição. Líder do Grupo "Conflito, Direitos Humanos e Cidadania" vinculado ao CNPQ. E-mail: charlise@quantoangelosuri.br

*** Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS - RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC, Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos" vinculado ao CNPq; coordenadora e mediadora do projeto de extensão: "A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos" financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; autora de diversos livros e artigos científicos. E-mail: fabiana@unisc.br

ch. Initially, it is studied the conflict in the contemporary society, the fragility of social relations and the inclusion of conflict-management methods which aim to satisfy the needs of the people involved in the conflict. In a second moment, it is analyzed the Restorative Justice as a breakdown of retributive justice by proposing, through dialogue and consensus, absolute respect for human rights and the dignity of the human person. Following, in order to consolidate the objective of the article, it is verified the restorative practices in the execution of socio-educational measures. The importance of the proposal is verified in the fact that Restorative Justice considers the crime as an injury to the people involved in the conflict and personal relationships, which is why it proposes that victim and offender should resolve the conflict through responsibility, reparation of damage, recognition of trauma caused and the restoration of broken relations. In this context, socio-educational measures are guided, which are based on the Doctrine of Integral Protection, guaranteeing the adolescent his physical, mental, moral, spiritual and social development, in conditions of freedom and dignity, which is possible by the Restorative Justice, thus fulfilling the objective of Criminal Law, that is, peaceful coexistence among human beings.

Keywords: Restorative Justice. Peace Culture. Socio-educational Measure. Doctrine of Integral Protection.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Como alternativa à demonização inculcada nos ideais do senso comum punitivo, em que aquele que não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não deve e não pode ser tratado como pessoa, pois caso receba tal tratamento, tornaria vulnerável a segurança das demais pessoas — os cidadãos.¹ Nesse sentido insere-se a mediação penal ou justiça de proximidade na França, justiça comunitária em Quebeque, *restorative justice* nos países anglo-saxônicos, *Diritto fraterno* na Itália, como propostas de alteridade e humanidade para os seres humanos. A ideia central é comum a todos os modelos: atribui-se aos principais interessados/envolvidos — vítima, ofensor, família de ambos e comunidades de apoio — os recursos internos para reagir à infração.²

Nessa ótica, a Justiça Restaurativa assume relevância na condição de matriz teórica a partir da qual é possível um novo modelo de justiça, bem como de uma filosofia e de uma cultura, cada um é capaz de captar a mesma imagem sob ângulos e perspectivas diferentes e produzir resultados completamente diferentes, opondo-se ao etiquetamento social, visto que a seletividade, somente, reproduz o senso comum majoritário, punindo-se as condutas desviantes sob uma perspectiva apenas, a dominante.

Portanto, há a necessidade de mudança de paradigmas a partir da construção de uma Justiça Restaurativa, fundada no diálogo e consenso, pois se verifica o atual sistema penal punitivo como propagador das dimensões da seletividade social. Assim, não devem ser os mecanismos restaurativos interpretados como novos métodos de tratamento de conflitos, ao contrário, consistem em um novo paradigma de justiça penal que muda o foco do pensar e agir com relação ao crime em si.

A adoção das práticas restaurativas para a execução das medidas socioeducativas atende ao artigo 3o do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 9.069/90), pois permite que todo adolescente goze de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Assim, a partir da importância do tema, o presente artigo tem por objetivo abordar a Justiça Restaurativa como instrumento de humanização da execução de medidas socioeducativas no Brasil, a qual encontra

1 JACKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Porto Alegre, 2007.

2 GARAPON, Antoine. *Punir em democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

guardada na legislação pátria, bem como cumpre com o fundamento do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

A Justiça Restaurativa, por estar fundamentada na cultura de paz e na comunicação não violenta, atende à Doutrina da Proteção Integral e apresenta-se como instrumento ao Estado, Sociedade e Família para a garantia do desenvolvimento pleno dos adolescentes em conflito com a lei.

2. A TRANSFORMAÇÃO DA REALIDADE SOCIAL PELA ADOÇÃO DE MÉTODOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

A sociedade moderna se apresenta complexa pela diversificação do aparelho produtivo em três setores (monopólio, concorrencial e estatal), pela segmentação do mercado de trabalho, bem como pela multiplicação de necessidades e comportamentos dos indivíduos³. Dessa forma, entende-se necessária a sua análise para compreender-se a evolução do Direito e, por conseguinte, do homem, visto que se caracteriza pela fragmentação do tecido social, cujo resultado é o aumento dos conflitos sociais nesses grupos. A existência da sociedade pressupõe a existência do homem e, por conseguinte, do direito para regulamentar a convivência daqueles a partir da legitimidade do Estado.

No entanto, a sociedade atual revela-se muito mais como um espaço no qual os homens tendem a avançar sobre os outros, em uma luta desigual pela sobrevivência, razão pela qual a justiça penal atua para garantir uma coexistência pacífica entre aqueles que vivem em uma sociedade, tendo como escopo o controle da vingança privada e racionalizar a resposta aos fatos considerados criminosos.

Nesse rumo, compreende-se que, ao mesmo tempo, em que a justiça penal se caracteriza como o último estágio para onde são remetidas as situações-limites, aquelas consideradas problemáticas à convivência social, é nesse mesmo espaço em que são cometidas as mais sérias supressões de garantias individuais e direitos civis.⁴

Destarte, visualiza-se um Direito Penal moderno guiado por códigos corrompidos e por metas além de seus limites operativos, buscando perpetuar sentimentos vingativos e rotuladores entre aqueles que vivem em uma mesma sociedade, disseminando, assim, um direito penal diferenciado para alguns, os inimigos.

Abandonou-se, portanto, a utilização dos mecanismos penais quando absolutamente necessários, isto é, quando os demais meios não se apresentassem eficazes. O Direito Penal moderno protege os bens jurídicos ao extremo, trazendo para a sua tutela interesses que nela não encontram solução adequada. Assim, torna-se medida *prima ratio*, adotando conceitos desestruturadores e anômalos, reproduzindo um Direito Penal simbólico, ao mesmo tempo em que punitivista/repressivista.

O Direito Penal se torna igualmente um novo meio de a sociedade moderna exorcizar as suas dificuldades. Ou seja, mais do que os seus resultados concretos, entre os quais a detenção de determinados indivíduos, o crescimento da população prisional ou a entrada em cena de novos atores, a penalização indica o palco pelo qual as sociedades olham para si mesmas. Por isso, afirma-se que sendo o direito a nova formalização da coexistência humana, o direito penal será a sua última encenação.⁵

Diante da expansão do Direito Penal, verifica-se a sua atuação abrangida por novas demandas e interesses penais, produzindo, incessantemente, legislações infraconstitucionais pautadas pelo objetivo de criminalizar

3 BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. de Carmen C. Varriale et al. 4. ed. Brasília: UnB, 1992.

4 SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007a.

5 GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual do judiciário*. Trad. de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

e prevenir a criminalidade. Assim, os riscos modernos aliados ao crescente avanço econômico e tecnológico geram uma reação irracional por parte daqueles que se sentem atingidos, razão pela qual mantêm discursos de uma maior tutela da segurança pública em detrimento de interesses individuais e garantias mínimas de dignidade do ser humano.

Nesse cenário, qualquer ação, inconsciente ou não, pode dar ensejo a uma ação judicial. Abre-se o jornal e lê-se sobre uma bomba que mata dezenas de pessoas inocentes; liga-se a televisão e o noticiário informa que uma bala perdida atingiu uma criança enquanto estava na escola; conecta-se à internet e surgem notícias de atos bárbaros cometidos por funcionários contra patrões; liga-se o rádio e ouve-se que pais disputam, acirradamente, a guarda dos seus filhos. Estas e outras situações diárias com que se depara espelham várias formas de conflitos: social, político, psicanalítico, familiar, interno, externo, entre pessoas ou nações, étnico, religioso, ou de valores e princípios morais⁶.

O conflito rompe com a resistência do outro, consiste em confrontar duas vontades quando o desejo é de uma dominar a outra, impondo-lhe a sua solução. Por isso, afirma-se que o conflito é uma forma de ter razão independentemente dos argumentos racionais, no qual as partes se tratam como adversários e inimigos. Exemplo dessa cultura de conflito e beligerância ocorre nos Estados Unidos quando qualquer ato dá motivo para litigar.

O litígio judicial pode se tornar uma etapa previsível no ciclo de vida dos americanos. Agora que os filhos processam seus pais e cônjuges ainda não divorciados processam-se mutuamente, as possibilidades são ilimitadas. Membros de paróquias já processaram seus pastores e, apropriadamente, procuradores processaram juizes. Não faz muito tempo que um grupo de pais processou um juiz de futebol por um erro cometido em um jogo entre escolas de segundo grau.⁷

Assim, verifica-se que, no século XX, a justiça é vendida por um determinado preço. “E assim um cartunista bem coloca a situação: um advogado tranquiliza seu cliente, que está ansioso sobre os méritos de seu caso, mas pergunta: ‘quanta justiça o senhor pode pagar?’”⁸. Ademais, percebe-se que esforços para simplificar procedimentos e facilitar a indenização por danos causados fazem advogados batalhar por seus honorários.

Nesse rumo, refere-se que o litígio judicial é somente uma opção entre um leque de alternativas viáveis para tratar conflitos. Entretanto, deve-se salientar que as sanções culturalmente aceitas por uma sociedade expressam os ideais das pessoas que as defendem, suas percepções sobre si mesmas e a qualidade de seus relacionamentos. Ou seja, indicam se as pessoas estão predispostas a evitar ou encorajar o conflito, reprimi-lo ou tratá-lo de forma pacífica.

As sociedades modernas ainda encontram-se envoltas de uma fumaça jurídica como os antepassados encontravam-se apegados à religião medieval: “direito é nossa religião nacional; os advogados formam nosso clero; e o tribunal é nossa catedral, onde as paixões contemporâneas são encenadas”⁹.

Dessa forma, percebe-se a existência de um Direito com elevado grau de institucionalização da função jurídica, a qual se mostra especializada, autônoma, burocrática e sistematizada, orientada para atividades rigidamente definidas e hierarquizadas. Assim, a crescente demanda dá espaço à padronização e impessoalização dos procedimentos, marcados pela morosidade e ineficácia da aplicação da lei em determinados litígios, apenas exalando segurança jurídica aparente.

6 SPENGLER, Fabiana Marion. *O estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. 453 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.

7 AUERBACH, Jerold S. Justiça sem direito? In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 54.

8 AUERBACH, Jerold S. Justiça sem direito? In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 49.

9 AUERBACH, Jerold S. Justiça sem direito? In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 48.

À medida que o Estado e o grande número de legislação esparsa perdem espaço diante de sua ineficiência, inaplicabilidade e lentidão, o direito não oficial torna-se mais visível como alternativa no tratamento de conflitos. Por isso, o novo espaço oportuniza um estado de exceção personalizado¹⁰, o qual se direciona às categorias sociais mais pobres, vindo estas a abrir mão do uso da força para submeter-se ao tratamento do conflito.

O Estado, por sua vez, oferece um instrumento de coerção revelado como “o conjunto dos meios de violência que podem ser legitimamente acionados para impor e fazer cumprir as determinações jurídicas obrigatórias”.¹¹ Esses instrumentos podem ser mais ou menos poderosos, quer pelo tipo de ações violentas que podem gerar, quer pelo tipo de condicionalismos a que tal acionamento está sujeito, ou, ainda, quer pelo efeito de neutralização que resulta das ações paralelas ou opostas a outros instrumentos de coerção existentes no mesmo espaço sócio-jurídico.¹² Por isso, refere-se que o Estado atual tem o monopólio da violência legítima servindo a seu favor.

No entanto, a força estatal não mais se consolida diante da dificuldade que encontra em produzir a ordem, pois “antes tal tarefa lhe é atribuída justamente porque para seu desempenho se faz necessário um aparelho burocrático hierárquico capaz de reunir e concentrar esforços”¹³. Ademais, é notório o crescente número de direitos inoficiais que surgem diante da falta de atenção do Estado para com os direitos fundamentais de cada um, adquirindo legitimidade a partir de sua ação libertadora, a qual edifica uma nova cultura societária, “cujos direitos insurgentes são a expressão mais autêntica da satisfação das carências e das necessidades humanas fundamentais”.¹⁴

Nessa ótica, importa destacar que não são poucas vezes nas quais vige a lei do mais forte, em que se usa da violência moral e física para fazer valer seu código e suas regras, sendo exemplos o crime organizado, narcotráfico, terrorismo, corrupção e criminalidade econômica. Na análise da realidade brasileira, pode-se concluir que “o direito marginal é a normatividade autoproduzida em guetos quarto-mundializados, como a hoje vigente nos morros do Rio de Janeiro e nas gigantescas favelas de São Paulo [...]”.¹⁵

Em adição, verifica-se que a crise de legitimidade do Estado, derivada da fragmentação e diversificação dos interesses sociais, possibilita a visualização de dois cenários: múltiplas identidades que recorrem ao Estado para ver suas reivindicações atendidas, enquanto as demais demandas e necessidades legitimam formas alternativas de atender as exigências diante da incapacidade estatal.

Por isso, o Estado descentraliza seus poderes para instituições políticas locais e regionais, possibilitando que as identidades das minorais consigam ser manifestadas com maior desenvoltura em níveis locais e regionais, contrariando a tendência de concentração dos governos nacionais da riqueza e do poder, atendendo, apenas, interesses em seus próprios benefícios. Portanto, ao permitir-se uma maior participação no poder, permite-se que “escalões inferiores do governo assumam a responsabilidade pelas relações com a sociedade, tratando das questões do dia a dia, com o objetivo de reconstruir sua legitimidade por meio da descentralização do poder”¹⁶.

10 CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 277.

11 SANTOS Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaios sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. p. 53.

12 SANTOS Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaios sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. p. 53.

13 SPENGLER, Fabiana Marion. *O estado-jurisdicção em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007. 453 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.

14 WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 323.

15 FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Estado, sociedade e direito: qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonada, 2002. p. 71-120.

16 CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Trad. de Klaus Brandini Ger-

Nessa ótica, percebe-se que a abertura de espaços fomenta o surgimento de entidades focadas na satisfação do cidadão diante da ineficiência do Estado. Dessa forma, o Estado, ao ceder espaço, torna legítima a ação dessas entidades oriundas de forças sociais, as quais assumem o controle estatal a fim de torná-lo sua expressão exclusiva.

A ineficiência estatal, também, pode ser verificada quando os cidadãos buscam formas alternativas de tratamento de conflitos, visto que o Estado revela uma demora excessiva para tratar os conflitos ou para entregar a prestação jurisdicional demandada pelo seu cidadão. Conforme manifestado anteriormente, a crescente demanda de exigências por parte dos cidadãos, as quais se pautam na Constituição Federal de 1988, ampliaram o rol de direitos fundamentais e garantias, geraram expectativas de efetivação e satisfação das necessidades, e, diante da ineficiência estatal, estas direcionaram-se ao Judiciário, porém, depararam-se com um sistema incapaz de responder com efetividade a cada exigência inserida em um litígio judicial.

Nesse rumo, compreende-se que a busca por meios alternativos de tratamento de conflitos surgiu com base na disparidade entre o discurso jurídico e os interesses econômicos, crescente produção legislativa, muitas vezes baseada no clientelismo político e ineficácia de políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna. Diante do não cumprimento dos referidos direitos, observa-se processos de angústia, revolta, descrédito e insegurança nos cidadãos para com o Judiciário e entre os mesmos. Dessa forma, em vez de satisfazer as relações conflituosas, incendiou-se a disputa e o desejo pela vitória em face da derrota do outro.

Destarte, verifica-se que meios alternativos de tratamento de conflitos permitem que as partes transformam o modo de perceber o conflito e desenvolvam formas autônomas para lidar com as tensões inerentes ao seu relacionamento, sem que para isso seja necessário buscar uma resposta do Judiciário, o que poderia trazer consequências muito mais danosas à relação humana.

Compreende-se, portanto, que a diminuição da presença estatal em determinados espaços sociais permite maior organização e aplicação de regras criadas pelo cidadão como alternativas para tratar conflitos, uma vez que é preciso reduzir o exercício do poder do sistema penal para substituí-lo por formas alternativas que visam o tratamento do conflito.¹⁷

Assim, a elaboração de um novo paradigma de justiça criminal, como alternativa à prisão e à pena, possibilita: a) o garantismo positivo; b) a redução da violência punitiva; c) a neutralização das funções reais do cárcere; d) a não expansão da rede de controle social penal. Deve-se, ainda, compreender que a justiça penal requer mínima força e, sempre que possível, abdica do uso da violência legal, reconhecendo que o conflito, o desvio às regras de convivência constituem elementos impossíveis de serem eliminados, os quais devem ser geridos dentro de um projeto humanista, que condiz com o estágio cultural e tecnológico da atual sociedade.

Afirma-se que a justiça penal deve priorizar mecanismos de intervenção que tenham por objetivo o fortalecimento dos valores de convívio comunitário e que considerem o caráter relacional do conflito, resultando em um sistema que ofereça modelos de comportamento agregadores do consenso ao redor das regras do ordenamento. “É possível atribuir às decisões penais um papel positivo de solucionar os conflitos sem ter que, necessariamente, recorrer à punição aflagrada”.¹⁸

Portanto, traz-se ao presente estudo a Justiça Restaurativa como proposta para promover entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um fato típico, iniciativas de solidariedade, diálogo e programas de reconciliação. Essa alternativa viabiliza o tratamento do conflito de forma coletiva para lidar com suas consequências e implicações futuras, pois “envolve a vítima, o réu, a comunidade na busca de soluções

hardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2. p. 317.

17 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

18 SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007a. p. 6.

para o conflito com o objetivo de promover a reparação, a reconciliação e o reforço do sentimento de segurança”.¹⁹ Observa-se que a Justiça Restaurativa, no Estado Democrática de Direito, se revela em algo mais inteligível e mais humano que o Direito Penal atual.

3. O EMPODERAMENTO DO SER HUMANO A PARTIR DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça penal, conforme já referido anteriormente, mostra-se ineficiente, seletiva, custosa e agrava os problemas que deveria resolver. No entanto, ainda é resistente a ideia de movimentos de reforma mais profundas, absorvendo até o presente momento pequenas modificações. A preocupação reside na necessidade de construção de um discurso que constata as mazelas do atual sistema punitivo-retributivo, o qual se direciona, exclusivamente, ao acusado, coloca à margem a vítima e sua comunidade, e propõe práticas comunitárias de tratamento de conflitos em que há a redescoberta da vítima e o restabelecimento do equilíbrio rompido entre as partes.²⁰

Nessa senda, a Justiça Restaurativa encoraja a vítima e seu ofensor a assumir papéis mais ativos ao tratar o conflito mediante discussão e negociação, reservando-se aos agentes públicos o papel de facilitadores, os quais utilizam a linguagem que os coloca no mesmo nível de poder das partes.

Ademais, intensifica a participação da comunidade, cujo papel é ser destinatária de políticas de reparação e reforço do sentimento de segurança coletivo, bem como ser ator social de uma cultura de paz baseada em ações reparadoras concretas das consequências de um crime. Por isso, afirma-se que o modelo em estudo destaca a necessidade de um *empowerment*²¹ como base fundamental da nova subjetividade atribuída “aos indivíduos um papel ativo, um papel de redefinição dos problemas, de reafirmação da própria esfera de autonomia e poder, seja em termos culturais, políticos, psicológicos”.²²

Todo ser humano requer um grau de autodeterminação e autonomia em suas vidas. O crime rouba este poder das vítimas, já que outra pessoa exerceu controle sobre elas sem seu consentimento. A Justiça Restaurativa devolve os poderes a estas vítimas, dando-lhes um papel ativo para determinar quais são as suas necessidades e como estas devem ser satisfeitas. Isso também dá poder aos infratores de responsabilizar-se por suas ofensas, fazer o possível para remediar o dano que causaram e iniciar um processo de reabilitação e reintegração.²³

Destarte, afirma-se que as práticas restaurativas representam uma mudança de linguagem e orientação ao passo em que criam a oportunidade de revigorar o debate sobre as causas do crime e não respondem às demandas por severidade e punição. Por isso, oportuniza-se a inclusão das vítimas e uma abordagem determinada sob um novo olhar dos fatos sociais, um olhar mais direcionado aos sujeitos da relação em conflito e à satisfação de suas necessidades e sentimentos.

Nessa senda, verifica-se que os mecanismos restaurativos se caracterizam como um processo colaborativo que envolve as pessoas diretamente afetadas mais diretamente por um crime, as quais são chamadas de “partes interessadas principais”, e auxiliam na melhor forma de reparação do dano causado pela transgressão. No entanto, questionam-se quem são as principais partes interessadas na Justiça Restaurativa e de que forma devem se comprometer em relação à realização da justiça. Por isso, importa elucidar a teoria proposta por McCold e Watchel, cuja composição se dá por três estruturas, as quais, embora sejam relacionadas, são distintas conceitualmente.²⁴

19 SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007a. p. 13.

20 SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007a.

21 O termo refere-se ao empoderamento.

22 SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007a. p. 19.

23 MARSHAL; BOYACK; BOWEN, 2005 apud SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007a. p. 273.

24 MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *Em busca de um paradigma: uma teoria de justiça restaurativa*. In: CONGRESSO MUNDIAL DE CRIMINOLOGIA, 13., 2003, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html>.

A Janela de Disciplina Social contrapõe-se à prática retributiva. Esta tenciona a rotular as pessoas de forma negativa ou, ainda, a proteger as pessoas das consequências de suas ações erradas, revelando o escopo da Justiça Restaurativa no tocante à resolução de problemas com base na desaprovação das transgressões ao mesmo tempo em que valoriza o interior do indivíduo transgressor.

Assim, permite que aquele que foi prejudicado tenha a oportunidade de expressar seus sentimentos, de forma a descrever como foi afetado e a desenvolver uma forma de reparação do dano que venha a evitar a sua reincidência. Em complemento, devido ao perfil de reintegração, supre as necessidades emocionais e materiais das vítimas, enquanto faz com que o ofensor assuma as consequências de seus atos para que, com a reparação dos danos, não seja mais visto como tal.

Afirmam os autores em estudo que a estrutura em comento determina quatro abordagens à regulamentação do comportamento: *punitiva*, *permissiva*, *negligente* e *restaurativa*, elucidando quatro palavras que as resumem: NADA, PELO, AO e COM, conforme se depreende da imagem abaixo.

Figura 1



Fonte: MCCOLD; WATCHEL (2003).

Se negligente, NADA faz em resposta a uma transgressão. Se permissiva, tudo faz PELO (por o) transgressor, pedindo pouco em troca e criando desculpas para as transgressões. Se punitiva, as respostas são reações AO transgressor, punindo e reprovando, mas permitindo pouco envolvimento ponderado e ativo do mesmo. Se restaurativa, o transgressor encontra-se envolvido COM o transgressor e outras pessoas prejudicadas, encorajando um envolvimento consciente e ativo do transgressor, convidando outros lesados pela transgressão a participarem diretamente do processo de reparação e prestação de contas. O engajamento cooperativo é elemento essencial da justiça restaurativa.²⁵

A seu turno, a segunda estrutura, denominada de Papel das Partes Interessadas, enfatiza a relação entre o dano causado pela prática transgressora com as necessidades específicas de cada parte interessada na solução desta, e respostas restaurativas necessárias ao seu atendimento, possibilitando, dessa forma, a distinção entre partes interessadas principais — maiores afetados — dos indiretamente interessados.

Verificam-se, nesse contexto, as principais partes como sendo vítima e transgressor, bem como aqueles que têm relação significativa com estes são considerados diretamente afetados, ao passo que constituem a comunidade de apoio e assistência à vítima e ao transgressor. Por outro lado, as demais pessoas integrantes

Acesso em: 10 out. 2007.

25 MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *Em busca de um paradigma: uma teoria de justiça restaurativa*. In: CONGRESSO MUNDIAL DE CRIMINOLOGIA, 13., 2003, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html>. Acesso em: 10 out. 2007. p. 2.

da sociedade, representantes do Estado e organizações religiosas, educacionais, sociais, sofrem um dano indireto e impessoal, esperando-se que estes venham a apoiar os processos restaurativos, razões pelas quais se enquadram como indiretamente afetados, conforme ilustração abaixo.

Ademais, constata-se que as vítimas são prejudicadas diante da falta de controle que evidenciam com a transgressão, razão pela qual precisam readquirir seu sentimento de poder pessoal, o que se dá a partir da transformação de vítima em sobrevivente. Já o ofensor prejudica seu relacionamento com suas comunidades de assistência no momento em que trai a confiança destas, somente vislumbrando o restabelecimento da confiança perdida ao assumir a responsabilidade por suas más ações.

As comunidades de assistência têm suas necessidades preenchidas com a garantia da responsabilização do ofensor e da sua reintegração e da vítima às suas comunidades. As partes secundárias não são diretamente ligadas à vítima e ao ofensor, motivo pelo qual não devem tomar para si o conflito e interferir na oportunidade de reconciliação e reparação. A sua resposta deve residir no apoio e facilitação dos processos de restauração, os quais reintegrarão vítima e ofensor, fortalecendo a comunidade, aumentando a coesão e ampliando a capacidade dos cidadãos de tratar seus próprios conflitos como forma de garantia de seus direitos fundamentais.²⁶

Como último elemento estrutural, encontra-se a Tipologia das Práticas Restaurativas, a qual consiste em chamar todas as partes interessadas, sejam diretas ou indiretas para, a partir de um processo de conciliação, vislumbrar uma solução efetiva ao conflito, de modo a suprir as necessidades emocionais de cada um. Dessa forma, a plena realização do conceito de Justiça Restaurativa somente será verificada com a participação ativa de todos os grupos envolvidos, como em “conferências ou círculos”, consoante demonstra a ilustração abaixo.

Figura 2 – Tipos e graus de práticas de justiça restaurativa



Fonte: MCCOLD; WATCHEL (2003).

Para compreender-se a forma como atua a Justiça Restaurativa e como visualiza a conduta do ofensor, o papel da vítima, bem como das partes de apoio, importa refletir acerca da prática de um crime e suas consequências às partes envolvidas no conflito, relacionando tais dados à teoria supracitada. Consoante manifesta Zehr, a prática de um crime e a sua experiência não são tarefas fáceis de serem compreendidas, bem como enfrentar o significado de ser uma vítima ou fazer alguém de vítima desencadeia emoções intensas, as quais

26 MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *Em busca de um paradigma: uma teoria de justiça restaurativa*. In: CONGRESSO MUNDIAL DE CRIMINOLOGIA, 13., 2003, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html>. Acesso em: 10 out. 2007. p. 2.

assustam e fazem recuar²⁷. No entanto, é preciso compreender o que se faz e por que se faz, razão pela qual esse processo será iniciado no presente estudo.

O modelo restaurativo integra o mediador, a vítima, o agressor, a família deste (amigos, vizinhos, colegas de escola ou de trabalho, membros de agremiações desportivas e de congregações religiosas), bem como profissionais de área, representantes de comunidade, ou seja, pessoas ou entidades que tenham sido afetadas pela prática do crime e que tenham como desejo a restauração dos valores de segurança, justiça, solidarismo, responsabilidade, comunitarismo e civismo.²⁸

O caso em estudo trata-se de um assalto à mão armada praticado por Anderson, um adolescente, o qual vitimou uma idosa. Na ocasião, o adolescente infrator, necessitando de dinheiro, deparou-se com a senhora idosa, aproximou-se dela e mostrou-lhe a arma, arrancando-lhe a bolsa e empregando fuga posteriormente. Após o fato delituoso, a vítima não saiu mais de casa, ficou sem dinheiro por um bom tempo e permanecia com medo de sair à rua, receando que outra pessoa “igual” ao adolescente fosse atacá-la, novamente, para agredi-la e roubá-la. Diante do acontecido, submeteram-se ao procedimento da câmara restaurativa o ofensor e a vítima, sendo igualmente convidados a participar um professor do adolescente, sua irmã e seu tio, além de uma filha da vítima.

Importa salientar que as câmaras restaurativas se caracterizam por reunir pessoas afetadas por uma conduta que causou um grave dano (físico, psicológico, moral), objetivando encontrar meios de reparar os prejuízos e evitar a repetição da conduta negativa. Nessa oportunidade, além da vítima e do infrator, participam seus respectivos apoios e as autoridades que investigam o fato, sendo os trabalhos conduzidos por um mediador devidamente treinado.²⁹

A importância do procedimento adotado não reside no escopo de negação da natureza trágica do ocorrido, mas em desmistificá-lo com base no desembaraçamento dos meandros dessa vivência, “enxergando-a como uma tragédia humana que envolve duas pessoas — pessoas que, em muitos aspectos, se assemelham bastante a nós mesmos”.³⁰

Ao oportunizar a participação da vítima no processo, mostrando-lhe um rosto, e não apenas uma figura abstrata que deu ensejo ao procedimento criminal, dá-se a oportunidade de diálogo em um foro seguro para dizer como foram afetadas, pois somente elas podem dizer sobre a melhor maneira de reparar o dano sofrido e minimizar consequências futuras.³¹

A vítima, ao ser atacada, inicialmente vive um processo de choque e negação, ao não compreender a razão daquele fato danoso estar acontecendo consigo. Algumas vítimas ficam paralisadas, incapazes de agir, enquanto outras reagem, gritam na esperança de serem socorridas e acordadas do pesadelo em que se encontram. Por isso, são tomadas por sentimentos de confusão, impotência, pavor e vulnerabilidade. Tais emoções e sentimentos acompanham a vítima por algumas semanas posteriores, porém, surge a raiva, a culpa, a suspeita, a depressão, a ausência de sentido, as dúvidas e o arrependimento.

No caso de uma vítima de roubo perpetrado por um adolescente portando uma faca, em que como consequência do ato delitivo teve a perda de seu olho, ela lutou constantemente contra os sentimentos

27 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

28 FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra, 2006.

29 BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça, responsabilidade e coesão social: reflexões sobre a implementação na justiça da infância e da juventude em Porto Alegre. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

30 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 18.

31 BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça, responsabilidade e coesão social: reflexões sobre a implementação na justiça da infância e da juventude em Porto Alegre. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

de vergonha e culpa, repetidamente se perguntava a razão daquilo ter acontecido com ela, o modo da sua reação e se poderia ter agido de outra forma, concluindo que o fato decorreu de algum modo de culpa sua.

Ela sempre lutará com o medo e com a sensação de vulnerabilidade e impotência. Alguém assumiu o controle deixando-a impotente e vulnerável e será difícil reconquistar a confiança de sentir-se segura e no controle da situação. Juto com essa luta interior ela estará tentando recobrar a confiança nos outros, no mundo. Ela e seu mundo foram violados por alguém, e a sensação de estar à vontade com as pessoas, com sua casa, sua vizinhança e com seu mundo será difícil de resgatar.³²

A experiência de ser vítima de um crime pode ser muito forte e refletir em todas as áreas da vida. Como no caso da senhora que teve sua bolsa subtraída, ela não conseguiu mais ficar em casa sozinha ou sair na rua por estar sempre acompanhada pelo medo e pelas lembranças dolorosas sofridas que a levam a pensar novamente no ocorrido. “Para as vítimas de crimes, os efeitos colaterais são muitas vezes bastante traumáticos e de longo alcance”.³³

Nessa ótica, a ideia do procedimento restaurativo realiza a restauração da paz pública e da normalização das relações sociais e recuperação do *status quo* econômico da vítima (quando possível), passando para a sua reabilitação psicoativa. Salienta-se, igualmente, que a reparação em tela não somente refere-se à indenização por danos físicos, materiais, psicológicos e sociais da vítima, como também possui uma dimensão emocional e simbólica, plena de significado e esperança, podendo caracterizar-se por um pedido de desculpas até por gestos simbólicos de aperto de mão ou abraço entre ofensor e vítima.³⁴

O crime torna-se traumático por consistir em uma violação do ser, uma dessacralização daquilo que é o indivíduo, daquilo que acredita e do seu espaço privado. Assim, o crime revela-se como aniquilador porque destrói ou fragiliza dois pressupostos fundamentais sobre os quais a vida é calcada: “a crença de que o mundo é um lugar ordenado e dotado de significado, e a crença na autonomia pessoal. Esses dois pressupostos são essenciais para a inteireza do nosso ser”.³⁵

Por isso, compreende-se que, se o indivíduo conseguir responder aos questionamentos a respeito do porquê e como o fato ocorreu, o mundo pode voltar a ser seguro novamente. Então, as vítimas precisam deixar de ser vítimas e considerarem-se sobreviventes, progredindo até o ponto onde a agressão e aquele que a fez não mais tenham domínio sobre ela.

Entretanto, além de indenização e respostas, as vítimas requerem a oportunidade de expressar e validar suas emoções, sua raiva, seu medo e sua dor. O sofrimento e a dor referem-se à violação, razão pela qual precisam ser ventilados e ouvidos. Ademais, elas necessitam de um espaço que seja capaz de ouvi-las e não calar a sua história e o seu sofrimento como ocorre no atual sistema judiciário. Nesse sentido, verifica-se que o empoderamento restitui a autonomia e o controle sobre seu ambiente, isto é, revela-se como fechaduras novas para as portas, ou como uma oportunidade de produzir um novo olhar do sentido de sua vida.

A seu turno, o ofensor, ilustrado no presente estudo pelo adolescente Anderson, que praticou o roubo sob a justificativa de estar sem dinheiro. Na experiência da câmara restaurativa, seu tio mostrou-se indignado, seu professor decepcionado e sua irmã calou-se diante do descaso e deboche que o adolescente mostrava. No entanto, ao relatar os detalhes da vida de ambos na casa dos pais, Anderson começou a chorar, disse estar arrependido e que sentia muito o que fez à mulher. Manifestou o desejo de restituir o valor subtraído, porém, não possuía meios, mas afirmou, veemente, que não perseguiria sua vítima quando fosse liberado, insistindo que não tivesse mais medo.

32 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 21.

33 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 23.

34 FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra, 2006.

35 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 24.

Nessa oportunidade, a senhora idosa, após envolver-se com o relato e chorar, mostrou-se mais confiante em voltar para casa e sair à rua, confirmando o desejo de receber seu dinheiro de volta, mas priorizou um emprego e um lugar decente para o adolescente morar. Ao final da reunião, Anderson e a vítima abraçaram-se, ela desejou-lhe boa sorte, enquanto ele desculpou-se novamente.

A experiência acima relatada revela que as práticas restaurativas estão preocupadas em apoiar os infratores, de forma que eles sejam estimulados a entender, aceitar e cumprir com as suas obrigações, reconhecendo que não são tarefas impossíveis nem impostas para causar-lhes prejuízo ou sofrimento.³⁶

No entanto, ocorre o inverso. Esquecendo-se que o ofensor já tem pouca autoestima, autonomia e poder pessoal, razão pela qual recorre a tais práticas, ele é tratado de forma a despir-se completamente do pouco que tinha, deixando-o ainda mais privado de recursos para conseguir autoestima e autonomia de forma legítima.

Conforme o relato de um homem que passou 17 anos na prisão, compreende-se que crimes e violências são muitas vezes correlatos e constituem uma forma de afirmar a identidade e o poder pessoal daquele que o comete. Bobby foi um menino negro e pobre, cujo pai era alcoólatra. Diante dos caminhos que a vida apresentou a ele, o crime revelou-se uma esperança de sair da “prisão da nulidade pessoal”.³⁷

Sua violência não é um fantasma ou doença que os aflige sem motivo, nem tampouco um veículo conveniente para paixões hediondas. Pelo contrário, sua violência é uma adaptação a vidas vazias e muitas vezes brutais [...] [A violência] de boa parte dos homens violentos é, em última análise, gerada pela hostilidade e abusos de outros, e alimentada pela falta de confiança em si e baixa auto-estima. Paradoxalmente, sua violência é um tipo deformado de autodefesa e serve somente para confirmar os sentimentos de fraqueza e vulnerabilidade que foram a origem primeira dessa mesma violência. Quando sua violência atinge vítimas inocentes, assinala não um triunfo da coragem, mas uma perda de controle.³⁸

Portanto, verifica-se a necessidade de o ofensor aprender que é alguém de valor, que possui poder e responsabilidades suficientes para tomar boas decisões. Compreender, ainda, o respeito aos outros e seus bens, bem como saber lidar, pacificamente, com situações de frustração e conflito. Em vez disso, a reação punitivista/repressivista o ensinará a recorrer à violência para obter validação pessoal, para conseguir lidar com o mundo e solucionar seus problemas.

O processo judicial costuma sedimentar estereótipos sobre as vítimas e a sociedade, focalizando os erros cometidos pelo ofensor e não ao dano causado à vítima. Nesse rumo, a responsabilização deve ser encarada mediante a compreensão das consequências humanas advindas dos seus atos, ou seja, encarar aquilo que faz e a pessoa contra quem atuou, fazendo com que o ofensor seja estimulado a ajudar a decidir o que será feito para corrigir a situação, bem como as medidas para reparar os danos.

O grande problema reside no fato de que as sentenças punem os infratores, não os tornam responsáveis, o que se entende como a causa que os leva a transgredir novamente, pois, quando uma punição é imposta a uma pessoa responsável, esta reage com responsabilidade. Mas se ela for considerada irresponsável, tal ato a tornará mais irresponsável³⁹.

Destarte, os mecanismos restaurativos implicam responsabilidade e compromissos concretos do ofensor, fazendo-o compreender as consequências dos seus atos e a considerar o mal causado a suas vítimas. No entanto, o ofensor vê a Justiça como um jogo no qual todos são seus adversários, não tendo qualquer

36 BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça, responsabilidade e coesão social: reflexões sobre a implementação na justiça da infância e da juventude em Porto Alegre. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

37 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 36.

38 JOHNSON, Robert. A Life for a Life? *Justice Quarterly*, [S.l.], v. 1, n. 4. p. 571, dez. 1984.

39 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

motivação para reconhecer sua responsabilidade e nenhuma chance para expressar seu sentido de responsabilidade. Por isso, compreende-se que “a sensação de alienação em relação à sociedade, que a maioria dos infratores sente, o sentimento de que eles próprios são vítimas, é maximizado pelo processo legal e pela experiência da prisão”⁴⁰.

A ofensa foi cometida por uma pessoa que, por sua vez, também foi violada. Embora isto não seja desculpa para seus atos, eles de fato nasceram de um histórico de abusos. Criança, ele sofreu violência física. Depois de crescido, sofreu violência psicológica e espiritual, que feriram seu sentido de ser e relacionar-se com o mundo. Nenhum aspecto do processo levará estas coisas em consideração. Provavelmente nada o conduzirá ao caminho da inteireza.⁴¹

Vislumbra-se, portanto, que o crime se revela como a forma de afirmação pessoal e valor enquanto pessoa por parte do ofensor. Por outro lado, tira de alguém o seu sentido de poder pessoal. Para reverter tal cenário, de forma que a vítima tenha sua inteireza recobrado, deve ser devolvida a sua autonomia. Para o ofensor recobrar sua inteireza, deve desenvolver sua autonomia alheia à ideia de dominação do outro.

No caso relatado, a autonomia das partes foi restaurada a partir da criação de um espaço de diálogo que oportunizou a fala de cada uma das partes diretamente envolvidas, sendo expostos sentimentos, emoções, dores, angústias e perspectivas a partir do fato delitivo. No entanto, o processo restaurativo somente se completou pela participação ativa das partes indiretamente envolvidas, quais sejam: familiares e comunidade de apoio.

Após o relato de Anderson e da vítima, a irmã dele comprometeu-se a conversar com o marido para que ele ficasse em sua residência, bem como o professor indicou um trabalho para Anderson conseguir restituir o valor subtraído à idosa. Ao trabalhar de forma correta, conseguiria um emprego permanente. Por sua vez, o tio se ofereceu para ajudar nas despesas de Anderson enquanto ficasse na casa de sua irmã, colocando-se à disposição para o que fosse preciso.⁴²

Conforme visto, a proposta restaurativa é reavivar as relações comunitárias, aproveitando-se para fomentar ideias de encontro e inclusão, o que de fato ocorreu no exemplo ora trabalhado. O adolescente, após reincidir pelo furto de uma bicicleta, tornou-se responsável, possui emprego fixo, não apresenta problemas de comportamento, sempre visita a irmã e o tio, às vezes. Já a senhora idosa recuperou seu dinheiro e saiu de casa sempre que deseja, sem medo de ser vítima novamente.⁴³

A Lei nº 8.069/90, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 112, estabelece que, uma vez verificada a prática do ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar uma das seguintes medidas, as quais são denominadas de medidas socioeducativas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer medidas prevista no artigo 101.

Compreende-se que a medida socioeducativa será aplicada de acordo com a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Para a execução das medidas, adota-se a Lei nº 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Compreende-se, nesse contexto, que “O SINASE parece ser um passo fundamental para unificação e efetivação de prá-

40 BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça, responsabilidade e coesão social: reflexões sobre a implementação na justiça da infância e da juventude em Porto Alegre. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça 2006. p. 217.

41 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 44.

42 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

43 BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça, responsabilidade e coesão social: reflexões sobre a implementação na justiça da infância e da juventude em Porto Alegre. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

ticas no sistema socioeducativo, uma vez que se propõe a acompanhar todos os passos, desde apuração do ato infracional até a execução e cumprimento das MSE”.⁴⁴

No artigo 35 da referida lei, estabelecem-se os princípios que regem a execução das medidas socioeducativas. Destaca-se, nesse rumo, o inciso III, pois refere que deve ser dada prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.

No Brasil, importa destacar que a prática restaurativa é incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça, revelando-se em uma cooperação com a Associação dos Magistrados Brasileiros. No entanto, as experiências ainda são recentes, as quais foram iniciadas por meio de três projetos-pilotos, financiados pelo Ministério da Justiça. Esses projetos tiveram seu início no ano de 2005, nas cidades de Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília, com sua execução em escolas, no Judiciário, na Fundação de Atendimento Socioeducativo (FASE) e nas comunidades.⁴⁵

A adoção de práticas restaurativas para a execução de medidas socioeducativas decorre: a) dos inúmeros casos de experiências negativas no contexto do ato infracional e sua responsabilização; b) da reincidência do adolescente infrator. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, 43% dos jovens internados em cumprimento de medida socioeducativa são reincidentes. Tem-se, portanto, a necessidade de novos modelos que superem as dificuldades encontradas no sistema socioeducativo, qualificando o atendimento ao adolescente, à vítima e suas comunidades de apoio.⁴⁶

Para Brancher, as reflexões decorrentes da experiência com a Justiça Restaurativa revelam que as principais falhas do sistema de justiça residem em (a) não promover uma escuta qualificada dos conflitos, (b) não atender às necessidades a eles subjacentes, e (c) não promover responsabilização.⁴⁷

A adoção das práticas restaurativas na execução das medidas socioeducativas, conforme verificado acima, contribui para a construção de um novo modelo de justiça criminal, o qual busca, a partir do diálogo, a participação de todos os envolvidos no ato infracional, inclusive a vítima, a auxiliar na reparação do dano e na restauração das relações atingidas pela prática delitiva.

Pode-se afirmar, então, que a Justiça Restaurativa introduz uma nova maneira de encarar conflitos, violência e criminalidade, não os considerando como desgraças, porém, como oportunidades de mudanças positivas em benefício de todos. Constitui-se em um modelo de reparação de danos e reconstrução das relações humanas ao passo que compreende os componentes emocionais do conflito e a dinâmica de sua transformação.⁴⁸

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As práticas restaurativas enfraquecem o processo de exclusão dos indivíduos ao possibilitar a humanização e a pacificação das relações envolvidas em um conflito, eis que ao contrário da justiça penal, não busca a mera resposta punitiva aos transgressores – fato gerador das desigualdades sociais – mas propõe um

44 FERRAO, Iara da Silva; SANTOS, Samara Silva dos; DIAS, Ana Cristina Garcia. Psicologia e práticas restaurativas na socioeducação: relato de experiência. *Psicol. cienc. prof.*, [S.l.], v. 36, n. 2, p. 354-363, abr./jun. 2016. p. 357

45 KONZEN, Afonso Armando. *Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

46 FERRAO, Iara da Silva; SANTOS, Samara Silva dos; DIAS, Ana Cristina Garcia. Psicologia e práticas restaurativas na socioeducação: relato de experiência. *Psicol. cienc. prof.*, [S.l.], v. 36, n. 2, p. 354-363, abr./jun. 2016.

47 BRANCHER, Leoberto. *A implementação de práticas de justiça restaurativa através do Projeto Justiça para o Século 21*. Disponível em: <www.justica21.org.br/arquivos/bib_264.doc>. Acesso em: 15 maio 2015.

48 BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça, responsabilidade e coesão social. Reflexões sobre a implementação na justiça da infância e da juventude em Porto Alegre. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

processo colaborativo entre todas as partes envolvidas no fato delituoso. Promove, assim, a pacificação dos conflitos e a interrupção das cadeias de reverberação da violência e dos processos de criminalização.

Nesse sentido, os mecanismos restaurativos adotados pela Justiça Criminal brasileira, em especial, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a execução das medidas socioeducativas, permitem a efetivação de uma gestão de conflitos participativa, democrática e descentralizada, baseada nas relações sociais entre a comunidade e o poder público, sendo que o resultado desta interação mobiliza o capital social e constitui a rede de cooperação, construindo, por conseguinte, uma ação coletiva de redução das desigualdades sociais e de solidificação do sentimento de pertencimento a uma comunidade, atendendo à Doutrina da Proteção Integral.

Os mecanismos restaurativos, não somente se constituem em um novo paradigma de justiça, mais consensual, participativa e preocupada com as consequências materiais e emocionais da ofensa nas pessoas atingidas, mas apresenta respostas às dificuldades do sistema judicial em cumprir a dignidade humana e cidadania de cada pessoa atingida pela prática de um ato delituoso. Trata-se, portanto, de uma boa prática para o sistema penal.

Verificam-se que as experiências da Justiça Restaurativa têm contribuído para a organização e o desenvolvimento da justiça social, na construção de um espaço mais solidário e fraterno, o que corrobora o compromisso firmado pelo Conselho Nacional de Justiça pelo desenvolvimento das práticas restaurativas, as quais se revelam como forma da valorização do ser humano, como instrumentos para tratamento de conflito sem violência, incentivando a paz e o restabelecimento das relações entre as pessoas.

REFERÊNCIAS

- AUERBACH, Jerold S. Justiça sem direito? In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. De Carmen C. Varriale et al. 4. ed. Brasília: UnB, 1992.
- BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça, responsabilidade e coesão social: reflexões sobre a implementação na justiça da infância e da juventude em Porto Alegre. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- BRANCHER, Leoberto. *A implementação de práticas de justiça restaurativa através do Projeto Justiça para o Século 21*. Disponível em: <www.justica21.org.br/arquivos/bib_264.doc>. Acesso em: 15 maio 2015.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Trad. de Klaus Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2.
- COLET, Charlise Paula. A promoção dos direitos mínimos do cidadão realizada pelas práticas restauradoras: a quebra da cultura excludente e seletiva do sistema penal. In: CALLEGARI, André Luís (Org.) *Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Estado, sociedade e direito: qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonada, 2002.
- FERRAO, Iara da Silva; SANTOS, Samara Silva dos; DIAS, Ana Cristina Garcia. Psicologia e práticas restaurativas na socioeducação: relato de experiência. *Psicol. cienc. prof.*, [S.l.], v. 36, n. 2, p. 354-363, abr./jun.

2016.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra, 2006.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual do judiciário*. Trad. de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine. *Punir em democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

JACKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre, 2007.

KONZEN, Afonso Armando. *Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em busca de um paradigma: uma teoria de Justiça Restaurativa. In: CONGRESSO MUNDIAL DE CRIMINOLOGIA, 13., 2003, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html>. Acesso em: 10 out. 2007.

SANTOS Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaios sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007. 453 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

The internationalization of criminal law: transnational criminal law, basis for a regional legal theory of criminal law
A internacionalização do direito penal: direito penal transnacional, base para uma teoria jurídica regional do direito penal

Nicolás Santiago Cordini

The internationalization of criminal law: transnational criminal law, basis for a regional legal theory of criminal law*

A internacionalização do direito penal: direito penal transnacional, base para uma teoria jurídica regional do direito penal

Nicolás Santiago Cordini**

ABSTRACT

The aim of this paper is to present the criminal offences related to the organized crime as a result of a process of internationalization of Criminal Law in which different legal systems interfere. The selected methodology of the present paper is based on instruments which correspond with a qualitative methodological strategy. As reporting units are identified: local legislation (criminal legislation of the States under consideration, namely permanent member states of MERCOSUR) international legislation and legal doctrine. With regard to the investigative technique, it is used the traditional documentary analysis: contest analysis. The criminal offences characteristic of this new model of Criminal Law sets up a new discipline, namely “Transnational Criminal Law”. As a consequence of this, the development of a regional dogmatic of criminal law becomes necessary to provide legal certainty, but also to act as retaining wall facing to ideas, categories and intuitions of other systems of criminal imputation which become dysfunctional when they are applied in our system. The establishment of a regional of criminal law around the Transnational Criminal Law becomes thus a new regional strategy faced with the Americanization of criminal policy.

Keywords: Internationalization; Criminal Law; Legal Theory.

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar as infrações penais relacionadas ao crime organizado como resultado de um processo de internacionalização do Direito Penal em que diferentes sistemas legais interferem. A metodologia selecionada do presente trabalho baseia-se em instrumentos que correspondem a uma estratégia metodológica qualitativa. Como unidades de informação são identificadas: legislação local (legislação penal dos Estados em consideração, nomeadamente Estados membros permanentes do MERCOSUL) legislação internacional e doutrina legal. No que se refere à técnica investigativa, utiliza-se a análise documental tradicional: análise de concurso. As infrações criminais características deste novo modelo de Direito Penal estabelecem uma nova disciplina, chamada “Direito Penal Transnacional”.

* Artigo convidado

** Associate Professor in Criminal Law (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad Nacional del Litoral); Postdoc CONICET (Instituto Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). E-mail: ncordini@fcjs.unl.edu.ar

Como consequência disso, o desenvolvimento de uma dogmática regional do direito penal torna-se necessário para proporcionar segurança jurídica, mas também para atuar como muro de retenção diante de ideias, categorias e intuições de outros sistemas de imputação criminal que se tornam disfuncionais quando aplicados nosso sistema. A criação de um direito penal regional em torno do Direito Penal Transnacional torna-se, assim, uma nova estratégia regional diante da americanização da política criminal.

Palavras-chave: Internacionalização; direito penal; teoria jurídica

1. THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW

The classic Criminal Law is a product of closed and unitary domestic legal systems. Criminal Law of the economic globalization and the supranational integration is, instead, an increasingly unified Law, but, at the same time, less guarantee-based, in which the rules of imputation (attribution of liability) are relaxed and in which the (substantive and procedural) criminal safeguards are relativized.¹ The distinctive features of this new model of Criminal Law are the following:

(i) The internationalization of Criminal Law is performed through the instruments of the International Law². In the first instance, it was developed by the Customary International Law; through principles which were, subsequently, codified by the Rome Estate which creates the International Criminal Court (ICC). However, bi and multilateral treaties are the instruments which perform this process of internationalization. These conventions affect many criminal offences such as terrorism, illicit drug and arms trafficking, human trafficking, prostitution and child pornography, organized crime, money laundering, etc.

The process of internationalization of Criminal Law we refer to is developed, essentially, through the “Transnational Criminal Law” (TCL), concept we develop further down, from the incorporation in the domestic legislations of the criminal offences emerged from international conventions (treaty crimes).

(ii) The new Criminal Law emerged from the process of internationalization is a Law oriented to give practical answers. The style of legal arguments is rather pragmatic and, mainly, oriented to legal factual arguments.³ The pragmatism which characterizes this new model of Criminal Law is displayed by the fact that the actors – mainly the states – do not discuss about the foundation of a new Criminal Law based on the redefinition of its principles, but, in the light of a specific problem, for example, the drug trafficking or the organized crime; the answer is (always) punitive reflected in an international convention.

In this process of codification of the “treaty crimes” have retreated the dogmatic, categorical or systematic discussions.⁴ The exigence to give an answer to the crime of the globalization is conceived, in general, in

1 Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 81.

2 Following Triffterer, the International Criminal Law in a formal sense is the set of all the rules of criminal international nature, that connect a certain conduct – international crimes – with certain consequences typically reserved to the Criminal Law and which, as such, are directly enforceable. Triffterer, Otto. *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*. Freiburg i. Br.: Albert, 1966. p. 34. According to Ambos, the International Criminal Law is a combination of the principles of the Criminal Law and the ones of the International Law. From the first it takes the idea of individual liability and the idea of blameworthiness for a certain conduct. From the second it takes, whereas, the criminal offences, subjecting the conduct into question to an autonomous punishment of the International Law (principle of direct liability of the individual according to the International Law). Ambos, Kai. *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechthilfe*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2014. p. 100-101.

3 Perron, Walter. *Europäische und transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsgematik*. In: Tiedemman, Klaus et al. (Ed.). *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*. Erinnerung an Joachim Vogel. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 316.

4 Ambos, Kai. *Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität*. In: Tiedemman, Klaus; et al (Ed.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*. Erinnerung an Joachim Vogel. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 324.

punitive terms. From international agreements is intended to harmonize the domestic criminal legislations to avoid that certain conducts remain unpunished in certain territories (“criminal havens”).

We can define the “treaty crimes” as a set of rules, based on none fundamental conception, but they pursue, unilaterally and with an eye on opportunity criteria, a single purpose: the protection of certain interest which ensure the international security. Indeed, the only desire of the international legislator is the achievement of certain aims related to the internal security (the fight against terrorism and the organized crime), the suppression of certain undesirable crimes (child pornography) or the protection of financial interests (in order to avoid money laundering). These rules are not systematically organized, nor based on a unitary criminal theory. The classification of the criminal rules and the selection of a criminal theory in which they can be based on have been left to member states.

(iii) The national legislator and the national judges are not more, for some time, sovereigns of the enactment and application of the criminal legislation, but they are extensively forced by the international obligations.⁵ According to Vogel, form of appearance of the “interlegality”. The inter and supranational legal systems influence in the national legal systems and cause their resistance. The fact that the crime acts, due to the globalization, in an increasingly transnational way, as in the case of the international terrorism, the organized crime or the drugs or human trafficking, drives to the internationalization.⁶⁻⁷

(iv) In view of the need to give a punitive answer to the transnational crime, it is not possible that the German-based Criminal Law System disregards the Common Law System. In the recent years a permanent loss of the international significance of the German science of Criminal Law is perceived in all levels. Even though it preserves, anyway, influence in numerous States of the “Civil Law System”.⁸ However, the basic concepts of the German dogmatic of Criminal Law (*deutsche Strafrechtsdogmatik*) such as legal interest (*Rechtsgut*), “*Unrecht*” or “*Schuld*” are not considered as part of the international or European criminal heritage.⁹ How much has invested the German dogmatic (Legal Theory) of Criminal Law in the attempt to bridge the criminal divide between “*Unrecht*” and “*Schuld*”? Concepts which are still unknown in others legal systems, they even have no English translation.¹⁰ The “encounter of legal cultures” is unclear,¹¹ the reception of

5 Perron, Walter. Europäische und transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsdogmatik. In: Tiedemman, Klaus; et al (Ed.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*. Erinnerung an Joachim Vogel. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 319.

6 “We live in a time of [...] networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings [...] that is, [...] interlegality”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense: law, globalization and emancipation*. London: Routledge, 1995. p. 473.

7 Vogel, Joachim. La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal. *Revista Penal*, v. 22, 2008. p. 161. Vogel, Joachim. Europäische Kriminalpolitik: europäische Strafrechtsdogmatik. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2002. p. 520.

8 Ambos, Kai. Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität. In: Tiedemman, Klaus; et al (Eds.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*. Erinnerung an Joachim Vogel. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 322.

9 Vogel, Joachim. Strafrecht und Strafwissenschaft im internationales und europäisches Rechtsraum. *Juristen Zeitung*, 2012. p. 25. In the field of the general theory or the general part of (International) Criminal Law is largely ignored the deductively-based concept of crime created by the German theory. The only convincing result of the German theory is the “*Tatherrschaftslehre*” (theory of control over the act as main criterion) developed by Claus Roxin. This theory has been accepted not only in other legal systems, but also by international criminal courts. Ambos, Kai. Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität. In: Tiedemman, Klaus; et al (Ed.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*. Erinnerung an Joachim Vogel. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 323. Rightly, Satzger states that the complexity of a theory in no way represents a deficit of a scientific discipline, but it is a sign of a large developed dogmatic; as it is currently the case of the German Criminal Law, which cannot be comprehended without a high level of abstraction and complexity, it is immediately evident that cannot be understood concepts and provisions at the first attempt. Stazger, Helmut. Die Rolle einer modernen deutschen Strafrechtswissenschaft im europäischen und internationalen Kontext. In: Tiedemman, Klaus; et al (Ed.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*. Erinnerung an Joachim Vogel. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 280.

10 These concepts can be translated in Portuguese as “*ilicitude*” (*Unrecht*) and “*culpabilidade*” (*Schuld*).

11 According to Cassese the “National legal orders do not contain a uniform regulation of criminal law. On the contrary, they are split into many different systems, from among which two principal ones emerge: that prevailing in common law countries (the UK, the USA, Australia, Canada, many African and Asian countries), and that obtaining in civil law countries, chiefly based on a legal system of Romano- Germanic origin (they include states of continental Europe, such as France, Germany, Italy, Belgium, the countries of Northern Europe such as Norway, Sweden, Denmark, as well as Latin American countries, many Arab countries, as

concepts, categories and institutions from other legal traditions is often ignored by the legislator; it is the dogmatic of Criminal law, which, in a kind of defending trench, exposes the spread of this phenomenon. Faced with this situation, one of the few conclusions which can be made is that the attempt to universalize the German dogmatic of Criminal Law is a chimera.¹² At the beginning of the new century Roxin announced that “the science of Criminal Law will have to strengthen the criminal grounds for a supranational Criminal Law, that is, in a foreseeable time, the European and the International Criminal Law”.¹³ However, the German science of Criminal Law had no influence, with a few exceptions,¹⁴ in the development of the criminal international legislation.¹⁵

2. THE INTERNATIONALIZATION OF THE FIGHT AGAINST THE ORGANIZED CRIME

Despite the general consensus about the fact that the organized crime represents a worldwide problem, there is no consensus about what the organized crime really is. The current discussion how should be defined this concept, focused on the individuals and the structures or, on the contrary, if it should be defined based on the criminal activities and how they are organized, keep the social scientist and the jurists in a vicious circle.¹⁶ Within the disciplines which study this phenomenon (criminology, sociology, economy, international relationship, etc.) there are vague concepts of this subject,¹⁷ and the consensus reached in the

well as Asian states including, for instance, China). The heterogeneous and composite origin of many international rules of both substantive and procedural criminal law, *a real patchwork of normative standards*, complicates matters...”. Cassese, Antonio. *International criminal law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 7.

12 See: Welzel, Hans. *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*. Marburg a. d. Lahn: Elwert, 1964. p. 16-17. Kaufmann, Armin. Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft. In: Jescheck, Hans-Heinrich, et al (Ed.). *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*. Tokio: Seibundo, 1985. p. 100-111.

13 Roxin, Claus. Die Strafrechtswissenschaft von den Angaben der Zukunft. In: Esser, Albin et al (Ed.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. Rückbesinnung und Ausblick. München: C.H. Beck, 2000. p. 369.

14 Thus, the Kampala Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court (Uganda, 2010) in which Germany played a decisive role in the definition of the crime of aggression.

15 If the current German penal legislation can be contemplated as international and European, especially as exemplary can be called into question. The German Penal Code in its present form dates from the reforms of the 1960’ and 1970 and cannot be a model to follow. In the international and European arenas of criminal policy, Germany is not a predominant actor; in other words, the decisions are taken by other States. Joachim. *Strafrecht und Strafwissenschaft im internationales und europäisches Rechtsraum*. *Juristen Zeitung*, 2012. p. 25-26. Likewise, Silva Sánchez manifests himself sceptical about the current role of the German Dogmatic of Criminal Law. “I have to confess it is my fear that for the Dogmatic, ‘any past time was better’. In effect, the great German scholars are retired or are in the process of doing so, and a large portion of their successors – in any case, some of the most brilliant and influential – seem much more open to worship the golden calf of Brussels (or maybe of Washington) to follow their predecessors. *O tempora, o mores!*”. Silva Sánchez, Jesús María. Prólogo 2012. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. In: Schönemann, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Estudios en honor del Claus Roxin en su 50º aniversario. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 15-16.

16 Maljevic, Almir. *Participation in a Criminal Organization and “Conspiracy”*: different legal model against criminal collectives. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 2-3.

17 The research in the matter of “organized crime” “does not have the notion of a coherent object of study as its starting point. On the contrary, the very purpose of the study of organised crime is to determine whether or not such coherent phenomenon indeed exists”. VON LAMPE, Klaus. *The study of organised crime: an assessment of the state of affairs*. In: Organised crime: norms, markets, regulation and research. Oslo: Unipub, 2009. p. 166. A definition of “organised crime” is, therefore, a possible outcome rather than a precondition for the study of this subject. KELLY, R. J. Criminal underworlds: looking down on society of bellow. In: *Organized crime: crosscultural studies*. Totowa (NJ): Rowman & Littlefield, 1986. p. 10. Lampe points out three problems at the time of conceptualizing the organized crime, namely: “First of all, there is the problem of delineation organized crime as an object of study. Organized crime is neither a clearly discernible empirical phenomenon, nor do we find an agreement on what its ‘essence’ or ‘nature’ might be. Rather, a broad range of people, structures and events are in varying degrees and combinations subsumed under this umbrella concept. Due to this elusiveness, the phrase ‘organized crime’ was allowed to take on an existence of it owns quite independent from the social reality it supposedly relates to. Social scientists, then, not only face the challenge of nailing a ‘conceptual pudding’ to the wall. They also have to deal with the duality of organized crime as a facet of social reality and as a social construct. [...] The second difficulty has to do with the lack of concise terminology. For example, basic concepts such as those of ‘criminal organization’ and ‘criminal networks’ are sometimes used interchangeably and at other times are treated as analytically distinct categories [...] As a result there is a great deal of confusion and misunderstanding [...] The third problem arises where commonly held

legal sphere, by means of an international convention, has not achieved, even today, that the different States still use different concepts of it.¹⁸

The criminal system of the United States is a domestic Law, which spreads globally, influencing in the international instruments, particularly from its dominant position in the conventions, producing, in this way, modifications in the other domestic legal systems. Thus, new concepts such as “corporate liability”, criminal offences related to organized crime, human trafficking, money laundering or drug trafficking were originally conceptualized by the American Criminal Law.¹⁹

In reference to the organized crime, one must not lose sight of the dominant role of the criminal policy of the USA in the fight against drug trafficking since the 1960’ in the international legislation.²⁰ There was an “Americanisation” of the answer of the international community to the problem of drug trafficking, founded from the framework established in the UN Conventions against drug trafficking.²¹ These conventions were established as the result of an intense and continued pressure of USA to lead the crime policy on this matter. The *UN Vienna Convention of 1988 against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* is in line with the objectives of the American diplomacy as is indicated in the recommendations “*Foreign Assistance*” of the *Reagan Organized Crime Commission*.^{22, 23} At the same time, as the crime policy showed signs of ineffectiveness to combat this scourge, it was established in the international agenda the need to fight against a wider phenomenon, namely the “organized crime”. In the last decade of twenty century the con-

views on the reality of organized crime are contradicted by empirical research. Often enough what is considered by the media, politicians and law enforcement officials as an established fact, under closer scrutiny turns out to be a misconception. For example, the existence of complex criminal organizations in illegal markets may be falsely assumed where in fact numerous independent actors cooperate within networks structures”. VON Lampe, Klaus. Organised crime: research in perspective. In: *Upperworld and underworld in cross-border crime*. Nijmegen: World Legal Publishers, 2002. p. 189-198. p. 191.

18 In the case of Germany, with the law to combat drug trafficking and other ways of participation in the organized crime (OrgKG) of 1992 special investigative measures were introduced in the criminal procedural legislation (StPO) and with them was established, on constitutional grounds, the criminal prosecution of the organized crime. The substantive Criminal Law, on the contrary, has changed very little; until today there is no criminal offence of participation in a criminal organization (*Organisierte Kriminalität-Straftatbestand*). Henceforth, the organized crime should be considered under the traditional criminal offences of gangs and criminal association (*kriminelle Vereinigung*). Sinn, Arndt. *Organisierte Kriminalität 3.0*. Heidelberg: Springer, 2016. p. 4. In the case of England and Wales, according to Obakata, “the UK legislation does not provide for a legal definition of organized crime. Instead, the law enforcement agencies have adopted a working definition of organized criminals or groups as ‘those involved, normally working with others, in continuing serious criminal activities for substantial profit, whether based in the UK or elsewhere’. The government argues that this definition captures the essence of organized crime. Indeed, this working definition is somewhat broader than the ones given by the Organised Crime Convention”. Obokata, Tom. *Transnational organised crime in international law*. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 157. In the case of US legislation, we can mention the RICO Act (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*). This federal act was designed to combat the organized crime – especially mafia-type – which provides criminal penalties for the activities performed by a criminal organization. It was approved in 1970 during the Nixon administration and, therefore, it is an earlier concept than the one adopted by UNTOC.

19 VOGEL, Joachim. Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik. In: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*. 2002. p. 521.

20 Nadelmann, Ethan. *Cops across borders: the internationalization of U.S. criminal law enforcement*. Pennsylvania: State University Press, 1993. p. 466.

21 UN has established three conventions in drug trafficking, namely: a) *Single Convention on Narcotic Drugs* (1970); b) *Convention on Psychotropic Substances* (1971) and c) *UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (Vienna 1988).

22 Woodiwiss, Mike. Transnational organised crime: the global reach of an american concept. In: Edwards, A.; Gill, P. (Ed.). *Transnational organised crime: perspectives on global security*. London: Routledge, 2003. p. 19.

23 It is noteworthy that even though UN Convention of 1988 understands the illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances as a form of transnational organized crime, it does not conceptualize the “organized crime”. Only in its article 3 establishes that “Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally: ... (c) Subject to its constitutional principles and the basic concepts of its legal system: (iv) Participation in, association or conspiracy to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the offences established in accordance with this article.” And the point 5.5 adds “The Parties shall ensure that their courts and other competent authorities having jurisdiction can take into account factual circumstances which make the commission of the offences established in accordance with paragraph 1 of this article particularly serious, such as: (a) The involvement in the offence of an organized criminal group to which the offender belongs; (b) The involvement of the offender in other international organized criminal activities...”.

cept “transnational organized crime” emerged as a new concept in the academy and in the popular discourse. This theoretical category arose in a specific historical juncture where converged relevant factors, among which the most important is the end of the cold war and its replacement for a new world order, which led to a new security discourse preaching “the war against the organized crime”. In the last years of the twenty century different actors (politicians of different countries, international organizations, academicians, etc.) have outlined the concept “organized criminal group” which had its corollary at the *UN Convention against Transnational Organized Crime* (UNTOC) (Palermo, Italy 2000).

3. THE PHENOMENON OF ORGANIZED CRIME IN OUR REGION: THE NEED OF A REGIONAL CRIMINAL LAW?

At the regional level, the governments are forced to give an effective solution to one of the biggest scourges that undermines the security of the States. It is not about the criminal offences, which are competence of the International Criminal Court, but the transnational organized crime; being its consequences significant. The criminal organization related to drug trafficking, to human trafficking, to arms trafficking, to money laundering, and other offences of transnational nature, constitute the core problem of the criminal policies in the states of the region. These organizations have reached a regional dimension and they have escaped from the control of the domestic institutions. Following Silva Sánchez,

[...] the economic phenomena of globalization and economic integration lead to the new criminal methods of classic offences, as well as the emergence of a new kind of offences. Thus, the integration generates [...] a new conception about the crime, focuses on elements traditionally strange to the idea of criminality as a marginal phenomenon; in particular, the elements of organization, transnationality and economic power²⁴

In the face of this phenomenon, difficulties may be experienced by the States to establish an effective criminal policy. The fact that the criminal organizations perform beyond national bounds – the scope in which the state can deploy its *potesta puniendi* –, coupled with the limited resources that the States have to develop these criminal policies, and the connivances that these organizations find with actors that operate in the several levels of the prevention and the punishment of the crime (border control, police forces, judicial system, penitentiary system, etc.) leads the criminal policy to symbolic functions.

From several sectors such as the academy, the national (e.g. Argentinian Congress) and regional government sector (e.g. Unasur, Parlasur), ONGs, *inter alia*, it has been suggested the need for the creation of the Regional Criminal Court against the Transnational Organized Crime (RCCTOC). The current preliminary drafts differ about the regional scope that this court should have (MERCOSUR, South America, Latin America and Caribbean?), as well as about the (possible) criminal offences subject of prosecution and punishment by the court (especially in criminal offences of limited or moderate severity such as cybercrime). However, all of them agree that the court should be a permanent, independent tribunal based on the principle of complementarity – just like the ICC –, aimed at the prosecution and punishment of transnational organized offences. Several factors speak in favour of the setting up of a RCCTOC; as merely exemplification, we mention the following:

(i) The background of the ICC. All the states under consideration has signed the Rome Statute and, consequently, have recognized the jurisdiction of the ICC for certain criminal offences. It is of course true that here we cannot apply the argument “*a fortiori*” and, in fact, the state should have no interest in leave in hand of another jurisdiction the prosecution and punishment of common crimes. Nevertheless, the states under consideration have recognized the complementary jurisdiction of the ICC and this, on its own, constitute a strong argument at the time to create a court with similar characteristics.

24 Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 85-86.

(ii) The background of United Nation Convention against Transnational Organised Crime and the Protocols Thereto (UNTOC). The same as the Rome Statute, this convention has been signed by the States under consideration. UNTOC establish a general definition of “organized criminal group” (Art. 2 (a)), at the same time, it provides actions, which must be adopted by the States parties, aimed to prevent, suppress and punish the offences defined by the convention and the protocols thereto. Although it has not the aim to establish an international jurisdiction, however, this convention provides multiple measures in the field of judicial cooperation in criminal matters, which provide a basis for a possible RCCTOC.

(iii) MERCOSUR and the cooperation agreements in criminal matters. Within the regional bloc “MERCOSUR” there are agreements among the States parties and with associate States, which aim is the international cooperation in criminal matters. By way of example: 1) Agreement on Legal Mutual Assistance in Criminal matters among the States Parties of MERCOSUR, Republic of Bolivia and Republic of Chile (Buenos Aires, 18th February 2002), 2) Agreement against the Smuggling of Migrants among the States Parties of MERCOSUR (Belo Horizonte, 16th December 2004); 3) Agreement against the Smuggling of Migrants among the States Parties of MERCOSUR, Republic of Bolivia and Republic of Chile. The relevance of these agreements resides in the fact that the subject of them is the legal cooperation among the States, as the same time as they get engaged to suppress and punish the offences that are characteristic of the transnational organized crime.

(iv) The existence of similar criminal law systems. This background is of the utmost importance, given that the states under consideration have in criminal matters (as much in substantive criminal law as in criminal procedure law) very similar systems, this fact facilitates the setting-up of a regional jurisdiction. All the States under consideration belong to “Civil Law system” and in criminal matters they make use of the German theory of crime (*Verbrechenslehre*).²⁵ There is a common thread among the theories proposed by Zaffaroni in Argentina, Tabares in Brazil, Fernández in Uruguay, etc.²⁶ At the same time, in Criminal Procedure Law there is a trend toward the consolidation of the adversarial system. The resemblance of the systems constitutes a great advantage of our region over others, for example, the European Union, where coexists several systems and, as a preliminary step to agreements in criminal matters, a minimum of common principles should be found among the different legal systems, generating resistance of the states to the agreements because, in several cases, that involves the relaxation of certain basic principles of their respective systems.²⁷

(v) The existence of the criminal offence of “participation in a criminal association”. The States under consideration have a similar statutory offence related to the participation in a criminal association. This is a common offence among the states that belong to the “civil law system”. On the contrary, the model of “conspiracy” is followed by the States of “common law system”. Even though they have similar aims, the objective and subjective elements of the offences are different and the consequences of their application also differ. The fact that the only model used in the region is the “participation in a criminal association” facilitates the task of legal harmonization as consequence of the treaty that creates the RCCTOC.²⁸

25 JESCHECK, Hans-Heinrich; Wiegand, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 194-196. Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 197. Murmann, Uwe. *Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*. 2. Auflage, München: C.H. Beck., 2013. p. 50.

26 See, Zaffaroni, Raúl, et al. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003. Tavares, Juárez Esteban Xavier. *Teoría del injusto penal*. Buenos Aires: B de F, 2010. Fernández, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004.

27 About the constitution of a Federal Criminal Law in the European bloc, which gives answers to problems such as the transnational crimes the science of criminal law based on the German Law tradition has necessarily live together with the system of the Common Law. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 85. About the harmonization of Criminal Law in the European Union, see: Vogel, Joachim. *Strafrecht und Strafwissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum*. *Juristen Zeitung*, 2012. p. 25-31. See also: SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2014.

28 All the states under consideration have similar criminal offences, all of them punish the conduct of take part of an association intended to commit criminal offences. Namely article No. 210 of the Argentinian Criminal Law, article No. 288 of the Brazilian Criminal Law, article No. 150 of Uruguayan Criminal Law and article No. 239 of Paraguayan Criminal Law.

4. REGIONAL CRIMINAL LAW: INTERNATIONAL CRIMINAL LAW OR TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW?

Frequently, the concepts “international crime” and “transnational crime” are used interchangeably to describe a conduct or activities which have international dimensions. Under the International Law there is, however, a difference between them. This difference lies in the nature of the crime. The international crimes are considered as concerning to the international community as a whole, or *delicta juris gentium*. They are those conducts which threaten the international order or the international community. This kind of crime is directly prohibited by the International Law, namely the International Criminal Law (ICL), which establish an individual criminal responsibility. The number of offences that belong to this category is limited and they are established in the Statue of Rome (genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression). The prohibition of these criminal offences is firmly established in Customary International Law constituting *ius cogens*.²⁹ This kind of criminal offences can only be perpetrated within the jurisdiction of one State, unlike the notion of “transnational crime”.³⁰ The international dimension lies in its consequences, these crimes affect international values.

The transnational crime, however, is not generally regarded as a crime which affect the international community. It can affect legal interests of more than one state, but not all the states that shape the international community.³¹ The criminal offences under the category “transnational crimes” relate to an emerging branch of the International Law known as “Transnational Criminal Law” (TCL). According to Boister, this discipline does not establish individual responsibility in the International Law nor prohibits conducts directly. Furthermore, the prohibition of the organized crime is not generally considered as part of Customary International Law. Even though the organized crime has existed for a long time in history and the states have criminalized different forms of conducts in their domestic legislations,³² transnational organized crimes such as money laundering, drug or human trafficking, etc. not necessarily involve a massive victimization which affects the fundamental value of humanity as such. In short, these offences can be defined as “*mala prohibita*”.³³ A lot of questions can be posed about this new discipline, namely: which is the aim of TCL? Which relationship has it with other disciplines such as ICL or International Human Rights Law (IHRL)? And the most important for us: can an international jurisdiction be founded in TCL? Bellow, we shall try to give satisfactory answers.

The main purpose of TCL is to indirect promote the prevention of this crimes in the national level. For example, UNTOC obliges the signatory states to criminalize several conducts related with the organized crime. This is not the only international instrument that establishes this kind of obligations. There are other pre-existing repressive conventions which obliges the States to prohibit certain crimes such as drug trafficking,³⁴ cultural property,³⁵ nuclear materials,³⁶ endangered species,³⁷ offences related to child pornography,³⁸ cybercrime³⁹, counter fighting,⁴⁰ etc.⁴¹ The UNTOC, however, has not a specific subject of

29 BROWNLEE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 6.

30 Obokata, Tom. *Transnational organised crime in international law*. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 30.

31 Cassese, Antonio. *International criminal law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 12.

32 BOISTER, Neil. Transnational international law?. *European Journal of International Law*, v. 14, p. 953-976, 2003. p. 963.

33 Obokata, Tom. *Transnational organised crime in international law*. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 31.

34 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (Vienna 1988).

35 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Transport, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (UNESCO, Paris 1970).

36 Convention on the Physical Protection of Nuclear Materials (International Atomic Energy Agency 1979). European Convention on the Protection of Environment through Criminal Law 1998.

37 The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna (Washington 1975).

38 Optional Protocol to the Convention on the Rights of Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, UN General Assembly, 2001.

39 Convention on Civil Crime – Council of Europe.

40 International Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency (Geneva, 1929).

41 Obokata, Tom. *Transnational organised crime in international law*. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 40.

protection, its benefit lies in the fact that can be used to prosecute and punish several criminal activities inasmuch as they are serious offences perpetrated by a transnational organized criminal group.⁴²

The TCL has an essential role obligating the States to prohibit and punish the organized crime. This obligation is reinforced by other branches of International Law. The ICL is a good example. This area becomes relevant when the crime is considered an “international crime”. Some authors, like Obokata, argue that, under certain circumstances, human trafficking can be considered as a crime against humanity.⁴³ In addition, as some aspect of the organized crime have been regarded as affecting the interest of the international community or the international peace, there is a probability that in the future some of these crimes will be elevated to the status of “*delicta juris gentium*”.⁴⁴

Another branch of the International Law that impose an obligation to prohibit the organized crime is the International Human Rights Law (IHRL); this discipline is important while each organized crime is committed involves a violation of human rights. Criminal offences like child prostitution and child pornography, sexual and labour exploitation are some examples of offences that involve implications for human rights. Whereas the ICL imposes obligations on individuals not to commit (international) crimes, the IHRL does not strictly create legal obligations upon non-state actors like organized criminal groups. Nonetheless, IHRL can be applied, given that it has been recognized that the states may be responsible for the acts of non-states actors under certain circumstances.⁴⁵ In conclusion, the TCL can be effectively by the IHRL.

It could be possible that the rules that prevent and suppress the organized crime is ICL, since the states has prohibited this practice in one way or another through the course of history, and some international instruments has existed for a long time. Nevertheless, there is no convincing evidence of the state practice nor of the *opinion juris* in the prohibition of the organized crime *per se*, principally because the states have a different understanding about what “organized crime” is.⁴⁶ If the prohibition of the organized crime can be regarded as Customary International Law would will depend on the scope on which the states are able to share a mutual understanding in the future and, in this matter, the UNTOC can play a key role. Furthermore,

42 Obokata, Tom. *Transnational organised crime in international law*. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 40.

43 OBOKATA, Tom. Trafficking of human beings as a crime against humanity: some implications for the International Legal System. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, 2005. p. 445.

44 Obokata, Tom. *Transnational organised crime in international law*. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 45.

45 For example, the obligation to investigate, prosecute and punish act of individuals which implies violation to human rights has been explicitly recognized in the Optional Protocols to the Convention on the Rights of Child (Arts. 1, 3, 4). In addition, the United Nation Convention on the Law of the Sea (1982), even though it is not an instrument that has the aim to promote the international criminal justice or the human rights, it obligates the states to suppress trafficking of slaves and drugs in high seas. Obokata, Tom. *Transnational organised crime in international law*. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 46.

46 According to Lampe, “it is important to understand why it is so difficult to come to this subject [the phenomena associated with organized crime] and why there is still such a great deal of confusion. Contrary to what one might expect, this has not so much to do with the sinister and clandestine ways of gangsters and mafiosi. Instead it has to do with a general problem of how people perceive and make sense of the world they live in. First of all, people cannot possibly grasp reality in all its complexity. Their perception is inevitably selective, which means they focus on certain aspects while neglecting others, secondly, what they see they tend to frame and rearrange into categories that are in line with their pre-existing views attitudes, and values. Thirdly, people make sense of the world not as individuals but as social beings. They come to shared understandings of how to view and interpret reality in a process that has been called the *social construction of reality* [...] It is important to realize that the social construction of reality is a dynamic process, influenced by numerous factors, with many possible outcomes. This also applies to the notion of organized crime [...] [The] organized crime is not something that exists clearly discernible out in the real world, such as the Egyptian pyramids. This does not mean that the concept of organized crime refers to is a figment of someone’s imagination without any link to reality. The diverse phenomena which are variously labeled organized crime - some exaggerations, misinterpretations, and mystification notwithstanding. However, in order to speak of organized crime, certain aspect of the social universe first have to be separated out from a dense web of individuals, actions, and structures and brought into a unifying context on the conceptual level. Organized crime, in this sense, is a construct, an attempt to make sense of a complex social reality. Strictly speaking, organized crime as something that is clear-cut and self-evident only exists on paper, in the combination of the two words *organized* and *crime*. At the same time, the meaning of these two words is loose, flexible, and contradictory. For example, some associate organized crime essentially with the organization of criminal *activities*, while for others the term organized crime refers primarily to the organization of *criminals*”. von Lampe, Klaus. *Organized crime: analyzing illegal activities, criminal structures, and extra-legal governance*. Los Angeles: Sage, 2016. p. 11-12.

the Princeton principles of universal jurisdiction estates “that universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime”.⁴⁷ In this line of reasoning, it is accepted that the universal jurisdiction is not appropriate for the organized crime, because this practice is not seen as a crime concerning to the international community.

Consequently, the Criminal Law of organized crimes is a manifestation of TCL. The fact that the organized crime is not a subject of ICL does not an obstacle to establish an international jurisdiction on this matter for several reasons. Firstly, TCL and ICL are not isolated discipline, as we state above, in some cases it is difficult to draw a clean line between them. Secondly, both disciplines share the same principles, the difference lies on the subject of the protection. And finally, the TCL is based on the idea of the legal cooperation between the states and the setting up of a regional jurisdiction is the ultimate expression of this cooperation.

5. THE NEED OF A LEGAL THEORY OF TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW

The criminal rules of the TCL cannot continue being dissimilar and disconnected from each other. They must be integrated in a system to be each other in harmony and relating to the general principles of law and the common constitutional traditions of the States. For that purpose, these provisions cannot remain pursuing interests on a unilateral basis, but need to account the function of Criminal Law, namely, the protection of the fundamental freedoms by means of a system which allows the consistence intra-systematic of its criminal rules, guarantees the predictability of its consequences, provides legal certainty, excludes the arbitrariness and the improvisation in the application of the law and, finally, reinforces the confidence in the validity of the international legal order, that is, the confidence in the system. That is the assignment of dogmatic of Criminal Law. This assignment cannot be supplied by the jurisprudence because this legal activity is limited only to the interpretation of the rule in particular, and only in reference to the particular case what it is a preparatory phase – and only a part – of the dogmatic task.

The problem lies in the fact that the judiciary has assumed a driving role and, even, a leadership role indicating the development pathways of the international criminal legislation. The internationalization of the sources of law and the rupture of the linkages of the nation states has facilitated this process. From here arise, among other things, the necessary called into question of any dogmatic oriented culture, like the one of the exclusive scholar caste of jurists of the Civil Law.⁴⁸

The great challenge is laying the foundation of a (regional) dogmatic of Criminal Law, which accomplishes with assigned duties and serves, at the same time, as “*ligne Maginot*” against other legal traditions which are not compatible with our system of criminal imputation.

6. THE PROBLEM OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL LEGISLATION: ITS LEGITIMACY DEFICIT

The problem relating to the internationalization of Criminal law is the fact that the rules are thought by other legal system, particularly from Common Law, and these rules become dysfunctional when they are applied according to the rules that govern our system of criminal imputation based on the theory of crime (*Verbrechenslehre*).

47 Principle 1.1. Under Principle 2, serious crimes include piracy, slavery, war crimes, crimes against peace, crimes against humanity, genocide and torture. Reprinted in MACEDO, Stephen (Ed.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Philadelphia: Philadelphia University Press, 2004. p. 24-25.

48 Domini, Massimo. El problema del método penal: de Arturo Rocco al europeísmo judicial. In: Domini, Massimo. *Poder Judicial y ética pública: la crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*. Buenos Aires: B de F, 2015. p. 40.

Thus, the criminal offences drafted in the international conventions describe several conducts of authorship generating problems in our system of imputation in which we differentiate between the perpetrators and the accessories (complicity) from the criteria of “accessory”.⁴⁹ As well as the criminalization of activities which, according with our criminal system, consist in preparatory activities and, therefore, remain unpunished.

Furthermore, some criminal offences, characteristic of Common Law, appear in international conventions. This is the case of the criminal offence of conspiracy.⁵⁰ This criminal offence is defined today as an agreement to commit a crime, and sometimes, more broadly, as an agreement to engage in any unlawful act. It is often said that the gist of the crime consists in the agreement. A narrower definition of the crime requires an overt act in execution of the agreement.⁵¹ The application of this criminal offence in our criminal system is not possible without the violation of basic principles given that its considerable scope of criminalization. The main problem of this criminal offence lies in the excessive overtaking of the punishment, including stages that should be out of the reach of the punitive punishment affecting the privacy of individuals.⁵² Furthermore, the application of the conspiracy, such as it functions in the system of Common Law, can involve a violation of the principle of *ne bis in idem*, especially if it is considered as an individual criminal offence which does not merge with the criminal offence perpetrated in pursuance of the conspiracy. In the face of this entire question, the application of the criminal offence of conspiracy in our system cannot be practiced without violating fundamental principles.

The criminal rules which shape the TCL have a “legitimacy deficit”. This deficit does not lie in the formal aspect, since the criminal offences have been introduced by the respective domestic legislative bodies in compliance with international obligations, but the problem lies on its material legitimacy. A criminal rule, although it has been introduced according to all democratic formalities, which collides with essential legal principles, it is as unlawful as a criminal rule introduced arbitrarily.

The criminal rules must be subject to common constitutional principles of the member states, as well as the general principles of ICL, such as the principle of legality, the principle *ne bis in idem*, the principle of equality, the principle of legal certainty, the principle of protection of the fundamental human rights, the principle of protection of human dignity, among others.

The function of the dogmatic of Criminal Law is to provide legitimacy to these rules, by the means of an interpretation consistent with the fundamental principles of the system. The problem lies in how to move this task forward within the different states which conform Latin-American Criminal Law. In the view

49 According to Fletcher “The central question in any system of complicity is distinguishing between co-perpetrators and accessories. The former are punished as full perpetrators, regardless of the liability of anyone else; in many systems, the latter are punished less severely and their liability is derivative of a wrongful act by a perpetrator. The subjective and objective, as well as the “hegemony” theories all seek a rational point of demarcation between acting as a co-perpetrator and acting as an accessory. However, this is not the case of American Law in certain criminal offences given that “It is well established in American law that membership in a conspiracy serves as a criterion for liability as a co-perpetrator of substantive crimes committed by other conspirators. Under the stringent *Pinkerton* rule, even an incarcerated conspirator may be held accountable for crimes committed by conspirators still at large. The effect of this doctrine is to eliminate the distinction between accessories and perpetrators in consensual criminal ventures. Rendering aid to an existing conspiracy may make one a party to the group, but never as an accessory, only as a full member of the conspiracy. The logic is that contribution betokens an agreement; an agreement implies a conspiracy; and a conspiracy entails liability as a perpetrator. If Anglo-American law were ever to admit of a more refined classification of actors as accessories and perpetrators, the system would have to abandon the doctrine of conspiratorial complicity, which effectively prevents treating a member of a conspiracy as an accessory rather than a perpetrator. The official position of German law is that mere membership in a conspiracy is insufficient to classify a conspirator as a co-perpetrator in the crimes of other conspirators [...] only those participants are co-perpetrators who ‘jointly’ execute the criminal act. Merely agreeing that one member of the group should commit the crime is not enough to constitute ‘joint’ execution”. Fletcher, George. *Rethinking criminal law*. New York: Oxford University Press, 2000. p. 660-661.

50 Art. 3 1. b iv *UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (Vienna 1988); Art. 5 (a) (i) UNTOC.

51 Fletcher, George. *Rethinking criminal law*. New York: Oxford University Press, 2000. p. 218-219.

52 Zaffaroni argues that the criminal offence into question is constitutionally questionable because it involves an enlargement of the scope of the prohibition that cannot be avoided without violating constitutional principles. Zaffaroni, Raúl, et al. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 809-810.

of the lack of a regional block with criminal competences – contrary to what is currently the case of the European Union– the development of a regional Legal Theory of Criminal Law becomes extremely hard, if not impossible. An answer to this problem has been thought from the project of creation of a Regional Criminal Court against the Transnational Organized Crime.

7. THE SETTING UP OF A REGIONAL COURT AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIMES: BASIS FOR A REGIONAL DOGMATIC

The setting up of a RCCTOC constitutes a significant step to the conformation of a regional dogmatic (Legal Theory) of Criminal Law which fulfils the two functions mentioned above, i.e. it provides legal certainty and, at the same time, it acts as “*ligne Maginot*” against the advance of concepts and ideas developed in other system of imputation which cannot be applied in our system without violating some fundamental principles. This court would not only define the rules of the prosecution and sanction of certain criminal offences which conform the TCL, but it would define these criminal offences and establish the corresponding penalties. Next, the member States should harmonize their criminal legislation to that end.

The process of harmonization is an essential step for the aim of the constitution of a regional dogmatic of Criminal Law. We can conceptualize “harmonization of criminal law” as “the process of modifying different criminal legislations in order to improve their consistency and eliminate frictions among them”.⁵³ Only if the different states share similar descriptions of each criminal offence, it is possible to develop an interpretation applicable to all of them.

The importance of the development of a regional Legal Theory of Transnational Criminal Law does not lie in the procedural rules, but in the establishment of the criminal offences subject of the convention and in the principles and rules of the General part of the Criminal Law. From these rules, it is possible to develop the interpretation; it is the task of the dogmatic to interpret the different criminal offences according to the rules of the General Part, providing them its content and removing the possible contradictions.

Around a set of criminal offences characteristic of the organized crime (drug trafficking, trafficking in persons, smuggling of migrants, illicit manufacturing of and trafficking in firearms, etc.) becomes essential to the development of a Regional Legal Theory of Criminal Law. It will be the task of this discipline the elaboration of categories and the integration of the different criminal concepts, providing legal certainty that otherwise would not exist. Hence, the dogmatic of criminal law wakes possible, therefore, pointing out the limits and defining concepts, an assertive and calculable application of the Criminal law, it makes possible to subtract it to the irrationality, to the arbitrariness and to the improvisation. When less developed is the dogmatic, more unpredictable will be the solution of the tribunals, the conviction or the acquittal will more depend on the chance and on uncontrollable factors.⁵⁴ Many of these criminal offences suffer from their loose content, contrary to the principle of specificity proper to Criminal Law. The role of the dogmatic thus becomes crucial for the building of a less rudimentary corpus of legal rules which conforms TCL.

8. FINAL CONSIDERATIONS

The preferential attention to Europe, by the means of its legal system, cannot be interpreted as anti-Americanism, but only in reference to the cultural pluralism which exists in the world. We admire the Ame-

53 Calderoni, Francesco. *Organized crime legislation in the European Union: harmonization and approximation of criminal law, national legislations and the EU framework decision on the fight against organized crime*. Heidelberg: Springer, 2010. p. 3.

54 Gimbernat Ordeig, Enrique. *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 158.

rican democracy, but a great democracy can also make mistakes. Moreover, not everything that benefits the USA means also an edge over other democracies. In other words, there is a diversity of national interests and more conceptions of common goods. There are profound different points of view, for example, about ecology, about the criminal prosecution of the crimes against humanity, about the forms of supranational integration. Not only it is useful, but also indispensable that the South American jurists compare the legal solutions and the legislative development which have had – for example – the Rio Declarations and the Kyoto Protocol on environment, the Statute of Rome which created the International Criminal Court and, finally, the trades which regulate the equally evolution of the European States to forms of increasing regional integration. The European Union and the single European States have frequently followed different paths to those proposed by the United States. And South America has experienced one of this contrasts between Mercosur (created by the common national interests of South American States) and ALCA (legitimated as a form of unification exogenous to Latin America, born under pressure not disinterested of the USA).⁵⁵

The set of criminal offences which conform TCL, was designed for other systems of imputation, in particular Criminal Law of the USA and their application in our system of imputation (German-based Criminal Law System) many inconveniences.

Besides, the criminal activities which are intended to prevent and repress by means of these criminal offences exceed the power of action of the state. The criminal organizations have, indeed, become global, while the states may only offer a (punitive) answer limited to a national sphere. The need to embrace this phenomenon in its full dimension has generated, from different sectors, drafts of the creation of a RCC-TOC. All of them agree that the court should be based on the principle of complementary and its statute should not only establish the procedural rules, but also, at the same time, should define the different criminal offences subject to the jurisdiction of this court and the set the principles and rules which regulate the criminal imputation.

The setting up of a court with the characteristic above mentioned would constitute a fundamental step to the configuration of a regional dogmatic of Criminal Law. The dogmatic would not only provide legal certainty to TCL but also it would act as retaining wall facing to ideas, categories and intuitions of other system of criminal imputation which become dysfunctional when they are applied in our system.

REFERENCES

- AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht – Völkerverstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechthilfe*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2014.
- AMBOS, Kai. Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität. In: Tiedemman, Klaus; et al (Ed.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*. Erinnerung an Joachim Vogel. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 321-347.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BOISTER, Neil. Transnational international law?. *European Journal of International Law*, v. 14, p. 953-976, 2003.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- CASSESE, Antonio. *International criminal law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

55 Losano, Mario G. Europa y América Latina: el 'viejo occidente' el 'otro occidente'. In: Losano, Mario G., Muñoz Conde, Francisco (Coord.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo: "Cedant arma togae"*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 29.

- DOMINI, Massimo. El problema del método penal: de Arturo Rocco al europeísmo judicial. In: Domini, Massimo. *Poder Judicial y ética pública: la crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*. Buenos Aires: B de F, 2015. p. 15-105.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004.
- GIMBERNAT Ordeig, Enrique. *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; Wiegand, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- KAUFMANN, Armin. Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft. In: Jescheck, Hans-Heinrich, et al (Ed.). *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*. Tokio: Seibundo, 1985. p. 100-111.
- KELLY, R. J. Criminal underworlds: looking down on society of bellow. In: *Organized crime: crosscultural studies*. Totowa (NJ): Rowman & Littlefield, 1986. p. 10-31.
- LOSANO, Mario G. Europa y América Latina: el ‘viejo occidente’ el ‘otro occidente’. In: Losano, Mario G.; Muñoz Conde, Francisco (Coord.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo: “Cedant arma togae”*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 17-30.
- MACEDO, Stephen (Ed.). *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*. Philadelphia: Philadelphia University Press, 2004.
- MALJEVIC, Almir. *Participation in a Criminal Organization and “Conspiracy”*: different legal model against criminal collectives. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.
- MURMANN, Uwe. *Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*. 2. Auflage, München: C.H. Beck., 2013.
- NADELMANN, Ethan. *Cops across borders: the internationalization of U.S. criminal law enforcement*. Pennsylvania: State University Press, 1993.
- OBOOKATA, Tom. Trafficking of human beings as a crime against humanity: some implications for the International Legal System. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, p. 445-457, 2005.
- OBOOKATA, Tom. *Transnational organised crime in international law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.
- PERRON, Walter. Europäische und transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsgematik. In: Tiedemman, Klaus et al. (Ed.). *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege: Erinnerung an Joachim Vogel*. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 307-317.
- ROXIN, Claus. Die Strafrechtswissenschaft von den Angaben der Zukunft. In: Esser, Albin et al. (Ed.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick*. München: C.H. Beck, 2000. p. 369-395.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense: law, globalization and emancipation*. London: Routledge, 1995.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2014.
- SHABAS, William. International crime. In: Armstrong, David (Ed.). *Routledge Handbook of International Law*. London: Routledge-Cavendish, 2008. p. 268-280.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Prólogo 2012. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. In: Schünemann, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*.

- Estudios en honor del Claus Roxin en su 50º aniversario. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 15-16.
- SINN, Arndt. *Organisierte Kriminalität 3.0*. Heidelberg: Springer, 2016.
- STAZGER, Helmut. Die Rolle einer modernen deutschen Strafrechtswissenschaft im europäischen und internationalen Kontext. In: Tiedemman, Klaus et al. (Eds.). *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege: Erinnerung an Joachim Vogel*. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 277-283.
- TAVARES, Juarez Estebam Xavier. *Teoría del injusto penal*. Buenos Aires: B de F, 2010.
- TRIFFTERER, Otto. *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*. Freiburg i. Br.: Albert, 1966.
- VAURS CHAUMETTE, Anne-Laure. *Les sujets du droit international pénal: vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale?* Paris: Pedone, 2009.
- VOGEL, Joachim. Europäische Kriminalpolitik: europäische Strafrechtsdogmatik. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, p. 25-31, 2002.
- VOGEL, Joachim. Europäische Kriminalpolitik: europäische Strafrechtsdogmatik. In: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. 2002. p. 517-534.
- VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y del proceso penal. *Revista Penal*, v. 22, p. 160-167, 2008.
- VON Lampe, Klaus. Organised crime: research in perspective. In: *Upperworld and underworld in cross-border crime*. Nijmegen: World Legal Publishers, 2002. p. 189-198.
- VON LAMPE, Klaus. *Organized crime: analyzing illegal activities, criminal structures, and extra-legal governance*. Los Angeles: Sage, 2016.
- VON LAMPE, Klaus. The study of organised crime: an assessment of the state of affairs. In: *Organised crime: norms, markets, regulation and research*. Oslo: Unipub, 2009. p. 165-211.
- WELZEL, Hans. *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*. Marburg a. d. Lahn: Elwert, 1964.
- WOODIWISS, Mike. Transnational organised crime: the global reach of an american concept. In: Edwards, A.; Gill, P. (Ed.). *Transnational organised crime: perspectives on global security*. London: Routledge, 2003. p. 13-28.
- ZAFFARONI, Raúl, et al. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Crimes na internet e cooperação internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos

Crimes on the internet and international cooperation in criminal matters between Brazil and the United States

Guilherme Berti de Campos Guidi

Francisco Rezek

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Crimes na internet e cooperação internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos*

Crimes on the internet and international cooperation in criminal matters between Brazil and the United States

Guilherme Berti de Campos Guidi**

Francisco Rezek***

RESUMO

A investigação de crimes cometidos na Internet, com o crescimento do número de ocorrências, tem gerado problemas em razão da descentralização da rede e da hospedagem de serviços digitais em outros países. O presente artigo procura trazer a lume a relevância dos acordos de cooperação judicial internacional (MLATs) para a investigação e persecução de crimes que tragam elementos internacionais em decorrência da utilização da Internet. Para tanto, analisamos os conceitos de soberania e jurisdição e sua relevância para a interação internacional judicial. Em seguida abordamos o MLAT vigente entre Brasil e Estados Unidos, considerando suas finalidades e fundamentos, suas peculiaridades, além das críticas feitas ao acordo. O trabalho não se pretendeu exaustivo no que toca teses atuais sobre a possibilidade de requisição direta de dados pelo Judiciário brasileiro, nem pretende o presente artigo trazer soluções pontuais para a reforma do acordo analisado, mas sim propor questionamentos e debates necessários para o aproveitamento do instituto no desenvolvimento de uma política criminal mais ampla. Como conclusão propomos o refinamento e expansão de tais acordos como medida de política criminal eficiente e *justa* para o tratamento de violações ocorridas na Internet.

Palavras-chave: Crimes cibernéticos. Internet. Cooperação Internacional. MLAT.

ABSTRACT

The investigation of crimes committed on the Internet, with the rise of the number of cases, has created problems in law enforcement because of the decentralized character of the network and the hosting of digital services in other countries. The current article aims at bringing light to the relevance of mutual legal assistance treaties (MLATs) to the investigation and persecution of crimes that involve international elements come from the use of the Internet. For such, we analyze the concepts of sovereignty and jurisdiction and their relevance for the judicial international interaction.

* Artigo convidado

** Mestre da Universidade de São Paulo em Direito Civil (2016); pós-graduado em Direito Digital Aplicado pela Fundação Getúlio Vargas (2016); doutorando em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo. Pesquisador para área de Privacidade do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (2016); pesquisador colaborador do Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV (2017); pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Tribunais Internacionais da USP. Membro da International Association of Privacy Professionals, da Associação Brasileira para a Propriedade Intelectual, e da Academia Brasileira de Direito Internacional. Graduado em Direito pela USP (2012). Advogado. E-mail: <guilherme@franciscorezek.adv.br>.

*** Doutor da Universidade de Paris em Direito Internacional Público (1970). Diploma in Law da Universidade de Oxford (1979). Professor de Direito Internacional e Direito Constitucional na Universidade de Brasília. Diretor do Departamento de Direito (1974-1976) e da Faculdade de Estudos Sociais (1978-1979). Professor de Direito Internacional no Instituto Rio Branco (1976-1996). Professor na Academia de Direito Internacional de Haia. Procurador e Subprocurador-Geral da República (1972-1983). Ministro do Supremo Tribunal Federal (1983-1990, 1992-1997). Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (1989-1990). Ministro de Estado das Relações Exteriores do Brasil (1990-1992). Juiz da Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas (Haia, 1997-2006). Graduado em Direito pela UFMG (1966). Advogado. E-mail: <francisco@franciscorezek.adv.br>.

After we approach the treaty in force between Brazil and the United States, considering its finality and bases, its peculiarities, and the criticism it has received. This work does not intend exhaustive of all current theses regarding the possibility of direct request of data abroad by the Judiciary body of Brazil, nor does it aim at proposing specific changes to the text of the treaty, but we have tried to propose questions and debates necessary for the use of this legal institute in the development of broader criminal policies. As a conclusion, we propose that MLATs must be refined and expanded as a measure of efficient and fair criminal policy in the treatment of violations occurred on the Internet.

Keywords: Cyber Crimes. Internet. International Cooperation. MLAT.

1. INTRODUÇÃO

A Internet, grande invenção do milênio, é finalmente parte da sociedade. Seu alcance se expande diariamente, com mais e mais pessoas acessando a rede, usando seus serviços para trabalhar e se relacionar, para aprender e comunicar. Primeiro, de modo consciente e intencional, confiamos nossas vidas à tecnologia, nossos compromissos, projetos, relacionamentos, tarefas. Depois, a simbiose se manifesta – não vivemos sem nossos *apps*, telefonemas são mensagens de texto, afeto são fotos cheias de *emojis*, trabalho é o que entra sem parar na caixa de entrada, pessoas são pedidos de conexão. Dependência não é uma palavra forte demais para descrever o que ocorre.

Como é possível que um mundo assim utópico seja também lugar de maldades, fraudes, enganos? Ora, toda sociedade vem a se confrontar, naturalmente, com uma ou outra forma de criminalidade,¹ não estando a Internet e o grupo de relações sociais dentro dela existentes imunes a isso: a sociedade da informação, entendida não como simples alusão ao valor da informação² mas ao modo muito particular de (re)organização das relações sociais, tem sua também muito particular criminalidade.

A delinquência, em um cenário natural, pode ser tratada na forma geralmente adotada nos últimos séculos pelos Estados democráticos, com julgamento e sanção, diante da apuração dos fatos: materialidade e autoria contidos em determinado território, em determinada circunscrição, em um processo linear, concentrado. De certo modo, as mesmas mudanças operadas nas vidas dos usuários são as sentidas na persecução penal: os limites não são mais territoriais ou físicos, mas virtuais. O problema vem no confronto entre o que é essencialmente — necessária e obrigatoriamente — contido e o que, por natureza, não o é.

Nosso Direito é contido, como o são também nossas instituições e procedimentos; nossa maneira de endereçar a realidade com um comando legal está intrinsecamente ligada ao território. Estados dividem-se em suas fronteiras, jurisdições se pretendem universais, mas são limitadas por outras igualmente vocacionadas, a “comunidade” internacional, conglomerado de Estados e Organizações aferradas a suas soberanias, tem um largo caminho a percorrer até atingir a mesma integração mundial que a Internet nos deu em pouco mais de duas décadas.

Em termos objetivos, as características da Internet — sobretudo sua descentralização e sua distribuição indistinta por diversos territórios — nos impõem sérios desafios quando se trata de investigar, julgar e punir uma conduta criminosa. As provas³ de tais condutas, da materialidade e da autoria do crime, podem encontrar-se em máquinas a milhares de quilômetros de onde os efeitos do crime foram sentidos, ou de

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1. v. 1.

2 SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. *Proteção de dados e cooperação transnacional: teoria e prática na Alemanha, Espanha e Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 11.

3 A referência aqui é feita, por exemplo, a conversas por texto em determinada aplicação de computador, registros de acesso a um website ou rede social, arquivos armazenados “na nuvem”, grupos fechados de discussão, dados cadastrais, ou qualquer outra manifestação do indivíduo em sua experiência na Internet.

onde a conduta deve ser julgada. Na rede das redes, qualquer um, de qualquer lugar, pode ofertar serviços e produtos, lícitos ou ilícitos, a qualquer outra pessoa no mundo; mesmo as grandes empresas do setor reconhecem a sabedoria da distribuição de sua estrutura em países e territórios específicos, optando deliberadamente — e na maior parte dos casos, no gozo de seu pleno direito de fazê-lo — por submeter-se, talvez, não a uma única lei, mas, necessariamente, a uma única jurisdição.

Enquanto reconhecermos a necessidade de adaptação, mas não lutarmos pela implementação de novas mentalidades, o aparato estatal de repressão de condutas criminalizadas estará sempre a perder. Se é verdade que a mudança social clama pela submissão do Direito a novas *ratios* sociais, deve ela, também, trazer mudanças não apenas no Direito-produto-do-homem, mas no próprio homem, que deve aplicar a Lei. A razão deste artigo é justamente a proposta, ao menos parcial, de uma nova política criminal para a investigação de delitos na Internet, não olvidando que a mesma característica colaborativa presente no desenvolvimento da Rede⁴ deve estar presente também no modo como o homem lida com ela.

Para tanto, é necessário um exercício de humildade que permita a compreensão de que a Justiça Brasileira não é onipotente nem poderia ser onipresente no mundo. Assim, avaliaremos, primeiramente, a questão da soberania e dos limites à jurisdição estatal. Compreender tais limitações implica a existência de mecanismos que permitam a um Estado superar sua impotência no estrangeiro, i.e., as vias normais da cooperação internacional, examinadas também neste trabalho.

Feito isto, deve-se considerar, com especial atenção, a via consensual dos tratados internacionais de mútua assistência judicial, relevantes que são no panorama atual como via facilitadora e padronizada de cooperação entre dois juízos de diferentes nacionalidades para atos de comunicação e instrução judicial. Como exemplo de estudo, analisaremos um tal acordo existente entre Brasil e Estados Unidos, que se encontra inclusive no centro de discussões judiciais sobre requisições judiciais de dados localizados no exterior.⁵

Ao final da exposição, espera-se atingir o objetivo de colocar em discussão uma política abrangente para lidar com elementos internacionais nas investigações e procedimentos criminais envolvendo crimes praticados na ou por meio da Internet, alterando, assim, a relação entre Direito e realidade, com votos de que tais questionamentos possam aproximar o que tende sempre a se afastar em tempos de revoluções sociais e tecnológicas cotidianas.

2. SOBERANIA: JURISDIÇÃO E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

A soberania é elemento formador do Estado moderno.⁶ Surgida na Idade Média, a ideia de soberania representou, àquele tempo, a consolidação da independência e poder de autotutela das nações em relação aos poderes então estabelecidos,⁷ como a Santa Sé e o Império Romano-Germânico. Diz-se soberano aquele

4 A esse respeito, confirmam-se: CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003; e GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na Internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*. 2016. 457 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 47-51.

5 Em resumo, em diversos casos judiciais em curso a posição do Ministério Público, bem aceita pelo Judiciário, tem sido a da determinação de fornecimento dos dados buscados a subsidiárias e empresas do grupo econômico da empresa responsável por determinado serviço de Internet. Tais empresas, entretanto, resistem a essas determinações em razão das consequências nocivas da transferência desses dados para o Brasil sem uma decisão válida no território onde se encontram os dados, o que por sua vez acarreta na imposição de multas às empresas locais. Como exemplo, veja por exemplo BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 55.019/DF*. Quinta Turma. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 12 de dezembro de 2017, Brasília, DJE de 01 de fevereiro de 2018.

6 “[...] o conceito de soberania é uma das bases da ideia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que este se definisse, exercendo grau de influência prática nos últimos séculos, sendo ainda uma característica fundamental do Estado.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74-75.

7 “Le principe de la souveraineté de l’État est aussi ancien que l’État lui-même. À l’origine, son rôle était essentiellement de con-

ente político que não reconhece ou aceita autoridade superior a sua própria, ainda que reconheça conviver com pares igualmente soberanos. Assim, a soberania, na convivência, é elemento adstrito ao território, pois é com base nele que se define a área de exclusividade do Estado no exercício da força e imposição de autoridade.

Assim, é soberano aquele que é plenamente capaz de ditar a disciplina a reger a sociedade estabelecida em seu território, promulgando, executando e fazendo cumprir as leis àqueles que se encontrem sob seu domínio.

São características daquele que é soberano a independência, a liberdade para agir e a igualdade frente a seus homólogos.⁸ Não é ele, entretanto, absoluto nem incondicionado, pois é justamente por ser igual que, agindo soberanamente onde assim lhe compete, não pode o Estado deixar de reconhecer a mesma qualidade em seus iguais, impossibilitado de intervir em outrem enquanto não admite que no seu conduzir intervenham outros — por um princípio da não ingerência.⁹

É na igualdade soberana, pois, que se sustenta o princípio da *reciprocidade* do direito internacional. Por regra, não admite o soberano que outros pretendam dizer ou mandar no território onde exerce seu poder, mas pode o Estado, mediante comprometimento igualitário, escolher suportar algum grau de ingerência equivalente a fim de ter suas prerrogativas expandidas em relação à outra parte.¹⁰

2.1. Jurisdição e seus limites

O conceito de soberania abrange um grande número de ramificações, com consequências em muitos aspectos da formação e administração de um Estado (soberania interna), assim como em sua relação com outras nações (soberania externa).¹¹ Interessa à discussão, entretanto, a manifestação da soberania no que diz respeito ao exercício do poder estatal: a jurisdição.

Jurisdiction concerns the power of the state to affect people, property and circumstances and reflects the basic principles of state sovereignty, equality of states and non-interference in domestic affairs.¹²

A jurisdição, em suma, refere-se ao poder do Estado de afetar pessoas, coisas e relações sob seu domínio, impondo a elas sua vontade, conforme os ditames da lei. Desse modo, a jurisdição não se refere unicamente ao sentido mais comum de “competência para julgar e ordenar”, mas também ao poder de *estabelecer normas* e de *administrar o Estado e adotar políticas*. Nas palavras de Malcolm Shaw, podemos identificar a jurisdição normativa, a jurisdição executiva, e a jurisdição judicial:

Jurisdiction is a vital and indeed central feature of state sovereignty, for it is an exercise of authority which may alter or create or terminate legal relationships and obligations. It may be achieved by means of legislative action or by executive action or by judicial action. In each case, the recognized authorities of the state as determined by the legal system of that state perform certain functions permitted them

solider l'existence des États qui s'affirmaient en Europe contre la double tutelle du Pape et du Saint-Empire romain germanique.” DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick. *Droit international public*. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2002. p. 423.

8 “La souveraineté apparaît, dans ces conditions, comme la source des compétences que l'État tient du droit international ; celles-ci ne sont pas illimitées mais aucune autre entité n'en détient qui soient supérieures. Comme l'a rappelé la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, “en droit international coutumier, les États, par principe, ne peuvent recevoir d'ordres”, qu'ils proviennent d'autres États ou d'organismes internationaux”. La souveraineté reste bien l'attribut fondamental de l'État. À travers l'égalité souveraine, c'est l'indépendance de l'État qui est affirmée.” DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick. *Droit international public*. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2002. p. 424.

9 “La notion de domaine réservé des États a pour conséquence l'interdiction faite aux autres États d'intervenir dans les matières qui en relèvent.” NGUYEN Quoc Dinh; PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick. *Droit international public*. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2002. p. 441.

10 Sob esta sigla incluímos os tratados internacionais. É preciso cuidar, entretanto, que os acordos entre Estados não representem derrogação da soberania, mas sua realização, pela liberdade de agir no âmbito externo que decorre da própria soberania.

11 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 122-125.

12 SHAW, Malcolm N. *International law*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 572-573.

which affect the life around them in many ways. [...] These differences, particularly between the capacity to make law (the prescriptive jurisdiction) and the capacity to ensure compliance with such law (the enforcement jurisdiction), are basic to an understanding of the legal competence of a state. This is to some extent because jurisdiction, although primarily territorial, may be based on other grounds, for example nationality, while enforcement is restricted by territorial factors.

To give an instance, if a man kills somebody in Britain and then manages to reach the Netherlands, the British courts have jurisdiction to try him, but they cannot enforce it by sending officers to the Netherlands to apprehend him. They must apply to the Dutch authorities for his arrest and dispatch to Britain.¹³

Na prática, a jurisdição tem como limites básicos aqueles mesmos da soberania e é por ela também limitada (quando falamos da soberania de outros Estados).¹⁴

Não há reparos a fazer no exemplo de Shaw. O Estado que busque exercer seu poder de mando, veiculado por uma decisão judicial, sobre pessoa ou coisa localizada no exterior deve sempre pedir licença ao Estado estrangeiro, de modo que este, no exercício do seu próprio poder, avalize a decisão que se pretende ver cumprida, concedendo a ela a legitimidade que apenas a soberania do Estado estrangeiro pode conferir dentro de seu próprio território.

2.2. Decisões estrangeiras e seus efeitos

Uma decisão judicial pode ser conceituada como o resultado do exercício do poder estatal, uma solução *imperativa* para determinado conflito submetido ao Estado¹⁵ fundada no monopólio do uso legítimo da força pelo Estado¹⁶ e na função pública dessa condição. Trata-se de ato de coerção imposto às partes, submetidas que estão ao Estado.

É dizer, igualmente, que a decisão é ato que emana do uso *legítimo* do poder estatal de submeter coisas e pessoas a uma ordem. O componente da legitimidade é essencial, a diferenciar o Estado de outros arranjos autoritários. Isso implica, necessariamente, que o poder coercitivo da decisão judicial está diretamente atrelado à *jurisdição*: determinada decisão somente é válida enquanto baseada em um ordenamento jurídico vigente e aplicável; tal decisão só é *exigível* ou *imperativa* enquanto o Estado deter o poder de obrigar seu cumprimento (por medidas constritivas, por exemplo).¹⁷

Como qualquer outro ato jurídico, sua caracterização jurídica depende do ordenamento jurídico em que é fundada.¹⁸ Assim, uma decisão estrangeira, até que seja validada pela ordem jurídica local, não passa de

13 SHAW, Malcolm N. *International law*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 572-573.

14 “Três ordens de razões levam o legislador a limitar o exercício da jurisdição pelos órgãos judiciários [...]. Em primeiro lugar, está a convivência entre Estados soberanos, cada qual exercendo com exclusividade o poder estatal no âmbito de seu território — o que impede o juiz de uma causa de extrapolar fronteiras para impor atos imperativos fora dos lindes de seu país”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2. p. 529.

15 “Conceitua-se a jurisdição, a partir dessas premissas, como função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos. Falar em solução imperativa é pressupor a presença do poder estatal. O Estado persegue os objetivos do processo com fundamento em sua própria capacidade de decidir imperativamente e impor decisões (definição de poder estatal, segundo a ciência política), sem a necessidade de anuência dos sujeitos. A situação destes, perante o Estado que exerce a jurisdição, é de sujeição — conceituada esta como impossibilidade de evitar os atos alheios ou furtar-se à sua eficácia (Carnelutti). Esse é o significado da afirmação da jurisdição como função pública, regida por normas de direito público”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 315-316.

16 WEBER, Max. *Politics as a vocation*. In: *Essays in sociology*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1946. p. 77-128.

17 “Assim, com razão Tucci, quando explica que a jurisdição penal deve ser concebida como poder-dever de realização de Justiça Estatal, por órgãos especializados do Estado. Trata-se de decorrência inafastável da incidência do princípio da necessidade, peculiaridade do processo penal, inexistente no processo civil. Para tanto, é uma jurisdição cognitiva, destinada a conhecer da pretensão acusatória (e de seu elemento objetivo, o caso penal) para, em acolhendo-a, exercer o poder de penar que detém o Estado-juiz. Assim, é lugar-comum na doutrina vincular o conceito de jurisdição ao de poder-dever.” LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1. p. 427.

18 A esse respeito, consultar MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

um *fato*, não produzindo efeitos jurídicos próprios.¹⁹ Apenas após o acolhimento de tal decisão como tal, mediante avaliação de sua compatibilidade com a ordem pública local, é que a decisão estrangeira, por uma *delegação*, pode ser executada. Onde um Estado não tem poder de mando, ali também as decisões judiciais por ele emanadas não serão exigíveis.

2.3. Formas de cooperação internacional

A disposição atual dos Estados soberanos não permite o simples avanço da jurisdição de um Estado sobre a de outro, razão pela qual deve-se recorrer à cooperação internacional. Entre elas encontramos as cartas rogatórias, o auxílio diplomático ou “bons ofícios”, os acordos de cooperação judicial em diversas configurações e — ainda que não exatamente uma via de *cooperação* per se — os procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras.

A carta rogatória consiste no mais básico instrumento de cooperação internacional. Trata-se de pedido feito pelo Judiciário de um país ao de outro Estado, *rogando-lhe* que dê execução aos atos ordenados na decisão original, sejam eles de comunicação ou instrução processual.²⁰ Entre aqueles, podemos incluir as citações e as intimações de atos judiciais, entre estes a colheita de provas em geral, como a oitiva de testemunhas, a apreensão de documentos, o interrogatório do réu etc. Em regra, cartas rogatórias não são utilizadas para atos *executivos* ou *constitutivos*, uma vez que é também costume no Direito Internacional que a jurisdição e competência para decidir sobre bens pertença ao Judiciário onde se localizam.²¹

Após emitida pelo juízo rogante, a carta é encaminhada por vias diplomáticas até o órgão correspondente, responsável pelo processamento desta. No Brasil, cartas rogatórias advindas de outros países são processadas pelo Superior Tribunal de Justiça por força do artigo 105, inciso I, alínea *i*, da Constituição Federal.

Uma segunda forma de cooperação relevante seria o auxílio diplomático ou, no costume internacional, “bons ofícios”. Tal forma de interação entre duas nações não é específica da cooperação judicial, mas sim uma ferramenta geral e universal para o trato entre Estados. As relações diplomáticas são regidas pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961. O instrumento, que traz os princípios sobre os quais se assenta a prática diplomática, entrou em vigor em abril de 1964 e foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 56.435 de 1965.

Não há oposição precípua à atuação diplomática para a cooperação judicial, seja em atos de comunicação e, principalmente, instrução processual. No entanto, a probabilidade de êxito em tal tipo de cooperação depende da existência de interesses mútuos em determinado desfecho em uma investigação criminal, por exemplo.

Devemos citar também o procedimento judicial de homologação de sentenças estrangeiras. Como já explicitado, tal procedimento serve para que uma decisão emitida em um Estado possa ser reconhecida,

19 As exceções a tal princípios podem ser estabelecidas individualmente por cada país, caso escolha por reconhecer automaticamente efeitos a determinado tipo de ato jurídico ou decisão judicial. O Brasil, por exemplo, reconhecia automaticamente efeitos às decisões declaratórias sobre estado de pessoas, considerando que a regência de tal assunto é quase sempre a da lei nacional do indivíduo. Tal regra, entretanto, antes prevista no parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), foi revogada em 2009.

20 “Carta rogatória é a solicitação da cooperação jurisdicional de um órgão judiciário de outro país. O remetente da carta é rogante e o destinatário, rogado.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2. p. 531.

21 “Isso significa que pela via das cartas rogatórias somente se realizam atos de comunicação processual ou de instrução probatória. Salvo convenção internacional em contrário, da qual participem os Estados soberanos a que pertencem ambos os juízos, as cartas rogatórias não poderão ter por objeto os atos constitutivos a serem realizados em território alheio. As rogatórias tramitam necessariamente por via diplomática, já traduzida para a língua do órgão destinatário, podendo ser processadas por outro meio quando assim dispuser um tratado internacional. A recusa de cumprimento rege-se pelas leis do país destinatário e eventual recurso contra ela será da competência de seus tribunais.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2. p. 533.

surtindo efeitos em outro Estado, concedendo este exequibilidade à decisão, fundada em seu próprio poder de mando, caso seja compatível com a ordem jurídica local. Os procedimentos de homologação, assim como o órgão competente para supervisioná-los varia a cada país, mas adota-se como regra geral que o procedimento de homologação não concorre com o juízo original: para avaliação da compatibilidade da decisão homologanda não pode ou deve o juízo da homologação reanalisar o mérito da questão, mas simplesmente se tal decisão viola a ordem pública, a soberania e os bons costumes do Estado onde se pretendem os efeitos do ato judicial estrangeiro. Intitula-se esse juízo de delibação, no qual a análise da decisão deve ser dar até os limites formais e de mérito do necessário para verificar se há ofensa a algum desses princípios.²²

Por fim, devemos citar os tratados de mútua assistência judicial em matéria penal, ou MLATs, como são conhecidos (*Mutual Legal Assistance Treaties*). Tais tratados criam um procedimento abreviado de cooperação, definindo com clareza os passos necessários para a concessão de assistência internacional no trâmite de um processo que venha a afetar bens, pessoas ou relações localizados no território de uma das partes.

Um Estado que busque citar um indivíduo residente no exterior, ou executar medidas investigatórias ou instrutórias no estrangeiro, como um interrogatório, a apreensão de documentos ou a interceptação de comunicações, pode, por meio do procedimento descrito no tratado, transmitir ao Judiciário do país em questão seu pedido, já com todas as informações e documentos pertinentes e consciente dos critérios de avaliação para que tal ato de cooperação seja autorizado.

3. Os ACORDOS DE COOPERAÇÃO JUDICIAL INTERNACIONAL – MLATs

Analisaremos neste artigo o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, datado de 14 de outubro de 1997 e integrado à ordem jurídica brasileira pelo Decreto nº 3.810 de 2001. O faremos por duas razões simples: em primeiro lugar, a análise de um instrumento convencional internacional apenas em tese tem uso limitado, por permitir uma análise genérica do instituto ou necessitar de recorrer à especulação; em segundo lugar, considerando que grande parte da “indústria da Internet” tem laços, data centers, ou sua sede nos Estados Unidos, é conveniente utilizar como exemplo o instrumento que provavelmente seria aplicável à maioria dos casos envolvendo requisições de dados eletrônicos mantidos no exterior.

3.1. Fundamentos e pressupostos

A *função* de um tratado, assim como a *função* de qualquer norma, é elemento sempre relevante para sua compreensão e aplicação. A interpretação sistemática é, nos campos mais complexos do Direito, ferramenta importante para coordenação de interesses e direitos conflitantes, permitindo a solução de aparentes conflitos normativos e servindo também para compreender certas escolhas legislativas.

Assim, é crucial compreender que os tratados de assistência judicial mútua e seus dispositivos específicos atendem a uma necessária composição de interesses e valores, por vezes contrapostos, e possuem, por si só, uma finalidade precípua. É sobre tais fundamentos que a legitimidade e o caráter justo de uma norma são estabelecidos.

22 “No juízo deliberatório a cognição desempenhada pelo magistrado é limitada em sua extensão, isto é, horizontalmente, pois tem sua área de incidência permitida restrita às questões jurídicas ou fáticas relativas aos exclusivos requisitos legais a que subordinada à homologação. Em perspectiva vertical, no entanto, a cognição sobre essas específicas questões não é superficial, ou sumária, mas profunda, ou exauriente, na medida em que o juiz não está sujeito a condicionamentos no trabalho intelectual voltado ao deslinde das questões cognoscíveis.” ABBUD, Carlos de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 125. Confira-se também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412/US*. Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 19 de abril de 2017, DJE de 30 de maio de 2017.

O MLAT, como dito outrora, é um instrumento *cooperativo*. Sua função no contexto da relação entre dois Estados é padronizar procedimentos e reduzir embaraços ao trânsito internacional de pessoas, bens, provas no contexto de investigações e procedimentos criminais. Cada uma das partes contratantes, na celebração de um tal tratado, espera poder obter com maior facilidade da outra elementos necessários para a correta e completa aplicação da Lei Penal em sua própria jurisdição, oferecendo à outra benefícios equivalentes. Se a motivação central baseada nas facilidades advindas do tratado parece ser a única realmente relevante, incorre-se em erro.

A padronização de procedimentos, mais que um benefício formal, atende a finalidade de suma importância: garantir que o pedido de cooperação, isto é, a pretensão de executar em um território a vontade de outro Estado, não viole preceitos fundamentais da ordem jurídica do Estado requerido. É por tal padronização, exigindo-se informações, documentos, justificativas, ações, que se estabelecem os elementos mínimos para análise de tal compatibilidade entre decisão e ordenamento legal; é por tal padronização que se elimina, sem maiores dificuldades, os atos investigativos e de instrução processual abusivos, injustificados, ilegais ou simplesmente contrários aos interesses soberanos do Estado requerido. Dá-se aqui vazão, prática e detalhada, à cláusula tão comum do Direito Internacional da *exceção de ordem pública*.

3.2. Contornos normativos

O MLAT vigente entre Brasil e Estados Unidos estabelece que as partes se obrigam a prestar assistência mútua em matérias relacionadas com investigações, inquéritos, ações penais e prevenção de crimes. A delimitação material é relevante, pois parece indicar que, ainda que as partes desejem uma aproximação no exercício de suas jurisdições, reserva-se tal opção ao Estado, por seus órgãos de persecução criminal ou ao Poder Judiciário.

O objeto da colaboração pode incluir diversos atos inerentes a atividades de investigação e instrução, incluindo a tomada de depoimentos; o fornecimento de documentos, registros e bens; a localização ou identificação de pessoas ou bens; entrega de documentos; execução de pedidos de busca e apreensão; e qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado requerido.²³

Os pedidos de assistência devem ser encaminhados por escrito, transmitidos de uma parte a outra por meio de autoridades centrais. No Brasil, a autoridade central designada é o Ministério da Justiça, cujo departamento responsável pelo processamento dos pedidos é o *Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/SNJ/MJ)*. Nos Estados Unidos da América, cabe ao *Attorney General*, dentro do quadro do *Department of Justice*, a atuação como autoridade central.

O pedido de cooperação judicial deve (a) apontar a autoridade que conduz o inquérito, ação ou procedimento, (b) descrever os fatos sob investigação, a acusação e o histórico processual, (c) apontar as provas buscadas, (d) apontar os dispositivos legais aplicáveis e que fundamentam o pedido, (e) dizer exatamente o que se espera do Estado requerido a título de assistência e (f) o objetivo dessas diligências, a finalidade para qual a prova ou a providência solicitada é necessária (quais fatos a tornam necessária e que fatos a prova se presta a verificar), produzindo ainda os documentos que embasam o pedido de assistência, como a denúncia, a decisão judicial que se pretende ver cumprida e outras provas relevantes já colhidas.

Além dessas informações, exigíveis para qualquer pedido de assistência, o tratado exige também informações específicas a depender da providência solicitada, como a identificação e localização da pessoa que detém a prova buscada ou as perguntas a serem feitas a uma testemunha a ser interrogada. Os requisitos para outorga da assistência estão descritos no artigo 4 do Acordo, além de outros porventura presentes no regramento de cada país.

23 Artigo 1º.

No que toca os crimes cometidos pela Internet, são de relevância as disposições do artigo XIII sobre entrega de documentos e do artigo XIV sobre busca e apreensão, pois aplicam-se diretamente à busca, obtenção e entrega de dados eletrônicos em posse de particulares ou entes da administração pública. Encontram-se ali regras especiais no que concerne aos atos de cooperação daquela espécie, como a exigência da manutenção da cadeia de custódia de provas já colhidas, exigíveis, cumulativamente, aos pressupostos gerais da assistência.

Na investigação de crimes cometidos na Internet, a maior dificuldade das autoridades brasileiras tem sido a obtenção de dados eletrônicos (como conteúdo de comunicações, mensagens, vídeos, material gráfico de violência ou pornografia infantil) mantidos em servidores no exterior. Nesse aspecto, quando venham a recorrer ao MLAT Brasil-Estados Unidos para obtenção de tais dados, devem ter atenção especial ao item 1 do artigo XIV:

Artigo XIV – Busca e Apreensão

1. O Estado Requerido executará o mandado de busca, apreensão e entrega de qualquer bem ao Estado Requerente, desde que o pedido contenha informação que **justifique tal ação, segundo as leis do Estado Requerido** [...].

É dizer, portanto, que os requisitos que autorizam a apreensão de dados eletrônicos a serem exigidos são aqueles previstos na lei norte-americana, e não na lei brasileira, no nosso exemplo. Nesse caso, o acesso e apreensão de tais dados deve se dar nos moldes estabelecidos pela *Electronic Communications Privacy Act* de 1986.

Relevante, nesse passo, é compreender que o pedido de assistência não implica cumprimento automático, qualquer que seja a solicitação. Entre as exceções explícitas do artigo III, a assistência solicitada será negada se (a) a solicitação referir-se a delito previsto na legislação militar, mas não constituir crime comum, se (b) o atendimento à solicitação prejudicar a segurança ou os interesses essenciais do Estado requerido e, se (c) a solicitação não for feita em conformidade com o Acordo. Verificada qualquer dessas hipóteses ou ainda se a solicitação puder interferir no curso de uma investigação ou ação penal no Estado requerido, este pode oferecer ao Estado requerente assistência condicionada, a fim de que os interesses de ambos sejam atendidos sem prejuízos de monta a nenhum.

Atos e decisões estrangeiros acaso lesivos aos valores e normas elementares do Estado serão rejeitados em nome da ordem pública, prerrogativa esta de qualquer nação soberana.²⁴ Por tal razão, seguindo os padrões norte-americanos, é necessário que o pedido brasileiro de assistência apresente a *causa provável*, comparável em direito brasileiro à verossimilhança, que justifique a providência solicitada que venha a “violar” determinadas garantias constitucionais.

3.3. Críticas correntes

A via da cooperação judicial tem sido alvo de diversas críticas no Brasil. Em muitos casos,²⁵ tais críticas advêm de um interesse em, simplesmente, justificar vias menos custosas e simples, como é o caso dos casos em que o Judiciário e o Ministério Público recorreram a argumentações centradas em uma suposta aplicação universal da Lei Brasileira por força do artigo 11 do Marco Civil da Internet,²⁶ confundindo *aplicação da lei* com *jurisdição*, e conseqüentemente atribuindo ao juiz nacional o poder de obrigar empresas subsidiárias

24 Entende-se a ordem pública como aquela base social, política de um Estado, que é considerada inarredável para sobrevivência desse Estado; ou ainda como o conjunto de princípios implícita ou explicitamente conhecidos, na ordenação jurídica que, considerados fundamentais, excluem a aplicação do direito estrangeiro. Vide STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 449-450.

25 Como exemplo, confira-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 55.019/DF*. Quinta Turma. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 12 de dezembro de 2017, DJE de 01 de fevereiro de 2018.

26 Lei nº 12.954/2014.

brasileiras a entregar dados em poder de suas empresas-mães, situadas no estrangeiro. Tudo o que já se disse, no Brasil e no estrangeiro, sobre soberania e jurisdição não precisa ser repetido para duvidar seriamente da autoridade desse argumento.

Outra via comum é a do ataque à efetividade da cooperação internacional e a suposta *inconstitucionalidade* que isso traria aos tratados dessa seara. A argumentação nesse caso é rasa, pois centrada no argumento de que tais tratados limitariam o poder estatal manuseado pelo Judiciário, impedindo-o de dar certas ordens e submetendo-o a um *pedido obsequioso* a outro Estado para ver cumpridas as ordens que efetivamente emitir. O Direito nos brinda diversas situações, entretanto, em que a simples dificuldade, burocracia ou regulamentação para o exercício de determinado direito subjetivo não levanta igual descontentamento a sustentar a expressão “inconstitucionalidade”.²⁷

A efetividade de um direito, entretanto, é sempre objeto válido de preocupação, desde que sua avaliação ou a busca por sua otimização se dê dentro das balizas maiores do Direito Constitucional e do Direito Internacional. No assunto em comento, emerge da análise a necessidade de sopesar a soberania dos Estados envolvidos, os direitos fundamentais protegidos, em um e outro países, que serão objeto de mitigação ou violação pela medida judicial, e o próprio interesse, de todas as partes envolvidas, na preservação do devido processo legal.

É assim, portanto, que qualquer proposta que busque diminuir a burocracia dos procedimentos de cooperação internacional expostos guarde sempre relação de preservação mínima com todos tais valores. Não se pode, assim, simplesmente, eliminar a necessidade de fundamentar a necessidade de determinada medida ou explicitar a finalidade de certa prova que se quer colhida, pois, sem tais informações, não poderia o Estado requerido verificar se a decisão objeto do pedido de cooperação viola direitos de seus cidadãos, e, consequentemente, sua própria prerrogativa soberana de aplicar suas próprias leis sobre seu território.

3.4. Questionamentos

A exposição acima encerra questionamentos necessários a fim de fortalecer o instituto da cooperação judicial internacional. Como defendemos, a investigação de crimes cometidos na Internet tem a sua disposição ferramentas viáveis para obtenção de dados eletrônicos mantidos no exterior. Não tem sido essa a prática dos tribunais, entretanto.

A política adotada pelos agentes do Estado brasileiro tem sido a da imposição de decisões de impossível cumprimento, fazendo com que as empresas estrangeiras envolvidas assumam o risco por desprezar as leis relativas a privacidade e proteção de dados pessoais a que estão submetidas em seus países-sede, violando direitos fundamentais garantidos por ordenamento estrangeiro sem o devido procedimento.

Caso tal política seja adotada universalmente, caminha-se para o caos. Enquanto tais condutas se popularizam, cresce a certeza de que o Brasil, principalmente arvorado na crença de que seu Judiciário é onipotente, não aceitaria que *sua* soberania fosse violada, caso os papéis fossem opostos.

Isso nos leva a questionar: em uma sociedade cada vez menos dependente de fronteiras para trabalhar, se comunicar, consumir e, em geral, viver, em razão das novas tecnologias, faz sentido que os Estados mantenham posição absolutista no trato da matéria? Não se fala aqui do abandono de preceitos fundamentais do Direito Internacional como soberania e jurisdição, pois estes continuam relevantes e essenciais à estrutura da nossa sociedade como tal, mas sim de passos firmes na direção do fortalecimento das vias cooperativas, a fim de tentar igualar em flexibilidade a sempre mutante tecnologia. Não seria, pois, o caso de investir na experiência cooperativa em vez da manutenção de posições absolutas e distanciadas? Pois, se, por um lado,

²⁷ Como simples exemplos, considere-se as normas de Direito Processual, as exigências formais e materiais para uma condenação cível ou penal, os procedimentos administrativos necessários para a obtenção de passaporte, entre tantos outros.

a defesa dos MLATs é criticada por sustentar a inviabilidade de outros caminhos com forte apego às ideias de soberania e jurisdição, não seria a posição daqueles que sustentam a soberania absoluta do Brasil para alcançar pessoas, bens, dados localizados fora de seu território somente por sua própria vontade ainda mais centralizadora e dependente de uma suposta primazia da soberania brasileira sobre outras?

Respostas definitivas não são aconselháveis, nesse momento, se o objetivo da discussão é o aprimoramento das instituições para que a investigação de crimes na Internet se dê sem maiores obstáculos.

O assunto, não obstante, merece sugestões concretas, uma vez que abordar deve tratar situações concretas e atuais, que certamente crescem em número nos tribunais de todo o país. Na linha de nossa exposição, parece natural que as sugestões sejam duas: o refino e a expansão. Refinar práticas e expandir a abrangência da cooperação judicial internacional são objetivos que contribuiriam não só para a melhor integração entre os Estados, mas também para o melhor andamento e distribuição de justiça pelo Judiciário.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento de MLATs, certamente, é algo necessário em tempos de revolução tecnológica, mas, com a experiência em sua aplicação, deve vir, também, o refinamento de práticas, métodos, procedimentos. Não se trata de eliminar sem orientação requisitos e exigências que possuem *raison d'être*, mas sim de verificar, com base nas *finalidades* da norma e nos *valores* defendidos por cada disposição, quais dispositivos podem ser alterados, simplificados, melhorados ou detalhados para que o tratado como um todo possa melhor cumprir sua função social.

Por fim, é essencial que os esforços cooperativos sejam expandidos, tanto em número de tratados (ou quem sabe por tratados multilaterais), mas principalmente em abrangência. A via criminal, *ultima ratio* como é, aborda sempre as condutas mais desprezíveis de membros de uma sociedade, mas não é de longe a via mais efetiva em muitos casos. É possível, por exemplo, que determinada empresa prefira acionar outra empresa ou um ex-funcionário que tenham cometido um crime cibernético contra si no âmbito cível, em razão da maior agilidade e facilidade em obter a compensação adequada (talvez mais interessante que a punição do infrator).

Mecanismos acessórios de cooperação que permitissem a perseguição de dados eletrônicos no exterior por vias outras que não a criminal contribuiriam também para a redução do número de processos criminais e para um movimento de valorização da via criminal, submetendo a ela apenas casos cuja gravidade justificam duras penas. A cooperação judicial internacional, se adotada como política criminal para a Internet, tem então o potencial de fazer regredir o movimento amplo de criminalização de condutas, reservando o Direito Penal e as limitações graves a direitos fundamentais ao tempo em que forem realmente necessários.

REFERÊNCIAS

- ABBUD, Carlos de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657/1942, de 4 de setembro de 1942*. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.954/2014, de 5 de fevereiro de 2014*. Cria o Centro de Tecnologias Estratégicas do Nordeste, o Instituto Nacional de Pesquisa do Pantanal e o Instituto Nacional de Águas; altera a estrutura básica do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação; cria cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003; revoga dispositivo da Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L12954.htm>. Acesso em: 3 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 55.019/DF*. Quinta Turma. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 12 de dezembro de 2017, Brasília, DJE de 01 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412/US*. Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 19 de abril de 2017, DJE de 30 de maio de 2017.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick. *Droit international public*. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *A proteção dos dados pessoais na Internet: contribuições da experiência europeia ao modelo brasileiro*. 2016. 457 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SHAW, Malcolm N. *International law*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. *Proteção de dados e cooperação transnacional: teoria e prática na Alemanha, Espanha e Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.

WEBER, Max. *Politics as a vocation*. In: *Essays in sociology*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1946.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados

The role of financial intelligence in the persecution of money laundering and related felonies

Antonio Henrique Graciano
Suxberger

Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados*

The role of financial intelligence in the persecution of money laundering and related felonies

Antonio Henrique Graciano Suxberger**

Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani***

RESUMO

O presente artigo insere-se na análise dos arranjos institucionais referentes ao uso da inteligência como instrumento de auxílio na persecução penal e na prevenção de delitos financeiros. Pretende demonstrar que o regime administrativo de produção de inteligência financeira serve às finalidades de prevenção e detecção de ilícitos emergentes de avanços tecnológicos contemporâneos e dos riscos a estes associados, sem a utilização de sanções necessariamente de cunho penal. Sua eficiência decorre da atribuição de responsabilidades a diferentes atores direta ou indiretamente envolvidos no fluxo financeiro de ativos ilícitos, garantindo a cooperação entre entes privados e autoridades governamentais mediante a instituição de mecanismos de mútua confiança e de fiscalização, bem como da imposição de sanções administrativas suficientemente dissuasivas no caso de descumprimento das obrigações impostas. Esse regime está fundamentado no tripé: identificação de clientes, manutenção de registros e comunicação às Unidades de Inteligência Financeira de operações suspeitas. Essas medidas auxiliam tanto no cumprimento da função prevenção geral positiva e negativa de delito, como na produção probatória. Apesar de ser considerada pela jurisprudência como relevante auxílio à persecução penal de ilícitos, ainda não há consenso sobre a extensão da utilidade desse novo mecanismo no processo penal. O regime administrativo de produção de inteligência financeira não dirige diretamente, portanto, a persecução penal, nem desonera investigadores de produzirem posteriormente as provas aptas a demonstrarem a culpabilidade dos acusados. Metodologicamente, o artigo se vale da análise de conteúdo, especialmente do regime normativo dos órgãos de inteligência financeira, de análise documental de julgados de Tribunais Superiores a respeito da consideração do material produzido por esses órgãos e de revisão bibliográfica específica sobre o tema.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Inteligência financeira. Arranjos institucionais. COAF. Comunicação de operação suspeita. Controle penal.

* Recebido em 24/04/2017
Aprovado em 23/06/2017

** Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor do Máster Oficial em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e Universidade Internacional da Andaluzia. Professor Investigador associado da linha “Derechos Humanos y Desarrollo” do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Pablo de Olavide. Professor da Fundação Escola Superior do MPDFT (FESMPDFT) e da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Mestre e Doutor em Direito. Pós-doutor em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça no Distrito Federal. E-mail: antonio.suxberger@uniceub.br

*** Coordenadora-Geral de Inteligência Financeira no Ministério da Fazenda. Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília (2005), especialização em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2006) e Mestrado em Direito Internacional Público pela Universidade de Leiden, Holanda (2011). É da carreira Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito internacional, cooperação jurídica internacional, combate à lavagem de dinheiro, inteligência financeira e direito penal internacional. E-mail: rochellepastana@gmail.com

ABSTRACT

The paper analyses the institutional arrangements referring the use of intelligence to enforce criminal persecution and to prevent financial crimes. It intends to clarify the statutory rules on producing intelligence data and its goals towards prevention and crime detection remarking the technological development and its associated risks, using distinguished sorts of response besides criminal penalties. Its efficiency is due to the liability of different subjects involved direct or indirectly on the financial flow of illicit assets. It is granted by the cooperation between private entities and government authorities throughout mutual confidence mechanisms and oversight actions, as well imposing administrative sanctions in case of noncompliance obligations. These statutory rules are based on a trivet system: client identification, record keeping of transactions and reporting suspicious transactions to financial intelligence units. The measures support the enforcement on general prevention of crimes, both positive and negative, and also on gathering evidence. Although it is considered a relevant effort by the courts on criminal persecution, there is no consensus of the utility's extension of the use of intelligence data on prosecuting financial crimes. The statutory rules on producing financial intelligence data are not designed to lead directly the criminal prosecution and they do not dismiss police and prosecution offices on producing the evidence to prove in criminal proceedings against possible defendants. Methodologically, the paper uses content analysis, especially on the statutory acts referring financial intelligence agencies, and documental analysis of cases and Court's decisions about the evaluation on the data produced by these agencies, besides bibliographical revision about the subject.

Keywords: Money laundering financial intelligence. Institucional arrangements. COAF. Suspicious transactions reports. Criminal control.

1. INTRODUÇÃO

Os mesmos avanços tecnológicos que intensificam a mobilidade de pessoas entre fronteiras nacionais e facilitam a realização de transações financeiras e comerciais ao redor do mundo também resultam na criação de novas ameaças a interesses individuais e coletivos¹. A sociedade pós-industrial passa a ter que enfrentar os riscos decorrentes da imprevisibilidade² e da dificuldade no dimensionamento das consequências dessas novas tecnologias, provocando uma crescente sensação de insegurança e marcando o surgimento de uma “sociedade de risco”³.

Na sociedade de risco, como aponta Nuñez Castanho, a atribuição de responsabilidade por eventuais lesões a bem jurídicos também é prejudicada pela interconexão entre ações de diferentes atores. Há uma substituição crescente de contextos de ações individuais por outros de caráter coletivo. Isso determina que

1 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho Penal. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 163. Vide também NUÑEZ CASTANHO, Elena. Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 125.

2 NUÑEZ CASTANHO, Elena. Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 128.

3 Esse termo, emprestado de Ulrich BECK, tem sido apropriado por penalistas como Nuñez Castanho e Pérez Cepeda para justificar a crescente instrumentalização do Direito Penal pela Política Criminal como resposta à generalizada sensação de insegurança presente na sociedade contemporânea. Vide: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho Penal. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 167, e NUÑEZ CASTANHO, Elena. Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 125.

a responsabilidade se ramifique cada vez mais por meio de processos, aos quais contribuem muitas pessoas, por vezes integradas num sistema de divisão de trabalho, mas sem relação específica entre si.⁴

Essa sensação de insegurança — ampliada artificialmente ou não⁵ — passa a servir como uma das justificativas para a expansão do Direito Penal, mediante a criação de novos tipos penais e a introdução de inovações processuais que facilitam a persecução penal. Por um lado, como demonstra Nuñez Castanho, por ser o ramo do Direito que apresenta as ferramentas mais severas de controle social, o Direito Penal passa a ser instrumentalizado pelos formuladores da política criminal praticamente como resposta única à necessidade de maior segurança⁶. Por outro lado, seus mecanismos tradicionais passam a ser considerados inadequados para responder aos desafios impostos pelos ilícitos emergentes associados à nova configuração da sociedade⁷.

A expansão do Direito Penal, entretanto, é recepcionada com cautela por parte da dogmática penal, por afetar e transformar princípios e garantias basilares, como o princípio da legalidade, da subsidiariedade e da culpabilidade⁸. Uma das principais críticas à modernização do Direito Penal diz respeito à ausência de preocupação em definir e dar concretude aos bens jurídicos que devem estar protegidos pelo Direito Penal. Passa-se a admitir bens jurídicos universais de definição vaga⁹.

Crítica-se a tipificação de condutas que não representam, necessariamente, uma ameaça concreta a esses bens jurídicos, mas sim um perigo de cunho abstrato, fundamentado no risco e na sensação de insegurança apresentados em uma modernidade complexa¹⁰. Há uma crescente criminalização de atos meramente preparatórios que por si não configuram lesão direta a nenhum bem jurídico a ser protegido. Ademais, o Direito Penal passa a ser chamado para responder a todo e qualquer problema resultante da modernização e aumento da complexidade das relações sociais e que ganhe a atenção pública, deixando de ser, portanto, a

4 NUÑEZ CASTANHO, Elena. Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 128.

5 Nuñez Castanho argumenta que a percepção subjetiva dos riscos, em muitos casos, é maior do que a existência objetiva destes, em razão de uma comunicação parcial da realidade pelos meios de comunicação e eventualmente pelas próprias instituições estatais. NUÑEZ CASTANHO, Elena. Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 130. Pérez Cepeda afirma ainda a existência do uso político da potencialização da sensação de insegurança para fins eleitorais e populistas. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho Penal. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 165. Alldrige traz o conceito de “pânico moral” cujo cerne é a combinação entre liberdade de imprensa e as ações de indivíduos poderosos para criar uma reação pública adversa em face de determinada atividade e, uma vez que se inicie esse processo de “demonização”, ele é cada vez mais agravado pela crescente publicidade ALLDRIDGE, Peter. *Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 11.

6 NUÑEZ CASTANHO, Elena. Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p.130.

7 NUNES CASTANHO por exemplo afirma que “Las nuevas figuras delictivas sugidas al amparo del auge de la sociedad postindustrial o de riesgo, del sistema económico y de la actividad mercantil, difícilmente podrán encajarse em el ámbito de los tradicionales tipos delictivos, provocando, de este modo, el nacimiento de nuevas víctimas indefensas ante la obsolescência de un Derecho penal basado en el espíritu y la ideología del siglo XIX e incapaz de dar respuesta, com las tradicionales instituciones, a los distintos problemas y situaciones que van a surgir.” NUÑEZ CASTANHO, Elena. Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 127.

8 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho Penal. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 166. HASSEMER, Winfried. História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 118, p. 271, abr./jun. 1993.

9 HASSEMER, Winfried. História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 118, p. 238-282, abr./jun. 1993. p. 273.

10 HASSEMER, Winfried. História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 118, p. 238-282, abr./jun. 1993. p. 273.

ultima ratio para ser a *sola* ou *prima ratio*¹¹.

Tendo em vista a necessidade de assegurar, de forma efetiva, a segurança social, as finalidades de prevenção geral e específica da pena passam a ganhar prevalência sobre a finalidade retributiva e de ressocialização¹². Contudo, como explica Hassemer, a necessidade de prevenção igualmente passa a justificar o prolongamento do âmbito de aplicação da intervenção jurídico-penal para além das fronteiras da culpabilidade, cujos limites parecem se confundir com o da periculosidade.¹³

Apesar de levantarem potenciais perigos da instrumentalização do Direito Penal como resposta única à sensação de insegurança da sociedade pós-industrial, os teóricos citados, em geral, não elaboram eventuais outros mecanismos que sejam hábeis a enfrentar os riscos apresentados pelos avanços tecnológicos. No entanto, há uma tendência a apontar que esses mecanismos podem ser desenvolvidos por outros ramos do Direito, considerados menos interventivos que o Direito Penal, como o Direito Civil e o Direito Administrativo¹⁴. Hassemer argumenta o seguinte:

Há muitas razões para se supor que os problemas “modernos” de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente “moderno”: na zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal; sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem um processo meticoloso – mas, então, também sem a imposição de penas criminais.¹⁵

Ana Pérez Cepeda traz exemplos do que podem vir a ser essas medidas alternativas ao direito penal. Os perigos ao meio ambiente são enfrentados muitas vezes por meio da completa renúncia a determinadas formas de energia ou produtos por meio de ameaças penais. A criminalidade organizada, segundo Pérez Cepeda, poderia ser enfrentada de modo mais eficaz do que faz o Direito Penal se as instituições financeiras estivessem obrigadas a comunicar ao Fisco todos os grandes movimentos de capital.¹⁶

O presente artigo pretende demonstrar que o regime administrativo de produção de inteligência financeira, hoje já implementado em diversos países¹⁷, responde, eficazmente, aos anseios de prevenção geral dos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, ao atribuir responsabilidades a diferentes ato-

11 HASSEMER, Winfried. História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 118, p. 238-282, abr./jun. 1993. p. 272. Vide também NUÑES CASTANHO. 2008. *op. cit.*, p. 132.

12 HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del Derecho penal. In: MUNZ CONDE. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch: Valencia, 2008. p. 28. NUÑEZ CASTANHO, Elena. Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 130.

13 HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del Derecho penal. In: MUNZ CONDE. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch: Valencia, 2008. p. 34.

14 Vide por exemplo NUÑEZ CASTANHO, Elena. Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 131, e PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho Penal. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 173-179.

15 HASSEMER, Winfried. História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 118, p. 238-282, abr./jun. 1993. p. 282.

16 PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho Penal. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*: Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 173.

17 Segundo Relatório de 2015 da Estratégia Nacional de Controle de Narcóticos do Departamento de Estado dos EUA, entre as 210 jurisdições analisadas, apenas Ilhas Comores, Somália, Sudão do Sul, além da Coreia do Norte, não possuíam legislação nacional dispondo sobre a obrigação de determinados setores econômicos de realizar comunicação de operações suspeitas de lavagem de dinheiro para autoridades competentes. UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. *Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs*. International Narcotics Control Strategy Report. V II: Money Laundering and Financial Crimes, mar. 2015, p. 38-49. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/239561.pdf>>, Acesso em: 27 ago. 2016.

res direta ou indiretamente envolvidos no fluxo financeiro de ativos ilícitos, sem, necessariamente, valer-se de sanções de cunho penal. Esse regime administrativo mostra ainda ser ferramenta ímpar para a detecção de crimes e iniciação da investigação criminal, sem que implique a desoneração dos responsáveis pela persecução penal de produzir, posteriormente, as provas aptas a demonstrarem a culpabilidade dos acusados.

A investigação se vale da análise de conteúdo em relação à modelagem normativa dos órgãos de inteligência financeira e as diretrizes de sua atuação. Igualmente, se utiliza de análise documental, consistente na análise do modo pelo qual a atuação dos órgãos de inteligência é visualizada pelos Tribunais Superiores. O artigo, ainda, busca recorte na revisão bibliográfica que atenda às preocupações que justificam a intervenção penal nos chamados delitos financeiros e os respectivos arranjos institucionais do Estado para o seu enfrentamento.

Na primeira parte, o artigo analisa o regime administrativo de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo por meio da análise documental das competências normativas atribuídas em âmbito global às Unidades de Inteligência Financeira, dentre elas o Conselho de Controle Atividades Financeiras – COAF, e dos arranjos institucionais de sua interação com outros órgãos de controle penal. Na segunda parte, é analisado o processo de produção de inteligência financeira, com o detalhamento das medidas básicas de prevenção dirigidas à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, bem como é dada a explicação de como ocorre exatamente a atividade de produção das informações do relatório de inteligência financeira. Já a última parte do trabalho dirige-se à análise da conformação do tema nos Tribunais brasileiros, com ênfase aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais Superiores.

2. O SURGIMENTO DO REGIME ADMINISTRATIVO DE PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO E FINANCIAMENTO DO TERRORISMO (PLD/FT)

O primeiro esforço global¹⁸ para uniformizar a prevenção à lavagem de dinheiro nos diferentes países foi a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, também conhecida como Convenção de Viena, de 1988. A Convenção foi internalizada pelo Brasil por meio do Decreto n. 154 de 1991. Conforme se depreende de seu preâmbulo, a Convenção resultou do convencimento de que o combate efetivo a esse crime transnacional, ainda restrito aos fundos gerados com o tráfico de drogas, dependia de ações coordenadas para destituição dos proveitos financeiros que os criminosos auferiam com suas atividades ilícitas, retirando-lhe, assim, seu principal incentivo¹⁹.

Essa Convenção instituiu, em seu artigo 3 (1) (b) e (c), a obrigação de os países criminalizarem a lavagem de dinheiro. A mera criminalização da lavagem de dinheiro trazia em si problemas práticos para a persecução penal. Ao contrário dos tipos tradicionais, os indícios e prova dos elementos constitutivos do novo ilícito estão em geral presentes em negócios privados, na maioria dos casos protegidos pelas leis nacionais de sigilo bancário, e, portanto, fora do acesso imediato dos responsáveis por sua investigação. Ademais, como explica Alldridge, falta à lavagem de dinheiro o reconhecimento imediato do “*elemento de dano ostensivo que permite às pessoas que desconhecem a lei a reconhecê-lo, sentirem-se incomodadas e condená-lo. Uma pessoa lavando dinheiro pode sim parecer com qualquer outra pessoa indo ao banco para fazer um depósito*”²⁰.

18 No âmbito Europeu, o Conselho da Europa já havia, em 1980, emitido recomendação sobre medidas contra a transferência e salvaguarda de fundos de origem criminosa. KERN, Alexander. The International Anti-Money-Laundering Regime: The Role of the Financial Action Task Force. *Journal of Money Laundering Control*, v. 4, Iss 3, p. 231–248, 2001. p. 234.

19 Traz o preâmbulo da Convenção: “Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis. Decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade”.

20 Tradução livre. ALLDRIDGE, Peter. *Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 13.

Fez-se necessário, então, estudar mecanismos pelos quais os países poderiam proteger os respectivos setores econômicos da má utilização pelos criminosos e que auxiliassem a detecção da ocorrência da lavagem de dinheiro. Essa lacuna veio a ser preenchida, principalmente, com o Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI), uma organização não institucionalizada por tratado, criada, provisoriamente, em 1989, na forma de força-tarefa, pelo então G7 com o mandato de:

avaliar os resultados da cooperação em curso com objetivo de prevenir a utilização dos sistemas bancário e das instituições financeiras para a finalidade de lavagem de dinheiro, e para considerar medidas preventivas adicionais neste tema, inclusive a adaptação dos sistemas legislativos e regulatórios de forma a aperfeiçoar a assistência jurídica multilateral²¹.

A citada força-tarefa, composta pelos sete integrantes do então G7 mais oito países²², apresentou o resultado dos estudos preliminares em 1990 na forma de 40 Recomendações²³, que são objeto de constante atualização ao longo da história do GAFI. Parte das Recomendações²⁴ é voltada, especificamente, para a regulamentação administrativa do funcionamento de algumas atividades econômicas, chamada genericamente de medidas preventivas de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (medidas de PLD/FT). Essas recomendações partem do princípio de que alguns atores podem estar em melhor posição para enxergar e compreender a rede de transações financeiras de lavagem de dinheiro do que as autoridades estatais. Para se investigar esse ilícito, é indispensável a cooperação direta desses terceiros, que podem se ver envolvidos, involuntariamente, na consecução de etapas do processo de inserção de proveitos ilícitos na economia formal²⁵. É certo que nem todas as Recomendações guardam proximidade ou mesmo pertinência com o atual contexto experimentado no País, mas elas refletem, inclusive, o reconhecimento do esforço realizado pelo COAF para adequar o panorama nacional às exigências internacionais de enfrentamento à criminalidade por intermédio da inteligência financeira.²⁶

Essas Recomendações foram fortemente influenciadas²⁷ pelos princípios do Comitê da Basileia²⁸ e por disposições das legislações nacionais e regionais, como a Lei de Sigilo Bancário dos EUA (*Bank Secrecy Act — BSA*²⁹) e as Recomendações do Conselho da Europa. O próprio Comitê da Basileia já havia atentado ao final de 1988 sobre a possível utilização do sistema bancário internacional para a lavagem de dinheiro e reconheceu que, à época, a função da supervisão bancária estava associada, primordialmente, a garantir a “*estabilidade financeira e a solidez de bancos*” e ainda não se voltava a garantir que “*transações individuais conduzidas por clientes bancários sejam legítimas*”³⁰.

21 Tradução livre. Parágrafo 7 do item 53 da Declaração Econômica da Cúpula do G7. G8 INFORMATION CENTER. *Economic Declaration from the G7 Summit*. Disponível em: <<http://www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/communique/drug.html>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

22 Suécia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suíça, Áustria, Espanha e Austrália.

23 GAFI. *Financial Action Task Force on Money Laundering*. Report. 1990. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/firstfatfreportonthextentandnatureofthemoneylaunderingprocessandfatfrecommendationstocombat-moneylaundering.html>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

24 Atuais recomendações 10 a 20.

25 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 6.

26 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Organizações de controle, regulação e fiscalização: os arranjos institucionais para enfrentamento da corrupção e dos delitos econômicos. In: COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKESKI, Cristina. (Org.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Brasília: ESMPU, 2016. Tomo II. p. 306.

27 GAFI. *Financial Action Task Force on Money Laundering*. Report. 1990. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/firstfatfreportonthextentandnatureofthemoneylaunderingprocessandfatfrecommendationstocombat-moneylaundering.html>>. Acesso em: 27 ago. 2016. p. 10-12.

28 O Comitê da Basileia foi criado após a crise econômica mundial de 1973 com o objeto de estabelecer padrões de regulação mínima para a supervisão bancária. Vide BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *A brief history of the Basel Committee. Bank for International Settlements*. Outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.bis.org/bcbs/history.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016. p. 1.

29 O BSA é na verdade um conjunto de legislações voltadas à prevenção da lavagem do dinheiro e do financiamento do terrorismo, que engloba inclusive o USA Patriotic Act.

30 BASEL COMMITTEE. *Prevention of Criminal Use of the Banking System for the Purpose of Money-Laundering (December 1988)*. Dis-

Para incentivar que entidades supervisoras encorajassem, também, o comportamento ético das instituições financeiras, o Comitê emitiu em 1988 uma declaração de princípios, que, de forma resumida, abrange: a necessidade de se identificar os clientes bancários, a fim de determinar a verdadeira identidade do beneficiário final das transações financeiras; o cumprimento das leis de forma a evitar a realização de serviços e assistência a transações sobre as quais há “*boas razões para se supor que estejam associadas à atividades de lavagem de dinheiro*”³¹, a cooperação com autoridades de persecução penal e, por fim, a adoção de políticas internas que assegurem o cumprimento das medidas anteriormente citadas.

Em 1968, o Congresso norte-americano já discutia as dificuldades de obtenção de informações financeiras pelas autoridades de persecução penal³². A primeira dificuldade encontrada relacionava-se a manutenção inadequada de registros sobre operações financeiras realizadas³³. A outra era referente à manutenção de contas secretas no exterior³⁴. Essas discussões levaram a edição, em outubro de 1970, do “*Banks Records and Foreign Transactions Act*” também conhecido como “*Bank Secrecy Act*”³⁵, que continha normas destinadas a instituições financeiras sobre a manutenção de registro sobre a identidade de clientes e de demais indivíduos que tomassem parte em transações financeiras e a realização de comunicações de operações em espécie, de transporte internacional de valores e de relatórios sobre contas mantidas no exterior.

Na mesma linha, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, reconhecendo que “*o sistema bancário pode desempenhar papel altamente efetivo na prevenção, ao mesmo tempo que a cooperação dos bancos também assiste na repressão desse atos criminosos por autoridades judiciais e pela polícia*”³⁶ emitiu em junho de 1980 a Recomendação No. R (80) 10 sobre Medidas contra a Transferência e a Salvaguarda de Fundos de Origem Criminosa. Essa Recomendação, também, contém referências a medidas de checagem da identidade de clientes, restrições no aluguel de cofres, numeração e rastreamento de notas bancárias possivelmente utilizadas em crimes, treinamento de funcionários e cooperação com autoridades de persecução penal.

Como visto, os princípios do Comitê da Basileia, o BSA e a Recomendação do Conselho da Europa estavam baseados ações muito similares, que, conforme argumentou-se, à época, já eram, em sua grande parte, executadas, normalmente, pelas instituições financeiras³⁷ para outros fins e, portanto, a instituição de sua obrigatoriedade não geraria custos adicionais proibitivos. As Recomendações do GAFI pertinentes a medidas preventivas apenas trouxeram essas obrigações de modo sistematizado e garantiram uma uniformização mínima mundial de sua aplicação.

ponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbasc137.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

31 BASEL COMMITTEE. *Prevention of Criminal Use of the Banking System for the Purpose of Money-Laundering (December 1988)*. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbasc137.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

32 AMERICAN BANKERS ASSOCIATION. *A New Framework for Partnership: Recommendations for Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Reform*. Appendix C: History of the Bank Secrecy Act. Disponível em: <<http://www.aba.com/Compliance/Documents/BSA-AppendixC.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016. p. C1.

33 AMERICAN BANKERS ASSOCIATION. *A New Framework for Partnership: Recommendations for Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Reform*. Appendix C: History of the Bank Secrecy Act. Disponível em: <<http://www.aba.com/Compliance/Documents/BSA-AppendixC.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016. C1.

34 AMERICAN BANKERS ASSOCIATION. *A New Framework for Partnership: Recommendations for Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Reform*. Appendix C: History of the Bank Secrecy Act. Disponível em: <<http://www.aba.com/Compliance/Documents/BSA-AppendixC.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016. C1.

35 AMERICAN BANKERS ASSOCIATION. *A New Framework for Partnership: Recommendations for Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Reform*. Appendix C: History of the Bank Secrecy Act. Disponível em: <<http://www.aba.com/Compliance/Documents/BSA-AppendixC.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016. C1.

36 Tradução livre, preâmbulo da Recomendação No. R (80) 10. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f6231>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

37 AMERICAN BANKERS ASSOCIATION. *A New Framework for Partnership: Recommendations for Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Reform*. Appendix C: History of the Bank Secrecy Act. Disponível em: <<http://www.aba.com/Compliance/Documents/BSA-AppendixC.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016. C2-C3.

3. A PRODUÇÃO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA

3.1. Medidas básicas de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (PLD/FT)

As medidas preventivas, também conhecidas como medidas de PLD/FT, estão estruturadas em um tripé: identificação de clientes, manutenção de registros e comunicação de operações suspeitas às autoridades competentes. Conforme se pretende demonstrar, essas medidas são dirigidas ora à prevenção geral de delitos, ora à detecção de condutas criminosas, ou a ambas funções³⁸. Antes de se discorrer sobre conteúdo dessas medidas, vale tecer alguns comentários sobre as pessoas a quem a obrigatoriedade de sua implementação é dirigida.

Antes da edição das 40 Recomendações do GAFI, os instrumentos existentes sobre a necessidade de implementação de medidas preventivas eram dirigidos, eminentemente, a instituições financeiras. O próprio GAFI reconhecia que essas instituições eram os principais instrumentos de transferência de fundos e que a fase colocação de fundos nos sistemas financeiros nacionais constituía-se em fase-chave para todo o processo de lavagem de dinheiro³⁹. Todavia, isto não exclui o fato de que outros setores econômicos, também, poderiam ser má utilizados por criminosos e o fortalecimento dos controles sobre instituições financeiras poderia forçar o deslocamento das atividades criminosas para setores mais vulneráveis⁴⁰. Como explica CABELLO, a diversificação das técnicas de lavagem de dinheiro utilizando atividades não financeiras, como contadores, advogados, cartorários, entre outros, terminou por inclui-las entre as atividades também sujeitas a deveres de prevenção.⁴¹

Decidiu-se, assim, na elaboração das 40 Recomendações, exigir dos Estados-membros do GAFI a implementação de regulamentos internos que exigissem medidas preventivas tanto de instituições financeiras⁴²,

38 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 131.

39 GAFI. *Financial Action Task Force on Money Laundering*. Report. 1990. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/firstfatfreportonthextentandnatureofthemoneylaunderingprocessandfatfrecommendationstocombat-moneylaundering.html>>. Acesso em: 27 ago. 2016. p. 8.

40 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 135.

41 CABELLO, Marcos Eduardo. A política criminal de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro perpetrada através do futebol. *Rev. Bras. de Políticas Públicas, Brasília*, v. 1, n. 3 – número especial, p. 179-205, dez. 2011. p. 185.

42 Para o GAFI, considera-se instituição financeira: “qualquer pessoa física ou jurídica que exerça, como atividade profissional, uma ou mais das seguintes atividades ou operações para ou em nome de um cliente:

1. Recebimento de depósitos e de outros fundos reembolsáveis do público.

2. Empréstimos

3. Arrendamento mercantil

4. Serviços de transferência de numerário ou valores

5. Emissão e administração de métodos de pagamento (por exemplo, cartões de crédito e débito, cheques, cheques de viagem, ordens de pagamento e cartas de crédito, moeda eletrônica).

6. Garantias e outros compromissos financeiros.

7. Negócios em: (a) Instrumentos do mercado monetário (cheques, letras, certificados de depósitos, derivativos, etc.); (b) Mercado de câmbio; (c) Instrumentos sobre divisas, taxas de juro e índices; (d) valores mobiliários; (e) mercadorias e futuros.

8. Participação em emissões de valores mobiliários e prestação de serviços financeiros relacionados a esse tipo de negócio.

9. Administração de carteira individual e coletiva.

10. Guarda ou administração de dinheiro ou valores mobiliários líquidos em nome de outras pessoas.

11. Qualquer forma de investimento, administração ou gestão de fundos ou dinheiro em nome de outras pessoas.

12. Subscrição e colocação de seguros de vida e outros investimentos relacionados a seguros

13. Câmbio manual.”

Como visto, essa definição não coincide necessariamente com a dada pelo art. 17 da Lei 4.595/64.

como de outras atividades não financeiras consideradas de alto risco⁴³, conhecidas como APNFDs⁴⁴. Para o GAFI, são consideradas APNFDs:

- a) Cassinos
- b) Corretores de imóveis.
- c) Comerciantes de metais preciosos.
- d) Comerciantes de pedras preciosas.
- e) Advogados, tabeliães, outros profissionais jurídicos independentes e contadores.
- f) Prestadores de serviços a empresas e a trusts.⁴⁵

No Brasil, a obrigatoriedade de implementação de medidas preventivas foram impostas a pessoas físicas e jurídicas previstas no art. 9º da Lei 9.613/98⁴⁶, que abrangem aquelas determinadas pelo GAFI e outras consideradas pelos legisladores nacionais também como de alto risco.

43 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 136.

44 Atividades e Profissões Não Financeiras Designadas

45 Vide Recomendação 22

46 Art. 9º *Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (Redação dada pela Lei Nº 12.683, de 2012)*

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II - a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

I - as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; (Redação dada pela Lei Nº 12.683, de 2012)

II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;

III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;

IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;

V - as empresas de arrendamento mercantil (leasing) e as de fomento comercial (factoring);

VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;

VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;

VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; (Redação dada pela Lei Nº 12.683, de 2012)

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.

XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermediem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; (Redação dada pela Lei Nº 12.683, de 2012)

XIII - as juntas comerciais e os registros públicos; (Incluído pela Lei Nº 12.683, de 2012)

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: (Incluído pela Lei Nº 12.683, de 2012)

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; (Incluída pela Lei Nº 12.683, de 2012)

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; (Incluída pela Lei Nº 12.683, de 2012)

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; (Incluída pela Lei Nº 12.683, de 2012)

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; (Incluída pela Lei Nº 12.683, de 2012)

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e (Incluída pela Lei Nº 12.683, de 2012)

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; (Incluída pela Lei Nº 12.683, de 2012)

XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; (Incluído pela Lei Nº 12.683, de 2012)

XVI - as empresas de transporte e guarda de valores; (Incluído pela Lei Nº 12.683, de 2012)

XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermediem a sua comercialização; e (Incluído pela Lei Nº 12.683, de 2012)

XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País. (Incluído pela Lei Nº 12.683, de 2012)

3.1.1. Identificação de clientes

A identificação de clientes, também conhecida como medidas de conheça-seu-cliente (*Know your client – KYC*), tem por objetivo a obtenção de informações sobre as pessoas a quem os serviços ou os produtos são prestados, tanto no momento do estabelecimento do negócio como ao longo da relação financeira, com a finalidade de que criminosos não se escondam por trás da anonimidade para a realização de atividades ilícitas, além de permitir o rastreamento dos reais beneficiários de operações financeiras no curso de uma investigação criminal⁴⁷.

A primeira etapa do *KYC* é realização de medidas de devida diligência (*Customer Due Diligence – CDD*) para a obtenção de documentos de identificação e de qualificação dos clientes para o estabelecimento de informações sobre o beneficiário da operação, a origem dos recursos utilizados e o propósito da relação comercial iniciada⁴⁸. Essas medidas, portanto, têm, a princípio, a finalidade de atuar, diretamente, na prevenção geral negativa de delitos, uma vez que, “[a]o tornar a identificação obrigatória, reguladores alertam lavadores de dinheiro que eles terão que abrir mão da anonimidade. Espera-se que eles irãõ, assim, pensar duas vezes antes de tentar utilizar de forma incorreta uma instituição financeira para finalidades de lavagem de dinheiro”⁴⁹.

O conceito de devida diligência, no caso da identificação de clientes, não abarca, necessariamente, apenas, a requisição de documentação pertinente, mas também medidas concretas *razoáveis*⁵⁰ para a confirmação da veracidade desta, em especial no caso de suspeita de ilicitude da operação, mediante, inclusive, a consulta a bases de dados externas e verificações *in loco*, se for o caso. Por óbvio, a extensão da identificação requerida dependerá do risco associado ao negócio e ao cliente específico. Não se espera que um comércio de veículo exija para a conclusão de uma venda a mesma quantidade de documentos que uma instituição financeira no momento da abertura de uma conta.

Uma parte importante do *KYC* é a identificação do beneficiário final, principalmente no caso de pessoas jurídicas e outros arranjos legais. Os beneficiários finais de pessoas jurídicas são aquelas pessoas naturais “que possuam direito de propriedade e controle de pessoa jurídica”⁵¹. Se a propriedade da pessoa jurídica for diluída de forma a impedir a identificação da(s) pessoa(s) natural(is) que a detém, o beneficiário final será considerado apenas em função do controle exercido ou o do exercício de função de alta gerência⁵². Essa medida tem por objetivo identificar a possível utilização de empresas de fachada ou de interpostas pessoas no processo de lavagem de dinheiro⁵³.

Quando a identificação do cliente não puder ser realizada, espera-se que as legislações nacionais obriguem as entidades a não abrirem a conta, a não iniciarem as relações de negócios ou a não realizarem as

47 STESENS, 2000. op. cit. p. 146.

48 Segundo a Recomendação 10 do GAFI: “As medidas de DDC a serem adotadas são as seguintes:

(a) identificar o cliente e verificar sua identidade por meio de documentos, informações ou dados confiáveis e de fontes independentes.

(b) identificar o beneficiário e adotar medidas razoáveis para verificar a identidade de tal beneficiário, de forma que a instituição financeira obtenha conhecimento satisfatório sobre quem é o beneficiário. Para pessoas jurídicas e outras estruturas jurídicas, as instituições financeiras deveriam também compreender a propriedade e a estrutura de controle do cliente.

(c) Compreender e, quando apropriado, obter informações a respeito do propósito e da natureza pretendidos da relação de negócios

(d) Conduzir uma devida diligência contínua na relação de negócios e uma análise minuciosa das transações conduzidas durante a relação para garantir que tais transações sejam consistentes com o conhecimento da instituição sobre o cliente, seus negócios e perfil de risco, incluindo, quando necessário, a origem dos recursos.”

49 Tradução livre. STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 146.

50 O conceito de razoabilidade para o GAFI está associado ao nível de riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo que o cliente e a relação de negócios oferecem. Vide nota de rodapé da Nota Interpretativa à Recomendação 10.

51 Vide Nota Interpretativa de Recomendação 10.

52 Ibid.

53 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 146.

transações; ou a estarem obrigadas a encerrar a relação de negócios; ou ainda a serem obrigadas a considerar fazer uma comunicação de operação suspeita com relação ao cliente⁵⁴.

As medidas de CDD na verificação da identificação de clientes devem ser realizadas de forma contínua e não apenas no momento do estabelecimento da relação negocial. O prazo da atualização das informações dependerá, novamente, do risco de lavagem de dinheiro associado à transação realizada e ao cliente específico.

3.1.2. Manutenção de registros

A Recomendação 11 do GAFI estabelece um prazo mínimo a ser exigido das entidades obrigadas a manterem os registros das operações realizadas, no caso, cinco anos⁵⁵. Essa obrigação tem por objetivo “*atender rapidamente a pedidos de informação feitos pelas autoridades competentes. Tais registros devem ser suficientes para reconstruir transações individuais (inclusive os valores e tipos de moedas envolvidos, se houver) para fornecer, se necessário, provas para processos de persecução penal por atividades criminosas*”⁵⁶. Ao estabelecerem o conteúdo mínimo dos registros, os reguladores devem ter em vista que toda investigação da lavagem de dinheiro é fundamentada na rastreabilidade das operações realizadas de forma a ligar os fundos a sua origem ilícita, e, portanto, deve se ter o cuidado em se identificar todas as pontas de uma transação financeira⁵⁷.

Como a finalidade última do registro é a de auxílio em investigações futuras, algumas dificuldades se apresentam quando essa obrigação não está bem delineada nas normas nacionais. A Recomendação 11 apenas determina que as informações registradas devem estar disponíveis para as autoridades competentes, mas não discorre sobre a forma dessa disponibilização. Como as investigações de delitos transnacionais muito frequentemente tem de lidar com grande volume de registros, é importante que as informações disponibilizadas por diferentes entidades obrigadas estejam em formatos compatíveis e comparáveis. No caso das instituições financeiras, essa dificuldade foi amenizada no Brasil com a Carta-Circular 3.454 do Banco Central que aboliu a entrega de registros de operação em papel, sendo obrigatória a entrega em meio eletrônico, e estabeleceu leiaute padrão a ser respeitado.

3.1.3. Comunicação de operações suspeitas

A maior inovação em termos de medidas preventivas trazidas pelo GAFI refere-se à obrigação de comunicação às autoridades competentes sempre que as entidades obrigadas possuam “*motivos razoáveis para suspeitar que os fundos sejam produto de atividade criminosa ou estejam relacionados ao financiamento do terrorismo*”⁵⁸. Até 1990, conforme apurado pelo próprio GAFI, apenas EUA e Austrália possuíam regulamentação obrigando bancos a realizarem esse tipo de comunicação⁵⁹. No Brasil, a obrigatoriedade da comunicação de operação suspeita está prevista no art. 11, inciso II, alínea b, da Lei 9.613/98.

A comunicação de operação suspeita é resultado final de um processo complexo realizado pelas entida-

54 Recomendação 10.

55 Esse também foi o prazo mínimo estabelecido no §2º do art. 10 da Lei 9.613/98, sem prejuízo que prazo maior seja determinado em regulamentação específica.

56 Recomendação 11 do GAFI.

57 Em relação a instituições financeiras, o Banco Central estabeleceu no art. 6º da Circular 3.461/2009 que em operações realizadas por clientes permanentes deve estar registrada tanto a origem dos recursos movimentados como o beneficiário final das movimentações.

58 Recomendação 20 do GAFI.

59 GAFI. *Financial Action Task Force on Money Laundering*. Report. 1990. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/firstfatfreportontheextentandnatureofthemoneylaunderingprocessandfatfrecommendationstocombatmoneylaundering.html>>. Acesso em: 27 ago. 2016. p. 14. No Canadá, as instituições financeiras o faziam espontaneamente e no Reino Unido tratava-se de obrigação indireta de forma a evitar a ser processado por co-participação no ilícito de lavagem de dinheiro.

des obrigadas, cujas etapas anteriores se fundamentam na realização adequada das medidas de devida diligência previstas nos dois tipos de obrigações detalhadas nos itens anteriores. Vale ressaltar que essa comunicação se difere em sua essência da chamada comunicação de operação em espécie⁶⁰, que mais se assemelha à obrigação de manutenção de registros do que com uma análise da fundamentação de determinada operação.

A comunicação de operação em espécie, prevista apenas de forma opcional pelo GAFI⁶¹, nada mais é do que o envio automático a uma Unidade de Inteligência Financeira⁶² das informações sobre operações realizadas em “*dinheiro vivo*” acima de valor determinado na respectiva regulamentação nacional⁶³.

Já em relação à comunicação de operação suspeita, o processo que leva à conclusão pela existência de “*motivos razoáveis*” para suspeitar de determinada transação inicia-se, normalmente, com a implementação de “*políticas, controles e procedimentos*”⁶⁴ de devida diligência pelas entidades obrigadas para avaliação do risco de clientes e para escrutínio contínuo⁶⁵ das transações realizadas.

Ao longo do monitoramento das transações, as entidades obrigadas podem se deparar com “*transações complexas, não usuais ou volumosas*”⁶⁶ ou com “*padrões de transações não usuais, que não possuam finalidade econômica ou legal aparente*”⁶⁷. Para essas transações, devem ser realizadas medidas de devida diligência adicionais⁶⁸ e aprofundadas de forma a melhor especificar o seu contexto e finalidade. Em vários regulamentos brasileiros, foi realizado um detalhamento abrangente das possíveis situações que configuram sinais de alerta de lavagem de dinheiro e que merecem essa “*especial atenção*” por parte das entidades obrigadas⁶⁹.

A partir da análise das informações obtidas com as medidas de devida diligência aprofundadas, se a entidade obrigada possuir “*motivos razoáveis*” para suspeitar da licitude dessas transações, estas devem ser levadas diretamente ao conhecimento da Unidade de Inteligência Financeira. Isto significa que a comunicação de operação suspeita é de responsabilidade direta da entidade comunicante e decorrente de suas análises internas, devendo ocorrer de forma ativa e não mediante a requisição de autoridades administrativas⁷⁰. Como destaca ARAÚJO, essa comunicação, todavia, não deve ser confundida com a *notitia criminis*, uma vez que o adjetivo “suspeita”, nesse caso, diz respeito mais à não usualidade da transação reportada, quando comparada ao perfil esperado daquele cliente, do que a suspeita concreta da ocorrência de um crime⁷¹.

STESSEN lembra que, para crimes de lavagem de dinheiro, há um déficit de informação das autoridades investigativas, por se tratar de crime sem vítima direta determinada que possa denunciar a obtenção ilegal

60 Prevista no ordenamento jurídico brasileiro no Art. 11, inciso II, alínea a, da Lei 9.613/98.

61 Segundo o item H da Nota Interpretativa à Recomendação 29 “*Os países deveriam considerar a aplicabilidade e utilidade de um sistema em que as instituições financeiras e APNFDs comuniquem todas as transações em espécie domésticas e internacionais acima de um valor fixado.*”

62 Unidade de Inteligência Financeira é o centro nacional de recebimento e análise de comunicações de operações suspeitas e de outras informações relevantes para a prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, conforme definição da Recomendação 29 do GAFI.

63 O valor mínimo para a comunicação de operação em espécie no Brasil varia entre os diferentes setores obrigados. Para instituições financeiras o valor estabelecido na Circular 3.461/2009 do BACEN foi de R\$ 100.000,00. Para o seguimento de bens de luxo e alto valor, o patamar de comunicação estabelecido pelo COAF foi de R\$ 30.000,00. Nos EUA, o valor considerado para as comunicações de operações em espécie, em geral, é de USD 10.000,00.

64 Vide Nota Interpretativa da Recomendação 1 do GAFI.

65 Vide item (d) da Recomendação 10.

66 Vide §20 da Nota Interpretativa da Recomendação 10.

67 Vide §20 da Nota Interpretativa da Recomendação 10.

68 Exemplos de medidas de CDD aprofundadas também estão presentes na Nota Interpretativa da Recomendação 10.

69 A Carta-Circular 3.542/2012 do BACEN lista 106 situações que devem ser analisadas para verificar se configuram sérios indícios de lavagem de dinheiro e crimes relacionados. A Instrução CVM N° 301/99 também é outro exemplo de norma que traz a listagem de sinais de alerta de lavagem de dinheiro.

70 Segundo o GAFI, “*A exigência de comunicação deverá ser uma obrigação direta, e não será aceitável qualquer obrigação indireta ou implícita de comunicação de operações suspeitas, seja por motivo de possível processo por lavagem de dinheiro ou por crime de financiamento do terrorismo ou outro (chamada “comunicação indireta”).*”

71 ARAÚJO, Felipe Dantas de. Criminologia Crítica e Política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento do terrorismo: barreira epistêmica e agenda de diálogo. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 1-27, jul./dez. 2012. p. 23.

de fundos e a sua magnitude dando início a uma investigação⁷². Igualmente, é difícil o estabelecimento da ocorrência da lavagem de dinheiro unicamente por meio da análise de dados estatísticos, uma vez que esta ocorre, em geral por meio de negócios privados, cujos sistemas de registro não estão disponíveis facilmente às autoridades de investigação em função das leis de sigilo⁷³.

Daí a relevância da instituição do mecanismo de comunicação de operações suspeitas para prover a inteligência necessária para dar início ou para dar sustentação a investigações criminais. A comunicação de operação suspeita faria parte, segundo STESSSEN, de uma nova tendência constituída pelo estabelecimento de formas inovadoras de obtenção de informação para investigações de crimes transacionais, as quais incluem também as técnicas especiais de investigação⁷⁴. Esse sistema de comunicação de operação suspeita atua na prevenção geral positiva de crimes por ter um impacto direto na efetividade das investigações e, por consequência, na repressão criminal.

Existe, ainda, a discussão, a nosso ver, infundada, sobre a necessidade ou não de a entidade comunicante identificar na comunicação o crime o qual se suspeita teria dado origem aos fundos lavados⁷⁵. Essa discussão persiste, principalmente, naquelas jurisdições que, diferentemente do Brasil⁷⁶, estabelecem que a lavagem de dinheiro aplica-se tão somente a um rol predeterminado de crimes antecedentes ou a crimes considerados graves. Nesses casos, os adeptos de posição mais conservadora entendem que as comunicações de operações suspeitas deveriam se restringir àquelas cuja suspeição refira-se a fundos provenientes de um dos crimes admitidos como antecedente.

Essa posição, entretanto, resultaria na imposição de ônus, por vezes, inexequível às entidades obrigadas, uma vez que estas possuem, apenas, uma visão parcial e restrita ao aspecto financeiro, do ilícito. São assim incapazes de distinguir as diferentes atividades ilícitas que podem ter originados os fundos, visto que nessas atividades podem ser utilizadas as mesmas técnicas ou técnicas muito semelhantes de lavagem de dinheiro. O ônus de indicar qual o crime antecedente da lavagem de dinheiro deve recair sobre as autoridades que possuem as ferramentas de investigação adequadas para realizar essa determinação.

A comunicação de boa-fé isenta a entidade comunicante de responsabilização civil, criminal ou administrativa decorrente da quebra ou divulgação de informações protegidas por sigilo, independentemente de atividade ilícita suspeita ter ocorrido ou não⁷⁷.

A garantia do efetivo funcionamento do regime administrativo fundado na cooperação dos diferentes setores econômico está fundamentada na possibilidade de imposições de sanções administrativas pelos órgãos supervisores às entidades que descumprirem as obrigações de PLD/FI. Essas sanções vão desde a emissão de advertências até “*o poder de retirar, restringir ou suspender a autorização da instituição financeira*”⁷⁸ ou atividade econômica de funcionar. Essas sanções devem ser “*efetivas, proporcionais e dissuasivas*”⁷⁹, e têm, no Brasil, natureza administrativa e não penal.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras, no papel de supervisor de entidades obrigadas sem órgão regulador próprio, entre 2013 e 2016, instaurou 180 processos administrativos punitivos por descum-

72 STESSSEN, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 160-161.

73 STESSSEN, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 160.

74 STESSSEN, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 160.

75 STESSSEN, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 165.

76 Desde a edição da Lei Nº 12.683/12, o Brasil eliminou o rol taxativo de crimes antecedente e passou admitir a lavagem de dinheiro de proveitos originados em qualquer infração penal.

77 Recomendação 20 do GAFI e §2º do art. 11 da Lei 9.613/98.

78 Recomendação 26 do GAFI.

79 Recomendação 35 do GAFI.

primento de obrigações de PLD/FT e aplicou cerca de R\$ 6,5 milhões em multas ao longo de seu funcionamento⁸⁰. Somente entre outubro de 2015 e janeiro de 2016, o Banco Central liquidou, extrajudicialmente, seis instituições financeiras por graves descumprimentos das obrigações de PLD/FT⁸¹. Esses números demonstram que é possível assegurar o bom funcionamento das medidas de PLD/FT, com sua importante contribuição para a prevenção geral de crimes, mediante um sistema baseado, exclusivamente, em sanções de cunho administrativo.

3.2. A análise de inteligência financeira

As comunicações de operações suspeitas possuem destinatário determinado: as Unidades de Inteligência Financeira (UIFs) nacionais. Na definição do GAFI, a UIF é o “*centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise.*”⁸²

A função da UIF perpassa o ciclo básico da produção de inteligência tradicional⁸³, constituído pela coleta de informações (no caso, recebimento das comunicações), produção de conhecimento mediante a análise das informações recebidas e respectiva disseminação.

A função inicial da UIF é, portanto, a de “*repositório*”⁸⁴ centralizado de informações sobre lavagem de dinheiro que não estão, necessariamente, restritas às comunicações de operações suspeitas, como ressalta o próprio GAFI⁸⁵. Como visto, em função do *BSA*, além das comunicações de operações suspeitas e em espécie, a UIF dos Estados Unidos — o FinCEN — também recebe comunicações sobre transporte internacional de valores e declarações sobre a existência de contas no exterior, entre outras.

Após o recebimento das comunicações, a UIF deve acrescentar valor às informações coletadas mediante análise⁸⁶. Para tanto são utilizadas outras fontes de dados abertas ou de acesso restrito. O Conselho de Controle de Atividades Financeira — COAF, UIF brasileira, por exemplo, no momento em que realiza suas análises, consulta bases de dados como:

Rede Infoseg (base de inquéritos), Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), Declaração de Operações Imobiliárias (DOI), Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), Cadastro de Pessoas Expostas Politicamente (Cadastro de PEPs), Prestação de Contas Eleitorais do TSE, Cadastro Nacional de Empresas (CNE), Base de Grandes Devedores da União, Bases do Tribunal Superior Eleitoral, Declaração de Porte de Valores (e-DPV).⁸⁷

Segundo o GAFI, as análises podem ser operacionais, quando voltadas a alvos e investigações específicas, ou estratégicas, com o objetivo de identificar padrões e tendências de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo auxiliando na determinação de ameaças e vulnerabilidades nacionais e internacionais.

80 Dados disponível no website do COAF. COAF. *Números do COAF*. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/estatisticas/comunicacoes/estatisticas-supervisao-ago16.xlsx/view>. Acesso em: 03 set. 2016.

81 Vide. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Liquidação extrajudicial da TOV Corretora*: clientes não perdem títulos e ações. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/lid/liquidacao_TOV_corretora.asp. Acesso em: 03 set. 2016.

82 Recomendação 29 do GAFI.

83 De acordo com a Encyclopedia of Espionage, Intelligence and Security, define-se o ciclo de inteligência como “*a process whereby raw information is acquired, converted into intelligence, and disseminated to the appropriate consumers.*” LERNER, K. Lee; LERNER, Brenda Wilmoth. (Ed.). *Encyclopedia of Espionage, Intelligence and Security*. Michigan: Thomson Gales, 2004. v. 2. p. 117.

84 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 184

85 “*A UIF funciona como uma agência central de recebimento de informações das entidades comunicantes. Essas informações devem incluir, no mínimo, comunicações de operações suspeitas, conforme exigem as Recomendações 20 e 23, e devem incluir também outras informações exigidas pelas legislações locais (tais como comunicações de operações em espécie, relatórios de transferências eletrônicas e outras declarações/informações baseadas em limiares).*” Nota Interpretativa da Recomendação 29.

86 Nota Interpretativa da Recomendação 29.

87 COAF. *Números do COAF*. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/estatisticas/comunicacoes/estatisticas-supervisao-ago16.xlsx/view>. Acesso em: 03 set. 2016. p. 13.

A partir desse processo de análise, a UIF é capaz de concluir se a informação recebida merece ou não ser disseminada para as autoridades competentes para investigação. No Brasil, a decisão de disseminar as informações deve estar baseada na conclusão “pela existência de crimes previstos nesta Lei [Lei 9.613/98], de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”⁸⁸. Nos termos da legislação em vigor, a competência da UIF de disseminar informações obtidas por meio da análise de inteligência financeira, portanto, não se restringe a informações sobre a prática de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, mas abarca qualquer outro ilícito. Os resultados das análises, no Brasil, são consolidados em um Relatório de Inteligência Financeira – RIF.

A disseminação do RIF poderá ocorrer de duas formas: espontaneamente pela UIF, após a análise das comunicações recebidas e outras informações relevantes, ou a pedido de autoridades competentes que necessitem de auxílio no curso de suas investigações⁸⁹.

STESSENS detalha as vantagens de se concentrar o recebimento e a análise de comunicações de operações suspeitas em um órgão central. A primeira diz respeito à facilidade de se especializar apenas uma instituição nesse trabalho, em vez de ter que desenvolver a mesma expertise que diferentes organizações⁹⁰. Essa especialização, também, contribui para o processamento mais expedito das informações. Essa rapidez é, fundamentalmente, importante quando se está diante da necessidade de se suspender uma transação na iminência de ser realizada⁹¹.

A existência da UIF confere eficiência ao trabalho de análise, evitando a dispersão de informações correlacionadas por diferentes órgãos, e desonera as autoridades de persecução penal da tarefa de escrutinar, novamente, informações já processadas por especialistas⁹². Finalmente, a existência de um intermediário entre a entidade comunicante e a autoridade de investigação criminal incentiva a instituição de um ambiente de confiança para que a obrigação de comunicação de operação suspeita seja realizada adequadamente⁹³. Essa intermediação cria uma camada adicional de exame, antes que um cliente, possivelmente, “inocente” seja conduzido para dentro de uma investigação policial⁹⁴. Essa intermediação permite, ainda, que a identidade da pessoa que realizou a comunicação seja preservada de eventuais retaliações⁹⁵.

As autoridades tradicionalmente destinatárias dos relatórios produzidos pela UIF, no Brasil, são os membros do Ministério Público e das Polícias Judiciárias, embora outras autoridades, como servidores da Controladoria-Geral da União, da Receita Federal e dos serviços de inteligência, possam receber essas informações a depender da matéria tratada no RIF.

4. O USO DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA

Uma vez recebido o Relatório de Inteligência Financeira, ainda é espinhosa a questão do uso das informações ali contidas pelas autoridades de persecução penal. Em países em que há limitação no número de

88 Art. 15 da Lei 9.613/98.

89 Nota Interpretativa da Recomendação 19 do GAFI

90 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 184.

91 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 185.

92 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 185.

93 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 185.

94 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 185.

95 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 190.

crimes considerados antecedentes à lavagem de dinheiro, em razão do princípio da especialidade⁹⁶, o uso das informações de inteligência financeira pode ser restringida, legalmente, a investigações referentes aos citados crimes. Em muitos casos, essa limitação restringe, apenas, a possibilidade de disseminação pela UIF, mas não é imposta ao Ministério Público e outros destinatários das informações⁹⁷.

Assim como ocorre para as entidades comunicantes, nem sempre a UIF é capaz de determinar com precisão no momento da disseminação qual seria ou seriam os crimes antecedentes relacionados às movimentações financeiras reportadas. E, por isso, é possível que envie informações relacionadas a crimes não aventados na análise inicial. Esse, entretanto, não é um problema para países que aceitam quaisquer ilícitos penais como antecedentes da lavagem de dinheiro, como o Brasil.

Igualmente não está pacificado o entendimento sobre a possibilidade de utilização direta das informações do RIF em procedimentos formais, particularmente para obtenção de medidas judiciais. À parte de considerações de conveniência e oportunidade sobre do momento correto de disponibilizar informações, ainda preliminares, para o conhecimento de possíveis investigados, ainda não há consenso sobre a necessidade de se agregar às informações de inteligência financeira outras informações obtidas por técnicas tradicionais de investigação, antes da formalização da investigação, da obtenção de medidas restritivas, cautelares ou de outras medidas judiciais.

A fim de demonstrar como tem evoluído o entendimento sobre o uso da inteligência financeira nos Tribunais brasileiros, foram analisadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Regionais Federais⁹⁸. A pesquisa de jurisprudência foi realizada nos *websites* dos referidos Tribunais utilizando os verbetes “COAF” e “Relatório de Inteligência Financeira”. Com base no resultado das pesquisas, foram selecionadas para análise todas as decisões que tratavam da utilização de RIFs para a obtenção de medidas judiciais ou abertura de procedimentos. Deu-se preferência às decisões colegiadas, à exceção do STF, em razão da pequena quantidade de decisões sobre o tema nesta Corte.

As decisões foram separadas pela Corte julgadora, pelo tipo de medida judicial pleiteada e pela data de julgamento. Em cada uma das decisões, buscou-se inferir se o RIF foi considerado instrumento hábil a fundamentar, de modo exclusivo, a medida pleiteada ou se foi considerado, apenas, informação subsidiária, a ser complementada por outras atividades antes de se recorrer a medidas mais gravosas.

A amostra obtida de 26 decisões foi considerada, ainda, limitada para oferecer quaisquer conclusões definitivas sobre a tendência do Judiciário brasileiro acerca do tratamento a ser dado às informações de inteligência financeira, especialmente, em razão do fato de que nem todas as Cortes analisadas foram instadas a se manifestar sobre a validade dos variados tipos de medidas judiciais identificadas.

Apesar dessa reconhecida limitação, conforme demonstrado na tabela abaixo, e detalhado na análise de cada decisão, a divergência sobre completude das informações do RIF parece estar centrada principalmente na sua utilização para o levantamento de informações protegidas pelos sigilos constitucionais. Não foram identificadas maiores resistências para a aceitar a informação de inteligência financeira como fundamento suficiente para a formalização da investigação e a abertura da ação penal.

No que toca, especificamente, às decisões sobre a validade das ordens de quebra de sigilo, percebe-se um

96 STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 193-199.

97 Esse seria o caso da Bélgica, segundo aponta STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 196.

98 A opção por se excluir da análise os Tribunais Estaduais deveu-se exclusivamente por razões práticas, uma vez que em pesquisa preliminar utilizando a ferramenta de busca de jurisprudência do site www.jusbrasil.com.br foram encontrados 807 resultados ao se incluir também a Justiça Estadual. Diante da impossibilidade de se analisar essa quantidade de decisões neste breve artigo, entendeu-se que a finalidade pretendida, de demonstrar a divergência jurisprudencial, poderia ser cumprida mediante amostra mais reduzida. Ademais, a Justiça Federal oferece maior facilidade de busca, uma vez que concentra casos de diferentes estados da federação em um mesmo Tribunal. Uma amostra mais abrangente poderá ser objeto de pesquisa posterior.

alinhamento inicial dos Tribunais Regionais Federais ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, datado de 2011, de entender necessária a complementação das informações de inteligência financeira antes da obtenção de medidas judiciais consideradas mais lesivas. A reversão dessa tendência pode estar em curso, entretanto, após a mudança do entendimento daquele Tribunal superior em 2016.

Tabela 1 – Utilização do RIF por tipo de medida judicial pleiteada e Corte julgadora

Corte	Órgão Julgador	Número do Acórdão	Data do Acórdão	Medida ou ato judicial questionados	Possibilidade de uso do RIF sem realização medidas complementares?
TRF3	2ª Turma	HC N° 0022942-84.2012.4.03.0000/SP	25/12/12	abertura de inquérito policial	Sim
TRF4	8ª Turma	HC N° 0007683-90.2010.404.0000/SC	19/05/10	abertura de inquérito policial	Sim
TRF1	3ª Turma	HC N° 0025904-32.2015.4.01.0000/PA	25/08/15	Busca e apreensão	Sim
TRF4	8ª Turma	HC N° 2008.04.00.032915-0/PR	13/05/09	Envio do RIF pelo COAF	Não aplicável
STJ	6ª Turma	HC N° 45.207 – PA	26/08/14	Oferecimento de denúncia	Sim
STJ	6ª Turma	HC N° 43.356 - PA	26/08/14	Oferecimento de denúncia	Sim
STF	Decisão Monocrática	HC N° 126.826 - PA	03/03/15	Oferecimento de denúncia	Sim
TRF5	2ª Turma	HC N° N° 6183/PE	05/07/16	Prisão Preventiva	Sim
TRF5	2ª Turma	HC N° 08043072620164050000	20/07/16	Prisão Preventiva	Sim
TRF3	2ª Turma	HC N° 17436	26/10/04	Quebra de sigilo bancário	Sim
STF	Plenário	AG.REG. AC N° 3.872 – DF	22/10/15	Quebra dos sigilos bancário e fiscal	Não foi possível aferir
STJ	6ª Turma	HC N° 191.378 – DF	15/09/11	Quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico	Não
STJ	5ª Turma	RMS N° 35.410 – SP	22/10/13	Quebra dos sigilos fiscal e bancário	Não
STJ	6ª Turma	HC N° 65.550 – SP	23/02/16	Quebra dos sigilos telefônico e telemático	Não
STJ	6ª Turma	RHC N° 42.121 - RJ	15/09/16	Quebra dos sigilos fiscal e bancário	Não
STJ	6ª Turma	RHC N° 73.331 - DF	25/10/16	Solicitação de RIF e Quebra dos sigilos fiscal e bancário	Não
STJ	6ª Turma	RHC N° 349.945 - PE	06/12/16	Quebra de sigilo bancário	Sim
TRF1	2ª Seção	MS N° 0058609-54.2013.4.01.0000/BA	23/05/14	Quebra dos sigilos bancário e fiscal	Não
TRF2	1ª Especializada	HC N° 8773	31/07/13	Quebra dos sigilos bancário e fiscal	Não foi possível aferir
TRF3	1ª Turma	HC N° 46.328 - SP	06/12/11	Quebra dos sigilos bancário e fiscal	Sim
TRF3	1ª Seção	MS N° 336939 – SP	03/04/14	Quebra dos sigilos bancário e fiscal	Sim
TRF4	8ª Turma	AC N° 0006023-63.2008.4.04.7200/SC	08/06/16	Quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico	Não foi possível aferir

Corte	Órgão Julgador	Número do Acórdão	Data do Acórdão	Medida ou ato judicial questionados	Possibilidade de uso do RIF sem realização medidas complementares?
TRF5	4ª Turma	AC Nº 10565/CE	15/10/13	Quebra do sigilo fiscal	Não
TRF5	Pleno	Inq Nº 2194-PE	01/10/14	Quebra de sigilo bancário e telefônico e busca e apreensão	Sim
TRF5	3ª Turma	HC Nº 5971/SE	17/09/15	Quebra de sigilo bancário	Não
TRF5	2ª Turma	AC Nº 10303/AL	27/10/15	Quebra do sigilo fiscal	Não

Tabela elaborada pelos autores.

4.1. Superior Tribunal de Justiça

Uma das decisões mais emblemáticas a respeito da utilização de RIFs por autoridades competentes ocorreu no *Habeas Corpus* Nº 191.378 – DF. No citado *writ* discutiu-se a validade das ordens de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos obtidas, no âmbito da “Operação Boi Barrica”, que, dentre outras coisas, havia sido requerida com base exclusivamente em informações contidas em Relatório de Inteligência Financeira. O destaque para esse caso é que a questão da utilização da inteligência financeira para a obtenção de outros meios de prova foi objeto central da decisão, ao contrário de outras decisões subsequentes que trataram do RIF apenas de modo subsidiário.

Em relação, especificamente, ao Relatório de Inteligência Financeira, o Ministro relator do caso, ao deferir a ordem solicitada, entendeu que as representações pelas quebras teriam sido, exclusivamente, fundamentadas no relatório do COAF, sem que outras diligências investigativas tivessem sido realizadas de forma a comprovar a imprescindibilidade das medidas solicitadas, conforme se depreende do seguinte trecho:

Insisto, aqui, em um ponto que considero fundamental para a solução da controvérsia em exame: quando de suas representações, a autoridade policial, em momento algum, referiu-se a qualquer outra diligência investigativa em andamento ou mesmo já realizada e muito menos deixou claro que as quebras então requeridas eram o único meio possível para que as investigações dos fatos descritos no relatório do COAF prosseguissem. Pelo contrário, ficou claro que os pedidos de quebra, na verdade, constituíram-se na verdadeira “origem” das investigações propriamente ditas, porquanto, antes delas, o que se tinha era tão somente o RIF do COAF, cujo único fim, *in casu*, foi o de promover a instauração do IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR. Tenho, então, que o fato de a autoridade policial responsável utilizar-se como sustentáculo único para justificar e garantir, em última análise, a representação pela quebra de sigilo fiscal e de dados telefônicos dos envolvidos, “sem que nenhuma outra investigação preliminar fosse feita”, convenceu-me do absoluto desacerto em relação ao procedimento por ela adotado, demonstrando-se, assim, sua ilegalidade.

[...]

Ora, uma coisa é dar-se início à investigação policial, ante o conhecimento de dados encaminhados pelo COAF, para fins de se comprovar sua lisura, outra, totalmente diversa, é cercar-se exclusivamente destes para arremeter mecanismos cautelares excepcionais de colheita de provas e de correspondente comprovação. Isso não é admissível.⁹⁹

No caso, portanto, o relator não negou de forma absoluta a possibilidade de o RIF ser considerado em um pedido de quebra, desde que não seja a única fundamentação a embasar a representação. Entende-se da decisão analisada que o vício, assim, não seria decorrente do uso do RIF, mas sim, na ausência de demonstração inequívoca por parte da autoridade policial do esgotamento dos outros meios de prova obtidas de forma menos lesiva antes da solicitação das quebras.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* Nº 191.378 (2010/0216887-1), Relatório e Voto do Relator SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª Turma, Brasília, DF, 15 de setembro de 2011. p.29-31.

Entendimento semelhante pode ser inferido do voto da Ministra Relatora no HC N° 65.550 – SP, referente à “Operação Porto-Victoria”, que, embora não tivesse a utilização de informações de inteligência financeira como objeto de questionamento direto, também aponta para a necessidade de diligências complementares ao RIF para obtenção de quebras. Pretendia o recorrente a decretação da nulidade das decisões de quebra de sigilo telefônico e telemático pela suposta ausência de esgotamento de outras diligências menos lesivas. No citado caso, informações sobre movimentações financeiras foram solicitadas ao COAF após a instauração da investigação, aberta em razão de informações espontâneas enviadas por autoridades alfandegárias norte-americanas. As informações enviadas no RIF juntamente às informações obtidas pelo levantamento dos sigilos bancário e fiscal foram consideradas diligências anteriores suficientes a embasar a quebra do sigilo telefônico¹⁰⁰.

Também tratando da utilização do RIF apenas de forma subsidiária, decidiu, de modo análogo, a 5ª Turma do STJ no Recurso em Mandado de Segurança N° 35.410 – SP. Nesse caso, os recorrentes igualmente pleiteavam a declaração da nulidade das decisões que deferiram a quebra dos sigilos bancário e fiscal em investigação de crime de prevaricação supostamente cometido por policial civil com movimentação financeira suspeita. Essas decisões haviam sido embasadas não apenas em relatório do COAF, mas também em depoimentos testemunhais e interceptações telefônicas, que foram consideradas medidas complementares suficientes a justificar imprescindibilidade das quebras pleiteadas¹⁰¹.

Da mesma forma, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* N° 42.121, pretendia o recorrente, dentre outras coisas, a nulidade da decisão que determinou a quebra de sigilo bancário e fiscal por falta de fundamentação. Nessa decisão específica, entendeu-se que a decisão de quebra não havia sido fundamentada, exclusivamente, em RIF, mas este teria sido complementado também com outras diligências “menos invasivas”, como provas testemunhais, restando subsidiada a alegação da necessidade das quebras¹⁰².

O mesmo entendimento foi expresso no Recurso em *Habeas Corpus* N° 73.331 - DF (2016/0185848-3) que objetivava o trancamento das investigações referentes à “Operação Zelotes”, a qual tinha por objeto investigação dos crimes de tráfico de influência e corrupção ocorridos no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. A citada investigação havia sido iniciada por meio de denúncia anônima que ensejou a abertura de inquérito policial no qual foram realizadas diversas diligências, inclusive o envio de pedido de intercâmbio de informações ao COAF. Inicialmente, o recorrente pleiteou a declaração de ilegalidade pela quebra do sigilo em razão das informações obtidas por meio do RIF N° 12.225, enviado em resposta ao citado pedido de intercâmbio. Segundo o alegado pelo recorrente, teria ocorrido quebra ilegal, uma vez que o RIF foi obtido por iniciativa da autoridade policial sem autorização judicial. Em relação a esse tema específico, entendeu o STJ que não há qualquer ilegalidade na utilização de RIF na investigação obtido mediante pedido de intercâmbio ao COAF. De acordo com o relator: “*A provocação inicial pela autoridade policial não desnatura a comunicação do ilícito indiciariamente constatado pelo COAF*”¹⁰³, autorizada pelo art. 15 da Lei N° 9.613/98, sem necessidade de prévia autorização judicial.

Tampouco foi declarada nula a decisão que determinou a quebra do sigilo fiscal e financeiro, uma vez que se entendeu que esta não havia sido fundamentada exclusivamente no RIF, mas este apenas complementava diligências preliminares realizadas pela autoridade policial, como se depreende do voto do relator¹⁰⁴.

100 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* N° 65.550 - SP (2015/0288064-6), Relatório e Voto da Relatora MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, Brasília, 23 de fevereiro de 2016. p.3.

101 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS* N° 35.410 - SP (2011/0218943-7), Relatora: Ministra LAURITA VAZ. 5ª Turma, Brasília, 22 de outubro de 2013.

102 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC* N° 42.121 - RJ (2013/0361388-4) Voto do Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. 6ª Turma, Brasília, 15 de setembro de 2016.

103 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC* N° 73.331 - DF (2016/0185848-3) Voto do Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. 6ª Turma, Brasília, 25 de outubro de 2016, p. 30.

104 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC* N° 73.331 - DF (2016/0185848-3) Voto do Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. 6ª Turma, Brasília, 25 de outubro de 2016, p. 30-31.

Recente decisão do STJ, entretanto, parece apontar para uma mudança de entendimento da Corte. No *Habeas Corpus* N° 349.945 – PE (2016/0049887-3), prevaleceram, na 6ª Turma, os argumentos providos no voto-vista do Ministro SCHIETTI, o qual decidiu não existir ilegalidade em quebra de sigilo fundamentada, exclusivamente, em relatório do COAF. Segundo o voto, os rígidos controles a que se submete o processo de produção da inteligência financeira já garantiriam a confiabilidade necessária e os indícios suficientes para fundamentar de forma exclusiva a quebra de sigilo bancário, conforme se verifica no trecho abaixo:

Infere-se que a notícia de crime abrange o fornecimento de dados especificamente relacionados à operação com indícios de ilicitude, vale dizer, a *notícia criminis* que é efetivada pelo COAF deve vir acompanhada de informações que permitam a autoridade policial ou ao Ministério Público formular algum juízo de plausibilidade ou de probabilidade da prática delitiva.

Mas como compatibilizar a manutenção do sigilo financeiro, somente inoponível para os órgãos administrativos de controle, com a produção

de relatório baseado em dados protegidos pelo sigilo? Essa é a questão. Tal circunstância implica, *inter alia*, a conclusão de que a obtenção integral dos dados que subsidiaram a produção do relatório (da comunicação feita à autoridade competente) depende de autorização judicial. Em uma palavra: a comunicação feita à autoridade policial ou ao Ministério Público não pode transbordar o limite da garantia fundamental ao sigilo, o que significa dizer que a obtenção dos dados que subsidiaram o relatório fornecido pelo COAF necessita de autorização judicial.

Logo, parece-me inafastável a ideia de que o relatório produzido pelo COAF subsidia e justifica eventual pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal, porquanto os dados que lhe subjazem são protegidos pelo sigilo. Mostra-se incongruente raciocínio que exija, para justificar a medida invasiva, outros elementos de prova, seja porque o relatório é construído com base em dados altamente confiáveis, precisos e, sobretudo, fruto de uma conjugação de esforços de inúmeras instituições de controle, seja porque a prática de crimes corporativos dificilmente é compartilhada com testemunhas ou avaliada por simples constatação de sinais exteriores de incompatibilidade patrimonial ou de outros rastros cognoscíveis por investigação convencional precedida da instauração de inquérito policial¹⁰⁵.

Já nos Recursos em *Habeas Corpus* N° 45.207 – PA e N° 43.356 – PA, que tratam de uma mesma ação penal, os votos vencedores admitiram a utilização de RIF como fundamento hábil a conferir os elementos de justa causa para o oferecimento de denúncia, sem necessidade de inquérito policial prévio. Nos citados casos, ambos os impetrantes pretendiam o trancamento de ação penal instaurada para apurar os crimes de apropriação indébita, associação criminosa e lavagem de dinheiro, cuja inicial estava baseada apenas em relatório do COAF. Segundo o voto vencedor do acórdão N° 45.207 – PA,

não é indispensável a feitura de um inquérito policial para fundamentar uma peça acusatória em processo penal. O próprio Código de Processo Penal deixa claro que, reunindo o Ministério Público ou o acusador privado elementos informativos suficientes para dar início à ação penal, dispensa-se a investigação policial; é um mecanismo mais utilizado, mas não o único. Portanto, quanto a isso, não vejo qualquer dificuldade em aceitar uma ação penal com lastro em relatório do órgão incumbido exatamente da fiscalização dessas operações financeiras. Quanto à inépcia da denúncia, embora reconheça algumas impropriedades na peça acusatória, vejo que ela fez uma abordagem inicial da narrativa, esclarecendo do que se tratava, e, em seguida, fez menção a apropriações de numerários em valores bem substanciais na conta de uma das denunciadas, Antônia Alves de Oliveira – que, por sua vez, repassou essas importâncias para outras pessoas, entre as quais, aqui, o recorrente – valores que, evidentemente, pela própria quantia, sugerem uma origem ou uma destinação ilícita.¹⁰⁶

Nesses casos, portanto, a inteligência financeira provida não foi considerada peça meramente subsidiária a ser complementada por novas diligências, mas sim informação completa apta a justificar o recebimento da denúncia.

105 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 349.945 - PE (2016/0049887-3)* Voto-vista do Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ. 6ª Turma, Brasília, 06 de dezembro de 2016, p. 8-9

106 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus 45.207 - PA (2014/0029319-0)*, Relator para o acórdão MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6ª Turma, Brasília, 26 de agosto de 2014.

O STJ, portanto, parece admitir a utilização de RIFs como um dos fundamentos para a representação pela quebra de sigilo bancário, prevalecendo, apesar de recente divergência, o posicionamento de que as informações ali contidas têm caráter subsidiário, devendo ser complementadas por outras diligências que comprovem o esgotamento de outros meios menos lesivos. Por outro lado, é possível se aferir que o RIF seria instrumento suficiente para justificar a abertura de inquérito policial e até mesmo o oferecimento da denúncia, caso traga elementos suficientes a comprovar a justa causa. Ademais, admite o STJ que as informações de inteligência financeira sejam obtidas por iniciativa da autoridade investigadora, o chamado RIF de intercâmbio, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

4.2. Supremo Tribunal Federal

No mesmo sentido da jurisprudência do STJ, o STF decidiu no Ag.Reg. na Ação Cautelar N° 3.872 – DF, referente à “Operação Lava jato” que o RIF, juntamente a outros elementos obtidos durante a investigação, inclusive a colaboração premiada, pode compor embasamento suficiente a autorizar a quebra de sigilo bancário:

PENAL. AFASTAMENTO DOS SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO. REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DA PROVA POR OUTROS MEIOS E LIMITAÇÃO TEMPORAL DA QUEBRA. INDÍCIOS APRESENTADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE DEMONSTRAM POSSÍVEL PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A PARLAMENTAR. LEGITIMIDADE DA DECRETAÇÃO.

[...]

2. No caso, o pedido de afastamento dos sigilos fiscal e bancário encontra-se embasado, em síntese, em declarações feitas no âmbito de colaboração premiada, em depoimento prestado por pessoa supostamente envolvida nos fatos investigados e em relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Os elementos até então colhidos indicavam possível pagamento de vantagem indevida a parlamentar em troca de influência supostamente exercida no âmbito da Petrobras, mostrando-se necessária e pertinente a decretação da medida postulada para que fossem esclarecidos os fatos investigados. Solicitação que, ademais, estava circunscrita a pessoas físicas em tese vinculadas aos fatos investigados, com CPF definidos, e limitavam-se a lapso temporal correspondente ao tempo em que teriam ocorridos os supostos repasses.

3. Agravos regimentais a que se nega provimento¹⁰⁷

Em decisão monocrática no *Habeas Corpus* N° 126.826 – PA, o Ministro BARROSO aparenta ter ratificado o entendimento da 6ª Turma do STJ no HC N° 45.207 – PA, admitindo o recebimento de denúncia fundamentada exclusivamente RIF, embora, no caso, a ordem pleiteada tenha sido denegada por inadequação da via processual e da impossibilidade de revolvimento de matéria fático-probatória¹⁰⁸.

4.3. Tribunais Regionais Federais

No *Habeas Corpus* N° 0025904-32.2015.4.01.0000/PA, o TRF da 1ª Região negou pedido que pleiteava o trancamento de Inquérito Policial no qual uma ordem de busca e apreensão foi decretada em razão de RIF enviado pelo COAF, afirmando que “[i]nexiste teratologia, abuso de poder ou ilegalidade na decisão que defere busca e apreensão, quando o COAF identifica vultosas movimentações financeiras nas contas correntes da paciente e de sua empresa sem qualquer explicação plausível para isso”¹⁰⁹.

107 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG. NA AÇÃO CAUTELAR 3.872 DISTRITO FEDERAL. Relator MIN. TEORI ZAVASCKI, Plenário, Brasília, 22 de outubro de 2015.

108 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 126.826 PARÁ. Relator MIN. ROBERTO BARROSO, Decisão Monocrática, Brasília, 03 de março de 2015.

109 BRASIL. Tribunal Regional da 1ª Região. HABEAS CORPUS N. 0025904-32.2015.4.01.0000/PA. Relator: DESEMBARGA-

No Mandado de Segurança Criminal N° 0058609-54.2013.4.01.0000/BA, o TRF da 1ª Região não apenas admitiu o pedido de quebra de sigilo fundamentado com base em RIF, como, de certa forma, impôs à parte ré o ônus de trazer elementos de prova suficientes para afastar a suspeita decorrente da atipicidade da movimentação financeira para que a produção da mencionada prova fosse indeferida:

Na hipótese, não vejo as alegadas ilegalidades, pois o que não pode é haver quebra dos sigilos bancário e fiscal sem ordem judicial, sem falar que o fato a que alude a decisão do magistrado — existência de operações atípicas, a exemplo das frequentes retiradas em espécie da conta bancária da impetrante, totalizando mais de oito milhões de reais, num período inferior a 18 meses, e das remessas ao exterior de mais de onze milhões e meio de dólares americanos, a título de rendas e capitais, investimentos e pagamentos de serviços —, que não é explicado na impetração, e que justifica, no caso, o pedido do Ministério Público.

A impetração não pontua os elementos já existentes nos autos que seriam suficientes para demonstrar a regularidade e justificar as operações bancárias tidas por atípicas no Relatório de Inteligência Financeira 1019, do COAF, elementos empíricos que embasam a investigação e que, repita-se, precisam ser explicados.¹¹⁰

O entendimento oposto, entretanto, havia sido apresentado antes pelo mesmo Tribunal na Apelação Criminal N° 0009112-54.2011.4.01.3100/AP que entendeu que o RIF não poderia ser único instrumento a lastrear o pedido de quebra de sigilos fiscal e bancário, uma vez que “*a excepcionalidade da movimentação bancária não constitui crime*”¹¹¹. Para a Corte, exige-se a conjugação do RIF com outros elementos que demonstrem o esgotamento de outros meios gravosos antes de se pleitear as medidas questionadas¹¹².

Inferre-se da ementa do Acórdão do TRF da 2ª Região no *Habeas Corpus* N° 8773 (2013.02.01.006098-6) que este Tribunal corrobora o entendimento sobre a possibilidade de utilização do RIF como um dos fundamentos para a obtenção da quebra de sigilo bancário e fiscal. No caso, entendeu-se inexistir meio menos invasivo que substituísse as quebras pleiteadas¹¹³.

Decisão de 2014 do TRF da 3ª Região no Mandado de Segurança N° 336939 – SP¹¹⁴ se alinha com a jurisprudência mais recente do TRF da 1ª Região e do STJ, admitindo o RIF como fundamento exclusivo para o pedido de quebra de sigilo bancário, ao concluir que

O relatório do COAF pode sim implicar a quebra do sigilo bancário. Além de ser extremamente detalhado, quando o COAF aciona um órgão como o Ministério Público ou a Polícia Federal, o faz com base na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/98) e a partir de indícios que são identificados e levantados por seus servidores e agentes com base em movimentações atípicas que, muitas vezes, só vão poder ser esclarecidas com a própria quebra do sigilo bancário.¹¹⁵

No mesmo sentido, foi a decisão no *Habeas Corpus* N° 46.328 – SP¹¹⁶, por meio do qual o impetrante ob-

DOR FEDERAL NEY BELLO. Terceira Turma, Brasília, 25 de agosto de 2015

110 BRASIL. Tribunal Regional da 1ª Região. *Mandado de Segurança Criminal N. 0058609-54.2013.4.01.0000/BA* Voto do Relator. Desembargador Federal OLINDO MENEZES. 2ª Seção, Brasília, data da decisão 14 de maio de 2014, data da publicação 23 de maio de 2014.

111 BRASIL. Tribunal Regional da 1ª Região. *Apelação Criminal N. 0009112-54.2011.4.01.3100/AP* BA Voto do Relator. JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (RELATOR CONVOCADO). 3ª Turma, Brasília, data da decisão 23 de maio de 2012, data da publicação 03 de abril de 2012.

112 BRASIL. Tribunal Regional da 1ª Região. *Apelação Criminal N. 0009112-54.2011.4.01.3100/AP* BA Voto do Relator. JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (RELATOR CONVOCADO). 3ª Turma, Brasília, data da decisão 23 de maio de 2012, data da publicação 03 de abril de 2012.

113 Como a consulta ao inteiro teor do referido Acórdão encontrava-se indisponível à época da consulta, não foi possível determinar se o teor do RIF foi o fundamento exclusivo para a obtenção da quebra ou se este foi complementado com diligências adicionais. BRASIL. Tribunal Regional da 2ª Região. *HC - HABEAS CORPUS – 8773*. 1ª Turma Especializada. Data da decisão 31 de julho de 2013.

114 O inteiro teor da citada decisão está indisponível por correr o processo em segredo de justiça.

115 BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. *MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 336939*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, 1ª Seção, Brasília, 03 de abril de 2014.

116 BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. *Habeas Corpus – 46328*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM

jetivava a declaração de nulidade de decisão de quebra de sigilo bancário e fiscal por falta de fundamentação. Consta que o Ministério Público teria solicitado a quebra com base em relatório do COAF, que indicaria que o paciente e familiares seriam sócios ocultos em empresas com movimentação suspeita. O relator considerou não estar presente o requisito de manifesta ilegalidade para a concessão da ordem, não sendo possível o revolvimento fático-probatório na via eleita. Mesmo não tratando diretamente da possibilidade de o RIF ser o substrato do pedido de quebra, o relator entendeu que a decisão do juízo *a quo* estaria devidamente fundamentada.

No *Habeas Corpus* N° 17436¹¹⁷, o TRF da 3ª Região foi chamado a decidir impugnação de quebra de sigilo bancário também por falta de fundamentação. Consta que a quebra teria sido requerida pelo Ministério Público com base em informações enviadas pelo COAF. Entendeu a Corte que a decisão estaria fundamentada uma vez que teria ocorrido o “*convencimento da existência de indícios da prática de delitos, em operações consistentes em reiterados resgates de prêmios de loterias pelo paciente e demais integrantes de lista fornecida pelo COAF ao Ministério Público Federal, bem como do caráter indispensável da medida, na linha de acolhimento das alegações do Ministério Público Federal requerente quanto a ser cediço que uma das formas de dar origem lícita a dinheiro ilícito é pela compra de bilhetes de loteria premiados.*”¹¹⁸

No *Habeas Corpus* N° 002294284.2012.4.03.0000/SP¹¹⁹, o TRF da 3ª Região, ainda que de modo indireto, confirmou a possibilidade de o RIF ensejar a abertura de inquérito policial. Consta que o Ministério Público Federal teria determinado à abertura de inquérito policial em virtude do recebimento de informações do COAF sobre movimentação incompatível de servidor público federal. Pretendia o paciente o trancamento do inquérito policial, dentre outras coisas, por entender que teria demonstrado serem as movimentações financeiras reportadas de origem lícita. Entendeu o Tribunal não estar demonstrada manifesta atipicidade para a concessão da ordem requerida.

O TRF da 4ª Região foi instado, no *Habeas Corpus* N° 000768390.2010.404.0000/SC, a se manifestar sobre a legalidade das diligências realizadas em inquérito policial aberto com base em relatório enviado pelo COAF. Sustentou o impetrante que o COAF teria violado o dever de sigilo ao comunicar movimentações sobre as quais não teria certeza serem provenientes de atividades ilícitas. Tendo sido o relatório o embasamento para abertura da investigação, todas as provas nela produzidas deveriam, conforme argumentado, ser declaradas ilícitas. Confirmou o TRF da 4ª Região que o RIF é instrumento apto a ensejar a abertura de inquérito e que não cabe ao COAF manifestar convicção sobre a existência de conduta típica, tendo este agido dentro de sua competência legal, que seria a de apontar operações que fogem das situações de normalidade¹²⁰.

Entendimento semelhante foi declarado pela mesma Corte na Apelação Criminal N° 0006023-63.2008.4.04.7200/SC, ao afirmar que “[n]ão cabe ao COAF investigar exaustivamente a existência de crime, não sendo ilícita a comunicação feita pelo órgão à autoridade policial a partir de juízo de aparência.”¹²¹

Em julgado mais antigo (*Habeas Corpus* N 2008.04.00.0329150/PR), entretanto, apontou a Corte em sentido oposto, conforme segue: “Se não constatada evidência de crime, não é permitido ao COAF compartilhar informações obtidas dentro de suas atribuições legais (artigo 15 da Lei N° 9.613/98), sob pena

DI SALVO, 1ª Turma, 06 de dezembro de 2011.

117 BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. *Habeas Corpus* – 17436. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, 2ª Turma, 26 de outubro de 2004.

118 BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. *Habeas Corpus* – 17436. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, 2ª Turma, 26 de outubro de 2004.

119 BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. *Habeas Corpus* – 002294284.2012.4.03.0000/SP. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, 2ª Turma, 25 de dezembro de 2012.

120 BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. *Habeas Corpus* – 000768390.2010.404.0000/SC. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, 8ª Turma, 19 de maio de 2010.

121 BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. *Apelação Criminal* N° 000602363.2008.4.04.7200/SC. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEANDRO PAULSEN, 8ª Turma, 08 de junho de 2016.

de, assim o fazendo, haver ilegalidade a ser reconhecida em sede de Habeas Corpus”¹²². Esse entendimento encontra-se, aparentemente, ultrapassado por julgados posteriores e por decisões de outras Cortes.

No TRF da 5ª Região, foram identificados dois acórdãos que seguem entendimento mais antigo do STJ de que o RIF não pode configurar como único embasamento de decisões de quebra de sigilo bancário e fiscal. Os Acórdãos na Apelação Criminal 10565/CE¹²³ e na Apelação Criminal 10303/AL¹²⁴ concluem, de modo idêntico, que “fundado o pedido de quebra do sigilo fiscal única e essencialmente no relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), sem a demonstração de haverem sido envidados outros esforços a convalidar, ainda que de forma tênue, os indícios ali apontados, é de ser o mesmo indeferido.”

Apesar de não tratar dessa questão de modo direto, no *Habeas Corpus* 5971/SE¹²⁵ o TRF da 5ª Região concedeu a ordem pleiteada para suspender a quebra de sigilo bancário do paciente por entender que a incompatibilidade apontada em relatório do COAF entre a movimentação financeira do paciente e a respectiva declaração de Ajuste Anual de Imposto de Renda na Receita Federal não seria fundamento suficiente, no caso, para autorizar a quebra.

De modo contrário, ao receber a denúncia no Inquérito N° 2194-PE, o mesmo TRF da 5ª Região entendeu em exame de preliminar, que o RIF do COAF seria apto a embasar tantos pedidos de quebra de sigilo bancário como mandado de busca e apreensão. O referido inquérito foi aberto com base em informações enviadas pelo COAF sobre movimentações financeiras suspeitas de pessoas físicas e jurídicas, inclusive o prefeito de Serrita/PE à época. No curso das investigações foram realizadas diversas diligências, inclusive quebra de sigilo bancário e telefônico e busca e apreensão. A defesa em manifestação preliminar solicitou a declaração de nulidade das decisões que autorizaram as supracitadas diligências por falta de fundamentação idônea e suporte fático. Ao rejeitar o pedido preliminar da defesa, o TRF da 5ª Região afirmou que a fundamentação se apoiava justamente na existência de movimentação financeira atípica informada pelo COAF¹²⁶.

Informações de inteligência financeira foram ainda parte essencial da fundamentação do TRF da 5ª Região para a manutenção de prisão preventiva em dois *Habeas Corpus* impetrados no curso da “Operação Turbulência”. No Processo N° 08043072620164050000, o Tribunal entendeu que as movimentações financeiras apontadas pelo COAF traziam “consideráveis indicativos do envolvimento, no campo da autoria ou da participação” dos investigados¹²⁷.

No segundo *Habeas Corpus*, de N° 6183/PE, entendeu-se que a vinculação dos pacientes com empresas fantasmas cuja movimentação foi objeto de relatório do COAF trazia indicativos de materialidade e indícios de autoria dos crimes de lavagem de dinheiro e organização criminosa aptos a fundamentar a manutenção de prisão preventiva¹²⁸.

A jurisprudência mais recente dos Tribunais Regionais Federais aparenta admitir o RIF como apto a embasar pedido de quebra de sigilo bancário. Esse entendimento, todavia, ainda não é pacífico. Também se

122 BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. *Habeas Corpus* – 2008.04.00.0329150/PR. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, 8ª Turma, 13 de maio de 2009.

123 BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Apelação Criminal 10565/CE*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, 4ª Turma, 15 de outubro de 2013.

124 BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Apelação Criminal 10303/AL*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO, 2ª Turma, 27 de outubro de 2015.

125 BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Habeas Corpus* 5971-SE. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI, 3ª Turma, 17 de setembro de 2015.

126 BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Inquérito N° 2194-PE*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Pleno, 01 de outubro de 2014. p. 5-6.

127 BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Habeas Corpus*. Processo N° 08043072620164050000. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado), 2ª Turma, 20 de julho de 2016.

128 BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Habeas Corpus* N° 6183/PE. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado), 2ª Turma, 05 de julho de 2016.

verificou que as Cortes admitem o RIF como fundamento para a abertura de inquérito, como embasamento para a realização de busca e apreensão, bem como apto a conferir elementos que justifiquem a manutenção de prisão preventiva.

Reconhece-se que a pesquisa realizada nos mencionados tribunais não exauriu todas as controvérsias judiciais acerca da utilização do RIF, merecendo o assunto ser objeto de investigação aprofundada em oportunidade futura. Por ora, as decisões consultadas servem para ilustrar que para o Judiciário brasileiro, não parece, em análise preliminar, haver restrições em relação ao reconhecimento da utilidade do RIF para investigações criminais.

A controvérsia acirra-se em torno da relevância a ser dada para as informações de inteligência financeira como justificativa para a obtenção de elementos de prova mais invasivos. Neste tema, a jurisprudência se divide entre aqueles que consideram o RIF instrumento apto a embasar sozinho pedidos de quebra de sigilo subsequentes e aqueles que entendem que as informações providas nestes relatórios devem ser circunstanciadas por meio de outros meios de prova antes do deferimento de medidas de investigação mais invasivas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, o tripé em que se baseia o regime administrativo de inteligência financeira, constituído pela identificação de clientes, pelo registro de operações e por comunicações de operações suspeitas, auxilia a persecução penal de crimes de lavagem de dinheiro e relacionados, atuando tanto na função preventiva, como na própria detecção de crimes.

Atua na prevenção uma vez que institui mecanismos aptos a dissuadir e até mesmo impedir o uso de determinados setores econômicos para o processamento de ativos financeiros obtidas por meios ilícitos. Esses mecanismos configuram verdadeiras barreiras que dificultam a utilização de determinada atividade por criminosos desde o estabelecimento da relação comercial, mas que também implicam a instituição de controles que atuam continuamente ao longo das transações realizadas.

Ademais, esse regime atua na detecção de crimes uma vez que oferece às autoridades investigativas elementos indiciários que dificilmente seriam obtidos pelos meios tradicionais de iniciação de uma investigação criminal. Para tanto, o regime de inteligência financeira depende da instituição de obrigações administrativas voltadas a obter a cooperação direta de atores, em geral privados, os quais detêm melhor capacidade de identificar situações que fogem dos padrões usuais de negócios e que podem indicar a prática de atividades ilícitas.

Ao mesmo tempo, esse mecanismo de comunicação obrigatória de operações suspeitas por determinados setores econômicos atua na prevenção geral de crimes por dar maior efetividade à investigação criminal, ampliando a sua capacidade de repressão.

A cooperação desses atores econômicos é garantida não por meio da imposição de sanções de cunho penal, mas sim por meio da supervisão administrativa e fiscalização contínua, e na imposição de penas administrativas suficientemente dissuasivas no caso de descumprimento de quaisquer das obrigações de PLD/FT.

Em que pese a jurisprudência brasileira ainda não ter firmado entendimento pacífico sobre a forma de utilização pelas autoridades de persecução penal das informações de inteligência obtidas como resultado desse regime administrativo, por um lado, parece existir nas Cortes o reconhecimento de que essas informações oferecem sim legítima contribuição às investigações de forma geral, ainda que de forma eminentemente subsidiária.

Por outro lado, tem-se por certo que a contribuição é de caráter meramente indiciário, por vezes apta a auxiliar, sozinha ou de forma conjugada com outras diligências, na obtenção de ordens judiciais para a

produção de outros meios de provas para dar sustentação à ação penal. Assim, embora útil, o regime de produção de inteligência financeira não substitui o emprego dos métodos tradicionais de produção de provas, estes sim legítimos a comprovar a autoria e materialidade de crimes.

REFERÊNCIAS

ALLDRIDGE, Peter. *Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

AMERICAN BANKERS ASSOCIATION. *A New Framework for Partnership: Recommendations for Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Reform*. Appendix C: History of the Bank Secrecy Act. Disponível em: <<http://www.aba.com/Compliance/Documents/BSA-AppendixC.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

ARAÚJO, Felipe Dantas de. Criminologia Crítica e Política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento do terrorismo: barreira epistêmica e agenda de diálogo. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 1-27, jul./dez. 2012.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Carta-Circular 3.542 de 12 de março de 2012*. Brasília: Diário Oficial da União de 14 mar. 2012, seção 1, p. 14-16. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular 3.461 de 24 de julho de 2009*. Brasília: Diário Oficial da União de 27 set. 2009, seção 1, p. 42-44. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Liquidação extrajudicial da TOV Corretora*: clientes não perdem títulos e ações. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/lid/liquidacao_TOV_corretora.asp>. Acesso em: 03 set. 2016.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *A brief history of the Basel Committee*. Bank for International Settlements. Outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.bis.org/bcbs/history.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BASEL COMMITTEE. *Prevention of Criminal Use of the Banking System for the Purpose of Money-Laundering (December 1988)*. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbsc137.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília: Diário Oficial da União, Seção 1, 27 jun. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. *Lei 9.613 de 03 de março de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus 43.356 - PA (2013/0404060-2)*, Voto do Relator para o acórdão MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6ª Turma, Brasília, 26 de agosto de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus 45.207 - PA (2014/0029319-0)*, Voto do Relator para o acórdão MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6ª Turma, Brasília, 26 de agosto de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus N° 191.378 (2010/0216887-1)*, Relatório e Voto do Relator SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª Turma, Brasília, DF, 15 de setembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus N° 65.550 - SP (2015/0288064-6)*, Relatório e Voto do Relatora MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, Brasília, 23 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC N° 42.121 - RJ (2013/0361388-4)* Voto do Relator: Ministro

NEFI CORDEIRO. 6ª Turma, Brasília, 15 de setembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC Nº 73.331 - DF (2016/0185848-3)* Voto do Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. 6ª Turma, Brasília, 25 de outubro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS Nº 35.410 - SP (2011/0218943-7)*, Relatora: Ministra LAURITA VAZ. 5ª Turma, Brasília, 22 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal *AG.REG. NA AÇÃO CAUTELAR 3.872 DISTRITO FEDERAL*. Relator MIN. TEORI ZAVASCKI, Plenário, Brasília, 22 de outubro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS 126.826 PARÁ*. Relator MIN. ROBERTO BARROSO, Decisão Monocrática, Brasília, 03 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional da 1ª Região. *Apelação Criminal N. 0009112-54.2011.4.01.3100/AP BA* Voto do Relator. JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (RELATOR CONVOCADO). 3ª Turma, Brasília, data da decisão 23 de maio de 2012, data da publicação 03 de abril de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional da 1ª Região. *HABEAS CORPUS N. 0025904-32.2015.4.01.0000/PA*. Relator RELATOR :DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO. Terceira Turma, Brasília, 25 de agosto de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional da 1ª Região. *Mandado de Segurança Criminal N. 0058609-54.2013.4.01.0000/BA* Voto do Relator. Desembargador Federal OLINDO MENEZES. 2ª Seção, Brasília, data da decisão 14 de maio de 2014, data da publicação 23 de maio de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional da 2ª Região. *HC - HABEAS CORPUS – 8773*. 1ª Turma Especializada. Data da decisão 31 de julho de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. *Habeas Corpus – 002294284.2012.4.03.0000/SP*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, 2ª Turma, 25 de dezembro de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. *Habeas Corpus – 17436*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, 2ª Turma, 26 de outubro de 2004.

BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. *Habeas Corpus – 46328*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, 1ª Turma, 06 de dezembro de 2011.

BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. *MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 336939*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, 1ª Seção, Brasília, 03 de abril de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. *Apelação Criminal Nº 000602363.2008.4.04.7200/SC*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEANDRO PAULSEN, 8ª Turma, 08 de junho de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. *Habeas Corpus – 000768390.2010.404.0000/SC*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, 8ª Turma, 19 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. *Habeas Corpus – 2008.04.00.0329150/PR*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, 8ª Turma, 13 de maio de 2009.

BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Apelação Criminal 10303/AL*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO, 2ª Turma, 27 de outubro de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Apelação Criminal 10565/CE*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, 4ª Turma, 15 de outubro de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Habeas Corpus 5971-SE*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI, 3ª Turma, 17 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Habeas Corpus Nº 6183/PE*. Relator: DESEMBARGADOR FE-

- DERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado), 2ª Turma, 05 de julho de 2016.
- BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. Habeas Corpus. *Processo Nº 08043072620164050000*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado), 2ª Turma, 20 de julho de 2016.
- BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. *Inquérito Nº 2194-PE*. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Pleno, 01 de outubro de 2014, p. 5-6.
- CABELLO, Marcos Eduardo. A política criminal de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro perpetrada através do futebol. *Rev. Bras. de Políticas Públicas, Brasília*, v. 1, n. 3 – número especial, p. 179-205, dez. 2011.
- COAF. *Números do COAF*. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/estatisticas/comunicacoes/estatisticas-supervisao-ago16.xlsx/view>>. Acesso em: 03 set. 2016.
- COAF. *Relatório de Atividades 2015*. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/links-externos/3-3-relatorio-de-atividades-2015-versao-site.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Instrução Nº 301 de 22 de abril de 1999*. Brasília: Diário Oficial da União de 22 abr. 1999. Versão consolidada disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/index.html>>. Acesso em: 27 ago. 2016.
- CONSELHO DA EUROPA. *Recomendação No. R (80) 10*. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f6231>>. Acesso em 27 ago. 2016.
- G8 INFORMATION CENTER. *Economic Declaration from the G7 Summit*. Disponível em: <<http://www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/communique/drug.html>>. Acesso em: 14 nov. 2015.
- GAFI. *Financial Action Task Force on Money Laundering: Report*. 1990. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/firstfatfreportonthextentandnatureofthemoneylaunderingprocessandfatfrecommendationstocombatmoneylaundering.html>>. Acesso em 27 ago. 2016.
- GAFI. *Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: As Recomendações do Gafi*. fev. de 2012. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>>. Acesso em 03 set. 2016.
- HASSEMER, Winfried. História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 118, p. 238-282, abr./jun. 1993.
- HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del Derecho penal. In: MUNZ CONDE. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch: Valencia, 2008. p. 25-64
- KERN, Alexander. The International Anti-Money-Laundering Regime: The Role of the Financial Action Task Force. *Journal of Money Laundering Control*, v. 4, Iss 3, p. 231–248, 2001.
- LERNER, K. Lee; LERNER, Brenda Wilmoth. (Ed.). *Encyclopedia of Espionage, Intelligence and Security*. Michigan: Thomson Gales, 2004. v. 2
- NUÑEZ CASTANHO, Elena. Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 115-162.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. De la sociedade neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho Penal. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. pp. 163-200.

RIBEIRO, Alex; VIEIRA, André Guilherme. *BC decreta liquidação de cinco corretoras*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4259898/bc-decreta-liquidacao-de-cinco-corretoras>>. Acesso em: 03 set. 2016.

STESSENS, Guy. *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2000.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Organizações de controle, regulação e fiscalização: os arranjos institucionais para enfrentamento da corrupção e dos delitos econômicos. In: COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina. (Org.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Brasília: ESMPU, 2016. Tomo II. p. 226-352.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. *Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs*. International Narcotics Control Strategy Report. V II: Money Laundering and Financial Crimes, mar. 2015, p. 38-49. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/239561.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais
Dilapidated safety public policy: the example of Law 13491/2017 and its penal and penal procedural consequences

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais*

Dilapidated safety public policy: the example of Law 13491/2017 and its penal and penal procedural consequences

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro**

RESUMO

Em 13 de outubro de 2017, entrou em vigor a Lei 13.491/2017, justificada pela necessidade de imprimir segurança jurídica às situações de crimes dolosos contra a vida de civis praticados em atividade de policiamento ostensivo por militares federais das forças armadas. Apesar dos vícios de constitucionalidade e de violação às Convenções Internacionais de Direitos Humanos das quais o Brasil é signatário, a Lei encontra-se em vigor e tem produzido uma série de consequências penais e processuais penais cuja estirpe passou despercebida nas discussões que ensejaram a sua posterior edição. Com isso, o texto tem por propósito demonstrar que as políticas públicas na área da segurança são açodadas e equivocadas, priorizam a repressão à prevenção e são inconsequentes quanto à pobreza na discussão e reflexão dos efeitos que produzem. Pontuar os vícios e as consequências penais e processuais penais trazidas pela lei dimensionam a importância e a relevância do texto para futuras práticas governamentais e para orientar juízos de avaliação de (in) constitucionalidade e (in) convencionalidade da lei, o que se fará à luz da vertente metodológica jurídico-teórica e do raciocínio lógico dedutivo.

Palavras-chave: Segurança pública. Lei 13491/2017. Consequências. Vícios.

ABSTRACT

On October 13, 2017, Law 13491/2017 came into force, justified by need to provide legal certainty to situations of intentional crimes against the lives of civilians practiced in ostensive military activity by federal military personnel. Despite the constitutional defects and violation of the International Human Rights Conventions to which Brazil is a signatory, the Act is in force and has produced a series of criminal and procedural consequences, whose offspring have been overlooked in discussions that led to its later edition. The purpose of text is to demonstrate that public policies in the area of security are haphazard and misguided, prioritize repression to prevention and are inconsequential to poverty in the discussion and reflection of effects they produce. Punctuating the vices and penal and procedural consequences brought by the law stipulate the importance and relevance of

* Recebido em 24/01/2018
Aprovado em 07/03/2018

** Pós-doutor em Direito Constitucional pela Università Degli Studi di Messina/IT. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotor de Justiça em Belo Horizonte/MG. Email: lgribeirobh@gmail.com

text for future governmental practices and to guide judgments of evaluation of (in) constitutionality and (in) conventionality of law, which will be brought to light of juridical-theoretical methodological aspect and deductive logical reasoning.

Keywords: Public security. Law 13491/2017. Consequences. Vices.

1. INTRODUÇÃO

Em vista das precárias políticas públicas voltadas para a segurança ostensiva da população brasileira, nos últimos anos, tem sido cada vez mais comum, em casos de greves de policiais civis e militares, de redução de efetivo policial por falta de estrutura física e orçamentária ou mesmo diante das demandas deflagradas pela pujança da criminalidade organizada e dos eventos recém ocorridos no Brasil como a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas e Paraolimpíadas, a realização de policiamento ostensivo nas ruas por policiais das forças armadas, a mando de autoridades do Poder Executivo.

Preparada, à luz do texto constitucional, para realizar a defesa do território¹, as forças armadas não são preparadas, ordinariamente, para situações de uso comedido da força em ocasiões de conflitos que exijam temperança para a produção de alternativas viáveis de pacificação social e obediência na paz.

Todavia, diante da corriqueira necessidade de utilização de reforço policial — o que há muito já deveria ter sido absorvido para fins de promoção de políticas públicas adequadas de prevenção da criminalidade —, observa-se uma equivocada preferência por políticas de repressão e de imposição da força, a exemplo da edição da Lei 13.491/2017, justificada pela necessidade de reforço de policiamento ostensivo na cidade do Rio de Janeiro por ocasião das Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016.

Votada de forma açodada no Parlamento, a Lei, que foi sancionada com um veto que modificou o seu período de vigência, entrou em vigor na data de sua publicação, fixando a competência da justiça militar da União para fins de julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis por policiais militares federais no exercício da atividade de policiamento ostensivo. Todavia, a reboque e sem qualquer discussão da matéria no âmbito legislativo, a novel lei ampliou, também, a competência da justiça militar dos estados em vista do aumento exponencial do número de crimes de natureza militar, em violação material e formal a dispositivos constitucionais e convencionais de proteção de direitos humanos, sem prejuízo da própria violação dogmática à própria teoria do bem jurídico, que orienta a confecção e hermenêutica dos tipos penais.

O histórico legislativo açodado e as graves consequências de ordem penal e processual penal da Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, serão objeto de análise no texto ora introduzido, que terá por hipótese o despreparo governamental em relação à confecção de políticas públicas voltadas para a segurança da população e as equivocadas escolhas que, na contramão de políticas prognósticas e preventivas, priorizam a repressão.

Antes, porém, da exposição final que entoa o objetivo primevo do artigo e para além do histórico legislativo e das consequências já acima mencionadas, tópico específico será destinado à exposição acerca da inconstitucionalidade e inconveniência da Lei 13491/2017 em vista das convenções internacionais sobre direitos humanos das quais o Brasil é signatário, o que reforçará a tese final de que o País, conquanto desenvolva políticas públicas inadequadas na área de segurança pública, ainda observa a edição de leis eivadas de vícios, mas que, dada a presunção de constitucionalidade das leis até que declaradas inconstitucionais, produzem muitos e graves consequências na seara penal e processual penal.

1 Dispõe o artigo 142, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

A metodologia, como se vê, observa a vertente jurídico-dogmática e emprega o raciocínio lógico-dedutivo, na medida em que se tem, por tese, a necessidade de implementação de políticas públicas de prevenção na área de segurança pública ostensiva e, como antítese, a inobservância do Estado às políticas prognósticas e uma nítida opção pela repressão à criminalidade pelo uso da força. Como síntese, o texto traz a realidade da produção de leis inadequadas e que produzem, à margem de qualquer discussão mais aprofundada e de maiores reflexões de ordem consequencial, sérios efeitos no campo material e processual penal.

2. A LEI 13491/2017 – DO PROJETO À SANÇÃO

Em 13 de outubro de 2017, entrou em vigor a Lei nº 13.491, que alterou o artigo 9º, II, do Decreto Lei 1.001/69, passando a considerar como crime militar os crimes previstos no Código Penal Militar e na legislação penal, ampliando, assim, a competência da Justiça Militar.

Essa redação legislativa, cujas consequências serão tratadas alhures, resultou da transformação em lei do Projeto de Lei 5768, de 2016, de autoria do deputado federal catarinense Esperidião Amim. A redação original do projeto sofreu modificação por obra do relator da matéria, Deputado Júlio Lopes, de forma a fazer com que a vigência da futura lei ficasse limitada ao ano de 2016, uma vez articulada e proposta para atender à demanda dos jogos Olímpicos e Paraolímpicos na cidade do Rio de Janeiro, em 2016.

No Senado Federal, o Projeto de Lei 5768 recebeu o número 44 e foi apresentada a emenda 1, de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin, de forma a ampliar o prazo de vigência de futura lei temporária até o final de 2017, sob o mote de apoiar o cumprimento do Plano Nacional de Segurança Pública, com a intervenção das forças armadas no Estado do Rio de Janeiro, no período de julho a dezembro de 2017.

Tal emenda, no entanto, foi rechaçada no próprio Senado da República ante ao entendimento de que tratar a questão da competência da justiça militar por lei temporária seria estabelecer, temporariamente, um verdadeiro tribunal de exceção. Vê-se, portanto, que o Senado ignorou o fato de que o projeto já continha a disposição que previa a vigência da lei até o final de 2016, ou seja, já tratava da criação de uma futura lei temporária.

Todavia, a questão intrigante em relação ao histórico do projeto de lei diz respeito ao fato de que as discussões iniciais que ensejaram a sua apresentação diziam respeito, apenas e tão somente, ao foro de julgamento de policiais das forças armadas quando de ocorrência de homicídio perpetrado contra civil em atividade de policiamento ostensivo² e não ampliar, demasiadamente, o rol de crimes sujeitos à jurisdição militar. Isso porque a Emenda Constitucional 45, na redação que imprimiu ao artigo 125, § 4º, da Constituição Federal de 1988, estabelece a competência do júri em caso de prática de crime doloso contra a vida de civil por militares dos Estados, silenciando a Emenda quanto à prática de tais crimes por militares das forças armadas.³ Pelo projeto, o julgamento, em tal caso, deveria competir à justiça militar da União, afastando-se, portanto, a jurisdição comum do Tribunal do Júri.⁴

2 Fato que ressaí da própria justificativa dada ao projeto, a qual silenciou, por completo, quanto à questão da ampliação da competência da justiça militar quando praticados crimes previstos em leis extravagantes por militares nas situações previstas no artigo 9º, do Código Penal Militar.

3 Dispõe o artigo 125, § 4, da CF/88: “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os **militares dos Estados**, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, **ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil**, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (destaquei).

4 Redação final do Projeto:

“PROJETO DE LEI Nº 5.768-A DE 2016

Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar.

O CONGRESSO NACIONAL decreta: Art. 1º O art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Além da excepcionalidade da lei, uma vez que, a partir dela, passou-se a diferenciar a situação de militares federais (das forças armadas) e militares estaduais em casos de prática de crimes dolosos contra a vida de civis — os primeiros, sujeitos à jurisdição militar, e os outros à jurisdição comum do Tribunal do Júri —, tal projeto, inicialmente concebido para futura lei temporária, acabou se transformando em lei não temporária, haja vista a oposição de veto presidencial ao artigo 2º. Sobre a questão, tratada como verdadeira “gambiarra” por Hoffmann e Barbosa, discorreram os referidos autores:

[...] o Projeto de Lei lamentavelmente atribuiu à Justiça Militar da União a competência para o julgamento dessa categoria de delitos quando praticados por militares federais (das Forças Armadas) contra civis em determinadas situações (atribuições estabelecidas pelo presidente ou ministro da Defesa, segurança de instituição militar ou missão militar, atividade militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária). O que o legislador fez foi verdadeira gambiarra legislativa ao mudar a competência da mesma categoria de delito quando praticado por militares federais contra civis, aproveitando-se do silêncio do artigo 124 da CF. Em vez de respeitar a lógica do sistema (julgamento pelo Tribunal do Júri de militares que praticam crimes dolosos contra a vida de civil), estabeleceu uma inexplicável diferenciação no tratamento dos militares agindo em idêntica situação.⁵

E, especificamente sobre o veto presidencial à temporalidade da Lei⁶:

[...] em razão de ajuste político, foi combinado o veto ao dispositivo para abolir o caráter transitório da norma e torná-la permanente, afastando a competência do Tribunal do Júri em relação aos membros das Forças Armadas. Ou seja, o que o Presidente da República fez foi desnaturar a Lei e usurpar competência legislativa.⁷

Ponto curioso a ser destacado, sobre a invasão da atribuição legislativa do Congresso Nacional, é que o Presidente da República, ao vetar o artigo 2º, transformou o projeto de lei temporária em lei não temporária, exercendo papel verdadeiramente legislativo, atípico à luz do disposto no artigo 2º da Constituição Federal,

Art. 9º

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.(NR)

Art. 2º Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, em 6 de julho de 2016.” Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1475302&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+5768/2016> Acesso em: 8 jan. 2018.

5 HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconveniente*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/academia-policia-ampliacao-competencia-crimes-militares-inconstitucional>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

6 Eis as razões do veto presidencial, que foi mantido pela Câmara dos Deputados:

“As hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas as estabelecidas pelo projeto sob sanção, não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica. Ademais, o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão. Por fim, não se configura adequado estabelecer-se competência de tribunal com limitação temporal, sob pena de se poder interpretar a medida como o estabelecimento de um tribunal de exceção, vedado pelo artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição” Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13491-13-outubro-2017-785566-veto-153950-pl.html>> Acesso em: 9 jan. 2018.

7 HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconveniente*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/academia-policia-ampliacao-competencia-crimes-militares-inconstitucional>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

prática essa que, no passado, foi condenada pelo próprio, à época Congressista e hoje Presidente, Michel Temer.

A questão, assim, foi tratada por Temer, outrora:

[...] o fundamento doutrinário que alicerça a concepção de que o veto parcial deve ter maior extensão suporta-se na ideia de que, vetando palavras ou conjunto de palavras, o Chefe do Executivo pode desnaturar o projeto de lei, modificando o seu todo lógico, podendo, ainda, com esse instrumento, legislar. Basta – como se disse – vetar advérbio negativo. *Data venia*, não é bom esse fundamento, uma vez que: a) o todo lógico da lei pode desfigurar-se também pelo veto, por inteiro, do artigo, do inciso, do item ou da alínea. E até com maiores possibilidades; b) se isto ocorrer – tanto em razão do veto da palavra ou de artigo – o que se verifica é usurpação de competência pelo Executivo, circunstância vedada pelo art. 2º da CF; c) qual a solução para ambas as hipóteses? O constituinte as previu: aposto o veto, retoma o projeto ao Legislativo e este poderá rejeitá-lo, com o quê se manterá o todo lógico da lei. Objetiva-se, entretanto: a rejeição do veto exige maioria absoluta e, por isso, uma minoria (1/3) poderá editar a lei que, na verdade, não representa a vontade do legislador. Responde-se: se isto suceder, qualquer do povo, incluídos os membros do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, pode representar aos legitimados constitucionalmente (art. 103, I a IX, da CF) para a promoção da representação de inconstitucionalidade daquela lei em face de usurpação de competência vedada pelo art. 2º da CF.⁸

Observa-se, pois, que a postura presidencial distanciou-se daquela do parlamentar Michel Temer, provocando, de forma não temporária, as consequências doravante tratadas.

3. AS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS DECORRENTES DA LEI 13.491/2017

Inicialmente, cumpre dizer que se presume constitucional uma lei vigente até que o Poder Judiciário, no caso o Supremo Tribunal Federal, por força do controle concentrado de constitucionalidade, ou qualquer juiz ou tribunal, inclusive o STF, para o caso concreto e no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, possa declarar a inconstitucionalidade da lei⁹. Essa é uma interpretação extraída do próprio texto constitucional, à luz do disposto no seu artigo 97¹⁰, e do Enunciado da Súmula Vinculante 10, do STF.¹¹

Nesse sentido, embora a discussão sobre a adequação constitucional e convencional da Lei 13.491/2017 seja objeto do tópico seguinte, para os fins de análise das repercussões da referida lei nos âmbitos penal e processual penal, será necessária a compreensão de que a referida lei está vigente e dotada de presunção de constitucionalidade.

8 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 143-144.

9 Embora tenha que ser ponderado e consignado que, em julgados do dia 29 de novembro de 2017, o plenário do STF, no âmbito das ADIs 3406 e 3470, ambas do Rio de Janeiro, passou a acolher a Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade, passando a prevalecer, a partir daí, o seguinte entendimento: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão passa a possuir efeito vinculante e ‘erga omnes’, e o STF apenas comunica a decisão ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade ao que foi decidido. Segue um extrato da matéria:

“**ADI: amianto e efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade**

O Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, julgou improcedentes pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. O referido diploma legal proíbe a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da Federação e prevê a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham. A Corte declarou, também, por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º (1) da Lei federal nº 9.055/1995, com efeito vinculante e “erga omnes”. O dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP [rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 24.8.2017]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>> Acesso em: 20 jan. 2018.

10 “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

11 “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Feita a advertência, como ficou claro na exposição sobre o histórico da Lei 13491/2017, as discussões que ensejaram a redação final da lei tiveram por escopo, apenas, determinar a competência da Justiça Militar da União para o julgamento de crimes dolosos contra a vida de civil perpetrados por militares federais das forças armadas, nas situações previstas no artigo 9º, § 2º, do Código Penal Militar, principalmente em casos de realização de policiamento ostensivo, por determinação do Presidente da República ou do Ministro da Defesa, em atividade de apoio às polícias, principalmente a militar.

E, sobre isso, já no tópico anterior, foi dito que a lei criou uma duplicidade de situações, de tal forma que se a prática do crime doloso contra a vida for perpetrada por policial militar estadual contra civil nas situações previstas no artigo 9º, do Código Penal Militar, a competência para julgamento será da justiça comum, do Tribunal do Júri, como, aliás, previsto constitucionalmente, por força da Emenda Constitucional 45, de 2005. Caso, todavia, nas situações previstas no próprio artigo 9º, do CPM, com a redação que lhe foi atribuída pela nova lei, o crime doloso contra a vida de civil for praticado por militar federal contra civil, a competência será do juízo militar da União.

Em relação ao tema, embora o legislador tenha privilegiado a expressão Tribunal do Júri na nova redação do artigo 9º, § 1º, do CPM, preterindo a expressão justiça comum, não se pretendeu, com isso, afirmar a necessidade de criação, no âmbito da justiça militar da União, de um Tribunal do Júri para o julgamento dos militares federais em caso de crimes dolosos contra a vida de civis; isso porque, em verdade, se assim o fizesse, a lei estaria invadindo matéria afeta à Constituição Federal que dispõe sobre os Tribunais e juízes militares nos artigos 122 a 124¹². Ademais, conhecida já é, no Brasil, a atecnia do legislador, ainda mais porque, no caso das discussões que envolveram o Projeto 5768/2016, a primeira redação imprimida a ele valia-se da expressão justiça comum, o que foi modificado apenas para fins de redação final.

Todavia, foi com relação à nova redação dada pela Lei 13.491/2017 ao artigo 9º, II, do CPM que recaíram a grande maioria das consequências penais e processuais penais cujas discussões, no entanto, ainda se encontram bastante incipientes.

Inicialmente, cumpre dizer que a redação anterior do artigo 9º, II, do CPM, era a seguinte:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

[...]

II- os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: [...]

Vê-se, pois, que a lei deixava claro tratar-se de crimes militares, apenas, aqueles previstos no Código Penal Militar, ainda que houvesse, quanto a eles, igual definição no Código Penal ou em leis penais extravagantes,

12 Sobre a questão, e refutando a ideia de que a Lei 13491/2013 teria tido escopo de criar a instituição do Juri na Justiça Militar da União, Vladimir Aras (2017, *online*), em artigo recém publicado, afirma: “Para superar a objeção de ofensa ao art. 5º, XXXVIII, da CF, tem-se dito que os julgamentos de militares das Três Armas que matem civis poderiam ser realizados por um júri composto por civis presidido por um juiz-auditor militar na própria JMU. A tribuna da acusação seria ocupada por um promotor militar, isto é, por um membro do Ministério Público Militar (MPM).

Essa tese chegou a ser aventada no STM pelo ministro José Barroso Filho, no caso do Complexo da Maré no Rio de Janeiro, de 2014, quando um fuzileiro naval matou um traficante (civil). Foi estabelecida pelo STM a competência da JMU para o julgamento dessa ação penal, mas o ministro José Barroso acabou vencido no que tange a esse júri civil na JMU:

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar, bem assim a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de ser constitucional o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de militar em serviço pela Justiça Castrense da União, sem a submissão destes crimes ao Tribunal do Júri, nos termos do art. 9º, III, “d”, do CPM. Unanimidade. (STM, Pleno, rel. Min. José Coelho Ferreira, Apelação 000254-78.2013.7.01.0201/RJ, j. em 21/06/2016).

Ao que tenho conhecimento, tal tese foi trazida, pela primeira vez, a lume em 1990 pelo então subprocurador-Geral da República Cláudio Fonteles, em parecer apresentado ao STF no RE 122.706/RJ. Naquela ocasião, a Corte decidiu que ‘A Justiça Militar não comporta a inclusão, na sua estrutura, de um júri, para o fim de julgar os crimes dolosos contra a vida. C.F./67, art. 127; art. 153, par-18. C.F./88, art. 5., XXXVIII; art. 124, parag. único. III. RE não conhecido’. ARAS, Vladimir. *As novas competências da justiça militar após a Lei 13491/2017*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2017/10/18/as-novas-competencias-da-justica-militar-apos-a-lei-13-4912017/>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

desde que presentes as hipóteses que o próprio inciso exigia para que a infração penal pudesse ser considerada militar.

A nova redação do inciso, a partir da Lei 13.491/2017, passou a considerar crimes militares, nas situações descritas no inciso, os crimes previstos no Código Penal Militar e aqueles previstos na legislação penal. Ou seja, a nova lei aumentou, em grande parte, o número de crimes militares previstos na legislação pátria, dentre os quais, destacados pela incidência maior, a tortura e o abuso de autoridade, não considerados militares até então, ainda que praticados nas situações previstas no inciso II do artigo 9º, do CPM, uma vez que se encontram tipificados em leis extravagantes. Pela redação da nova lei, qualquer crime previsto na legislação brasileira poderá se tornar militar, inclusive os hediondos, desde que o militar, nas situações do artigo 9º, II, do CPM, pratique crime previsto como tal na Lei 8072/90, sem o necessário correspondente no CPM, já que, caso existente o correspondente, prevalecerá o delito previsto no CPM, não hediondo porquanto não prevista essa possibilidade na Lei 8072/90¹³. Imperioso destacar que, em se tratando de crimes já previstos no CPM, o princípio da especialidade deverá nortear a aplicação destes e não de eventuais correspondentes em qualquer outra legislação. Contudo, quando o crime a ser julgado tiver previsão fora do Código Penal Militar, a aplicação da lei penal deverá ocorrer na íntegra, o que poderá culminar em aplicação de sanções não previstas no CPM, a exemplo da pena de multa. Vedada é, contudo, a combinação das leis, pena de invasão de atribuição do Poder Legislativo, como, aliás, já ponderou o próprio STF ao rechaçar a possibilidade da chamada *lex tertia*¹⁴.

De outro lado, não se pode olvidar que a transação penal e a suspensão condicional do processo passam a ser cabíveis em caso de delitos, outrora não militares, mesmo que perpetrados em serviço por militar, tais como o abuso de autoridade e a tortura, desde que os fatos tenham sido perpetrados antes do advento da Lei 13.491/2013. Isso porque, até então, como tais crimes eram julgados perante o juízo comum, não havia a incidência do disposto no artigo 90-A, da Lei 9099/95, que, expressamente, veda a aplicabilidade dos institutos despenalizadores no juízo militar. O pensamento contrário geraria a aplicação da lei penal mais gravosa a fatos anteriores a ela, o que é inconcebível.

Outrossim, a vedação à prescrição retroativa analisada em momento anterior à denúncia ou queixa que foi implementada a partir da Lei 12.234/2010 não é prevista para os crimes previstos no CPM, posto que não atingido este pela Lei em comento. De igual forma, conforme redação ainda vigente do artigo 125, VII do CPM, o prazo prescricional para crimes punidos com pena corporal máxima inferior a 1 (um) ano, é de 2 (dois) anos e não 3 (três), posto que o CPM não foi atingido pela Lei 12.234/2010. Esta também alterou o prazo prescricional mínimo da pena corporal no Código Penal, de 2 (dois) para 3 (três) anos. Assim, diante da lei mais benéfica, o militar processado por ato perpetrado antes do advento da Lei 13.491/2017 pela prática de abuso de autoridade, cuja pena corporal máxima é inferior a 1 (um) ano, deverá ser beneficiado pela prescrição retroativa, ainda que analisada antes da denúncia, e, seja ela qual for a espécie de prescrição, esta ocorrerá em 2 (dois) anos, dada a aplicação da lei penal mais benéfica.

Todavia, se as repercussões penais supra analisadas dão evidente contorno material à Lei 13.491/2017, o fato de o diploma legislativo ter aumentado o rol de crimes militares dá a ele, também, evidente natureza

13 A respeito: “Para que o militar cometa um dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8072/90 deve incidir uma das hipóteses previstas no inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, sendo mais comum a hipótese do crime ser cometido em serviço ou em razão da função. Destaca-se que os únicos fatos típicos previstos na Lei de Crimes Hediondos e que não encontram igual previsão no Código Penal Militar é o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º do Código Penal) e a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei 10826/03). O segundo com o advento da Lei 13497, de 26 de outubro de 2017, que alterou o parágrafo único do art. 1º da Lei 8072/90. Logo, somente esses crimes podem considerados crimes militares hediondos, na medida em que os demais crimes, se cometidos de forma que venham a se configurar crime militar, serão tipificados no Código Penal Militar, face ao princípio da especialidade, o que afastará a natureza hedionda”. FOUREAU, Rodrigo. *A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da justiça militar*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61251/a-lei-13-491-17-e-a-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

14 STF: RE 600817 MS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão plenária. J. 7 nov. 2013.

processual, por ampliar a competência do juízo militar. Assim, a lei acolhe previsões de cunho material e processual, sendo, por isso, híbrida. E, se assim o é, a quem competiria o julgamento de crimes cometidos por militares, antes do advento da Lei 13.491/2017, e que não se encontravam previstos no CPM, caso, como dito, dos crimes de tortura e abuso de autoridade, dentre outros? Juízo comum ou juízo militar?¹⁵

A resposta, inobstante posicionamento divergente¹⁶, é a de que a competência deverá ser do juízo militar estadual por duas razões. A primeira, em razão do aspecto processual do *tempus regit actum*, que não requer limitação de ordem material posto que os benefícios ou malefícios da nova lei podem ser analisados no juízo militar. Trata-se da aplicação de previsões legais já contidas no artigo 5º do Código de Processo Penal Militar¹⁷ e no artigo 2º do Código de Processo Penal¹⁸. A segunda, por se tratar de situação em que envolvida competência material-constitucional da justiça militar, de ordem absoluta, que não comporta prorrogação, mesmo porque

em relação à natureza do crime militar, a Constituição Federal é taxativa e não abre exceção. Logo, é possível aplicar a lei penal mais benéfica na Justiça Militar, mas não é possível julgar crime militar pela justiça comum. Ademais, na hipótese de se entender que cada caso deve ser analisado antes de se remeter à Justiça Militar, aplicando-se a lei penal mais benéfica na Justiça Comum, haverá enorme insegurança jurídica, na medida em que poderá haver inúmeras decisões judiciais antagônicas, sobre o mesmo tem, pois a análise da lei penal mais benéfica demanda a análise de uma série de institutos penais, podendo a lei penal ser mais benéfica em um ponto e prejudicial em outro.¹⁹

Não se trata, pois, de situação tal capaz de ser resolvida conforme o caso. Envolvidas estão diversas consequências e regência constitucional apta à resolução da questão.

Vê-se, pois, que inúmeras foram as consequências advindas da edição da Lei 13.491/2017, em nosso ordenamento, o que deveria ter ensejado discussões de maior envergadura no âmbito do Parlamento, o que, todavia, não ocorreu. De outro lado, aspectos de atribuíbilidade de competências maiores à justiça militar têm sido alvo de incessantes ataques, principalmente no que diz respeito à constitucionalidade e à inconveniência da Lei, o que será objeto de tratativa doravante, em prol do primado dos direitos humanos.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE E A INCONVENIÊNCIA DA LEI 13.491/2017 À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Sem embargo, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu preconizam a restrição de competência da Justiça Militar às situações em que ocorra atividade tipicamente militar, destacando a sua excepcionalidade.

Por conseguinte, a nova redação conferida ao inciso II, artigo 9º do Código Penal Militar (CPM), contraria diametralmente as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, além de criar prerrogativa de foro sem previsão constitucional. É o que se demonstra a seguir.

15 No Brasil, apenas os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul possuem Tribunais Militares constituídos.

16 Fernando Galvão, por exemplo, sustenta que, no caso da Lei 13491/2017, “o efeito processual somente se apresenta quando há a caracterização do crime militar. O efeito processual depende da concretização do aspecto material da norma” GALVÃO, Fernando. *Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento de inquiridos e processos em curso na justiça comum para a justiça militar*. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-cursonaJusti%C3%A7aComum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar>>. Acesso em: 21 jan. 2018. Assim, o referido jurista entende que o deslocamento da competência deverá acompanhar a repercussão penal do fato. Caso incida disposições do CPM, porquanto mais favorável ao autor do fato, juízo militar, caso contrário, juízo comum.

17 “As normas deste Código aplicar-se-ão a partir da sua vigência, inclusive nos processos pendentes, ressalvados os casos previstos no art. 711, e sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

18 “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

19 FOUREAUX, Rodrigo. *A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da justiça militar*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61251/a-lei-13-491-17-e-a-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

4.1 Da violação a tratados e convenções internacionais de direitos humanos

O entendimento de restrição da jurisdição militar é sustentado por prescrições constantes na Declaração Universal de Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica —, e na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, em especial as prescrições que garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais.

Com efeito, em observância aos tratados e convenções acima mencionados, a Emenda Constitucional nº 45/2004, objetivando a concretização da eficácia universal dos direitos humanos, alterou o artigo 5º da Constituição Federal, estatuinto, em seu parágrafo terceiro, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Além disso, restou determinado no § 4º que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Nessa toada, em 2008, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que os tratados e convenções incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda que antes da vigência da referida Emenda Constitucional e, portanto, mesmo que não aprovados pelo Congresso Nacional, possuem *status* supralegal:

[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de ‘supralegalidade’ aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de ‘supralegalidade’. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. [...] O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.²⁰

Como se observa, a partir do RE 466343 reconheceu-se que os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos são hierarquicamente superiores às leis, as quais lhe devem submissão. Em decorrência lógica, a Lei nº 13.491/91, ao expandir a competência da Justiça Militar, opôs-se aos sobreditos tratados e convenções, mostrando-se, portanto, inconstitucional.

Não se pode olvidar que, desde a promulgação da Constituição da República, tanto a produção legislativa quanto a interpretação dos tribunais superiores têm sido no sentido de reconhecer o caráter não militar de crimes praticados por militares em serviço, a fim de garantir, inclusive, que o cidadão vítima de violência policial possa ter o caso apreciado pela Justiça Comum, *ex vi* da construção jurisprudencial que precedeu a edição da Súmula 172 do Superior Tribunal de Justiça²¹.

No âmbito internacional, existem vários precedentes na Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido contrário à expansão da justiça militar, dentre os quais se destacam os seguintes:

Caso DURANTE Y UGARTE VS. PERÚ

117. En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* (Processo n. 466343). Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em: 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2EESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ap5fko8>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

21 “Compete à justiça comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.²²

Caso RADILLA PACHECO VS. MÉXICO

272. El Tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente¹¹ ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. [...] 274. En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal, debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.²³

Caso NADEGE DORZEMA Y OTROS VS. REPUBLICA DOMINICANA

187. En un Estado democrático de derecho, la justicia penal militar ha de ser restrictiva y excepcional de manera que se aplique únicamente en la protección de bienes jurídicos especiales, de carácter castrense, y que hayan sido vulnerados por miembros de las fuerzas militares en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, es jurisprudencia constante de esta Corte que la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. Esta conclusión se aplica a todas las violaciones de derechos humanos. 188. Esta jurisprudencia constante de la Corte también ha señalado que la jurisdicción militar no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad establecidos en la Convención. En particular, la Corte ha advertido que cuando los funcionarios de la jurisdicción penal militar que tienen a su cargo la investigación de los hechos son miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, no están en condiciones de rendir un dictamen independiente e imparcial.

189. De igual forma, la Corte ha establecido que los recursos ante el fuero militar no son efectivos para resolver casos de graves violaciones a los derechos humanos y mucho menos para establecer la verdad, juzgar a los responsables y reparar a las víctimas, puesto que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que por diversas circunstancias resulten ilusorios, como cuando existe una carencia de independencia e imparcialidad del órgano judicial.²⁴

No caso Gomes Lund²⁵, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a abster-se de empregar a jurisdição castrense para investigar e julgar militares por crimes cometidos contra civis.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos deixou claro, portanto, que a competência da jurisdição castrense deve restringir-se aos crimes de caráter exclusivamente militares.

Todavía, como se pode observar, a Lei nº 13.491/17 deslocou a competência do juiz natural, independente e imparcial, para uma jurisdição cujas autoridades estão vinculadas ao comando militar e, portanto,

22 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ficha técnica: Durand y Ugarte Vs. Peru*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=198&lang=es>. Acesso em: 20 dez. 2017.

23 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ficha técnica: Radilla Pacheco Vs. México*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=360>. Acesso em: 20 dez. 2017.

24 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ficha técnica: Nadege Zormena y outor Vs. República Dominicana*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=226&lang=es>. Acesso em: 20 dez. 2017.

25 CASO GOMES LUND Y OTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL - (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) CrIDH. Disponível em: <<http://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/3035>> Acesso em 28 dez. 2017.

submetidas à hierarquia que caracteriza a Corporação.

Sob a égide constitucional e dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em um Estado Democrático de Direito, não é crível admitir que a justiça ordinária tenha sua competência esvaziada em prol da ampliação da competência castrense, o que se repudia, inclusive, em relação à subtração da competência constitucional do Tribunal do Júri para julgamentos de crimes dolosos contra a vida, ainda que perpetrados em atividade de policiamento ostensivo por militares das forças armadas²⁶. Sobre o assunto, a OEA manifestou preocupação, assim o fazendo da seguinte forma:

O Escritório para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) expressam profunda preocupação com a recente aprovação pelo Congresso brasileiro de um projeto de lei (PL 44/2016) que altera o Código Penal Militar para que homicídios dolosos de civis cometidos por agentes das Forças Armadas sejam julgados por tribunais militares.

O ACNUDH e a CIDH têm argumentado há muitos anos que a investigação e o julgamento por tribunais militares de denúncias de violações de direitos humanos cometidas por militares, especialmente por supostas violações contra civis, impedem a possibilidade de uma investigação independente e imparcial realizada por autoridades judiciais não vinculadas à hierarquia de comando das próprias forças de segurança.

Os dois órgãos recordam que o Estado brasileiro ratificou vários instrumentos internacionais de direitos humanos que garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

‘A justiça militar deve apenas julgar militares acusados de crimes de caráter exclusivamente militar ou infrações de disciplina militar’, expressou o Representante para América do Sul do ACNUDH, Amerigo Incalcaterra. ‘A ampliação da jurisdição dos tribunais militares representa um grave obstáculo para um julgamento justo e imparcial, fere o princípio da igualdade perante a lei e relativiza as garantias do devido processo legal e também as normas internacionais de direitos humanos’.²⁷

Há, pois, destacada violação a direitos humanos, mormente em face da ampliação de competência que já deve ser tratada como excepcional.

4.2. Da criação de foro privilegiado

Dentre as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal, o constituinte não conferiu ao Policial Militar tal prerrogativa. Todavia, ao arripio da Constituição Republicana, a Lei nº 13.491/17 estabeleceu foro privilegiado para todos os militares, ferindo de morte o princípio da igualdade perante a lei, ao mesmo tempo em que relativizou as normas internacionais de direitos humanos.

26 Destacam-se, nesse sentido, as palavras do Deputado Ivan Valente, quando das discussões que ensejaram a aprovação com urgência do projeto na Câmara dos Deputados: “Nós tínhamos um acordo, e o acordo era sensato, porque esta proposta vem em cima da seguinte situação: há as Olimpíadas; há a situação de calamidade pública no Rio; e, agora, como disse o Deputado Chico Alencar, há uma legislação de calamidade. Nós estamos correndo atrás do prejuízo. O projeto apareceu ontem. E votaremos a urgência, votaremos o projeto para quê? Este é apenas um aspecto: retirar da Justiça Comum a competência de analisar o crime doloso contra a vida praticado em ação militar – hoje, ele é analisado pelo Tribunal do Júri – e passar para o Tribunal Militar. Na verdade, o que se está fazendo aqui é uma exceção. Está se concedendo uma espécie de licença para matar. Vejam: o agente público em ação está no estrito cumprimento do dever legal dele. Se ele tiver que fazer um enfrentamento e alguém morrer, ele vai dizer: ‘Estou no meu estrito dever’. Agora, se o ato for doloso, continua sendo assassinato. Então, por que ele vai ser julgado pela corporação? A segunda questão é: as Forças Armadas já foram utilizadas várias vezes. Vejam como foi a ocupação das favelas na Rio 92, e depois, na Eco 92! As Forças Armadas estão indo para a rua direto. Por que só agora se levantou essa questão? Não há por quê. Portanto, a colocação que o Partido Socialismo e Liberdade quer fazer é a seguinte: este é um projeto de exceção, e não vale a pena.” BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020160707001120000.PDF#page=178>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

27 ONU Direitos Humanos e CIDH rechaçam de forma categórica o projeto de lei que amplia jurisdição de tribunais militares no Brasil. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/160.asp>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

A fortiori, a prerrogativa de foro criada pela Lei nº 13.491/2017 passa a garantir aos militares um julgamento especial e particular quando figuram como parte em processos criminais. Essa situação atenta contra a igualdade estabelecida entre os servidores que atuam perante órgãos de segurança pública.

À guisa de exemplo, de acordo com a nova dicção que a lei em tela trouxe para o CPM, o policial civil e o policial militar que incorrerem em um mesmo crime previsto em lei penal extravagante serão processados e julgados por jurisdições diferentes, o que gera absurda discriminação, inclusive com possibilidade de, por exemplo, pela prática de um mesmo crime de abuso de autoridade, a prescrição ocorrer em menor prazo para um militar (artigo 125, VII, CPM) do que em relação ao policial civil (artigo 109, VI, do CP).

Inaugura-se, assim, tratamento desigual para situações iguais, desvirtuando o próprio conceito de justiça em qualquer de suas acepções, desde muito tratadas por Kelsen²⁸.

Abre-se neste artigo um parêntese para ressaltar que as leis penais extravagantes possuem um bem jurídico específico que, via de regra, perpassa por direitos e garantias fundamentais, sujeitando-se, portanto, às disposições da parte geral do Código Penal comum e à Justiça Comum. A modificação empreendida pela Lei 13.491/2017 atenta, portanto, contra a própria teoria do bem jurídico, uma vez que submete à jurisdição militar crimes que em nada atentam contra o caráter e a disciplina militar, estes sim justificadores da jurisdição constitucional especializada. Afinal,

é o critério do bem jurídico tutelado, em que se sustenta todo o modelo normativo incriminador de um estado Democrático de Direito, que tem, como expresso no inciso III do artigo 1º de nossa Constituição Federal, na dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos, subsistindo, ao fundo de toda norma penal, por esta exigência constitucional, a proteção de um bem jurídico determinado como objeto concretamente apreensível, e este critério do bem jurídico tutelado que, na ausência de parâmetros expressos na Constituição Federal para a definição da natureza militar da infração penal deverá presidir a interpretação das regras infraconstitucionais que definem tal natureza, assim se obedecendo à excepcionalidade da atuação dos órgãos da Justiça Militar, constitucionalmente estabelecida como uma Justiça especial, a que dada competência tão-somente para processar e julgar os crimes militares.²⁹

E, com a própria Karan:

A instituição de uma tal Justiça só poderá se justificar pelo fato da reconhecida natureza especial da infração penal, configurada pelos fatos em que se funda a pretensão punitiva, requerer, no entender do constituinte, a atuação de órgãos jurisdicionais especiais. Naturalmente, a lei ordinária só pode atribuir competência à Justiça Militar quando aquela estabelecida natureza especial da infração penal se traduzir em condutas que envolvam violação de dever militar ou afetação direta de bens jurídicos de que sejam titulares as Forças Armadas, na primeira hipótese, de todo modo, igualmente se verificando afetação, ainda que indireta, de tais bens jurídicos.³⁰

Há, portanto, também sob a ótica do bem jurídico tutelado, afronta ao texto constitucional ainda que, a despeito de este relegar à norma infraconstitucional os critérios de fixação da competência da Justiça Castrense, não é qualquer crime que pode a ela ser submetido, senão o crime militar, mesmo porque, no magistério de Afrânio Silva Jardim,

[...] quando o artigo 124 da Constituição Federal dispõe caber à Justiça Militar ‘processar e julgar os crimes militares definidos em lei’, não está outorgando ao legislador ordinário ‘carta branca’ para dispor arbitrariamente sobre o que seja crime militar. Aliás, o legislador ordinário sempre encontrará limites nas regras e princípios constitucionais.³¹

Como se não bastasse o acima ponderado, também não se pode olvidar que a Lei 13.491/2017 revela inconstitucionalidade também sob a ótica formal. É o que adverte Foureaux, na medida em que houve violação

28 Conferir: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2003.

29 KARAN, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

30 KARAN, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

31 JARDIM, Afrânio Silva. *O conceito de crime militar e a nova lei*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/afrafranojardim/posts/888356001313693>> Acesso em: 20 jan. 2018.

a pressuposto objetivo do ato por não ter sido o diploma sancionado devidamente discutido no Congresso Nacional, “com a aprovação cega da lei, em razão de vício na vontade do parlamentar, por total desconhecimento da lei aprovada”.³² É, de fato, o que ressei das discussões que antecederam a aprovação do projeto na Câmara dos Deputados, que previa uma situação temporária e que foi debatido única e exclusivamente a respeito da competência do juízo militar da União para julgar crime doloso contra a vida perpetrado por militares das forças armadas em atividade de policiamento ostensivo. Nesse sentido destacam-se as palavras do Deputado Júlio Lopes, que assim se manifestou após a aprovação do regime de urgência para a votação do projeto:

Essa é uma situação transitória, em função da realização, no Rio de Janeiro, das Olimpíadas e dos Jogos Paraolímpicos e do maior deslocamento militar já feito no Brasil. Deslocar-se-ão para o Rio de Janeiro, Deputado Miro Teixeira, 23 mil homens das forças militares brasileiras. Essa excepcionalidade se dará até o dia 31 de dezembro de 2016, para que os militares possam exercer suas funções, dentre suas prerrogativas, na garantia da Justiça Militar. Assim foi acordado e acertado entre as Lideranças da Câmara e as lideranças militares, a pedido de S.Exa. o Presidente da República, a fim de se proteger não só o povo do Rio de Janeiro e aqueles que nos visitam, mas também as Olimpíadas, o patrimônio que foi construído, que ficará como legado do nosso País.³³

Todavia, este também foi o tom das discussões quanto à natureza temporária da Lei que se propunha, nas palavras do Deputado Alberto Fraga:

Quanto à situação de eventualidade das Forças Armadas, já que é dentro de certo período de tempo, nós poderemos até aceitar as condicionantes que estão sendo colocadas nesse projeto de lei. **Mas, se isso fosse permanente, evidentemente eu discordaria.** (grifo nosso).³⁴

Vê-se, pois, que o projeto tinha em vista a criação de uma lei temporária, a qual, no entanto, por veto presidencial à temporalidade³⁵, acabou por dar contornos de definitividade, gerando consequências de grande vulto, tanto nos aspectos materiais como processuais e, no que é pior, com marcas evidentes de inconstitucionalidade e inconveniência por ferir, de forma clara, direitos humanos assentados, constitucionalmente e em tratados internacionais, assinados pelo Brasil. Isso para não se falar na atitude legislativa do Presidente da República, o mesmo que, como dito,³⁶ agiu como Chefe do Poder Executivo, surripiando a função parlamentar que outrora defendeu.

5. O CAMINHAR PARA TRÁS

O exemplo da sanção da Lei 13.491/2017 demonstra que, não obstante a criação legislativa do Congresso Nacional, andamos para trás em matéria de segurança pública.

É fato que os contornos dados à novel lei tiveram como propósito aumentar a sensação de segurança quando insuficiente, por razões diversas, o contingente policial capaz de proporcionar o desejado “suporte” à população. Havia, portanto, uma intenção clara de formulação de política pública na área de segurança.

Tal fato pode ser constatado pela justificativa atribuída ao projeto que culminou na edição da lei, e que já destacava, em flagrante aceitação ao caos proporcionado pela ausência de políticas públicas condizentes com a prevenção à criminalidade, o seguinte:

32 FOUREAUX, Rodrigo. *A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da justiça militar*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61251/a-lei-13-491-17-e-a-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

33 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020160707001120000.PDF#page=178>>. Acesso em: 10 jan. 2018

34 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020160707001120000.PDF#page=178>>. Acesso em: 10 jan. 2018

35 Ver nota 6.

36 Ver texto correspondente à nota 8.

Cumpra ressaltar que as Forças Armadas encontram-se, cada vez mais, presentes no cenário nacional atuando junto à sociedade, sobretudo em operações de garantia da lei e da ordem. Acerca de tal papel, vale citar algumas atuações mais recentes, tais como, a ocorrida na ocasião da greve da Polícia Militar da Bahia, na qual os militares das Forças Armadas fizeram o papel da polícia militar daquele Estado; a ocupação do Morro do Alemão, no Estado do Rio de Janeiro, em que as Forças Armadas se fizeram presentes por longos meses; e, por fim, a atuação no Complexo da Maré, que teve início em abril de 2014. Dessa forma, estando cada vez mais recorrente a atuação do militar em tais operações, nas quais, inclusive, ele se encontra mais exposto à prática da conduta delituosa em questão, nada mais correto do que buscar-se deixar de forma clarividente o seu amparo no projeto de lei.³⁷

O quadro, a julgar pela justificativa apresentada, consolida-se como uma realidade que a comunidade política brasileira parece querer perpetuar. Afinal, mais cômodas e mais baratas são as políticas públicas repressivas, que não levam em conta investimentos prognósticos voltados para uma educação cidadã, o que nos faz lembrar as célebres palavras de Thomas Kuhn no sentido de que uma comunidade “[...] ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poderemos considerar como dotados de uma solução possível”³⁸. E o que não dizer das palavras da Ministra Carmen Lúcia, proferidas por ocasião da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Conseps): “um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria amada.”³⁹

O que se viu com a edição da Lei 13.491/2017, a par de todos os vícios e consequências acima analisadas, foi que a suposta “resolução” de questão voltada para política pública foi resolvida com lei que estabeleceu, de forma inadequada, políticas criminais⁴⁰ ao incrementar, em muito, o número de infrações penais de natureza militar, ignorando, por completo, a Teoria do Bem Jurídico e a tutela nacional e internacional dos direitos humanos. Eufemisticamente falando, a confusão entre política pública e política criminal ficou à margem das discussões travadas no Congresso Nacional, o que culminou em obra legislativa que uma vez mais exemplifica o caos vivido no Brasil com políticas inadequadas de segurança pública.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A edição da Lei 13.491/2017, cujas discussões nas Casas Legislativas tinham em vista a fixação do foro da Justiça Militar da União para o julgamento de militares federais quando da ocorrência de crimes dolosos contra a vida em atividade de policiamento ostensivo, acabou por ampliar, em muito, o rol de crimes militares sem que, todavia, houvesse uma necessária correspondência entre o bem jurídico tutelado, não necessariamente de interesse militar, com a própria natureza da infração, que, nas situações previstas no artigo 9º do Código Penal Militar, passa a compor o rol de crimes militares.

37 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. de 2016*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B7601D3A307F5D8ACA81780EF865B55.proposicoesWebExterno2?codteor=1474872&filena me=PL+5768/2016>. Acesso em: 10 jan. 2018.

38 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 60.

39 CNJ. *Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>> Acesso em: 20 jan. 2018.

40 Na definição de Zaffaroni e Pierangeli, “[...] a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores já eleitos”. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1. p. 117. Exemplo de boas práticas concernentes à política criminal pode ser observado quanto às modificações dogmáticas empreendidas na aplicação do direito penal para a tutela de bens jurídicos de natureza difusa, a exemplo do meio ambiente, com a possibilidade, inclusive, de aplicação de sanções penais à pessoa jurídica. Acerca do assunto, conferir: RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; THOMÉ, Romeu. La protezione penale dell’ambiente come diritto umano costituzionale. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 33-71, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1014/538>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

Na contramão de Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário, ignorou-se, por completo, a necessária restrição da competência da justiça castrense em prejuízo da persecução de crimes que condizem, muitas vezes, com a dignidade da pessoa humana e que, portanto, estão afetas ao juízo comum.

A reboque, a Lei trouxe consequências de ordem penal e processual penal de grande envergadura e que por certo terão nos tribunais embates acirrados, inclusive, acerca da ausência de discussões parlamentares sobre essas consequências. Buscou-se, afinal, a “resolução” rápida e açodada a problema que diz respeito às atividades, cada vez mais corriqueiras, de policiamento ostensivo por parte das forças armadas, seja em substituição ou em reforço às atividades cotidianas de polícia de rua.

O produto, a Lei 13.491/2017, encontra-se em vigor como exemplo de clara confusão estabelecida entre política pública e política criminal, e demonstra, uma vez mais, o despreparo político para o trato de questões voltadas às atividades de segurança pública preventiva.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil*. Disponível em: <<http://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/3035>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

ARAS, Vladimir. *As novas competências da justiça militar após a Lei 13491/2017*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2017/10/18/as-novas-competencias-da-justica-militar-apos-a-lei-13-4912017/>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.768-A de 2016*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1475302&filename=REDACAO+FINAL++PL+5768/2016>. Acesso em: 8 jan. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei n. 13.491 de 13 de outubro de 2017*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13491-13-outubro-2017-785566-veto-153950-pl.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020160707001120000.PDF#page=178>>. Acesso em: 10 jan. 2018

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. de 2016*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B7601D3A307F5D8ACA81780EF865B55.proposicoesWebExterno2?codteor=1474872&filename=PL+5768/2016>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Carmen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais que estudante no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* (Processo n. 600817). Relator: Ministro Ricardo

Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgado em: 7 nov. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026454>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* (Processo n. 466343). Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em: 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ap5fko8>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ficha técnica: Durand y Ugarte Vs. Peru*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=198&lang=es>. Acesso em: 20 dez. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ficha técnica: Radilla Pacheco Vs. México*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=360>. Acesso em: 20 dez. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ficha técnica: Nadege Zormena y outor Vs. República Dominicana*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=226&lang=es>. Acesso em: 20 dez. 2017.

FOUREAUX, Rodrigo. *A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da justiça militar*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61251/a-lei-13-491-17-e-a-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

GALVÃO, Fernando. *Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento de inquéritos e processos em curso na justiça comum para a justiça militar*. Disponível em: <<https://www.observatorio-dajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-cursonaJusti%C3%A7aComum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconvenional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/academia-policial-ampliacao-competencia-crimes-militares-inconstitucional>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. *O conceito de crime militar e a nova lei*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/afraniojardim/posts/888356001313693>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

KARAN, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2003.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

NACIONES UNIDAS. *Derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/160.asp>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; THOMÉ, Romeu. *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano costituzionale*. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 33-71, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1014/538>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Atendimento integral à vítima:
a segurança pública como direito
fundamental

Integral assistance to the victim:
public safety as a fundamental
right

Waléria Demoner Rossoni

Henrique Geaquinto Herkenhoff

Atendimento integral à vítima: a segurança pública como direito fundamental*

Integral assistance to the victim: public safety as a fundamental right

Waléria Demoner Rossoni**

Henrique Geaquinto Herkenhoff***

RESUMO

Independentemente da obrigação de reparação civil, o Estado deve assumir responsabilidade não apenas jurídica, mas social e política pela assistência integral à vítima da prática criminosa. Objetiva-se, então, por meio da análise da literatura específica, compreender os limites entre o direito subjetivo do cidadão à assistência à saúde e a responsabilidade do Estado perante as vítimas da violência criminosa. Quanto ao método, realizou-se uma pesquisa exploratória mediante o levantamento de bibliografia e descritiva das características da questão da violência urbana, da insuficiência do Estado e da necessidade de proteção da vítima. Isso porque, diante da impossibilidade eventual de impedir o ato criminoso, aperfeiçoar o atendimento da vítima nas repartições policiais, encaminhá-la precocemente a outros serviços públicos e dispensar-lhe atenção psicossocial e sanitária são ações e políticas públicas de segurança, na medida em que podem reduzir as consequências da violência sofrida, a exemplo do que, embora lenta e timidamente, já vem sendo feito em relação às vítimas da violência doméstica. Afinal, reparar ou reduzir os danos decorrentes da ação criminosa pode ser tão ou mais eficiente que as tentativas de evitá-la. Trata-se de um novo viés da segurança pública, focada já não exclusivamente na pessoa do criminoso e sua punição, mas também na da vítima e sua reparação, reconhecendo que ela deve ser o principal “cliente” das instituições estatais. Conclui-se, assim, que a atenção psicossocial e sanitária à vítima não é tão somente uma política de saúde, mas também uma ação própria de segurança pública, na medida em que pode amenizar os resultados da violência sofrida, bem como reparar o prejuízo ao bem jurídico.

Palavras-chave: Políticas de segurança pública. Violência. Vítima. Assistência Integral.

ABSTRACT

Regardless of the civil reparation obligation, the state must take on not only legal but also social and political responsibility to totally assist criminal acts victims. Thus, the target is to understand the limits between the citizen's right to healthcare and the state's liability to victims of criminal violence. As to objectives, exploratory research was done by collecting bibliography

* Recebido em 05/06/2017
Aprovado em 25/07/2017

** Mestre em Segurança Pública (Universidade Vila Velha – UVV/ES). Doutoranda (aluna especial) em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdades Integradas de Vitória – FDV/ES). Professora do Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC. Advogada. Email: wademoner@hotmail.com

*** Doutor em Direito Civil (Universidade de São Paulo – USP). Professor da Graduação em Direito e do Mestrado Profissional em Segurança Pública (Universidade Vila Velha – UVV/ES). Ex-Procurador Regional da República. Ex-Desembargador Federal (TRF/3). Ex-Secretário de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Espírito Santo. Advogado. Email: henriquegh@terra.com.br

descriptive of urban violence, of the State's inadequacy and the need to protect the victim. Faced with the fortuitous impossibility to prevent criminal acts, perfecting the service to the victims in police departments, proactively referring them to other public services and giving them psychological, social and health assistance are actions and public policies designed to reduce the consequences of the suffered violence, as in such cases of domestic violence and abuse victims, even though they are still slow and shy. After all, restoring or reducing the damages related to the criminal action can be as efficient as, or even more efficient than, trying to prevent it. It is about a whole new spin on public safety, which does not focus exclusively on the criminal and their punishment, but also on the victim and their rectification, recognizing that the victim is the main 'client' of public institutions. Thus, in conclusion, psychological, social and sanitary care to the victim is not only a public health policy but also a public safety action so as to mitigate the results of the violent act as well as compensate for the damage that arises from crimes and other violent acts.

Keywords: Public safety policies. Violence. Victim. Integral assistance.

1. INTRODUÇÃO

Muito embora não seja propriamente um estudo jurídico, o presente artigo se inspira na aproximação de dois pontos controvertidos do Direito Administrativo, apontando os reflexos de um sobre o outro: de um lado, os limites do direito subjetivo do cidadão à assistência à saúde¹; de outro, os da responsabilidade do Estado perante as vítimas da violência criminosa.

Em primeiro momento, impõe-se descrever algumas concepções acerca da segurança pública como direito fundamental, de modo a revelar que se avulta injustificável que a vítima da violência não receba atendimento precoce ou posterior assistência integral. Na sequência o presente estudo discorre sobre a vítima no contexto da segurança pública, figura relegada a um papel insignificante e frequentemente esquecido no que concerne à política criminal, oportunidade em que se destaca que a vítima reclama a compreensão de que a prática criminosa representa, também, um conflito de natureza dialógica. Já no terceiro momento, serão abordados os dois principais serviços públicos de atendimentos às vítimas de violência. Será evidenciado de que modo esses serviços criam alternativas de prevenção da vitimização, atestando-se, ainda, a necessidade da atenção psicossocial e sanitária à vítima, inclusive mediante o fornecimento de medicamentos não incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME.

No ponto de vista metodológico, foi realizada uma pesquisa exploratória mediante o levantamento de bibliografia e descritiva das características da questão da violência urbana, da insuficiência do Estado e da necessidade de proteção da vítima, uma vez que esta não é acompanhada e assistida como deveria pelo sistema de justiça criminal brasileiro, apesar dos muitos e importantes avanços ocorridos ao longo das décadas, tanto nacionalmente, quanto internacionalmente.

Como não se ignora, tanto a doutrina² como o Poder Judiciário³, fundados no princípio da universalida-

1 MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, número especial, p. 310-329, 2015.

2 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 118. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29. ROCHA, Juan S. Yazlle. Sistema Único de Saúde: avaliação e perspectivas. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 03-10, 1994.

3 STF, RE 271286 AgR, relator ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/9/2000; STF - RE: 256327 RS, Relator: Moreira Alves, Data de Julgamento: 25/6/2002, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 13/9/2002; TJRJ, APL: 00405429720108190004 RJ 0040542-97.2010.8.19.0004, Relator: des. Rogerio de Oliveira Souza, Data de Julgamento: 1/8/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 30/10/2013; TJCE, Agravo n°. 0000756-16.2013.8.06.0000/50000, Relator Francisco Bezerra Cavalcante, 7ª Câmara Cível, DJe 16/4/2013; TJDF, Acórdão n.856491, 20120111733709APO, Relator: Mario-Zam Belmiro, Revisor: João Egmont, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/3/2015, Publicado no DJE: 24/3/2015; TJRS, Agravo de Instrumento n° 71005625272, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Rosane Ramos

de, vêm reconhecendo a saúde⁴ como um direito subjetivo de todos quantos residem no território nacional⁵, sendo numerosas as decisões determinando liminarmente o fornecimento de medicamentos⁶ de alto custo não RENAME⁷, assim como o oferecimento de vagas para internação, a execução de cirurgias etc., ainda que, ultimamente, se venha apontando a necessidade de evitar o comprometimento desordenado das verbas públicas⁸ em virtude da judicialização excessiva⁹.

Por outro lado, também é fartamente conhecido o fato de que tanto a doutrina como a jurisprudência firmaram o convencimento bastante conservador¹⁰ de que a segurança pública não seria um direito fundamental subjetivo, mas apenas um serviço público. Dessa maneira, o Poder Público, como regra, não é civilmente responsável pelos crimes cometidos em território nacional, com a relativa — e rara — exceção de alguns casos isolados¹¹ em que se reconheceu uma grave omissão, permanente e reiterada, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas.

Todavia, abandonando a estreita via da responsabilidade civil, em que o debate parece sepultado nos tribunais, vê-se adiante que o Estado não pode e não deve se afastar da responsabilidade política e social perante as vítimas da violência, e que as políticas de segurança pública não devem se resumir à prevenção e à punição dos crimes, visando, também, à redução de suas consequências.

Isso porque, muito embora o Estado não possa manter a polícia em todas as esquinas e não tenha, muitas vezes, como impedir o ato criminoso, a atenção psicossocial e sanitária à vítima, sim, será sempre possível, e também deve ser considerada uma ação de segurança pública com o fito de reduzir as consequências da violência sofrida. A presente discussão visa estabelecer parâmetros para uma política consciente de segurança pública que seja estendida a toda e qualquer vítima, e que tudo isso seja mais rápido e universal. De fato, o dever estatal de garantir segurança pública em níveis adequados e eficientes não é cumprido tão somente com regras legais e medidas administrativas repressivas, mas sim com a participação mais proativa do Estado¹²: independentemente de condenação ao pagamento de reparações pecuniárias, o Estado deve atentar para os danos causados injustamente à vítima, atualmente em posição de esquecimento pela política criminal¹³.

É preciso ainda mencionar, embora não seja o enfoque deste trabalho, os muitos teóricos¹⁴ das mais di-

de Oliveira Michels, julgado em 1/10/2015.

4 DORES, Camilla Japiassu. As bases da saúde lançadas pela Constituição Federal de 1988: um sistema de saúde para todos? *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 77-89, jan./jun. 2013.

5 MATIAS, João Luis Nogueira, MUNIZ, Águeda. O Poder Judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 99-116, jan./jun. 2015.

6 RICCI, Milena Mara da Silva. Direito à saúde: considerações a respeito do fornecimento de medicamentos pela via judicial. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 99-116, 2012.

7 Encontra-se suspenso o julgamento conjunto, em caráter repetitivo, dos Recursos Extraordinários 566471 e 657718, que tratam, respectivamente, do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na Anvisa (BRASIL, STF).

8 SILVA, Juvêncio Borges; LUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o conseqüente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 99-116, abr. 2017.

9 Recursos Extraordinários 566471 e 657718, com julgamento suspenso na data de elaboração deste artigo. *Vide também* DIAS, Maria Socorro de Araújo et al. Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 133-146, out. 2010.

10 NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 194.

11 Supremo Tribunal Federal. STA 223 AgR/PE. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Min. Celso de Mello. Data da decisão: 14 de abril de 2008. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1297938/BA, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Data da publicação: 17 de abril de 2013.

12 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30.

13 GARCÍA-PABLOS, Antônio de Molina. *La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal*. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 176.

14 BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. p. 130. ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva*. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. MEDAUAR, Odete. Jornada sobre Gestores Públicos e Responsabilidade Civil na Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 59, jan. 2004.

versas áreas do Direito Público, mas também de outros ramos do conhecimento, que propõem a reparação dos atos delitivos¹⁵ preferencialmente pelo autor do delito, como reação necessária e eficiente tanto para a prevenção da delinquência como para a redução de suas consequências. Para esses autores, em relação ao encarceramento do infrator, se, de um lado, pode trazer alguma sensação de justiça, por outro somente dificulta a reparação pelo próprio autor da lesão, que ademais tende a se sentir quite mediante o cumprimento da pena. Para esses teóricos, o Estado deveria promover a reparação pecuniária do crime e para alguns também a reparação moral¹⁶, não sob o fundamento de responsabilidade civil, mas a título de seguridade social.

Essa ideia não é nova: na verdade, encontra-se no cerne da maior parte dos sistemas legais primitivos, como o Código de Hamurabi, escrito cerca de 1780 anos antes do início da era cristã¹⁷. No mesmo sentido, estavam o Código de Ur-Nammu, as Leis de Eshnunna, o Código de Manu, o Pentateuco, a Lei das Doze Tábuas e o Alcorão e também no Império Inca, no Direito Talmúdico e no Direito Romano: em geral a vítima deveria procurar auxílio do ente estatal, que, independentemente do castigo eventualmente aplicável, buscaria a reparação junto ao autor do delito, à comunidade a que este pertencesse ou, em último caso, aos cofres públicos. Apenas no Direito Canônico, período compreendido entre o fim do século IX e o início do século XIII, a vítima deixou de ser um sujeito central do conflito penal, passando a desempenhar um papel circunstancial e informativo¹⁸.

São, todavia, poucas e tímidas as iniciativas modernas nesse sentido. Na América Latina, o México foi o pioneiro na criação de uma lei de proteção e auxílio às vítimas de delitos¹⁹. Criou-se um fundo para a arrecadação de impostos objetivando a proteção da vítima. Na Argentina, o primeiro Centro de Assistência à Vítima do Delito foi criado pela Lei Provincial n° 7379, de 1986. Um grupo de trabalho composto por docentes alemães, austríacos e suíços, denominado Projeto Alternativo sobre Reparação Penal, apresenta importantes propostas para a reparação da vítima, citando-se, por exemplo, a substituição da pena de multa pelas medidas reparatórias. No Brasil, isso, praticamente, se resume ao seguro obrigatório de veículos automotores – DPVAT, criado pela Lei n° 6.194/1974, conforme se verificará nos capítulos posteriores.

2. A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Desde os primórdios da evolução humana, o indivíduo buscou viver em coletividade. De maneira progressiva, abriu mão de sua liberdade em busca de harmonia e paz. Entretanto, não existia, inicialmente, uma figura como a do Estado-juiz, que pudesse intervir e solucionar conflitos. Assim, aquele que tinha uma pretensão deveria satisfazê-la com o seu próprio esforço, apelando, inúmeras vezes, para a violência e atos hoje inaceitáveis²⁰. Por isso mesmo, a segurança pública foi uma das razões do Estado, não somente com o propósito de proteção da organização social, como também de manutenção dos poderes da autoridade real, cujo enfoque maior residia eminentemente na repressão aos malfeitores²¹. A função geral de garantir segurança, atribuída ao Estado, converteu-se em obrigação constitucional específica quando as condições de liberdade individual mudaram: a prerrogativa do uso da força ligou-se à necessidade de autorização coletiva

15 No Brasil, a amplitude da reparação dos danos não é determinada por nenhum diploma legal, ficando a critério apenas das partes as formas para tanto. Pode-se, por exemplo, restituir a coisa, reparar em sentido estrito, indenizar ou ressarcir.

16 OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso. Existe violência sem agressão moral? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 23, n. 67, p. 135-193, jun. 2008.

17 Veja-se, por exemplo, nas leis n° 23 e n° 24 do Código de Hamurabi: 23. Se o ladrão não for pego, então aquele que foi roubado deve jurar a quantia de sua perda; então a comunidade [...] deve compensá-lo pelos bens roubados. 24. Se várias pessoas forem roubadas, então a comunidade deverá [...] pagar uma mina de prata a seus parentes.

18 BORGES, Paulo César Corrêa. *Reparação do crime pelo Estado*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p. 180.

19 BORGES, Paulo César Corrêa. *Reparação do crime pelo Estado*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p. 180.

20 ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 19.

21 BATTISTI, Leonir. *Segurança pública: os reflexos da falta de eficiência do sistema criminal*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 70.

e restrição do uso interno²². A polícia passou a ter finalidades mais diversificadas, quais sejam: (i) servir como instrumento de opressão nos regimes totalitários; (ii) e proteger as liberdades na democracia²³.

Instituição de origem remota, a polícia passou por muitas transformações ao longo da história. O antigo sistema inglês, por exemplo, implicava abusos e grandes injustiças, uma vez que a ampla competência legitimadora do Sherif permitia acusações falaciosas contra os Hundreds e a aplicação arbitrária das mais variadas multas a inocentes. Faz-se necessário mencionar, em particular, o modelo francês, que mais influenciou a modelagem brasileira. Constituídas da Maréchaussée e da Tenência de Polícia de Paris, as instituições francesas permaneceram atreladas aos notáveis locais²⁴.

De fato, a história da polícia no Brasil é marcada pela vinda da família real portuguesa, quando foram criadas a Intendência Geral de Polícia e a Guarda Real de Polícia, nos moldes de suas congêneres de Lisboa que, por sua vez, adotavam o ideário francês. Entretanto, desde o Brasil Colônia, as ordenanças e as milícias eram figuras marcantes na perspectiva policial brasileira²⁵. A Constituição Imperial de 1824, o Código Penal de 1830, a crise do Primeiro Império em 1831 e o Código de Processo Penal de 1832 permitiram a experimentação institucional, bem como a modernização das instituições de justiça criminal. Na Primeira República, houve um reforço nas instituições governamentais e, com a instalação da Era Getúlio Vargas, assistiu-se a uma ampla reforma nos quadros da Polícia Civil, seguida do redimensionamento do aparato de segurança pública no Brasil²⁶. Após o Golpe de 1964, a segurança pública passou a ser prioridade, principalmente com a criação da Doutrina de Segurança Nacional. Após a instauração do regime militar, o programa policial da United States Agency for International Development – Usaid se intensificou, assim como a presença norte-americana no Brasil²⁷.

Com a Constituição Federal de 1988, a segurança pública foi definida como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio das polícias federal, rodoviária e ferroviária federais, civis, militares e corpos de bombeiros militares²⁸. Assim, a despeito do processo de democratização, pouca modificação houve no Estado penalizador²⁹: as políticas de segurança não se diferenciaram, radicalmente, daquelas anteriores. Com efeito, ainda se vê a ordem pública como assegurada pela atuação da força policial, com a utilização preventiva e repressiva de todos os meios do Poder Executivo e, ainda, pela organização do Poder Judiciário, com ações penais contra os indivíduos responsáveis pelos atos delituosos³⁰. Ainda se tem considerado o direito penal do inimigo³¹ como instrumento básico na tentativa de se obter segurança na integralidade³².

22 GRIMM, Dieter. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 63.

23 ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 6. ed. Milano: Dott A. Giuffrè, 1952. p. 13.

24 MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. p. 77.

25 SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Polícia, Direito e Poder de Polícia: A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 43, p. 69-83, abr./jun. 2013.

26 SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Polícia, Direito e Poder de Polícia: A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 43, p. 69-83, abr./jun. 2013.

27 CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *Katálysis*, Florianópolis, v. 14, n. 01, p. 59-67, jan./jun. 2011.

28 SANTIN, Valter Folto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 55.

29 ABREU, Sérgio Roberto de et al. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 08, n. 01, p. 109-129, jan./jun.2012.

30 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 97, p. 133-154, jan./mar. 1998.

31 Existem vários níveis de criminalidade, em que o agente se torna inimigo do Estado e da sociedade, uma vez que decide, deliberadamente, delinquir. Não existe para esse agente o que é correto moralmente. Segundo Jakobs a punição se baseia no autor e não na infração praticada. É inimigo o reincidente que insiste na prática de delitos, aquele que comete inúmeros crimes que ponham em risco a segurança do Estado. A supramencionada teoria é explicável a partir de uma dicotomia, constituindo verdadeiramente um rótulo. JAKOBS, Gunther. *Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1993.

32 BATTISTI, Leonir. *Segurança pública: os reflexos da falta de eficiência do sistema criminal*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 72.

Entretanto, estabeleceu-se quando menos o compromisso legal com a segurança individual e coletiva. Com isso, assegurou-se o direito do indivíduo e da sociedade, bem como a ampliação da justiça da punição, recuperação e tratamento dos violadores da legislação³³.

Diante disso, mostra-se necessário apresentar algumas definições de segurança pública com o escopo de atestar o papel relegado que apresenta a vítima de violência no contexto da política criminal.

2.1. O que é segurança pública?

As primeiras análises³⁴ da segurança pública fazem referência, sobretudo, à ordem pública e à repressão criminal. Decerto, ao se preservar a segurança pública³⁵, garante-se o valor da convivência pacífica e harmoniosa, minimizando-se a violência das relações humanas. O Estado, por sua vez, é quem assume o monopólio do uso da coação na sociedade, sendo o responsável pela ordem pública³⁶. Entretanto, pode-se considerar que a segurança pública na verdade possui três grandes sentidos, quais sejam: (i) a garantia, (ii) a função e (iii) o Estado³⁷. Quando se trata dessa última concepção, a segurança confunde-se com os órgãos de segurança pública. Em outro viés, quando entendida como garantia (proteção), recebe a interpretação de sensação do indivíduo de estar a salvo por meio do serviço prestado pelos órgãos pertinentes (função).

De idêntico modo, existem duas grandes concepções de segurança pública que se rivalizaram desde a reabertura democrática, uma centrada na ideia de combate e a outra na de prestação de serviço público. A primeira é concebida pela missão institucional das polícias em termos quase bélicos: sua funcionalidade primordial é combater os criminosos; ao passo que a segunda está centrada na ideia de serviço público a ser devidamente prestado pelo Estado, figurando o cidadão como destinatário final desse serviço³⁸.

Mesmo em um modelo de Estado repressor, a prevenção é vista como uma política de fornecimento de ações e serviços públicos para a redução dos fatores de delinquência, por intermédio de atuação social, policial ou extrapolicial³⁹, falando-se em prevenção primária, secundária e terciária. A primeira, de natureza coletiva, não penal e de prevenção, relaciona-se ao fornecimento de ações e serviços públicos para se evitar o surgimento de fatores que se considerem criminógenos. A prevenção secundária está relacionada ao delinquente e ao crime, pela atuação sobre os indivíduos com tendência e probabilidade à prática criminosa, sendo de caráter penal e punitivo. A prevenção terciária, por sua vez, refere-se aos indivíduos com passado delituoso, e busca estimular nova conduta, por meio da qualificação profissional e do acompanhamento psicossocial.

33 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 17.

34 ROLLAND, Louis. *Précis de droit administratif*. 9. ed. Paris: Daloz, 1947. p. 13. LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 143. BATISTI, Leonir. *Segurança pública: os reflexos da falta de eficiência do sistema criminal*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 76.

35 Como corolário da segurança, surge a denominada segurança jurídica. Para Borges esta remete à ideia de estabilidade das situações individuais consumadas e previsibilidade perante o Direito. BORGES, Paulo César Corrêa. *Reparação do crime pelo Estado*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. Trata-se de valor norteador da ordem jurídica nacional, conforme explanado na Constituição Federal, aludindo à segurança como a algo a ser proporcionado aos integrantes da sociedade em geral, tendo por base o Estado Democrático de Direito. O valor chamado segurança jurídica é da essência do ordenamento pátrio. A segurança jurídica é um sistema de legalidade que fornece aos indivíduos a certeza do Direito vigente. Ela é a exigência feita ao Direito, para o fim de promover, dentro de seu campo e com os seus próprios meios, a certeza ordenadora e necessária.

36 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 135.

37 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 97, p. 133-154, jan./mar. 1998.

38 BATISTI, Leonir. *Segurança pública: os reflexos da falta de eficiência do sistema criminal*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 74.

39 SANTIN, Valter Folto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 56. SANGUINÉ, Odone. Notas sobre a prevenção da criminalidade. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, n. 06, p. 105-112, 1988. ANDRADE, Eli Iola Gurgel et al. Avanços e desafios do acolhimento na operacionalização e qualificação do Sistema Único de Saúde na Atenção Primária: um resgate da produção bibliográfica do Brasil. *Ciência saúde coletiva*, São Paulo, v. 17, n. 8, p. 2071-2085, 2012.

Entretanto, não basta à ordem jurídica reduzir os riscos da vida em sociedade. É necessário também que ela possibilite a convivência com justiça. A segurança pública passou a assumir o sentido de garantia e de zelo, bem como de estabilidade de situação ou dos indivíduos nos mais diversificados campos, sendo subtrato para que o indivíduo possa usufruir integralmente dos direitos fundamentais⁴⁰.

Nessa última concepção, a segurança pública é um serviço que deve ser universalizado de maneira igualitária, nunca seletiva ou limitada. A segurança pública passa a ser um complexo de medidas estatais para assegurar o bem-estar coletivo, refletindo os deveres da Administração Pública para com os cidadãos. Assim, oferecer segurança pública é alcançar um estado em que o indivíduo não receia nenhum tipo de ameaça ou lesão dos direitos atinentes ao seu corpo e bens jurídicos, econômicos ou não. Seria tanto um abrigo contra o perigo iminente quanto o atendimento adequado à vítima. Portanto, não se deve esquecer a figura da vítima dentro do sistema criminal, cujo interesse muitas vezes tem se voltado, exclusivamente, para o crime e o criminoso⁴¹.

Com efeito, prestar o serviço de segurança pública significa não apenas tentar impedir ou, pelo menos, punir os atos lesivos, como também reduzir suas consequências quando não foi possível preveni-los. Reconhecer que a polícia não poderá estar presente em todos os lugares e momentos não implica admitir que não se possa, quando menos, socorrer e atender a vítima após o fato verificado. Ora, a exposição das vítimas a um atendimento policial precário, desumanizado e indiferente, quando não hostil, constitui uma sobrevivitização, como também as restrições ao atendimento médico e/ou psicossocial concomitante ou posterior⁴².

Assim, embora sem discutir a importância das medidas preventivas ou a necessidade de punição dos criminosos, e mesmo naquelas hipóteses em que os tribunais não admitem a responsabilidade civil do Estado, é inteiramente injustificável que a vítima da violência não receba, quando menos, encaminhamento precoce à rede pública e posterior assistência integral⁴³, abrangendo não apenas o tratamento médico, mas também o acompanhamento psicológico e social e quaisquer outros serviços capazes de reduzir os impactos e desdobramentos do crime.

Para atestar essa relevante questão, abordar-se-á a seguir o cenário de esquecimento da vítima da prática criminosa no contexto da política criminal, de modo a se destacar de que forma o atendimento integral poderá ser operacionalizado.

2.2. A vítima no contexto de segurança pública

Como se pode notar do desenvolvimento proposto nas linhas acima, embora tenha havido uma significativa mudança nos padrões conceituais da polícia, a vítima⁴⁴ — figura de destaque fundamental para a caracterização do fato delituoso — há séculos foi relegada a um papel secundário e frequentemente esquecido no que tange ao fenômeno criminal. Nessa perspectiva, “a vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado; não recupera o que perdeu para o infrator, pois as penas não levam em conta seus interesses”⁴⁵. A humanização do tratamento do acusado e a superação do ideário da persecução penal, iniciadas com as reformas inspiradas na obra de Beccaria,⁴⁶ permitiram a observância dos direitos inalienáveis do

40 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 133.

41 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 134.

42 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 115.

43 OLIVEIRA, Isaura de Mello Castanho; PAVEZ, Graziela Acquaviva; SCHILLING, Flávia. (Org.). *Reflexões sobre Justiça e Violência: o atendimento a familiares de vítimas de crimes fatais*. São Paulo: EDUC, 2002. p. 51.

44 O estudo da vítima na criminologia, segundo afirma Oliveira, só se deu recentemente, fruto do interesse reflexo dos estudiosos do crime. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 15.

45 OLIVEIRA, Isaura de Mello Castanho; PAVEZ, Graziela Acquaviva; SCHILLING, Flávia. (Org.). *Reflexões sobre Justiça e Violência: o atendimento a familiares de vítimas de crimes fatais*. São Paulo: EDUC, 2002. p. 109.

46 BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999. p. 29.

criminoso⁴⁷, mas o Estado continuou a não se preocupar com a vítima,⁴⁸ o que inviabilizou as soluções reais dos conflitos sociais e levou à sua despersonalização⁴⁹. Basta ver que os códigos penais contemporâneos se resumem à descrição das condutas criminosas e suas sanções, não costumando apresentar com clareza sequer o conceito de vítima, nem lhe dar tratamento jurídico específico.

Os primeiros estudos sobre a vítima surgiram principalmente com Mendelsohn e Von Hentig⁵⁰. No Brasil, somente na década de 1970, essas pesquisas se desenvolveram, sobretudo com a criação da Sociedade Brasileira de Vitimologia. Apesar desse progresso, a produção brasileira é, ainda, muito tímida. Grande parte das vítimas sobreviventes tende a sofrer algum tipo de trauma, síndrome ou sequela, sem despertar, com raras exceções⁵¹, maior preocupação preventiva e corretiva por parte do poder público⁵², salvo o encaminhamento para a rede hospitalar em caso de trauma físico (ferimentos corporais). Somente após as duas Grandes Guerras Mundiais, em razão da intensificação dos movimentos sociais em defesa dos direitos humanos, verifica-se uma débil tentativa de proteção das vítimas. Surgem documentos como a Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder, preconizando o estabelecimento, reforço e ampliação de fundos nacionais, bem como a assistência material, médica, psicológica e social, mediante mecanismos governamentais, voluntários e comunitários⁵³.

Com a Resolução n° 40/34, adotada em 29 de novembro de 1985 pela Assembleia Geral do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o conceito de vítima ampliou-se, de maneira a abranger os indivíduos que individual ou coletivamente tenham sofrido dano físico, material, mental, moral ou grave atentado aos direitos fundamentais, como consequência de atos ou omissões violadoras da legislação⁵⁴: Os familiares de uma pessoa assassinada, também, devem ser considerados atingidos pelo ato violento. O contido na Resolução n° 40/34 foi devidamente reforçado no Estatuto de Roma, sendo ratificado e internalizado pelo Brasil pelo Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002, momento pelo qual finalmente foram reconhecidos os direitos das vítimas da prática criminosa, entre eles a adoção de medidas nas áreas da assistência social e prevenção da criminalidade⁵⁵, assim como mudanças na legislação e nas práticas no âmbito dos direitos humanos. É de se ressaltar que, pelo artigo 4º da referida resolução, deve-se prestar assistência social, à saúde (incluindo a saúde mental), à educação e à economia, bem como tomar medidas especiais de prevenção criminal.

Surge, então, a necessidade de relacionar juridicamente a vítima com o Estado. Tal vinculação esteve ligada a dois fatores bastante cruciais⁵⁶. O primeiro está relacionado à necessidade que o Estado tem de colaboração das vítimas para o exercício do seu jus puniendi⁵⁷. O segundo relaciona-se ao legítimo interesse da vítima em obter a prestação jurisdicional célere e efetiva em desfavor de seu agressor. Contudo, não tem recebido o merecido destaque a possibilidade de assistência e zelo estatais à vítima em si mesma, como tal⁵⁸:

47 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 239.

48 Nessa fase, segundo Zaffaroni, a vítima passou a sofrer um processo de privação, pelo qual suas expectativas não eram levadas em consideração. ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Derecho Penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Eidar, 2002. p. 17.

49 ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Derecho Penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Eidar, 2002. p. 18.

50 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 116.

51 OLIVEIRA, Isaura de Mello Castanho; PAVEZ, Graziela Acquaviva; SCHILLING, Flávia. (Org.). *Reflexões sobre Justiça e Violência: o atendimento a familiares de vítimas de crimes fatais*. São Paulo: EDUC, 2002. p. 52.

52 FREITAS, Marisa Helena D'Arbo de. *Tutela jurídica dos interesses civis da vítima de crime*. Jaboticabal: Funep, 2009. p. 142. NEUMAN, Elías. *Victimología: El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 1984. p. 126.

53 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 77.

54 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 77.

55 HOTT, Júlio Lopes. A polícia judiciária e o combate à criminalidade. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 247-273, jan./jun. 2015.

56 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 239.

57 Direito ou, mais propriamente, dever de punir.

58 ANDRADE, Eli Iola Gurgel et al. Avanços e desafios do acolhimento na operacionalização e qualificação do Sistema Único

quando se efetiva uma prática criminosa violenta, surge para a vítima o interesse no auxílio do Estado para obter, senão o ressarcimento pecuniário de seus danos, ao menos a diminuição de suas consequências⁵⁹.

A tutela dos interesses das vítimas diretas e indiretas é, pois, imperativo de uma sociedade que se pretenda justa e solidária, guardiã dos pressupostos basilares da dignidade da pessoa humana⁶⁰. A vítima da prática criminosa violenta não pede compaixão, mas sim respeito aos seus direitos; “o fundamento do apoio às vítimas não é a caridade, mas a justiça”⁶¹. Todavia, a despeito de alguns poucos projetos de lei em andamento, vê-se ainda o considerável abandono das vítimas e seus familiares pelo ente estatal⁶².

Ora, desde a atenção psicológica eficiente e gratuita até a facilitação dos procedimentos burocráticos⁶³, há muitas atribuições que o Estado pode assumir, inclusive a custos muito menores do que os suportados com o aparato repressivo e com a superpopulação carcerária. O Estado pode, também, por exemplo, investir na qualificação e treinamento dos profissionais da área de segurança e adotar políticas públicas⁶⁴ de diminuição do trauma sofrido, por intermédio de ações sociais, jurídicas e psicológicas precoces e bem direcionadas. Isso porque, sob a bandeira da proteção, às vítimas deve ser assegurado o direito a tratamento digno, segurança, privacidade, assistência médica, psicológica, social e jurídica, tudo para a consagração de um sistema mais humanizado e promovedor de cidadania⁶⁵.

É verdade que as Leis nº 11.690/2008 e nº 11.719/2008 alteraram algumas disposições do Código de Processo Penal, com algumas garantias para a vítima, bem como o seu encaminhamento para o atendimento multidisciplinar⁶⁶. Ocorre que a realidade brasileira é outra, totalmente diversa. Passada a etapa em que a vítima consegue superar os seus próprios medos, constrangimentos e fragilidades, inicia-se a fase de comunicação à autoridade policial da ocorrência da prática criminosa. Pela falta de preparo dos agentes policiais para lidar com a vítima, esta passa a se encontrar ainda mais decepcionada com a situação vitimizadora⁶⁷. Além disso, as vítimas são ouvidas perante a autoridade policial e judiciária sem nenhum acompanhamento especializado e adequado⁶⁸, seja por assistentes sociais, seja por psicólogos, revivendo com certa intensidade o acontecimento traumático, experimentando, novamente, vários sentimentos, como raiva, ansiedade, vergonha, depressão e estigma⁶⁹. O problema é ainda agravado em razão da burocracia e do despreparo do sistema⁷⁰. Sem amparo e apoio estatal, surge o fenômeno da sobrevivitização, uma vez que a vítima, cujos

de Saúde na Atenção Primária: um resgate da produção bibliográfica do Brasil. *Ciência saúde coletiva*, São Paulo, v. 17, n. 8, p. 2071-2085, 2012.

59 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

60 FREITAS, Marisa Helena D'Arbo de. *Tutela jurídica dos interesses civis da vítima de crime*. Jaboticabal: Funep, 2009. p. 142.

61 GARCÍA-PABLOS, Antônio de Molina. *La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal*. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 176.

62 SOARES, Gláucio Ary Dillon et al. *As vítimas ocultas da violência na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 95.

63 Dentre os diversos exemplos está a redução do impacto do contato dos familiares com o corpo da vítima, criando condições mais humanas e limitando-o ao mínimo de indivíduos, em particular nos casos em que o cadáver está desfigurado.

64 SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 14-28, abr. 2017.

65 PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no espaço e no tempo*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1993. p. 114.

66 BORGES, Paulo César Corrêa. *Reparação do crime pelo Estado*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p. 146.

67 MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 79. “As deficiências burocráticas, por outro lado, aumentam geralmente a decepção. Não há funcionários suficientes e preparados. Não há veículos disponíveis para diligências rápidas. Tudo ocasiona demora e perda de tempo. Mais do que tudo isso, muitas vezes a vítima é vista com desconfiança, as suas palavras não merecem logo de início, crédito, mormente em determinados crimes como os sexuais. Deve prestar declarações desagradáveis. Se o fato é rumoroso, há grande publicidade em torno dela, sendo fotografada, inquirida, analisada em sua vida anterior. As atenções maiores são voltadas para o réu.” FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 69.

68 É importante frisar que a atuação da polícia investigativa pode acarretar uma possível sobrevivitização, em decorrência da falta de preparo das autoridades para lidar com a vítima, já atordoada com a prática criminosa.

69 FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 69.

70 RODRIGUES, Roger de Melo. *A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas*. 2012. 282 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 282. PEREIRA, Tânia da Silva. Abuso sexual de menores. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, n. 25, 2008. p. 59.

direitos já foram injustamente violados (vitimização primária), experimenta a violação secundária por parte dos agentes de controle social⁷¹.

A vitimização primária é o desgaste provocado de maneira direta pelo crime, dependendo da natureza da ação e da extensão do dano. A vitimização secundária, denominada sobrevitimização, é efeito do indevido funcionamento do sistema processual e da irregular atuação da máquina policial e judiciária⁷², capaz de “trazer uma sensação de desamparo e frustração maior que a vitimização primária”⁷³, uma vez que dessas instituições o cidadão espera, justamente, o contrário, o que provoca grave perda de credibilidade nas instâncias formais de controle social.

A sobrevitimização é, certamente, um desrespeito aos direitos fundamentais das vítimas de crimes. A vitimização secundária, provocada pelas instâncias formais de controle social durante a apuração do crime⁷⁴, implica “a necessidade de um olhar atento tanto da psicologia quanto do direito, tanto de psicólogos quanto de operadores judiciais”⁷⁵. Já a vitimização terciária é decorrente da falta de receptividade social à vítima, do abandono por parte de seu grupo social. A vítima, não menos que o criminoso, deve ser tratada como sujeito de direito e respeitada como tal.

Tudo isso torna necessário que o Estado, em vez do discurso monocrônico do aumento de efetivos policiais, passe a contar em seus quadros com profissionais das mais diversas áreas do conhecimento, oriundos da Saúde, da Psicologia, do Direito e do Serviço Social, para tentar minorar todas as sequelas da prática criminosa e viabilizar a efetivação de direitos essenciais e fundamentais. Nesse novo paradigma, a vítima reclama a compreensão de que a prática criminosa representa um conflito de natureza verdadeiramente dialógica,⁷⁶ com especial destaque para a necessidade de atendimento clínico, social, psicológico, jurídico e a orientação pertinente no que concerne aos serviços de referência⁷⁷.

Para melhor compreender a relevância da necessidade de assistência à vítima da prática criminosa, impreterível se mostra evidenciar, ainda que brevemente, os índices assustadores da violência, o que se fará doravante.

2.3. Violência: problema de saúde pública

A violência deve ser considerada problema de saúde pública⁷⁸ e não meramente criminal⁷⁹. Segundo dados da Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS⁸⁰, a violência, pelo quantitativo de vítimas e pela

71 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 142. PIEDEDE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no espaço e no tempo*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1993. p. 59.

72 ANDRADE, Eli Iola Gurgel et al. Avanços e desafios do acolhimento na operacionalização e qualificação do Sistema Único de Saúde na Atenção Primária: um resgate da produção bibliográfica do Brasil. *Ciência saúde coletiva*, São Paulo, v. 17, n. 8, p. 2071-2085, 2012. TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 160. BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. p. 131.

73 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 113.

74 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 113.

75 TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 130.

76 A partir da descoberta do Estado como agente vitimizador surge a necessidade de maior amparo à vítima. Entra em cena uma nova política de segurança pública, o movimento Da Lei e da Ordem, principalmente nos Estados Unidos da América. Esse movimento possibilitou o crescente antagonismo entre os direitos das vítimas e os direitos dos réus. A necessidade de proteção às vítimas é um dos pilares desse movimento, que produziu repercussões positivas na construção do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

77 BUSTOS, Juan. *Vitimologia: presente y futuro*: hacia em sistema penal de alternativas. Barcelona: PPU, 1993. p. 29.

78 Insta mencionar que, segundo Dahlberg e Krug, a inclusão da violência como problema de saúde fundamenta-se no fato de que as mortes e outras sequelas aumentaram assustadoramente nas Américas, principalmente a partir da década de 1980. DAHLBERG, Linda; KRUG, Etienne. Violência: um problema global de saúde pública. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 1163-1178, jan. 2006. p. 1164.

79 Dessa forma, a segurança pública tornou-se componente basilar do discurso político, seja federal, estadual e municipal. Isso porque a ideia de insegurança está obviamente correlacionada a crimes.

80 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE/ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Salud y Violencia*. Plan de

magnitude de sequelas produzidas, é de caráter endêmico, convertendo-se, conforme já mencionado, em um problema grandioso de saúde pública. Segundo levantamento feito pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC⁸¹, o Brasil abriga 2,8% da população mundial, mas acumula 11% dos homicídios globais. De 1979 a 2001, ocorreram no país dois milhões de mortes violentas. No primeiro período (1979), as mortes por acidentes eram três vezes mais numerosas do que por homicídios; em 2001, elas se equivaliam⁸². Há anos a violência é uma das principais causas de morte de pessoas entre 15 e 44 anos⁸³.

Não são poucos os autores que registram ao mesmo tempo a quantidade alarmante de mortes traumáticas e outros crimes, a sua distribuição não igualitária nas classes sociais, sua tendência de se espalhar e crescer em todo o território nacional, a ineficiência dos meios repressivos e o medo do crime (*fear of crime*) como fenômeno psicossocial.

Em uma pesquisa produzida a partir do Índice de Progresso Social elaborado pelo Social Progress Imperative em 2014, o Brasil ocupa a 11ª posição no rol dos países mais inseguros do mundo. Essa lista é liderada por Iraque, Nigéria, Venezuela, República Centro-Africana, África do Sul, Chade, República Dominicana, Honduras, México e Sudão. O Relatório produzido pela Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública – ENASP⁸⁴ calculou que o índice de esclarecimento dos homicídios no país varie entre 5% a 8%, em decorrência da pouca efetividade do sistema de justiça criminal. Em 1999, numa pesquisa desenvolvida pela NetEstado, foi constatado que 78% das pessoas tinham sido vítimas de crimes e 73% delas não se sentiam seguras em nenhuma região do estado de São Paulo⁸⁵.

Estabelecidos todos esses aspectos conceituais e estatísticos, apresentar-se-á o cenário atualmente existente no Brasil no que toca ao atendimento à vítima de violência.

3. DOIS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SEGURANÇA: O ATENDIMENTO À VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E OS CENTROS DE APOIO A VÍTIMAS

No Brasil, até meados dos anos 1980, a ação do Estado às vítimas de violência doméstica restringiu-se à proteção pela polícia e ao leniente encaminhamento jurídico dos casos⁸⁶. Naturalmente, discutir aprofundadamente a violência doméstica em si, suas causas e soluções, fugiria ao objeto deste trabalho, mas não há como não registrar as bem-sucedidas experiências de atendimento às vítimas relatadas nesse campo, mostrando que deveriam ser estendidas a toda e qualquer pessoa atingida pela violência.

Em 1984, foi criado pelo Ministério da Saúde o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher – PAISM, e posteriormente instaurou-se o Programa Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – Princípios e Diretrizes⁸⁷. De igual modo, foram criadas, também, as Delegacias da Mulher (a primeira delas insta-

Acción Regional. Washington, DC: Opas, 1994.

81 ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. *Relatório Mundial sobre drogas*. Nova York: UNODC, 2014.

82 SOARES, Gláucio Ary Dillon et al. *As vítimas ocultas da violência na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 95.

83 DAHLBERG, Linda; KRUG, Etienne. Violência: um problema global de saúde pública. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 1163-1178, jan. 2006.

84 ESTRATÉGIA NACIONAL DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil*. Brasília: ENASP, 2012.

85 SANTIN, Valter Folto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 57.

86 BARAITA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 110.

87 BODIN, Maria Celina. Vulnerabilidades nas relações de família: o problema da desigualdade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). *Direito das Famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009. p. 29.

lada em São Paulo, em 1985), o seu número cresceu exponencialmente⁸⁸. Na mesma época, foram criadas as Coordenadorias da Mulher em diversos governos municipais e estaduais e a Secretaria Especial de Políticas Públicas para a Mulher⁸⁹. A partir dos anos 1990, na área da saúde e da assistência, tiveram início novas ações para a problemática da violência doméstica. Somente a partir desse momento, os serviços de saúde passaram a adotar políticas⁹⁰ com a finalidade de oferecer atenção à saúde nos casos de violência sexual⁹¹. As Leis nº 10.445/2002 e 10.886/2004 trouxeram outros avanços formais até finalmente o advento da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que provocou modificações radicais na forma de combate à violência doméstica⁹², entre as quais se pode citar a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVD⁹³, ainda que em pequeno número. Com tal estrutura criada, a mulher não precisava mais percorrer as inúmeras esferas burocráticas com o escopo de solucionar os problemas decorrentes da violência doméstica⁹⁴, e todos os membros da família e a vítima deveriam receber atendimento psicológico e acompanhamento por assistentes sociais⁹⁵. A legislação passou a garantir o atendimento à mulher em situação de violência por meio de serviços articulados em rede⁹⁶. Além disso, tornou-se obrigatório o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação, propiciando uma mudança de atitude do criminoso e uma reflexão quanto aos seus comportamentos⁹⁷. Foram, ainda, ampliadas as atribuições do Ministério Público, passando este a atuar nas causas cíveis e criminais, além de fiscalizar os serviços de atendimento a mulheres em situação de violência, manter cadastros e fazer requisições⁹⁹.

Criaram-se vários mecanismos de acesso inicial a tais serviços, isto é, outras portas de entrada e meios de obter informação além das repartições policiais, tais como a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180¹⁰⁰, o Tecele Mulher e a Rádio Tecele Mulher. O atendimento à vítima, mesmo na esfera policial, vai muito

88 CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre criminologia feminista e criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147.

89 BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei Maria da Penha: alguns comentários*. São Paulo: ADV Advocacia Dinâmica, 2006. p. 13.

90 GONÇALVES, Flávio José Moreira Gonçalves. Políticas públicas para a formação e avaliação de magistrados: a contribuição da educação judicial através das escolas de magistratura. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, n. 3, p. 289-315, jul./dez. 2015.

91 CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre criminologia feminista e criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147-148.

92 CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre criminologia feminista e criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147-148.

93 Em seu artigo 29, a Lei Maria da Penha previu que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher podem contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

94 CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre criminologia feminista e criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147-148.

95 PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2008. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 133.

96 BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei Maria da Penha: alguns comentários*. São Paulo: ADV Advocacia Dinâmica, 2006. p. 114.

97 Nesse sentido, destaca-se o Centro de Educação e Reabilitação do Agressor, como espaço de atendimento e acompanhamento de homens autores de violência com a finalidade de sua reeducação.

98 BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei Maria da Penha: alguns comentários*. São Paulo: ADV Advocacia Dinâmica, 2006. p. 114.

99 PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2008. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 133.

100 BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 37, p. 29-48, mai./jun. 2006.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre criminologia feminista e criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 147-148.

além do registro da ocorrência: a autoridade policial deverá, entre outras providências cabíveis, (i) garantir proteção policial à mulher, (ii) encaminhar a ofendida ao hospital, clínica médica ou posto de saúde, (iii) fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro e (iv) acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência¹⁰¹. Há, ainda, muitos outros serviços oferecidos em rede por diversos órgãos públicos: delegacias de atendimento especializado¹⁰², defensoria pública¹⁰³, postos de saúde, centros de referência¹⁰⁴, casas-abrigos¹⁰⁵, casas de passagem, Centros de Referência da Assistência Social¹⁰⁶ e Centros de Referência Especializados de Assistência Social¹⁰⁷.

Dessa forma, como se pode notar, a Lei Maria da Penha, muito além da punição do agressor, busca o resgate completo da cidadania feminina da vítima¹⁰⁸, mediante “intervenções intersetoriais, com atenção nas áreas de saúde, assistência social, psicológica, jurídica, médica e judicial, além de acesso a direitos relacionados a trabalho, educação e habitação, entre outros”, articulados em rede, para que o atendimento à mulher se dê de forma integral¹⁰⁹. Todos esses avanços, se devidamente postos em prática, alteram o ciclo cotidiano de violência doméstica das vítimas, estendendo-se aos dependentes.

Com o Decreto nº 7.958/2013, estabeleceram-se novas diretrizes para o atendimento às vítimas de violência doméstica pelos profissionais de segurança pública e pelo Sistema Único de Saúde – SUS, dentre as quais se destacam: (i) acolhimento em serviços de referência, (ii) atendimento humanizado, (iii) disponibilização de espaço e privacidade no atendimento, (iv) informação prévia à vítima, (v) orientação adequada e (vi) promoção de capacitação de profissionais de segurança pública e do SUS com a finalidade de um melhor atendimento¹¹⁰. Os profissionais de segurança pública deverão primar pelo encaminhamento das vítimas de violência doméstica aos serviços de referência¹¹¹.

Em idêntico plano, a Lei nº 12.845/2013 estabeleceu o atendimento obrigatório e integral dos indivíduos em situação de grave violência doméstica, determinando, entre outras prerrogativas, que as instituições hospitalares deverão ofertar às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, bem como encaminhamento aos serviços de assistência social¹¹². Igualmente, a Portaria nº 485/2014 do Ministério da Saúde redefiniu o funcionamento do serviço de atenção às vítimas de violência doméstica, ofertando-lhes integral atenção à saúde e atendimento clínico e psicológico. Mais recentemente, foi promul-

101 LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Das medidas protetivas de urgência – artigos 18 a 21. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 291.

102 As delegacias especializadas são unidades da Polícia Civil com a finalidade de atender as mulheres vítimas de violência doméstica, executando condutas de prevenção, apuração e investigação.

103 Segundo o artigo 28 da Lei nº 11.340/06, é garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita.

104 No âmbito da Lei Maria da Penha, os centros de referência são espaços de acolhimento e atendimento social e psicológico, bem como de encaminhamento jurídico, devendo proporcionar o fortalecimento da mulher e o regaste da sua cidadania.

105 Casas-abrigo são locais destinados a moradia e atendimento integral a mulheres em risco de sofrer violência doméstica.

106 Esses centros são responsáveis pela proteção de famílias e indivíduos que tenham seus direitos violados e estejam em situação de risco.

107 Esses centros são responsáveis pelo atendimento e acompanhamento de homens autores de violência.

108 BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

109 PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2008. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 133.

110 OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Redução da sobrevivitização nos crimes de agressão sexual e violência doméstica por meio de um atendimento humanizado, intersetorial e multiprofissional: panorama da legislação federal. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, n. 22, p. 163-178. jan./dez. 2013.

111 O Decreto nº 7.958/2013 define também os serviços de referência. Pelo artigo 3º, eles são utilizados para oferecer atendimento às vítimas de violência sexual, em consonância com as normas técnicas e protocolos do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça.

112 OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Redução da sobrevivitização nos crimes de agressão sexual e violência doméstica por meio de um atendimento humanizado, intersetorial e multiprofissional: panorama da legislação federal. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, n. 22, p. 163-178. jan./dez. 2013.

gada a Lei nº 13.239, de 30 de dezembro de 2015¹¹³, que estabeleceu a possibilidade de oferta e realização, no âmbito do SUS¹¹⁴, de cirurgia plástica reparadora de sequelas de lesões decorrentes de violência doméstica¹¹⁵. Claro que nem tudo nesse sistema funciona integralmente. Todos esses importantes avanços são acompanhados de velhos e novos desafios, principalmente nas zonas interioranas do país¹¹⁶.

Quando da elaboração deste estudo, para verificar a eficácia da proteção da vítima de violência doméstica, houve uma visita a Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher do Município de Cariacica/ES, referência da Grande Vitória-ES, constatando que grande parte das previsões da Lei Maria da Penha e legislações específicas está sendo praticada, embora de maneira lenta, tímida e precária. Segundo informações da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher do Município de Cariacica-ES, após o fornecimento de orientações, as vítimas de violência doméstica são encaminhadas aos serviços psicológicos, jurídicos e de saúde. Entretanto, é necessário instalar e equipar tais serviços, dada a considerável ausência de dotações orçamentárias específicas em cada exercício financeiro para a aplicação das medidas previstas na legislação. Outra peculiaridade notada nessa visita é a grande utilização das medidas de urgência protetivas do artigo 23 da Lei Maria da Penha. Também digno de nota é o encaminhamento da vítima e seus dependentes a programas comunitários de proteção, bem como o funcionamento da Coordenação dos Direitos da Mulher e do Núcleo de Atendimento Psicossocial às Mulheres Vítimas de Violência Doméstica na Prefeitura Municipal.

Como se pode perceber, ainda que parcialmente, a proteção à vítima de violência doméstica é efetiva, com resultados inequívocos e custo relativamente baixo – ao menos, muito mais baixo que o do aumento da população carcerária ou dos efetivos policiais. O segredo desse sucesso não está em estruturas gigantescas, tampouco em ilhas de prosperidade obtidas pela concentração de recursos públicos e, por isso mesmo, não replicáveis. A razão é mais facilmente identificável na atuação precoce, mediante profissionais capacitados e comprometidos, organizados em rede integrada, que recebem as vítimas por qualquer canal ou porta de entrada mais conveniente para elas, e as encaminham em seguida aos demais agentes públicos.

Por isso mesmo, não é compreensível que todos esses avanços sejam relacionados, somente, à vítima de violência doméstica. Até mesmo para assegurar a igualdade de tratamento (artigo 5º e 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal), essa necessária e factível proteção deve ser estendida a toda e qualquer vítima, de maneira mais célere, universal e adequada: o atendimento ao ofendido deve se tornar uma política consciente de segurança pública.

Nesse mesmo sentido, criaram-se alguns Centros de Apoio às Vítimas de Crime¹¹⁷, órgãos públicos financiados pelo Ministério da Justiça para promover a maior valorização da vítima com apoio social, psicológico, pedagógico e jurídico. Nesses locais, após a triagem do problema das vítimas e a sua devida qualificação, bancos de dados fazem um apanhado geral dos atendimentos oferecidos com a finalidade de traçar o perfil das vítimas atendidas naquele período¹¹⁸. Além disso, os centros de atendimento oferecem outras funcionalidades: as vítimas de crimes são inseridas adequadamente nas políticas públicas estatais¹¹⁹ e, a partir

113 A referida legislação apresenta importantes determinações, porém, nada justifica que se refira tão somente às vítimas de violência doméstica.

114 Pelo artigo 2º da Lei nº 13.239/2015, são obrigatórias, nos serviços do SUS, a oferta e a realização de cirurgia plástica reparadora de sequelas de lesões causadas por violência doméstica.

115 O jornal “A Tribuna”, na edição de 1º de janeiro de 2016, publicou matéria intitulada “Plástica de graça para vítimas de violência”. Na verdade, conforme ressaltado, a legislação extravagante apenas estabeleceu a possibilidade de oferta e realização de cirurgia plástica reparadora para as mulheres, e mesmo assim somente para as vítimas de violência doméstica. Houve, por parte do jornal, intitulação equivocada da matéria.

116 CALAZANS, Myllena; CORTES, Íaris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 61.

117 PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vítimologia: evolução no espaço e no tempo*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1993. p. 132.

118 MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 79.

119 SCHMIDT, João Pedro. Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 6, n. 3, p. 52-73, dez. 2016.

de então, lhes pode ser proporcionada a reestruturação moral, social e emocional. Por meio desses centros, criam-se alternativas de prevenção da vitimização, como campanhas educativas acerca da necessidade de cuidado com a segurança e a vida. De fato, tais centros, lentamente instalados no Brasil, fazem o trabalho de prevenção da vitimização e não de solução do problema da criminalidade¹²⁰, mas não vêm sendo universalizados como política pública de segurança. Na verdade, melhor seria que cada Delegacia de Polícia Civil ou equivalente fosse composta dessa maneira.

Cumpra lembrar, ainda, que não basta tão somente a instalação desses centros, mas também e mais importante a configuração da integral proteção e assistência à vítima, inclusive mediante o fornecimento de medicamentos eletivos, o que se verificará com mais vagar a seguir.

4. O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS ESPECIAIS

A política criminal estatal deve se orientar — cada vez mais — para as necessidades de prevenção da vítima em potencial, bem como a reparação da vítima concreta¹²¹. Se o Estado não forneceu segurança pública em níveis suficientes para evitar o crime, deve, após consumada a agressão — independentemente de falha ou omissão da polícia — tentar mitigar as consequências sofridas pelo ofendido. Assim, verifica-se a necessidade de políticas estatais essenciais de assistência à vítima, que abarquem até mesmo o fornecimento de medicamentos não incluídos na lista governamental (RENAME) e, portanto, considerados eletivos ou não essenciais¹²².

Como se pode notar, a vítima da insegurança pública assume caráter um tanto quanto privilegiado em relação aos demais pacientes do SUS, haja vista que, além de ter sofrido danos como consequência do ato criminoso, tal violência só se materializou diante da insuficiência do Estado na proteção ao direito constitucional à segurança pública (artigo 144 da Constituição Federal).

Desse modo, a vítima tem duplo fundamento para sua pretensão à assistência integral: o direito à saúde¹²³ e o direito à segurança pública¹²⁴, uma espécie de seguro social contra a violência¹²⁵. Com o fornecimento de medicamentos especiais, a compensação do dano causado pelo crime deixa de ser desconsiderada, ainda que o Estado não necessariamente a deva providenciar sob a forma de indenização em dinheiro. Afinal, com o principal modelo teórico da política criminal, a vítima não pode figurar como ente indiferente, como se não passasse de testemunha¹²⁶.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível perceber que o Estado, agente regulador das relações políticas e sociais, embora timidamente, abandonou sua posição, que oscilava entre a inércia e a repressão criminal, passando a exercer inúmeras funções de caráter protetivo, reparatório e indenizatório. Foi com base nesses parâmetros existenciais que o

120 MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 79.

121 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 259.

122 JESUS, Elisdete Maria Santos de et al. Indicadores da seleção de medicamentos em sistemas de saúde: uma revisão integrativa. *Revista Panamericana de Salud Pública*, Washington, v. 35, n. 03, p. 228-234, mar. 2014.

123 PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, número especial, p. 291-309, 2015.

124 BORGES, Paulo César Corrêa. *Reparação do crime pelo Estado*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p. 143.

125 JESUS, Elisdete Maria Santos de et al. Indicadores da seleção de medicamentos em sistemas de saúde: uma revisão integrativa. *Revista Panamericana de Salud Pública*, Washington, v. 35, n. 03, p. 228-234, mar. 2014.

126 BORGES, Paulo César Corrêa. *Reparação do crime pelo Estado*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p. 143.

poder público iniciou, após a fase liberal, a importante efetivação de direitos sociais, ocupando-se, principalmente, de novas políticas públicas de segurança.

Muito embora o sistema criminal ainda esteja integralmente orientado por diretrizes que destacam, apenas, o agressor, assumir o atendimento integral à vítima da insegurança pública constitui a única alternativa à despersonalização e à sobrevivitização caracterizadas pelo atendimento precário, desumanizado, indiferente e até mesmo hostil. Ademais, restituir à vítima o seu lugar de destaque no sistema de justiça, prestando atendimento psicológico, social e médico precoce e prioritário, e fornecendo medicamentos não incluídos na RENAME, é uma opção capaz de garantir privilégios àqueles que sofreram práticas criminosas decorrentes da insuficiência estatal. Esse mesmo raciocínio se aplica a todas as demais medidas necessárias para a assistência integral à saúde da vítima.

A sobrevivitização por parte dos órgãos de repressão constitui violação constante dos direitos fundamentais. Sem assistência material, física ou psicológica, não será de estranhar se a impotência frente ao mal e o temor produzirem quadros psicopatológicos importantes. Não se pode permitir que a vítima, além de sofrer danos somente possíveis diante da insuficiência do Estado (pouco importa se decorrente de falha ou omissão), suporte um abandono posterior.

Além disso, pelo princípio da solidariedade social, não é justo, do ponto de vista jurídico, que a vítima de omissão estatal arque sozinha com todos os danos materiais decorrentes à sua saúde. Nessa perspectiva, o Estado, ao atender a vítima, faz com que, de maneira reflexa, sejam partilhados por toda a sociedade os danos ocasionados àquele indivíduo em particular. A maior proteção à vítima veio conjugada com o processo histórico-normativo em favor da construção de uma tutela progressiva e preventiva, não valorativa e funcionalmente equivalente. Os direitos fundamentais expressam verdadeiras proibições de proteção insuficiente, de maneira que, para a consagração da dignidade da pessoa humana, à vítima devem ser concedidas as mais relevantes medidas de maneira a restaurar o estado anterior (*status quo ante*), ainda que se possa discutir se os mesmos recursos devem ser, obrigatoriamente, disponibilizados aos demais pacientes do SUS.

Em outro viés, o Estado, no exercício de suas atribuições, não pode invocar a reserva do possível com o escopo de se exonerar de suas obrigações, exatamente porque esse atendimento integral à saúde da vítima, posterior à consumação dos crimes, nada tem de impossível: não se pretende que o Estado impeça toda e qualquer violência, que mantenha um policial em cada esquina, nem que descubra a cura de todos os males, apenas que dê atenção especial a quem não atendeu de maneira suficiente em momento anterior. A questão a ser debatida é a responsabilidade do Estado por políticas públicas formalmente estabelecidas por lei, em matéria de saúde, mas que se refletem na segurança pública, enquadrando-se, igualmente, como políticas públicas de segurança, de maneira a compensar ao menos em parte a impossibilidade prática de impedir a violência, concretizando o que restou possível e útil à vítima.

Da mesma forma que à vítima de violência doméstica, que vem recebendo serviços de assistência social, jurídica e psicológica cada vez mais adequados, os mesmos benefícios devem ser garantidos às vítimas de quaisquer crimes, como também lhes devem ser fornecidos os medicamentos de que necessitem para estabelecer o estado anterior, mesmo que não estejam na lista RENAME. É necessário criar uma política consciente de segurança pública para todas as vítimas de crimes, tomando como paradigma a Lei Maria da Penha, que vem permitindo que a mulher seja devidamente atendida por psicólogos, juristas e assistentes sociais, com olhar já não exclusivamente voltado ao criminoso e sua punição, mas também à vítima e sua reparação, não necessariamente falando em responsabilidade civil do Estado, mas certamente na sua responsabilidade política e social.

A atenção psicossocial e sanitária à vítima não é, apenas, uma política de saúde, mas também uma verdadeira ação de segurança pública, na medida em que pode reduzir as consequências da violência sofrida, bem como diminuir o prejuízo ao bem jurídico tutelado pela legislação penal. Afinal, reparar ou reduzir os danos decorrentes da ação criminosa pode ser tão ou mais eficiente que as tentativas de evitá-la.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Sérgio Roberto de et al. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 08, n. 01, p. 109-129, jan./jun. 2012.
- ALEXU, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, Eli Iola Gurgel et al. Avanços e desafios do acolhimento na operacionalização e qualificação do Sistema Único de Saúde na Atenção Primária: um resgate da produção bibliográfica do Brasil. *Ciência saúde coletiva*, São Paulo, v. 17, n. 8, p. 2071-2085, 2012.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BARBOSA, Ronaldo et al. Uma comparação crítica entre a Lista de Medicamentos Essenciais para Crianças da Organização Mundial de Saúde e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename. *Jornal de Pediatria*. Porto Alegre, v. 89, n. 02, p. 171-178, mar./abr. 2013.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007.
- BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei Maria da Penha: alguns comentários*. São Paulo: ADV Advocacia Dinâmica, 2006.
- BATISTI, Leonir. *Segurança pública: os reflexos da falta de eficiência do sistema criminal*. Curitiba: Juruá, 2014.
- BEATO FILHO, Claudio Chaves; SILVA, Bráulio Figueiredo Alves da. Ecologia social do medo: avaliando a associação entre contexto de bairro e medo de crime. *Revista Brasileira de Estudos da População*, Rio de Janeiro, v. 30, p. 155-170, 2013.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999.
- BODIN, Maria Celina. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BODIN, Maria Celina. Vulnerabilidades nas relações de família: o problema da desigualdade de gênero. In: DIAS, Maria Benice. (Org.). *Direito das Famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.
- BOING, Alexandra et al. A judicialização do acesso aos medicamentos em Santa Catarina: um desafio para a gestão do sistema de saúde. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 14, n. 1, p. 82-97, mar./jun. 2013.
- BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006.
- BORGES, Dorian. Vitimização e sentimento de insegurança no Brasil em 2010: teoria, análise e contexto. *Mediações*, Londrina, v. 18, p. 141-163, jan./jun. 2013.

- BORGES, Paulo César Corrêa. *Reparação do crime pelo Estado*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.
- BUENO, Samira et al. A gestão da vida e da segurança pública no Brasil. *Sociedade e Estado* Brasília, v. 30, n. 01, p. 123-144, jan./abr. 2015.
- BUSTOS, Juan. *Victimología: presente y futuro – hacia em sistema penal de alternativas*. Barcelona: PPU, 1993.
- CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Edusp, 2000.
- CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CAMPOS, Carmen Hein de. Violência doméstica e direito penal crítico. In: JONAS, Eliane (Org.). *Violências Esculpidas*. Goiânia: UCG, 2007.
- CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre criminologia feminista e criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *Katálysis*, Florianópolis, v. 14, n. 01, p. 59-67, jan./jun. 2011.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- CASTRO, Cláudia Garcia Serpa Ozório de et al. Medicamentos essenciais e processo de seleção em práticas de gestão da assistência farmacêutica em estados e municípios brasileiros. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.19, n. 9, p. 3859-3868, 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao Novo Código Civil: da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CHESNAIS, Jean Claude. A violência no Brasil: causas e recomendações políticas para a sua prevenção. *Ciência saúde coletiva*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 53-69, 1999.
- COELHO, Helena Lutécia L. et al. Uma comparação crítica entre a Lista de Medicamentos Essenciais para Crianças da Organização Mundial de Saúde e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename). *J. Pediatr.*, v. 89, n. 2, p. 171-178, 2013.
- COHN, Amélia. *Mudanças econômicas e políticas de saúde no Brasil*. São Paulo: Cortez, 1995.
- COSTA, Iris do Céu Clara; SOUZA, Georgia Costa de Araújo. O SUS nos seus 20 anos: reflexões num contexto de mudanças. *Saúde e Sociedade*. São Paulo, v. 19, n. 3, p. 509-517, jul./set. 2010.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CRUZ, A. P. M; LANDEIRA-FERNANDEZ, J. A ciência do medo e da dor. *Ciência Hoje*, São Paulo, v. 29, n. 174, p. 16-23, 2001.

- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CYRILLO, Denise; CAMPINO, Antônio Carlos. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLANCHERINE, Ana Costa; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DAHLBERG, Linda; KRUG, Etienne. Violência: um problema global de saúde pública. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 1163-1178, jan. 2006.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 01, p. 57-63, fev. 1988.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- DIAS, Maria Socorro de Araújo et al. Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 133-146, out. 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- DORES, Camilla Japiassu. As bases da saúde lançadas pela Constituição Federal de 1988: um sistema de saúde para todos? *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 77-89, jan./jun. 2013.
- ELIAS, Paulo Eduardo. Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. *São Paulo Perspectivas*, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 41-46, jul./set. 2004.
- ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. *Relatório Mundial sobre drogas*. Nova York: UNODC, 2014.
- ESTRATÉGIA NACIONAL DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil*. Brasília: ENASP, 2012.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERRARO, Kenneth. *Fear of crime: interpreting victimization risk*. Albany: State University of New York Press, 1995.
- FIGUEIREDO, Argelina et al. *Relatório Final do Projeto Avaliação de Eficácia de Políticas Públicas Praticadas*, 2010.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais e Justiça*. São Paulo, n. 01, p. 171-213, 2007.
- FREITAS, Juarez. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FREITAS, Marisa Helena D'Arbo de. *Tutela jurídica dos interesses civis da vítima de crime*. Jaboticabal: Funep, 2009.
- GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 05, p. 80-89, jan./mar. 2005.
- GARCÍA-PABLOS, Antônio de Molina. *La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- GERSCHMAN, Sílvia. *A democracia inconclusa: um estudo da reforma sanitária brasileira*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.
- GONÇALVES, Flávio José Moreira Gonçalves. Políticas públicas para a formação e avaliação de magistrados: a contribuição da educação judicial através das escolas de magistratura. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, n. 3, p. 289-315, jul./dez. 2015.
- GRIMM, Dieter. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro:

- Lumen Juris, 2007.
- HOTT, Júlio Lopes. A polícia judiciária e o combate à criminalidade. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 247-273, jan./jun. 2015.
- JAKOBS, Gunther. *Strafrecht*. Berlin: Walther de Gruyter, 1993.
- JESUS, Elisdete Maria Santos de et al. Indicadores da seleção de medicamentos em sistemas de saúde: uma revisão integrativa. *Revista Panamericana de Salud Pública*, Washington, v. 35, n. 03, p. 228-234, mar. 2014.
- KAISER, Günther. *Uma Introduzione ai suoi Principi*. Milano: Giuffrè, 1992.
- LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Das medidas protetivas de urgência – artigos 18 a 21. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LIMA, Maria Luzia Carvalho de; SOUZA, Edinilsa Ramos de. Panorama da violência no Brasil e capitais. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 1211-1222, 2007.
- LOPES, Nairo José Borges. *A judicialização da política pública de medicamentos: o direito à saúde entre a dignidade e a equidade*. 2014. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Gestão Pública e Sociedade da Universidade Federal de Alfenas, Alfenas, 2014.
- MACHADO, Mariana Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no estado de Minas Gerais. *Revista Saúde Pública*, Belo Horizonte, v. 45, p. 590-598, 2011.
- MACHADO, Antônio Carlos de Castro; QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. A Nova Polícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, p. 236-241, jan./mar. 1996.
- MAGNO, A. B. Segurança Pública. *Correio Braziliense*, Brasília, Cidades, 02 jul. 2006.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, número especial, p. 310-329, 2015.
- MATIAS, João Luis Nogueira, MUNIZ, Águeda. O Poder Judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 99-116, jan./jun. 2015.
- MATTOS, Rossana. *Expansão urbana, segregação e violência: um estudo sobre a Região Metropolitana da Grande Vitória*. Vitória: Edufes, 2013.
- MEDAUAR, Odete. Jornada sobre Gestores Públicos e Responsabilidade Civil na Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, jan. 2004.
- MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, p. 89-96, jan./mar. 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELO, Daniela Oliveira de et al. A importância e a história dos estudos de utilização de medicamentos. *Revista Brasileira de Ciências Farmacêuticas Brazilian Journal of Pharmaceutical Sciences*, São Paulo, v. 42, n. 4, out./dez. 2006.
- MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. O Sistema Único de Saúde, 20 anos: balanços e perspectivas. *Cadernos Saúde Pública*, São Paulo, v. 07, n. 25, p. 1620-1625, 2009.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

- MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 97, p. 133-154, jan./mar.1998.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A reponsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- NEUMAN, Elías. *Victimología: El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 1984.
- NOVO, Helerina Aparecida; RAMOS, Fabiana Pinheiro. Mídia, violência e alteridade: um estudo de caso. *Estudos de Psicologia*, Natal, v. 08, p. 491-497, dez. 2003.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito à saúde: garantia e proteção pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 36-58, nov. 2001.
- OLIVEIRA, Isaura de Mello Castanho; PAVEZ, Graziela Acquaviva; SCHILLING, Flávia. (Org.). *Reflexões sobre Justiça e Violência: o atendimento a familiares de vítimas de crimes fatais*. São Paulo: EDUC, 2002.
- OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso. Existe violência sem agressão moral? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 23, n. 67, p. 135-193. jun. 2008.
- OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Redução da sobrevivitização nos crimes de agressão sexual e violência doméstica por meio de um atendimento humanizado, intersetorial e multiprofissional: panorama da legislação federal. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, n. 22, p. 163-178. jan./dez. 2013.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE/ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Salud y Violencia*. Plan de Acción Regional. Washington, DC: Opas, 1994.
- PAIM, Jairnilson Silva; TEIXEIRA, Carmen Fontes. Configuração institucional e gestão do Sistema Único de Saúde: problemas e desafios. *Ciência saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 1819-1829, 2007.
- PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2008. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PEREIRA, Tânia da Silva. Abuso sexual de menores. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, n. 25, 2008.
- PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, número especial, p. 291-309, 2015.
- PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Victimologia: evolução no espaço e no tempo*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1993.
- PIERANTONI, Célia Regina. 20 anos do sistema de saúde brasileiro: o Sistema Único de Saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 617-624, 2008.

- PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- QUINTANA, Fernando. *La ONU y la Exégesis de los Derechos Humanos: una Discusión Teórica de la Nación*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- RICCI, Milena Mara da Silva. Direito à saúde: considerações a respeito do fornecimento de medicamentos pela via judicial. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 99-116, 2012.
- ROCHA, Juan S. Yazlle. Sistema Único de Saúde: avaliação e perspectivas. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 03-10, 1994.
- RODRIGUES, Roger de Melo. *A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas*. 2012. 282 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- ROLLAND, Louis. *Précis de droit administratif*. 9. ed. Paris: Daloz, 1947.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva*. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SANCHES, Jesús-María Silva. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Posindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- SANCHES, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANGUINÉ, Odone. Notas sobre a prevenção da criminalidade. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, n. 06, p. 105-112, 1988.
- SANT'ANA, João Maurício Brambati, et al. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 29, p. 138-44, 2011.
- SANTIN, Valter Folto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.
- SANTOS, Marta Alves. Lutas sociais pela saúde pública no Brasil frente aos desafios contemporâneos. *Katálysis*, v. 16, n. 2, p. 233-240, 2013.
- SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SCHMIDT, João Pedro. Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 6, n. 3, p. 52-73, dez. 2016.
- SCHNEIDER, Hans. *Viktimologie: Wissenschaft Von Verbrechensopfer*. Tübingen: J.C.B Mohr, 1975.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, Juvêncio Borges; LUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 99-116, abr. 2017.

- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. 2005. 334 p. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas Públicas. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 14-28, abr. 2017.
- SOARES, Gláucio Ary Dillon et al. *As vítimas ocultas da violência na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- SOARES, Luiz Eduardo. Segurança pública: presente e futuro. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 20, n. 56, p. 91-106, 2006.
- SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Polícia, Direito e Poder de Polícia: A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 43, p. 69-83, abr./jun. 2013.
- TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato ilícito*. São Paulo: Direito, 1996.
- VASCONCELOS, Cipriano Maia. *Uma análise entrelaçada sobre os paradoxos da mudança no SUS*. 2005. 259 p. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva), Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005.
- VENDRAMEL, Aparecida. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. São Paulo: Themis, 2000.
- VIANO, Emílio. *Critical Issues in Victimology: International Perspectives*. New York: Springer, 1992.
- WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2013: homicídios e juventude*. Brasília: Secretaria Nacional de Juventude, 2015.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Derecho penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Eida, 2002.
- ZALUAR, Alba Maria. Oito temas para debate: violência e segurança pública. *Sociologia, Problemas e Práticas*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 19-24, 2002.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 6. ed. Milano: Dott A. Giuffrè, 1952.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Direitos fundamentais e as
relações especiais de sujeição**
Special institutional subjection
and fundamental rights

Pedro Adamy

Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição*

Special institutional subjection and fundamental rights

Pedro Adamy**

“Ich sage immer: Wer sich mit der Administration abgiebt, ohne regierender Herr zu sein, der muß entweder ein Philister oder ein Schelm oder ein Narr sein.”

(“Eu sempre digo: quem se relaciona com a Administração sem ser Senhor e Governante, ou é um filisteu, ou é um patife, ou é um louco.”) J. W. v. Goethe. Brief an Charlotte v. Stein (1786)

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar as relações especiais de sujeição e sua relação com os direitos fundamentais. As relações especiais de sujeição, caracterizadas pela proximidade entre o titular do direito fundamental e o Estado, implicam a diminuição — e em certos casos, anulação — do exercício de determinadas garantias fundamentais. Em especial, verificar sob quais condições e critérios as limitações impostas aos titulares dos direitos fundamentais são constitucionalmente adequadas ou podem representar uma interferência indevida em tais garantias. Como consequência, toma-se o instituto das relações especiais de sujeição, originada no direito administrativo, e opera-se a sua análise do ponto de vista constitucional. Para tanto, utilizou-se a confrontação de casos concretos com as disposições constitucionais, bem como a análise da bibliografia do direito comparado, em especial a alemã. Como resultado, verificou-se que as limitações ao exercício devem respeitar a determinados critérios, sob pena de violarem direitos e garantias fundamentais. Conclui-se que não se trata de revitalizar uma teoria já ultrapassada oriunda do Direito Administrativo, mas, sim, da necessidade de conferir critérios objetivos e seguros para o controle da legitimidade constitucional das restrições existentes e, principalmente, limitar novas restrições pretendidas pelo legislador. A Constituição Brasileira de 1988 possui diversas hipóteses de relação especial de sujeição, razão pela qual a sua análise se mostra, absolutamente, atual e necessária. A contribuição original do artigo se encontra, precisamente, em oferecer critérios objetivos para a análise do instituto e permitir que se verifique a adequação constitucional das situações concretas.

Palavras-chave: Relações Especiais de Sujeição. Direitos Fundamentais. Previsões constitucionais. Critérios. Adequação.

* Recebido em 16/05/2017
Aprovado em 02/08/2017

** Doutorando em Direito na Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha. Mestre em Direito pela UFRGS. Professor da Escola de Direito da PUC-RS. Email: pedro@pedroadamy.com.br

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the special subjection relations and their relationship with fundamental rights. Special subjection relations, characterized by the proximity between the holder of the fundamental right and the State, mean that the exercise of certain fundamental guarantees is reduced – and in some cases annulled. In particular, analyze under which conditions and criteria the limitations imposed on the holders of fundamental rights are constitutionally adequate or may represent an undue interference in such guarantees. As a consequence, the study takes the institute of the special subjection relations, originated in the administrative law, and its analysis is carried out from the constitutional point of view. In order to do so, it was used the confrontation of concrete cases with the constitutional provisions, as well as the analysis of the doctrinal work of comparative law, especially the German one. As a result, it was found that the limitations upon exercise of fundamental rights should respect certain criteria, otherwise they would violate fundamental rights and guarantees. It is concluded that it is not a matter of revitalizing an already outdated theory derived from Administrative Law, but rather the need to provide objective and secure criteria for controlling the constitutional legitimacy of existing restrictions and, in particular, limiting new restrictions intended by the legislator. The Brazilian Constitution of 1988 has several hypotheses of special subjection relations, which is why this analysis is absolutely current and imperious. The original contribution of the article is precisely to provide objective criteria for the analysis of the institute and to allow the control of the constitutional adequacy of concrete situations.

Keywords: Special institutional subjection. Fundamental rights. Constitutional provisions. Criteria. Adequacy.

1. INTRODUÇÃO

Um policial militar usa determinada rede social para criticar duramente a corporação a qual pertence, afirmando que “a Polícia se assemelha a jagunços, reflexo de uma sociedade hipócrita, imbecil e desonesta”. Após o conhecimento de tais críticas por seus superiores hierárquicos, recebe 15 dias de prisão como punição.¹ Um promotor de justiça publicou, em seu perfil em rede social, “mensagem ofensiva a manifestantes que se reuniram em um dos protestos de junho de 2013, preconizando o emprego da violência estatal contra aqueles e manifestando saudosismo dos tempos de ditadura militar”. Como consequência de tal manifestação, o Conselho Nacional do Ministério Público suspendeu o promotor de suas funções por 15 dias, punição mantida posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.²

Essas situações se repetem diariamente com centenas, talvez milhares, de pessoas. Em casos normais, tais manifestações seriam encaradas como simples exercício de liberdade de expressão de pensamento, garantido no artigo 5º, inciso IV, da Constituição, ensejando, no máximo, críticas sociais aos emissores por seu conteúdo. Como manifestação de pensamento, essas opiniões dificilmente ensejariam a punição do autor, por mais infamante que seja o seu conteúdo. No entanto, alguns indivíduos, com relações institucionais específicas, recebem punição por expressar livremente sua opinião. Esses indivíduos encontram-se subordinados de maneira diferenciada perante o estado. Encontram-se em uma *relação especial de sujeição*.³ Pode-se

1 COMANDANTE manda prender PM que usou rede social para criticar polícia. Disponível em: < <https://goo.gl/taCvVO> >. Acesso em: 24 fev. 2017.

2 BRASIL. STF. *Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 33.410*, de 7 abril de 2015. Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma.

3 Prefere-se a utilização da expressão *sujeição* no lugar de *poder*, contrariamente à parcela da doutrina, por entender que o *poder* estatal permanece o mesmo, diferenciando-se, contudo, a *sujeição* do indivíduo que, por alguma razão pessoal ou institucional, fica submetido àquele regime jurídico diferenciado. Reis Novais faz um levantamento das denominações que já recebeu o instituto. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 513-514; ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 169.

dizer que a sua relação é de *proximidade*, ou que eles estão inseridos numa *relação de sujeição ampliada* perante o ente estatal ou, ainda, que estão submetidos a um estatuto especial.⁴ Essa proximidade entre o estado e o indivíduo titular dos direitos fundamentais justificaria a restrição aos seus direitos e garantias fundamentais.⁵

O objetivo do presente artigo é analisar as relações especiais de sujeição e a consequente diminuição — e em certos casos, anulação — do exercício de determinadas garantias fundamentais e sua relação com os direitos fundamentais. Em especial, verificar sob quais condições e critérios as limitações impostas aos titulares dos direitos fundamentais são constitucionalmente adequadas.⁶

Não se está diante de um problema de direito administrativo somente, mas, sim, de um problema de direito constitucional, por envolver garantias fundamentais do indivíduo e a possibilidade de sua restrição.⁷ Como afirma Canotilho, a concepção de que a esse tipo de sujeição impediria toda e qualquer eficácia dos direitos fundamentais não mais pode vigor.⁸ Assim, as relações especiais de poder não legitimam o afastamento dos direitos fundamentais, admitem, apenas *limites acrescidos* nas restrições ao seu exercício.⁹

Importante ressaltar que não se trata de reviver uma teoria criada em um período que antecede os avanços da moderna teoria constitucional e, especialmente, os múltiplos desenvolvimentos da Teoria dos Direitos Fundamentais. O que se propõe é a *ressignificação* do instituto, moldando suas características aos ditames constitucionais e à moderna compreensão da estrutura e do alcance dos direitos fundamentais. Sob esse aspecto, as relações especiais de sujeição seriam “primariamente uma figura jurídica de direito constitucional”¹⁰, e não mais um fenômeno restrito ao direito administrativo.¹¹ Não se propugna voltar à categoria das relações especiais de poder, desenvolvida na Alemanha e adotada em outros países, mas, sim, analisar as variadas formas nas quais determinadas situações e sujeitos estão submetidos a regras específicas em função de uma sujeição diferenciada.¹² Tampouco se pretende impor uma “fobia à sujeição”, isto é, o descarte automático de qualquer restrição em virtude da relação de proximidade com o Estado.¹³ Objetiva-se

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 467; KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 40.

5 KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 40.

6 Não se está a tratar de relações privadas como, por exemplo, clubes e outras agremiações que têm regras próprias de conduta, vestuário ou comportamento e que, uma vez aceitas, são de obrigatoria observância pelos membros. Ou, ainda, relações de subordinação outras, tais como as relações de trabalho ou contratos de representação empresarial. Essas permanecem no estrito campo do direito privado, submetendo-se, como já visto, uma maior abrangência da autonomia do titular da conformação dos seus interesses. À evidência, o respeito aos limites absolutos, aos limites oferecidos pelos direitos de personalidade e pela dignidade humana devem ser observados mesmos nessas relações privadas. Sobre o assunto, veja-se WISSKIRCHEN, Amrei. *Außerdienstliches Verhalten von Arbeitnehmern*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999. Da mesma forma, tais relações estão sob o controle do Ministério Público quando relacionadas a direitos indisponíveis, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal – BRASIL. STF. *ADI n. 1.852*. Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, DF, 21 nov. 2003: “A atribuição conferida ao Ministério Público do Trabalho, no art. 83, IV, da Lei Complementar nº 75/93 — propor as ações coletivas para a declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores — compatibiliza-se com o que dispõe a Constituição Federal no art.128, § 5º e art. 129, IX”. O que interessa ao objeto deste estudo são as relações que importem a presença do Estado e a subordinação do titular a determinadas situações em que deve haver uma restrição aos seus direitos fundamentais.

7 THIEME, Werner. Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, p. 81, 1964. Afirma o autor que para a correta solução dos problemas advindos das relações especiais de sujeição “é necessária uma invocação das lições gerais da teoria do Estado e da teoria da Constituição”.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 468; HESSE, Konrad. Bedeutung der Grundrechte. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans. *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1995. p. 69.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 468.

10 LOSCHELDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem – Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 28.

11 Sobre as relações especiais de sujeição no direito administrativo, veja-se a crítica de WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na Administração Pública. *Revista Direito Público*, v. 18, p. 31, 2007.

12 Por exemplo, THOMA, Richard. Grundrechte und Polizeigewalt. In: DREIER, Horst (Org.). *Richard Thoma – Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 143.

13 MERTEN, Detlef. Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 53.

a transposição da categoria do direito administrativo, que legitima uma atuação ampliada da Administração sobre o administrado, para o direito constitucional, com a observância dos direitos fundamentais do cidadão. Essa transposição teria o condão de manter a categoria das relações especiais de sujeição, ao mesmo tempo, adequando suas características aos ditames constitucionais e aos direitos fundamentais.¹⁴ É o que se passa a fazer.

2. RELAÇÃO ESPECIAL DE SUJEIÇÃO COMO RELAÇÃO DE PROXIMIDADE

A história das relações especiais de sujeição remonta ao final do século XIX. Já em 1895, Otto Mayer utilizou-se da expressão “relações especiais de poder” (*besonderes Gewaltverhältnis*)¹⁵, em oposição à relação geral de poder (*großes Gewaltverhältnis*), para descrever um espaço jurídico no qual a Administração teria um “poder amplo” de atuação, podendo restringir os direitos dos súditos de forma mais acentuada.¹⁶ Forsthoff, por seu turno, relatava uma verdadeira “lacuna do Estado de Direito”,¹⁷ com a possibilidade de determinação do sujeito dos poderes estatais que sobre ele incidiriam, bem como a eventual relativização da legalidade administrativa.¹⁸ Essa concepção, que perdurou até 1972 na doutrina alemã, foi abandonada após uma importante decisão do Tribunal Constitucional Federal em relação ao sigilo de correspondência dos presos,¹⁹ que alterou o entendimento na relação entre o estado e os súditos, sob a influência de uma nova concepção dos direitos fundamentais.²⁰

A decisão marca o ponto de virada, a “despedida do conceito de relação especial de sujeição”²¹, demandando uma nova abordagem ao fenômeno das relações entre estado e indivíduo que implicam maior proximidade, deveres específicos ou, ainda, restrição ao exercício de direitos fundamentais. Afasta-se da concepção que a Administração poderia estabelecer uma “área fora dos limites legais”, ou, em outras palavras, um espaço não sindicável pelo Poder Judiciário.

Uma nova concepção entra em cena. Nessa nova concepção, os direitos fundamentais dos indivíduos têm um papel de destaque. Apesar de os indivíduos estarem submetidos ao poder estatal, as relações especiais de sujeição não estão isentas de se conformar aos ditames constitucionais e observar os limites impostos pelos direitos e pelas garantias fundamentais. Funda-se uma nova concepção de relação especial

14 “Mesmo que se possa continuar a falar em ‘relações especiais de poder’ para designar um sector da atividade estadual marcado por um enfraquecimento da regra jurídica com todas as características daí resultantes, não se pode é imputar-lhe uma origem constitucional própria, de costas voltadas para a ordem jurídica constitucional, o que entraria em contraste gritante com as decisões constitucionais fundamentais, desde logo com aquela que faz dimanar todo o poder do estado a partir do povo.” MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2002. p. 439.

15 MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. v. 1. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895. p. 108.

16 Uma descrição detalhada da importância de Otto Mayer na conformação do instituto pode ser encontrada em KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 40.

17 Cf. THIEME, Werner. Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, 1964. p. 506-507.

18 KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 202.

19 A decisão tratava da leitura da correspondência de um preso, na qual ele fazia considerações ofensivas ao diretor da instituição penitenciária. O Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que o preso, apesar de estar submetido a uma relação especial, ainda deveria ter seus direitos fundamentais garantidos, em especial o direito à livre manifestação do pensamento. Cf. BVerfGE 33, 1 e ss.; para uma análise da decisão, veja-se: PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 292.

20 Antes mesmo da decisão, já havia autores defendendo uma revisão, sob o influxo constitucional, das relações especiais de sujeição. Veja-se, por exemplo, ABELEIN, Manfred. Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis. *Zeitschrift für Politik*, Neue Folge, v. 14, p. 313, 1967.

21 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1078; Gönsch fala do “fim da figura jurídica das relações especiais de sujeição”. Cf. GÖNSCH, Manfred. Zum Rechtsschutz im Beamtenverhältnis nach dem Ende der Rechtsfigur vom „besonderen Gewaltverhältnis“. *Juristenzeitung*, v. 34, p. 16, 1979.

de sujeição, baseada na estrutura de proximidade estabelecida entre o indivíduo e o estado.²² Essa nova concepção é positivada no texto constitucional, o que poderia significar, na formulação de Kielmansegg, a “um reconhecimento pela institucionalização constitucional.”²³ Essa nova abordagem pressupõe que a proximidade se dê sob algumas condições.

Condição predominante para a configuração de uma relação especial de sujeição diz respeito ao pertencimento ou à submissão do indivíduo a algum ente estatal, que funda e estabelece uma *relação de proximidade* entre o particular e o estado.²⁴ Pertencimento deve ser entendido como uma relação jurídica surgida de forma legal e legítima entre o indivíduo e o estado, e submissão deve ser compreendida como uma relação surgida de obrigações e consequências impostas pela constituição ou pela legislação. Essa relação deve trazer o indivíduo de forma mais próxima ao estado, em uma relação que seja distinta das relações normais existentes entre o indivíduo e o estado.²⁵ Essa proximidade pode ser manifestar de diversas formas.

Em primeiro lugar, pode ser uma relação de pertencimento. Nesse caso o indivíduo assume uma posição dentro da estrutura estatal (entendida em seu sentido amplo), que o permite atuar como um agente estatal.²⁶ Essa relação fundamenta e justifica a proximidade entre o particular o estado, inexistente anteriormente. Exemplos dessa proximidade são os funcionários públicos ou membros da magistratura e do Ministério Público. Em todos esses casos, os indivíduos assumem posições dentro da estrutura do estado, exercendo funções reconhecidas como públicas.

Em segundo lugar, pode ser uma relação de submissão. Nesse caso, a legislação prevê a proximidade como consequência de alguma conduta assumida pelo indivíduo, que fundamenta a sua aproximação ao estado, antes inexistente. Exemplos dessa submissão são as penas privativas de liberdade e de direitos e o serviço militar obrigatório. Em ambos os casos a constituição e a legislação determinam que os indivíduos se submetam a determinada relação com o estado, que se diferencia de uma relação normal entre o estado e o cidadão.

A proximidade deve ser compreendida, portanto, como uma aproximação do indivíduo, de forma que essa proximidade conceda ao estado uma autorização — sempre mediada pela constituição e pela lei — de interferência ampliada no exercício dos direitos fundamentais individuais. Relações especiais de sujeição, em relações de proximidade com o estado, que darão ensejo a novos limites no exercício de determinados direitos fundamentais.²⁷ Se, normalmente, existe um distanciamento entre o particular e o estado, distância esta garantida pelos direitos e liberdades fundamentais, que impedem intervenções injustificadas na esfera individual, as relações especiais de sujeição justificam o “enfraquecimento do distanciamento estatal”²⁸ pela proximidade, pelo pertencimento ou pela submissão.

22 LOSCHELDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem – Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 1089; PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 408-409.

23 O autor alerta para a irrelevância da discussão sobre o reconhecimento constitucional, afirmando que a relevância está em definir a legitimidade da finalidade constitucional almejada. Cf. KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 168.

24 KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 155.

25 KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Näheverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

26 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 29.

27 BADURA, Peter. *Staatsrecht*. 4. ed. Munique: C.H.Beck, 2010. p. 134.

28 PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 408-409.

3. HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

Diante das considerações acima, cumpre verificar as hipóteses constitucionais nas quais a distância garantida pelos direitos fundamentais entre o estado e o indivíduo é reduzida. A Constituição de 1988 contém diversos dispositivos que regulam relações que podem ser caracterizadas como relações de proximidade, ou seja, relações especiais que implicam uma forma diferenciada de sujeição do indivíduo ao estado. Como é fácil notar, tais dispositivos regulam situações que dizem respeito a membros de carreiras estatais e que, por essa razão, estão submetidos a estatutos próprios. Em todos os casos, no entanto, há um denominador comum: o exercício de determinadas garantias fundamentais é expressamente restringido pela Constituição.

A Constituição brasileira de 1988 contém dispositivos relativos a situações nas quais o exercício de determinados direitos fundamentais será restrito em diferentes formas e sob diferentes graus de intensidade. As limitações impostas aos destinatários vão desde a proibição de greve, ao não cabimento de *habeas corpus* à vedação de atuação política. Trata-se, como se pode observar, de situações nas quais o exercício de importantes garantias fundamentais está sendo restringido. Importante frisar que, nas palavras de Thieme, “não se trata de apenas uma categoria de relação jurídica, mas antes de várias formas heterogêneas de relações jurídicas”,²⁹ isto é, não há que se falar de uma forma apenas de relação especial de poder, mas sim de várias formas distintas de sujeição, com características próprias.³⁰

Em primeiro lugar, o artigo 14, §2º da Constituição prevê uma limitação bastante ampla nos direitos políticos dos conscritos no serviço militar. Assim é que os conscritos “não podem se alistar como eleitores durante o serviço militar obrigatório”. Esse primeiro caso já expõe, de maneira bastante clara, as características de uma relação especial de sujeição. Um indivíduo, titular de seus direitos políticos, tem o exercício desses mesmos direitos restringidos em função de sua posição dentro da estrutura do estado. Um jovem conscrito, titular de todos os seus direitos políticos, não poderá exercer esses direitos enquanto durar o período de sua relação com as Forças Armadas.

Ainda com relação aos membros das Forças Armadas, o texto constitucional estabelece outras restrições importantes ao exercício de garantias fundamentais previstas no rol dos direitos individuais. O artigo 142 §2º prevê que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.” Esse dispositivo estabelece uma grave restrição ao direito de liberdade e sua proteção processual.³¹ Por seu turno, o §3º do mesmo artigo prevê que aos membros das Forças Armadas é vedado fazer parte de sindicato, bem como exercer o direito de greve (inciso IV). Ainda, veda que, enquanto na ativa, os membros das Forças Armadas tenham filiação a qualquer partido político (inciso V). Pela simples leitura dos dispositivos constitucionais, resta claro que os militares estão submetidos a uma relação diferenciada perante o estado, em função de seu pertencimento a um ente estatal, com finalidades relevantes do ponto de vista constitucional. Sob esse aspecto, as limitações ao exercício de variadas garantias fundamentais são justificadas pela finalidade essencial das Forças Armadas, qual seja, a garantia dos poderes constitucionais, a garantia da lei e da ordem, bem como por sua estruturação, qual seja, a hierarquia e a disciplina, previsões que constam expressamente no artigo 142 da Constituição.

29 THIEME, Werner. Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, 1964. p. 82.

30 KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Nabeverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 158.

31 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, admite o cabimento do *habeas corpus* para a averiguação de pressupostos formais na punição, bem como a análise de sua legalidade e proporcionalidade. Cf. “A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes.” (BRASIL. STF. RHC n. 88.543. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma. Diário da Justiça, Brasília, DF, 27 abr. 2007; no mesmo sentido: “Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito.” BRASIL. STF. RE n. 338.840. Relator: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma. Diário da Justiça, Brasília, DF, 12 set. 2003. Sobre o tratamento penal das relações nas forças armadas, veja-se SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MARTINS, Danilo Gustavo Vieira. Primeiras linhas sobre a opção político-criminal da deserção militar: a necessária contribuição das Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 3, p. 42, 2015.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 6, assim redigida: “Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.” Vê-se, portanto, que a garantia do salário mínimo a todos os trabalhadores urbanos e rurais, prevista no artigo 7º, inciso IV, não se aplica a determinados membros das Forças Armadas. Na decisão que ensejou a edição da Súmula, o Supremo Tribunal Federal deixou consignado que “o regime a que submetem os militares não se confunde com aquele aplicável aos servidores civis, visto que têm direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos próprios.” Ou ainda, que a “obrigação do Estado quanto aos conscritos limita-se a fornecer-lhes as condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas”.³²

A justificativa oferecida pelo Supremo Tribunal Federal para suportar a restrição à garantia ao salário mínimo está fundada na finalidade do serviço militar obrigatório, que, para o Tribunal, tem a natureza de “múnus público relacionado com a defesa da soberania da pátria.”³³ Além disso, o Tribunal utiliza-se da literalidade do inciso VIII do §3º do artigo 142, ao determinar que a ausência de referência expressa exclui a aplicação da garantia ao salário mínimo.

Em segundo lugar, a Constituição elenca aos magistrados diversas restrições ao exercício de direitos fundamentais consagrados aos particulares. O parágrafo único do artigo 95 determina a vedação de juízes exercerem outro cargo ou função pública, excetuando expressamente uma função de magistério. Ao cidadão comum não há limitações ao exercício de outras funções ou cargos, sendo irrelevante se se trata de uma função de magistério ou não. Ao particular esse tipo de restrição simplesmente não se aplica. Aos magistrados, no entanto, o texto constitucional expressamente veda a assunção de outro cargo ou função, independentemente da natureza deste, mesmo que em situação de disponibilidade. Vê-se, portanto, que a restrição ao direito fundamental de liberdade de exercício profissional é bastante ampla, interferindo mesmo quando magistrado se encontra em disponibilidade. Como outra restrição à liberdade de exercício profissional, a Constituição expressamente veda o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual o magistrado se afastou, pelo período de três anos, seja por aposentadoria ou exoneração. Novamente, verificam-se outras finalidades relevantes na vedação, mas isso não retira o seu caráter de intromissão e restrição na liberdade de os magistrados decidirem em quais localidades exercerão seu ofício de advogado.

Além disso, o referido dispositivo prevê a vedação de o magistrado perceber quaisquer tipos de remuneração, quer na forma de custas quer na participação no processo. Ainda no campo remuneratório, aos magistrados é vedada qualquer percepção de auxílios ou contribuições de pessoas físicas ou de entidades públicas ou privadas. Certamente, há outras finalidades envolvidas nas previsões constitucionais, no entanto, essa vedação não deixa de ser uma forma de restrição no exercício da liberdade profissional dos magistrados.

O artigo 93, inciso VII, determina que o juiz titular deverá residir na respectiva comarca, restringindo de forma substancial a liberdade de escolha do local de residência. Novamente, há razões e finalidades legítimas que suportam esse tipo de restrição. No entanto, do ponto de vista da relação especial de sujeição a que está submetido o magistrado, deve ficar bastante claro que até o seu local de residência está previamente determinado pelo texto constitucional.

Por fim, o artigo 95 prevê a vedação de que magistrados se dediquem à atividade político-partidária. Nada obstante a dificuldade de se determinar, com relativo grau de certeza e segurança, o alcance da expressão “atividade político-partidária”, não há dúvidas que se trata de uma restrição relevante nos direitos políticos fundamentais do cidadão.

Essas vedações, que configuram restrições ao exercício de direitos fundamentais, aplicam-se também aos

32 BRASIL. STF. Recurso Extraordinário n. 570.177-8. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, DF, 26 jun. 2008.

33 BRASIL. STF. Recurso Extraordinário n. 570.177-8. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Diário da Justiça, Brasília, DF, 26 jun. 2008.

Ministros do Tribunal de Contas, por força do artigo 73, §3º da Constituição. Também eles se encontram submetidos a uma relação especial de sujeição, tendo restringidos os direitos fundamentais de forma semelhante aos magistrados do Superior Tribunal de Justiça.

Em terceiro lugar, tal qual os membros do Poder Judiciário, também os membros do Ministério Público, em qualquer de suas esferas, estão submetidos a uma relação especial de sujeição, que implica a restrição ao exercício de diversos direitos fundamentais. O artigo 129, parágrafo 5º, inciso II da Constituição, veda aos membros do Parquet receber honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial; exercer outra função pública, salvo uma de magistério; exercer atividade político-partidária e, ainda, receber quaisquer tipos de auxílios de pessoas físicas ou entidades públicas ou privadas. Assim como nas restrições impostas aos magistrados, também essas restrições possuem finalidades legítimas que envolvem o exercício independente e livre das funções institucionais e das prerrogativas dos membros do Ministério Público. No entanto, mesmo que existam tais finalidades, a vedação ao exercício dos mais variados direitos fundamentais persiste, tendo como fundamento a relação especial de sujeição a que estão submetidos aqueles que compõem os quadros do Ministério Público. Novamente, o local de residência dos membros do Ministério Público vem determinado diretamente pelo texto constitucional (art. 129 §2º), restringindo, de forma bastante sensível, a liberdade de fixação de residência, inerente à liberdade de desenvolvimento da personalidade.

Em quarto lugar, para encerrar uma lista que poderia ser mais longa, o artigo 54 da Constituição estabelece diversas restrições aos deputados e senadores, desde o momento que a sua relação de proximidade com o estado se formaliza. Por essa razão, desde a expedição do diploma, os deputados e senadores não podem firmar ou manter contratos com quaisquer entes públicos, aceitar ou exercer função ou emprego remunerado em entidades públicas. Da mesma forma, desde o momento em que tomarem posse, deputados e senadores não poderão ser proprietários, controladores ou diretores de empresas que gozem de favor decorrente de pessoa jurídica de direito público, ou mesmo exercer função remunerada em tais entidades, bem como ocupar cargo ou função em que sejam demissíveis *ad nutum* em tais entidades, ou patrocinar causas em que as entidades mencionadas tenham interesse, ou, por fim, ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo. Como nos demais casos, pode-se vislumbrar finalidades legítimas em todas essas vedações. Independentemente de tais finalidades, as restrições impostas ao exercício de direitos fundamentais relevantes estão albergadas e justificadas pela relação especial de sujeição estabelecida entre o estado e os membros do Congresso Nacional.³⁴

A existência de variados dispositivos tratando das mais diferentes formas de relações especiais de sujeição no texto constitucional demonstra que a figura das relações especiais é “necessidade que permanece”³⁵ no ordenamento jurídico. Antes de apenas declará-la inútil, perigosa ou anacrônica,³⁶ cumpre estabelecer os critérios segundo os quais o instituto deve ser compreendido e interpretado. É o que se passa a fazer.

4. CRITÉRIOS PARA A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

Diante das considerações anteriores, é preciso estabelecer os critérios segundo os quais as relações especiais de sujeição podem ser mantidas como instituto jurídico constitucionalmente adequado no Brasil. Com efeito, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e transversal nas relações entre o estado e os cidadãos. Como afirma Sarlet, “de acordo com um critério formal e institucional, os detentores do poder

34 Sobre a perda do mandato parlamentar, veja-se AMARAL JR., José Levi Mello. Perda de mandato parlamentar por força de condenação criminal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 3, p. 9, 2015.

35 MERTEN, Detlef. Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis. In: MERTEN, Detlef (Org). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 56-58.

36 WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na Administração Pública. *Revista Direito Público*, v. 18, p. 50, 2007.

estatal formalmente considerados (os órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são.”³⁷ Nada a acrescentar. Todos os Poderes do estado, bem como todos os órgãos estatais estão expressamente vinculados aos direitos e garantias fundamentais. Repita-se: os direitos fundamentais têm aplicação imediata e transversal nas relações entre o estado e os indivíduos. O próprio desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais pressupõe o alargamento do seu conteúdo e, acima de tudo, de seu alcance entre os cidadãos, titulares de tais direitos. As relações especiais de sujeição, como consequência, não estão eximidas de observar os ditames impostos pelos direitos fundamentais, como defendiam as teorias iniciais sobre o tema.³⁸ No entanto, há situações jurídicas que submetem os titulares dos direitos fundamentais a restrições que, em outros casos, não seriam aceitáveis.

As relações especiais de sujeição, acima analisadas, não escapam a essa aplicação ampla e imediata dos direitos fundamentais previstos, mas enquadram-se em uma abertura constitucionalmente admitida para a ampliação da interferência estatal sobre os direitos e garantias individuais. Sendo isso verdadeiro, como conciliar a existência de relações especiais de sujeição com a atual constituição brasileira?

A resposta a essa difícil indagação passa pela definição de critérios claros e objetivos, que possam informar e orientar a aplicação dos direitos fundamentais em situações que possam ser caracterizadas como uma relação especial de sujeição. Esses critérios auxiliam no que Hesse denominou de concordância prática envolvida nas relações especiais de sujeição: as relações especiais não podem significar a eliminação dos direitos fundamentais, bem como os direitos fundamentais não podem significar a impossibilidade de tais relações no âmbito estatal.³⁹ Ou, nas palavras de Loschelder, deve-se avaliar, na situação concreta, o alcance e a importância dos bens em colisão.⁴⁰ Por fim, adverte-se que a lista de critérios é não exaustiva, trazendo apenas os critérios essenciais para a conformação constitucional das relações especiais de sujeição.⁴¹

4.1. Referibilidade

A referibilidade diz respeito à relação necessária entre a restrição ao exercício de um direito fundamental imposta e a finalidade almejada com tal restrição. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, Hesse afirma que, nas relações especiais de sujeição, não há uma suspensão dos direitos fundamentais, mas simplesmente uma restrição que a natureza da relação justifica.⁴² Reis Novais bem sintetiza a questão ao observar que “são seguramente um domínio de direitos fundamentais enfraquecidos, pelo menos tanto quanto o exija a manutenção da capacidade funcional das instituições em causa”.⁴³

Em relação às lições acima, pode-se depreender que as restrições impostas somente se justificam caso sejam legitimadas pela situação subjacente à relação especial de sujeição, e que essa restrição seja necessária para a consecução dos objetivos constitucionais. Dessa forma, as relações especiais deverão estar embasadas em situações que tenham como “referência instituições cujos fins e especificidades constituam eles mesmos bens ou interesses constitucionalmente protegidos.”⁴⁴

Peine bem resume a necessária relação entre a restrição e o ideal funcionamento da instituição para a

37 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 389. No mesmo sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 219.

38 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 145.

39 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 146.

40 LOSCHELDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem – Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 29.

41 ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 168.

42 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 147.

43 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 515. (grifo do autor)

44 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 466.

qual a restrição serve:

A restrição ao direito fundamental não é um fim em si mesmo. Antes, serve para a garantia da capacidade de funcionamento de uma instituição, cuja existência é absolutamente necessária para a manutenção do estado democrático de direito e das liberdades fundamentais.⁴⁵

As características da relação especial devem exigir que o exercício daqueles direitos seja restringido. Em outras palavras: deve haver o reconhecimento, mesmo que implícito, por parte da constituição, que a relação especial pressupõe a restrição ao exercício do direito fundamental para o seu correto e adequado funcionamento.⁴⁶

Concretamente, pode-se verificar que o Supremo Tribunal Federal também estipula a referibilidade entre a restrição e a finalidade almejada como um critério para a restrição nas relações especiais.⁴⁷ Em decisões da década de 1950 sobre as restrições impostas aos militares, decidiu que são admitidas “restrições quanto à liberdade de ação, por motivos de disciplina militar”.⁴⁸ Da mesma forma, mais recentemente, decidiu o Tribunal importante questão envolvendo a interceptação, pela Administração penitenciária, de correspondência epistolar de presos, “por razões de segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica” uma vez que “a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.”⁴⁹ Em caso semelhante, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que a leitura da correspondência dos presos somente estará legitimada caso “a intervenção for imprescindível para manter a execução penal e realizá-la de maneira devida. Nesse sentido, devem ser observados o sentido e o propósito da execução penal.”⁵⁰ No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça também indica a necessidade de relação direta entre a restrição imposta e as finalidades institucionais determinadas pela Constituição. Em julgamento envolvendo a punição de um policial militar que havia concedido entrevista sem autorização de seu superior hierárquico, o STJ utilizou-se de dois argumentos principais: de um lado, a supremacia da Constituição e da liberdade científica sobre os regulamentos militares; de outro lado, e ao que interessa ao ponto, que a conduta não tinha relação direta com a função exercida e com as finalidades buscadas pelo texto constitucional. Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal afirmando que

compulsando-se os autos verifica-se que o autor em sua entrevista não ofendeu à Corporação e sequer se manifestou sobre temas estratégicos militares, restringindo-se tão somente a tecer comentários genéricos acerca da tese exposta em sua monografia, que tratava de fatos notórios a respeito de segurança pública.⁵¹

A referibilidade, ou seja, a relação direta entre a restrição imposta e a finalidade institucional buscada ou suportada pela Constituição, é elemento essencial na conformação das restrições ao exercício dos direitos

45 PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 426.

46 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 146.

47 Afirma corretamente Reis Novais: “A Constituição consagra expressamente a possibilidade de restrição ao exercício de alguns direitos fundamentais por parte dos militares na estrita medida das exigências das suas funções próprias (art. 270), e no caso dos reclusos, de limitações dos seus direitos fundamentais desde que inerentes ao sentido e às exigências próprias da respectiva condenação (art. 30, n.5).” Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 515.

48 BRASIL. STF. RE n. 20.127. Relator: Min. Mário Guimarães, Primeira Turma. Diário da Justiça, Brasília, DF, 10 jul. 1952; fato confirmado pela realidade constitucional brasileira atual, a teor, por exemplo, do art. 14, parágrafo 2º, CR/88. Mais graves ainda, as previsões de vedação à sindicalização e ao direito de greve e a impossibilidade de filiação político-partidária (art. 142 parágrafo 3º, VI e VII); a Lei Fundamental alemã traz previsão expressa da limitação dos direitos fundamentais daqueles que prestam o serviço militar, em especial os direitos de liberdade de expressão, de reunião e de petição (art. 17a); von MÜNCH, Ingo. *Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis*. Tese de Doutorado. Frankfurt a.M., 1957. p. 78.

49 BRASIL. STF. Habeas Corpus n. 70.814. Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma. Diário da Justiça, Brasília, DF, 24 jun. 1994; nesse ponto específico discorda-se da posição do Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema: ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 178; I. von Münch chega à conclusão semelhante ao tratar da liberdade de expressão nas relações especiais de sujeição: von MÜNCH, Ingo. *Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis*. Tese de Doutorado. Frankfurt a.M., 1957. p. 78.

50 BVerfGE 33, 1 (14).

51 BRASIL. STJ. RMS n. 11.587/SC. Relator: Min. Gilson Dipp, Quinta Turma. Diário da Justiça, Brasília, DF, 03 nov. 2004.

fundamentais no âmbito das relações especiais de sujeição. A finalidade da instituição a qual pertence o indivíduo cujos direitos serão restringidos devem justificar e ter relação direta com a restrição imposta.

4.2. Restrição ao exercício, não ao direito fundamental

Ao lado da referibilidade às finalidades constitucionalmente legitimadas, tem-se que as restrições impostas no âmbito das relações especiais de sujeição dizem respeito tão somente ao exercício dos direitos fundamentais, mas não ao próprio direito fundamental em si. Quer isso dizer que as relações especiais de sujeição afetam apenas o exercício de um determinado direito fundamental, mas não o extinguem para o seu titular. Por exemplo, um magistrado está impedido de exercer seu direito fundamental à atuação política enquanto pertencer ao Poder Judiciário. O exercício do direito está restrito, mas o direito permanece com o seu titular. Dessa forma, uma vez que não mais esteja, efetivamente, atuando como membro do poder judicante, a possibilidade de exercício do direito fundamental retorna em sua integralidade.

Nos exemplos constitucionais acima descritos, vê-se que as restrições advindas das relações especiais de sujeição dizem respeito apenas ao exercício de determinados direitos fundamentais, que, uma vez superada a relação de proximidade com o estado, desaparecerá a restrição imposta. O direito fundamental permanece dormente, mas existente. A relação especial de sujeição justifica a restrição ampliada, mas, como já afirmado, não justifica a extinção do direito fundamental ao seu titular. O fenômeno da perda de direitos fundamentais, regrado expressamente no texto constitucional, não ocorre nas relações especiais de sujeição⁵². Nestas, como já afirmando, ocorre um enfraquecimento das posições jurídicas jusfundamentais, justificadas pelas necessidades institucionais ou pelas finalidades constitucionais, mas as garantias permanecem com o seu titular.

4.3. Duração temporal limitada

Como visto, as relações especiais de sujeição encontram na relação de proximidade entre o estado e o indivíduo uma de suas justificações.⁵³ A distância entre o estado e os titulares dos direitos fundamentais é um dos requisitos para a liberdade no estado democrático.⁵⁴ Essa proximidade pode decorrer de uma relação de dependência ou de pertencimento — voluntário ou involuntário — aos quadros dos órgãos estatais, ou mesmo uma relação de sujeição imposta por força de um mandamento legal ou judicial. No entanto, essa diminuição na distância entre o estado e indivíduo não pode ser sempiterna. Em outras palavras: a situação que justifica a diminuição da distância e por consequência a relação especial, deve ser limitada temporalmente. Como consequência dessa necessidade, a limitação ao exercício de determinados direitos fundamentais, previstos nas regras que estabelecem a relação especial de sujeição, deve ser limitada no tempo, de modo que dure apenas o período necessário para o atingimento das finalidades previstas no estabelecimento da relação, ou enquanto durar a situação de sujeição especial.⁵⁵

Concretamente, as limitações impostas aos magistrados, por exemplo, terão aplicabilidade pelo período

52 ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30; BETHGE, Herbert. Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1187; HARTMANN, Dieter-Dirk. Verwirkung von Grundrechte. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 35, 1970. p. 564.

53 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1089; PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 408-409.

54 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1086.

55 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1087.

em que o magistrado estiver no exercício de sua função no Poder Judiciário. As limitações impostas aos militares terão aplicabilidade pelo período de duração da relação militar. Nesse sentido, não há justificativa constitucional que possa fundamentar a manutenção das limitações ao exercício de direitos e garantias fundamentais após o período estabelecido para a vigência da relação especial de sujeição.

Como consequência, não haverá mais fundamento para a sujeição após o término do período da dita relação especial.⁵⁶ Reporta-se, por exemplo, o caso do serviço militar em que, após seu término, permanece o indivíduo nos quadros da corporação.⁵⁷ Permaneceriam vigentes para o indivíduo que, livremente, se sujeitou aos desígnios do exército, aceitando-o como profissão e carreira, às condições estabelecidas quando estava sob a relação especial, isto é, quando ainda estava em formação, ou cessam-se toda e qualquer restrição efetivada? Obviamente, que as relações especiais de poder devem ter um período determinado ou, pelo menos, determinável. Não podem, como parece óbvio, durar para sempre. Cessada a condição que impõe a relação especial, extinguem-se *ipso facto* as restrições impostas em sua função.

4.4. Previsão expressa na Constituição ou em Lei

Somando-se aos demais critérios, impõe-se para que a restrição ao exercício de determinado direito fundamental seja legítima, que essa mesma restrição esteja prevista ou diretamente pela Constituição ou venha expressa em legislação oriunda do Parlamento.⁵⁸ Como afirma Hesse, diante da natureza dos direitos fundamentais, as limitações impostas ao seu exercício pelas relações especiais de sujeição terão sustentação constitucional quando forem expressamente previstas ou, pelo menos, pressupostas pelas finalidades institucionais contidas no texto constitucional.⁵⁹

Como consequência dessa proximidade ao estado, indivíduo poderá ter o exercício de um ou mais direitos fundamentais restringidos. Essa restrição poderá ser realizada, por coerência e observância à natureza dos direitos fundamentais, de forma expressa. Em outras palavras, todas as restrições impostas ao exercício dos direitos fundamentais ao indivíduo que se encontre em uma relação especial de sujeição devem ser enunciadas de forma clara e inteligível em um ato normativo de hierarquia legal ou superior.⁶⁰

Essa necessidade de previsão expressa no texto constitucional ou na lei decorre de uma necessidade de limitação da intervenção estatal na esfera protegida pelos direitos fundamentais.⁶¹ Caso se aceitasse a ideia de que a mera sujeição decorrente da relação de proximidade seria capaz de impor ao cidadão condições não previstas na lei, ao fim e ao cabo, estar-se-ia equiparando a inexistência de reserva legal para a Administração, uma vez que essa poderia sujeitar os administrados a tudo aquilo que não está proibido na lei.⁶² Quer isso dizer que a sujeição não serve como elemento justificador uma vez que se trata apenas de atalho para um

56 THIEME, Werner. Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, 1964. p. 86

57 Veja-se, por exemplo, a possibilidade de reforma ou de reserva, conforme o art. 142, § 3º, inc. II da Constituição.

58 Nesse sentido discorda-se de Franz-Joseph Peine que defende a natureza taxativa (*numerus clausus*) das relações especiais de sujeição, não admitindo que a legislação não pode criar novas formas de relações especiais de sujeição fora das hipóteses constitucionalmente previstas. Cf. PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 425.

59 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 146.

60 PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 408-409.

61 MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2002. p. 440.

62 Na já citada decisão envolvendo a leitura da correspondência de um detento, o Tribunal Constitucional Federal alemão anotou que a ausência de uma lei violava a Lei Fundamental, e utilizou-se da figura do apelo ao legislador para obrigá-lo a editar legislação sobre o tema. Assim se manifestou o Tribunal: “Nessa conjuntura, intervenções nos direitos fundamentais de detentos que não tenham fundamento legal precisam ser toleradas por um certo tempo de transição, até que o legislador tenha a oportunidade de promulgar a lei de execução penal correspondentemente ao atual entendimento de direito fundamental, com elementos de tipo normativo da intervenção bem delineados. Esse prazo deve ser, porém, agora limitado. Como referencial adequado e racional, também aqui deve-se considerar o fim do corrente período legislativo. Até o outono de 1973, o atual estado, que não corresponde ao entendimento constitucional atual, pode ainda ser tolerado.” Cf. BVerfGE 33, 1 (13).

resultado que em si já é questionável: possibilidade de a Administração agir sem observância da legalidade.⁶³ A sujeição demanda o oposto: previsão expressa, que confere poderes à Administração, mas que está limitada pelos exatos limites concedidos.

4.5. Consentimento

Outro requisito para a adequação constitucional das relações especiais de sujeição, e para a sua conformação com os ditames dos direitos fundamentais diz respeito à voluntariedade, ou seja, ao consentimento do titular do direito fundamental cujo exercício será restringido pela relação especial. As relações especiais estabelecidas podem ser consideradas como *contratos de sujeição*, ou seja, “elas se concretizam pela sujeição voluntária do indivíduo às normas jurídicas.”⁶⁴ O elemento diferenciador não é o surgimento das restrições por força da manifestação de vontade, mas, sim, pela voluntariedade em se submeter às restrições e limitações impostas pela Constituição ou pela legislação.

Um exemplo trivial pode esclarecer: ninguém pode ser obrigado a tornar-se magistrado e, como consequência, ter o exercício de seus direitos políticos restringidos, nos termos do artigo 95 da Constituição. Ninguém pode ser obrigado a se tornar candidato ao posto de deputado e senador, e sofrer as limitações previstas no artigo 54 do texto constitucional. O consentimento se dá pela voluntariedade de inscrição no concurso e pela adoção de comportamentos que demonstrem a vontade do indivíduo em se submeter àquelas normas constitucionais e legais.

Repise-se, por relevante: não se trata da restrição voluntária de direitos ou do exercício de direitos.⁶⁵ Trata-se de, de forma livre e voluntária, colocar-se em determinada posição jurídica que implica a restrição no exercício de determinados direitos fundamentais.

No caso dos apenados, o consentimento é substituído por uma decisão judicial que o submete à relação especial. Trata-se de um caso específico e extraordinário, cujas consequências devem estar previstas em lei. Nesse caso, o consentimento torna-se necessário, tendo em vista a própria natureza da relação e a sua origem. Apenas em casos extraordinários, um apenado consentirá com a pena imposta. Em todos os outros, certamente a imensa maioria, esse consentimento será substituído pela sentença judicial — mesmo que recorrível — e pela existência de previsão legal expressa de todas as consequências e limitações ao exercício de direitos fundamentais impostos.

4.6. Compensação

A existência de limites ao exercício dos direitos fundamentais deverá ser compensada de formas alternativas para os indivíduos afetados. Essa compensação não é um beneplácito estatal, mas o reconhecimento que os objetivos constitucionais impõem a limitação ao exercício de garantias relevantes a determinados indivíduos colocados em relações de proximidade com o estado. Assim, essa compensação não deve ser considerada como uma forma de prestação estatal de natureza social, mas, sim, como uma “correção pela diminuição sofrida nos direitos fundamentais de liberdade”.⁶⁶

63 THIEME, Werner. Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, 1964. p. 84; PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. p. 427.

64 JELLINEK, Georg. *System des subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. ed. Aalen: Scientia Verlag, 1979. p. 211-212.

65 ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 168.

66 LOSCHELDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 1099; LOSCHELDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem – Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. p. 29.

Concretamente, pode-se verificar esse tipo de compensação nas garantias oferecidas aos magistrados pelo artigo 95 da Constituição, uma vez que os membros da magistratura possuem o exercício de importantes garantias fundamentais restringidos de forma severa pelo referido artigo do texto constitucional. Percebe-se que, mesmo havendo outras finalidades subjacentes a essas garantias, há uma compensação constitucional entre os limites impostos e a concessão de garantias ao indivíduo que vê seus direitos restringidos.

Outro exemplo de compensação vem prevista no artigo 41, §1º da Constituição. Claro está que há outras finalidades na concessão de uma estabilidade aos servidores públicos. No entanto, pode-se verificar que as restrições impostas a estes, tanto em sua liberdade de exercício profissional quanto em sua liberdade de expressão de opinião, devem ser compensadas. A estabilidade no emprego público serve como uma forma de compensar as graves restrições impostas à livre manifestação de pensamento.

Da mesma forma, verifica-se a finalidade de garantir o exercício independente da função parlamentar por meio das garantias previstas no artigo 53. No entanto, tais garantias, também, podem ser analisadas sob o prisma da compensação em função das limitações impostas aos deputados e senadores por estarem inseridos no âmbito de uma relação especial de sujeição, tendo o exercício de determinados direitos sido limitado expressamente pela Constituição.

Por fim, mais um exemplo de compensação pode ser verificado no artigo 95 da Constituição. Com efeito, as vedações aos magistrados, aplicáveis também aos membros do Ministério Público, são acompanhadas de garantias relevantes que, de forma direta, compensam tais vedações. As garantias previstas nos incisos do artigo 95, além de garantirem a independência dos magistrados, também servem como elemento de compensação em função das restrições impostas pelo parágrafo único do mesmo dispositivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações acima, é possível chegar a algumas conclusões. Em primeiro lugar, as relações especiais de sujeição devem ser transpostas do direito administrativo para o direito constitucional, de modo que elas possam ser compreendidas e conformadas com base no desenvolvimento do direito constitucional e, especialmente, com base no entendimento atual dos direitos fundamentais. Deve-se abandonar a compreensão de relação especial de sujeição como relação puramente de direito administrativo, que autorizaria a Administração a estabelecer restrições aos direitos individuais de forma ampla e sem a observância dos limites constitucionais, em um verdadeiro “espaço livre do direito”. Tais restrições surgem em relações de proximidade, que exigem que os seus membros se comportem de determinada forma, ou que, por um período de tempo, não exerçam seus direitos fundamentais, ou não os exerçam em sua plenitude. As relações especiais de sujeição devem ser analisadas sempre “à luz dos direitos fundamentais”⁶⁷, mesmo quando isso se torne inoportuno ou custoso para o estado.

Dessa forma, as previsões constitucionais de relações especiais de sujeição existentes devem ser compreendidas e interpretadas sempre à luz das garantias fundamentais restringidas, de modo que a finalidade buscada pela Constituição justifique a fundamente a restrição operada. Para tanto, estabeleceram-se seis critérios distintos de controle da adequação constitucional e jusfundamental das restrições ao exercício de direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição.

O relevante a ser mantido é que não se trata de revitalizar uma teoria já ultrapassada. Trata-se de conferir critérios objetivos e seguros para o controle da legitimidade constitucional das restrições existentes e, principalmente, limitar novas restrições pretendidas pelo legislador.

67 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p. 146.

REFERÊNCIAS

- ABELEIN, Manfred. Rechtsstaat und besonderes Gewaltverhältnis. *Zeitschrift für Politik*, Neue Folge, v. 14, 1967.
- ADAMY, Pedro. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMARAL JR., José Levi Mello. Perda de mandato parlamentar por força de condenação criminal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 3, 2015.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- BADURA, Peter. *Staatsrecht*. 4. ed. Munique: C.H.Beck, 2010.
- BETHGE, Herbert. Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Almedina, 1991.
- DREIER, Horst (Org.). *Richard Thoma – Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- GÖNSCH, Manfred. Zum Rechtsschutz im Beamtenverhältnis nach dem Ende der Rechtsfigur vom „besonderen Gewaltverhältnis“. *Juristenzeitung*, v. 34, 1979.
- HARTMANN, Dieter-Dirk. Verwirkung von Grundrechte. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 35, 1970.
- HASSEMER, Winfried. Kommunikationsfreiheit in der Haft. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 17, 1984.
- HESSE, Konrad. Bedeutung der Grundrechte. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans. *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1995.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.
- JELLINEK, Georg. *System des subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. ed. Aalen: Scientia Verlag, 1979.
- KIELMANSEGG, Sebastian Graf. *Grundrechte im Nabeverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- LOSCHOLDER, Wolfgang. Grundrechte im Sonderstatus. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. v. 9. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.
- LOSCHOLDER, Wolfgang. Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem – Zur Entwicklung und Krise des besonderen Gewaltverhältnisses. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985.
- MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. v. 1. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895.
- MERTEN, Detlef. Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis. In: MERTEN, Detlef (Org.). *Das besondere Gewaltverhältnis*. Berlin: Duncker und Humblot, 1985.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra editora, 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- PEINE, Franz-Joseph. Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Org.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. v. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.

ler, 2009.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MARTINS, Danilo Gustavo Vieira. Primeiras linhas sobre a opção político-criminal da deserção militar: a necessária contribuição das Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 3, 2015.

THIEME, Werner. Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. *Juristenzeitung*, v. 3, 1964.

THOMA, Richard. Grundrechte und Polizeigewalt. In: DREIER, Horst (Org.). *Richard Thoma – Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

von MÜNCH, Ingo. *Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis*. Tese de Doutorado. Frankfurt a.M., 1957.

WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na Administração Pública. *Revista Direito Público*, v. 18, 2007.

WISSKIRCHEN, Amrei. *Außerdienstliches Verhalten von Arbeitnehmern*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O NEAH e a atenção ao autor de
violência doméstica e familiar
contra a mulher em Belém**

**NEAH and attention to the
author of domestic and family
violence against women in
Belém**

Luanna Tomaz Souza

Anna Beatriz Alves Lopes

Andrey Ferreira Silva

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

O NEAH e a atenção ao autor de violência doméstica e familiar contra a mulher em Belém*

NEAH and attention to the author of domestic and family violence against women in Belém

Luanna Tomaz Souza**

Anna Beatriz Alves Lopes***

Andrey Ferreira Silva****

RESUMO

O presente artigo busca analisar a atenção dispensada ao autor de violência doméstica e familiar cometida contra a mulher em Belém, em especial com base na experiência do NEAH (Núcleo Especializado de Atendimento ao Homem Autor de Violência Contra a Mulher) da Defensoria Pública do Estado. Este é o único núcleo da Defensoria Pública voltado para autores de violência doméstica e representa uma importante experiência de política pública do Norte do país. Parte-se de um método dedutivo e feminista que analisa o arcabouço teórico e legal que delimita a atuação de serviços para agressores. Conclui-se que as políticas públicas desenvolvidas não atendem as diretrizes estabelecidas pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e por outros documentos nacionais como as Diretrizes gerais dos serviços de responsabilização e educação do agressor. Destaca-se que o sistema de justiça ainda está focado na punição, ignorando possibilidades mais amplas de enfrentamento do problema.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Agressor. Violência doméstica. NEAH.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the attention given to the author of domestic and family violence committed against women in Belem, especially from the experience of the NEAH (Specialized Nucleus of Attention to Man Author of Violence Against Women) of the State Public Defender. This is the only nucleus of the Public Defender aimed at perpetrators of domestic violence and represents an important public policy experience of the North of the country. It is based on a deductive and feminist method that analyzes the theoretical and legal framework that delimits the performance of services for aggressors. It is concluded that the public policies developed do not comply with the guidelines established by the Maria da Penha Law (Law 11.340 / 2006) and other national documents such as the General Guide-

* Recebido em 14/01/2018

Aprovado em 21/03/2018

** Professora da Faculdade de Direito e da Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará. Doutora em Direito (Universidade Federal do Pará). Coordenadora da Clínica de Atenção à Violência. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia. Email: luannatomaz@gmail.com

*** Mestranda do programa de pós-graduação de psicologia social e clínica da UFPA. Psicóloga da Clínica de Atenção à Violência da UFPA. Email: annabeatrizlop@gmail.com

**** Enfermeiro. Mestre em Enfermagem (UFPA). Doutorando (NEIM/UFBA). Email: silva.andrey1991@hotmail.com

lines for the services of accountability and education of the aggressor. It should be noted that the justice system is still focused on punishment, ignoring wider possibilities of coping with the problem.

Keywords: Maria da Penha Law. Aggressor. Domestic violence. NEAH.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a atenção prestada ao autor de violência doméstica e familiar cometida contra a mulher pelo sistema de justiça criminal, em Belém do Pará, a partir da experiência do NEAH (Núcleo Especializado de Atendimento ao Homem Autor de Violência Contra a Mulher) da Defensoria Pública do Estado. É de extrema importância analisar a atuação desse órgão, levando-se em conta ser o único Estado que possui em funcionamento um núcleo especializado da Defensoria Pública do Estado que atende homens autores de violência doméstica e familiar.

Busca-se na presente pesquisa analisar os limites e antinomias presentes nessa experiência a partir do arcabouço legal existente. Utilizam-se para tanto diferentes aportes metodológicos. De um lado, em uma perspectiva dedutiva, realiza-se uma pesquisa documental e bibliográfica que delinea como deveria ser o funcionamento dos serviços para agressores a partir das normativas existentes e se avalia se o NEAH se amolda a esses modelos.

Há, também, no estudo um recorte parcial dos dados de pesquisa de doutorado¹ que analisou as sanções aplicadas na Varas de Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Belém–Pa com análise dos processos e entrevistas semiestruturadas com agentes do direito que atuam no sistema de justiça criminal nesses casos. No artigo utilizaram-se as entrevistas dos juízes e juízas que atuam nas três varas de juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, de uma promotora e de duas defensoras como forma de analisar as tensões de funcionamento desse espaço no âmbito do sistema de justiça.

O artigo, também, opta pela utilização de uma metodologia feminista que, conforme orienta Madalena Duarte², pode perceber a possibilidade do recurso ao Direito, quer como instrumento, quer como campo de disputas, para proteção das mulheres e transformação do paradigma societal para um paradigma em que o impacto das desigualdades baseadas no gênero seja mitigado. Para Narvaz e Koller³, as metodologias feministas assumem uma abordagem crítica, tendo como objetivo comum a mudança social, que, no caso em questão, significaria o enfrentamento de forma mais eficaz da realidade de violência cometida contra as mulheres no país. A complexidade da investigação feminista envolve diferentes epistemologias que se preocupam com todo o processo de condução da investigação, inclusive, com o uso de análises e de linguagens sexistas.

Observa-se uma grande lacuna de estudos sobre a região Norte do país. Por isso toma-se como referência a realidade da cidade de Belém, no Estado do Pará, o maior da região. Localizada na Amazônia, Belém possui suas especificidades, mas é, também, representativa do cenário nacional, tendo uma das primeiras varas especializadas do país e um dos estados com o maior número de varas.

A cidade, também, sediou a reunião da Organização dos Estados Americanos em que foi aprovada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de

1 SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

2 DUARTE, Madalena. *Para um direito sem margens: representações sobre o direito e a violência contra as mulheres*. 2013. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

3 NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Metodologias feministas e estudos de gênero: articulando pesquisa, clínica e política. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 3, p. 647-654, set./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v11n3/v11n3a20.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

Belém do Pará”), o que fortaleceu os diversos movimentos feministas e de mulheres e suas demandas e que influenciou, profundamente, uma das autoras moradora da cidade.

Nesse sentido, torna-se importante analisar o contexto local. Inicialmente, são apresentados estudos sobre masculinidades e homens autores de violência contra a mulher para se perceber o avançar do estado da arte sobre o tema e de que modo se articula com as experiências judiciais. É também averiguada a forma com que a responsabilização desses sujeitos tem se apresentado nos discursos e práticas jurídicas além das práticas de intervenções destinadas a esses homens. É feita uma contextualização acerca do NEAH, como se deu seu surgimento e suas práticas. Posteriormente, discute-se a que setor público cabe o desenvolvimento e aplicação de políticas públicas para homens autores de violência contra a mulher e como essas políticas têm sido adotadas em Belém a partir das determinações da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e das Diretrizes dos Serviços de Responsabilização e Educação do Agressor.

2. ESTUDOS SOBRE MASCULINIDADES E HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

De acordo com Natividade⁴, as pesquisas sobre masculinidades surgiram no meio acadêmico nos anos 1970, impulsionadas pelos questionamentos dos feminismos acerca do androcentrismo. A autora destaca o surgimento de cinco vertentes de movimentos para as formas de posicionamento masculino frente às mudanças das mulheres: o mitopoético, o movimento pelos direitos dos homens (*men's rights*), o fundamentalismo masculino, o movimento profeminista e o de terapias das masculinidades. Tais organizações tiveram diversas propostas e práticas, sendo algumas de cunho conservador e outras mais próximas aos discursos feministas, esses últimos serão mais aprofundados neste texto.

Os estudos de masculinidades, segundo Beiras, Nuremberg e Adrião⁵ estão inseridos no contexto da terceira geração de pesquisadoras(es) da área de gênero no Brasil, estabelecido a partir da década de 1990. Beiras⁶ destaca que, nesse período, começou-se a pensar o homem, também, como um ser constituído de gênero, e não mais como o representante da espécie humana. Assim, os estudos de masculinidade que se constituíram no campo de gênero são influenciados por autores como Bourdieu, Welzer-Lang e Connell, e em geral interligados aos feminismos pós-colonialistas.

Bourdieu⁷ afirma que a masculinidade é associada à virilidade, a qual o autor intitula como capacidade reprodutiva, sexual e social, além da aptidão ao combate e ao exercício da violência. Alega que a honra masculina está em defender sua virilidade, portanto, esta é a citada do privilégio masculino, é o que impõe a todo homem o dever de afirmar sua virilidade em toda e qualquer circunstância. Ainda declara que “a virilidade tem que ser validada pelos outros homens, em sua verdade de violência real ou potencial, e atestada pelo reconhecimento de fazer parte de um grupo de ‘verdadeiros homens’⁸. Em outro momento, expõe que “a virilidade, como se vê, é uma noção eminentemente relacional, construída diante dos outros homens, para os outros homens e contra a feminilidade, por uma espécie de medo do feminino, e construída, primeiramente, dentro de si mesmo”⁹.

4 NATIVIDADE, C. Novos signos da(s) masculinidade(s): o homem vítima de violência. In: BEIRAS, A.; NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 52-81.

5 BEIRAS, A.; NUREMBERG, A. H.; ADRIÃO, K. G. Estudos de gênero na Psicologia Brasileira—perspectivas e atuações da terceira geração. *Athena Digital: Revista de pensamento e investigação social*, v. 12, n. 3, p. 203-216, 2012.

6 BEIRAS, A. Grupos de homens autores de violência: possibilidades de intervenções diante das recomendações propostas na Lei Maria da Penha. In: ROVINSKI, S. L. R.; CRUZ, R. M. *Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. São Paulo: Vetor, 2009. p. 129-144.

7 BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

8 BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 65.

9 BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 67.

Podemos, ainda, inferir que, tal como Bourdieu, situa a virilidade enquanto relacional entre homens, esta pode estar, também, na relação com as feminilidades, a partir do momento em que o masculino se impõe ao feminino, exercendo domínio e violências direcionadas a sujeitos femininos. Nesse caso, cabe a reflexão de Blay¹⁰, que questiona se a origem da violência contra a mulher ocorre quando se deve marcar a masculinidade e a virilidade pela agressão.

Welzer-Lang¹¹ explica que as relações entre homens são de competitividade, estruturadas conforme a hierarquia das relações homens/mulheres, sendo estas — as mulheres — a imagem do inimigo a ser combatido. Assim, expõe que a homofobia e a dominação das mulheres são faces da mesma moeda, logo, homens que não seguem o padrão heteronormativo são estigmatizados, rotulados como “anormais” e ameaçados de serem assimilados e tratados como mulheres, ou seja, de serem “dominados”. Portanto, essa proposição poderia justificar os achados do estudo de Lia Machado¹², quando assinala o fato de homens terem que, a todo momento, afirmar os valores da masculinidade a partir de performances das características masculinas.

Guimarães e Diniz¹³ apontam que a socialização masculina é contraditória, pois o mesmo sistema que brutaliza também é o que confere privilégios aos homens. Os autores salientam que essa estrutura traz consequências para toda a sociedade, naturaliza a associação da masculinidade com agressividade, supressão de sentimentos e necessidades de afeto resultando na presença de insegurança e autodesvalorização. Em seguida, indicam que há um estresse permanente entre “ser macho” que impulsionam homens a desenvolverem ações de violência contra outros homens, contra mulheres e contra si mesmos. Tal afirmação, segundo os autores, pode ser associada aos altos índices de agressão, homofobia e violência contra as mulheres¹⁴.

Connell e Messerschmidt¹⁵ estabelecem que existem ideais de masculinidade que homens devem seguir como modelo, definidas como masculinidades hegemônicas, sendo constituídas em um processo social, ou seja, cada região vai determinar um modelo de masculinidade. Tal conceito foi utilizado, pela primeira vez, em relatórios de estudos de campo sobre as desigualdades sociais nas escolas australianas, bem como durante discussões conceituais relacionada à construção das masculinidades e à experiência dos corpos de homens e em debates que tratavam do papel masculino na política sindical australianas. O termo se refere a um padrão de práticas que possibilita a perpetuação da dominação do masculino em relação ao feminino, os autores enfatizam que essas práticas vão além de expectativas de papéis e identidade, apesar de estas se incluírem na masculinidade hegemônica, mas são as coisas efetivamente feitas que determinam a hegemonia. De acordo com os autores, esta é “a forma mais honrada de ser um homem, ela exige que todos os outros homens se posicionem em relação a ela e legítima ideologicamente a subordinação global das mulheres aos homens”¹⁶, assim, representam ideais, fantasias e desejos por meio de práticas discursivas.

Os autores, também, pontuam que são poucos os homens que, efetivamente, exercem a masculinidade hegemônica, porém, ela é uma normativa a todos os outros que se beneficiam pelas consequências dos atos de dominação daqueles que a adotam, portanto, uma grande maioria de homens se coloca numa posição de

10 BLAY, E. A. Violência contra a mulher: um grave problema não solucionado. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 13-28.

11 WELZER-LANG, D. Os homens e o masculino numa perspectiva das relações sociais de sexo. In: SCHPUN, M. R. (Org.). *Masculinidades*. São Paulo: Boitempo Editorial; Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2004. p. 107-128.

12 MACHADO, L. Z. Masculinidades e violências: gênero e mal-estar na sociedade contemporânea. In: SCHPUN, M. R. (Org.). *Masculinidades*. São Paulo: Boitempo Editorial; Santa Cruz do Sul; Edunisc, 2004. p. 35-78.

13 GUIMARÃES, F. L.; DINIZ, G. R. S. Masculinidades, anestésias relacionais e violência conjugal contra a mulher. In: BEIRAS, A.; NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 82-113.

14 GUIMARÃES, F. L.; DINIZ, G. R. S. Masculinidades, anestésias relacionais e violência conjugal contra a mulher. In: BEIRAS, A.; NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 82-113.

15 CONNELL, R. W.; MESSERSCHMIDT, J. W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, jan./abr. 2013.

16 CONNELL, R. W.; MESSERSCHMIDT, J. W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 245, jan./abr. 2013.

cumplicidade à masculinidade hegemônica, formando, então, a cumplicidade masculina¹⁷.

Desse modo, é instaurada uma hierarquia de masculinidades, estando no topo os homens mais próximos aos padrões hegemônicos, e aqueles que não o atingem são dominados e colocados em posições inferiores. Estes, então, podem se estabelecer nas categorias de cumplicidade — já explicitada; subordinação e marginalização. Os homens instaurados na categoria de subordinação são os considerados mais próximos da feminilidade, desse modo, essa categoria atinge, majoritariamente, aos homossexuais, que são ferozmente rechaçados e expulsos do círculo de legitimidade. Já as masculinidades marginalizadas são as que se interseccionam a outras estruturas como classe e raça, homens de classe e raça subordinadas podem até ascender a um posto próximo ao padrão hegemônico, porém se caracterizam por uma ascensão individual, não surtindo efeito para os demais homens de sua classe ou raça¹⁸.

É importante ressaltar que essas categorias de hierarquia de masculinidades fundadas por Connell¹⁹ não devem ser essencializadas e tomadas como fixas, elas podem se alternar de acordo com o padrão de cada contexto social, bem como serem flexibilizadas de forma que homens subordinados e/ou marginalizados podem assumir padrões hegemônicos e de cumplicidade, e vice-versa.

Podemos, então, considerar que, no Brasil, apesar das suas diferenças regionais, um padrão hegemônico de masculinidade se constitui a partir da força, da racionalidade e do poder; portanto, de não ter medo, não chorar, não demonstrar sentimentos, arriscar-se diante do perigo, ser confiante, ativo, chefe das relações familiares, provedor, profissionalmente competente, financeiramente bem-sucedido e sexualmente impositivo²⁰.

Esse debate é fundamental para compreendermos qual deve ser o foco dos serviços para os agressores. Estes devem questionar o modelo de masculinidade existente e as relações estabelecidas entre homens e mulheres para além de um viés individual de agressão. Aguayo et al²² recomendam que às políticas voltadas aos homens autores de violência atendam as seguintes demandas: realizem mais investigações com enfoque de gênero/masculinidades para prevenir a violência contra mulheres; ampliem a incorporação da prevenção com homens nas elaborações das leis e planos nacionais; implementem mais ações no âmbito setorial para prevenir a violência contra as mulheres com a participação dos homens; executem mais campanhas de prevenção à violência contra as mulheres voltadas aos homens; melhorem o desenho e avaliação dos programas em que participam homens que cometeram violência contra mulher; e façam mais programas e intervenções com a população geral de homens para prevenir a violência contra a mulher.

Isto posto, podemos compreender que é fundamental o investimento em políticas públicas voltadas ao combate às violências cometida contra as mulheres com inclusão dos homens o que, segundo Urra²³, pode expor um projeto ético-político em busca de relações mais justas e igualitárias entre homens e mulheres potencializando nos homens características como: “a não violência, a paternidade responsável, a capacidade de construir relações afetivas saudáveis, com maior capacidade de administrar o cuidado com o outro(a), bem como desenvolver hábitos de prevenção e planejamento da vida sexual e reprodutiva”.

17 CONNELL, R. W.; MESSERSCHMIDT, J. W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, jan./abr. 2013.

18 CONNELL, R. W. La organización social de la masculinidad. *Masculinidad/es: poder y crisis*, Santiago, n. 24, jun. 1997.

19 CONNELL, R. W. La organización social de la masculinidad. *Masculinidad/es: poder y crisis*, Santiago, n. 24, jun. 1997.

20 WANG, M.; JABLONSKI, B.; MAGALHÃES, A. S. Identidades masculinas: limites e possibilidades. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, v. 12, n. 19, p. 54-65, jun. 2006.

21 PIMENTEL, A. S. G. Interrogar masculinidades em Belém do Pará. *Contextos Clínicos*, v. 4, n. 1, p. 18-27, jan./jun. 2011.

22 AGUAYO, F. et al. *Hacia la incorporación de los hombres en las políticas públicas de prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas*. Santiago: EME/CulturaSalud, 2016.

23 URRÁ, F. Masculinidades: a construção social da masculinidade e o exercício da violência. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 137.

3. A DEMANDA PUNITIVA RELATIVA À RESPONSABILIZAÇÃO DO AUTOR DE VIOLÊNCIA

A Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006, é o maior exemplo de política pública nacional voltada ao combate às violências cometidas contra mulheres e foi paradigmática no país ao oferecer diversos mecanismos de enfrentamento a essas violências. A Lei aposta no tripé prevenção-assistência-responsabilização. As medidas, contudo, de maior destaque na imprensa e que recebem maior investimento são as de cunho punitivo, o que gera muitas críticas à referida Lei. De um lado, há a defesa irrestrita da Lei por aqueles/as que entendem que é necessário, inclusive, maior rigor para a punição desses casos para que se possa dirimir o problema²⁴. De outro, aqueles/as que, críticos ao direito penal, acreditam que se criou uma lei punitivista que deveria privilegiar mais os recursos preventivos e assistenciais²⁵.

A Lei Maria da Penha, inegavelmente, afastou-se de uma perspectiva minimalista do direito penal, agravando penas e possibilitando hipóteses de prisão provisória. Isso contribuiu para uma grande expectativa punitiva pela sociedade alimentada, também, por movimentos feministas e de mulheres que viam a possibilidade de que o direito penal visibilizasse e enfrentasse as violências cometidas contra as mulheres, o que não se revelou na prática²⁶.

Em pesquisa de doutorado, em que foram analisadas as sentenças aplicadas nos processos de violência doméstica e familiar, pode-se observar, nas falas de agentes do direito entrevistados, discursos voltados a justificar as contradições entre a expectativa punitiva gerada pela Lei Maria da Penha (de que haveria um grande número de prisões) e a realidade de sua aplicação (com baixo número de prisões) culpabilizando diferentes sujeitos, em especial o homem autor de violência²⁷. Em uma das entrevistas, um dos juízes entrevistados afirma que:

É difícil falar o que falta para a implementação da lei. Nós temos indicativos, não é definitivo, mas nós temos indicativos. Que as pessoas que trabalham na construção civil, é um indicativo que a gente tem, porque a gente cadastra as profissões, o indicativo, por exemplo, das pessoas que bebem, que causa isso²⁸.

Na recente pesquisa do IPEA²⁹ “Tolerância social à violência contra as mulheres”, foi perguntado à população se concordava com a frase “mulheres que usam roupas que mostram o corpo merecem ser atacadas”. Inicialmente, o IPEA³⁰ divulgou que 65,1% (sessenta e cinco vírgula um por cento) da população havia concordado com essa afirmação, sendo esse percentual retificado, posteriormente, para 26% (vinte e seis por cento)³¹. O resultado da pesquisa deflagrou uma reação social muito grande no país, principalmente nas redes sociais onde as mulheres postavam dizeres como “eu não mereço ser estuprada” e “a culpa é sempre do agressor”³². Essa reação aposta, exclusivamente, na responsabilização individual pelo cometimento do

24 CARVALHO, Jeferson M. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha é tímida e não combate à impunidade*. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2161>. Acesso em: 12 fev. 2018.

25 BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu: violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editores, 2009.

26 SOUZA, Luanna Tomaz de. Demanda Penal e Violência Doméstica e Familiar Cometida contra a Mulher no Brasil. *Revista Artemis*, v. 13, p. 143-160, jan./jul. 2012.

27 SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

28 SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 155.

29 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

30 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

31 IPEA *errou*: 26%, e não 65%, concordam que mulheres com roupas curtas merecem ser atacadas. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/ipea-errou-26-e-nao-65-concordam-que-mulheres-com-roupas-curtas-merecem-ser-atacadas>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

32 CONTI, Thomas. *A pesquisa do IPEA sobre as mulheres está errada? sim, e não*: Entenda o problema. Disponível em: <<http://thomasconti.blog.br/2014/a-pesquisa-do-ipea-sobre-as-mulheres-esta-errada-nao-e-sim-entenda-o-problema/>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

crime, que, indubitavelmente, recairá na figura do agressor. A expectativa da punição centrada na sentença condenatória penal, todavia, pode causar graves frustrações e ignorar os limites do próprio sistema de justiça criminal. Em pesquisa realizada nas sentenças das varas de violência doméstica e familiar de Belém, contudo, 48,88 % sentenças terminam sem julgamento do mérito³³. Em 4,76% as sentenças foram condenatórias³⁴.

A par disso, os estudos criminológicos críticos têm demonstrado que a pena não impede por si só o cometimento de novos delitos³⁵. São necessários mecanismos destinados a impedir formas de agir e pensar de se perpetuar. Mais do que um comportamento individual pontual, a violência de gênero envolve práticas culturais, percepções de mundo, noções acerca de papéis femininos e masculinos e como devem se relacionar homens e mulheres. De acordo, por exemplo, com pesquisa da Fundação Perseu Abramo³⁶, 25% (vinte e cinco por cento) dos homens se considera machista.

Conforme demonstrado por Benedito Medrado e Ricardo Mello³⁷: “as pessoas envolvidas na relação violenta devem ter o desejo de mudar. É por esta razão que não se acredita numa mudança radical de uma relação violenta quando se trabalha exclusivamente com a vítima”. Muitas vezes isso é um desejo compartilhado por outros sujeitos como a mulher, as/os filhas/os e a família como um todo.

Atendendo a essa preocupação, a Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006 determina a necessidade de criação de “centros de educação e de reabilitação para os agressores” (art. 35, V), além da possibilidade de juízes determinarem o comparecimento obrigatório dos acusados em programas de recuperação e reeducação. Esses programas em formato de grupos foram se expandindo, chegando a 25 programas até 2014, distribuídos por todas as regiões do Brasil³⁸. O Art. 45 também deve ser destacado, pois modifica a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) estabelecendo que o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Surgiram grupos de autores de violência como alternativa ao modelo punitivo prisional como sistema de mudança de comportamento, além de ressaltar a ineficácia desse modelo para tal finalidade. Vários estudos indicam que os mecanismos de punição não têm mostrado eficiência na contenção do crescimento da violência contra as mulheres³⁹, enquanto a participação nos grupos tende a diminuir a reincidência dos casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres^{40,41}.

Um dos primeiros espaços foi criado antes da Lei, em 1999, em São Gonçalo, no Estado do Rio de Janeiro, e é uma referência. Segundo os números do Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher de São Gonçalo referentes ao ano de 2009, menos de 2% (dois por cento) dos homens que praticam violência

33 Casos em que não se apreciou a demanda principal, mas o processo termina arquivado por questões processuais ou a falta de interesse das partes.

34 SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

35 BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu: violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editores, 2009.

36 FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado*. 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

37 MEDRADO, Benedito; MÉLLO, Ricardo. Posicionamentos críticos e éticos sobre a violência contra as mulheres. *Psicologia e sociedade*, n. 20, 2008. p. 81.

38 BEIRAS, A. *Relatório mapeamento de serviços de atenção grupal a homens autores de violência contra mulheres no contexto brasileiro*. Brasil: Instituto NOOS e Instituto Promundo, 2014. Disponível em: <http://noos.org.br/portal/wpcontent/uploads/2015/04/Relatorio-Mapeamento-SHAV_site.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

39 MISTURA, T. F.; ANDRADE, L. F. Mensagem aos outros homens: a contribuição de ex-participantes do grupo reflexivo de homens. In: BEIRAS, A.; NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 239-271.

40 SILVA, A. C. L. G.; COELHO, E. B. S. Acompanhamento de homens autores de violência contra a parceira íntima: um estudo de caso. In: BEIRAS, A.; NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 196-215.

41 BEIRAS, A. Grupos de homens autores de violência: possibilidades de intervenções diante das recomendações propostas na Lei Maria da Penha. In: ROVINSKI, S. L. R.; CRUZ, R. M. *Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. São Paulo: Vetor, 2009. p. 129-144.

contra a mulher e participam de grupos de reflexão voltam a agredir suas companheiras. Em Nova Iguaçu, na Baixada Fluminense, os reincidentes eram menos de 4% (quatro por cento) até 2009. Uma pesquisa feita na Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de São Luiz, no Maranhão, onde não havia grupos para homens até 2009, revelou que 75% (setenta e cinco por cento) dos agressores eram reincidentes, um número superior à taxa de reincidência no Estado de São Paulo, que era de 58% (cinquenta e oito por cento), e, no País, que era de 70% (setenta por cento), em 2009⁴².

Blay⁴³ faz um breve resumo de como ocorrem os grupos de homens autores de violência contra mulheres no Brasil. A autora aponta que os homens em geral são encaminhados por juízes para participarem das reuniões com facilitadores que orientam para reflexões até se alcançar a compreensão e ressignificação das situações de violência dos membros do grupo. Afirmo, também, que, nesses grupos, são utilizadas diversas metodologias em cerca de dez a quinze reuniões semanais, quinzenais ou mensais; além disso, observa que os grupos mostram conclusões otimistas, pois “os homens que passam pelos grupos tentem a mudar seus comportamentos”⁴⁴.

Esse debate sobre as metodologias utilizadas nos grupos é fundamental, principalmente porque a Lei utiliza quatro diferentes conceitos: educação, reabilitação, recuperação e reeducação (arts. 35 e 132), o que gera diferentes visões sobre o papel desses espaços. Sobre as metodologias empregadas em grupos de homens em situação de violência conjugal é importante seguir as recomendações de Medrado e Lyra⁴⁵ quanto à leitura feminista de gênero sobre as masculinidades: superar visões que coloquem o homem como a face maldita das relações de gênero; perceber que os modos de subjetivação masculina são plurais e plásticos; as masculinidades também são atravessadas por outros marcadores como raça e classe; é necessário compreender a socialização de homens em pedagogias voltadas a práticas violentas, tanto do ponto de vista material como simbólico; ter o entendimento que sexo é uma construção cultural tal como gênero; e de que é necessária uma visão crítica e politizada do “privado” e dos sistemas de regulação de modos de subjetivação masculinos e femininos.

Complementando as propostas supracitadas, também é interessante ressaltar a recomendação de Beiras e Cantera⁴⁶, ao destacarem a importância da caracterização das vivências dos homens, dar visibilidade às particularidades e sutilezas dos discursos para melhor elaborar estratégias de desconstruções das lógicas de violência, domínio e opressão das relações sociais de gênero. Ou seja, ter um olhar sensível e possibilitar diferentes formas de ser e estar no mundo além dessas construções normatizadas para as masculinidades.

Tal como nas recomendações de Medrado e Lyra⁴⁷, Gonçalves⁴⁸ ratifica que as posições cristalizadas e polarizadas como as de vítimas/algozes criam barreiras para as transformações das relações de gênero e “desconstrução das práticas interpessoais violentas perpetradas pelos homens”.

42 BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

43 BLAY, E. A. Violência contra a mulher: um grave problema não solucionado. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 13-28.

44 BLAY, E. A. Violência contra a mulher: um grave problema não solucionado. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 27.

45 MEDRADO, B.; LYRA, J. Princípios ou simplesmente pontos de partida fundamentais para uma leitura feminista de gênero sobre os homens e as masculinidades. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 55-74.

46 BEIRAS, A.; CANTERA, L. M. Feminismo pós-estruturalista e masculinidades: contribuições para a intervenção com homens autores de violência contra mulheres. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 29-44.

47 MEDRADO, B.; LYRA, J. Princípios ou simplesmente pontos de partida fundamentais para uma leitura feminista de gênero sobre os homens e as masculinidades. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 55-74.

48 GONÇALVES, J. P. B. As contribuições na noção de interseccionalidade e dos estudos feministas pós-coloniais para o campo das intervenções com homens autores de violência doméstica contra as mulheres. In: BEIRAS, A.; NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 32.

Aguayo, Kimelman, Saavedra & Kato-Wallace⁴⁹ realizaram uma pesquisa fruto da parceria da ONU Mulheres, PROMUNDO, MenEngage, UNFPA e EME, a qual analisaram diversos programas de intervenção com homens autores de violência na América Latina e Caribe, constatando que os mais efetivos são aqueles que comportam um enfoque transformador de gênero, que estão inseridos em uma relação coordenada com as instituições e com a comunidade, e, no caso específico dos grupos, são mais eficazes aqueles com maior número de sessões. No entanto, afirmam que ainda são escassas as avaliações desses programas, muitas vezes por “não haver consciência suficiente acerca da importância de se dirigir esforços e recursos para sistematizar e avaliar as experiências realizadas” [tradução livre]⁵⁰.

Desse modo, concordamos com a premissa de Nascimento⁵¹ de que “a masculinidade não é outorgada pela natureza ou por uma essência masculina, mas ao contrário, é construída, afirmada, negociada e desconstruída ao longo da vida como experiência social e subjetiva, culturalmente contextualizada e historicamente datada”⁵². Assim, entendemos que as masculinidades não são algo cristalizado e sem possibilidade de transformação, portanto, é necessário o incentivo e estabelecimento de políticas públicas efetivas para atenção aos homens em situação de violência contra as mulheres.

Desta feita, torna-se fundamental estender a criação de centros para os homens autores de violência permitindo que reflitam sobre as relações de gênero que desenvolvem e sobre as masculinidades hegemônicas que têm sido reforçadas.

4. O SURGIMENTO DO NEAH

Na tentativa de atender o que dispõe a Lei Maria da Penha, foi criado, em Belém, o NEAH (Núcleo Especializado de Atendimento ao Homem Autor de Violência Contra a Mulher da Defensoria Pública do Pará). Este representa uma das poucas experiências de núcleo especializado no atendimento ao autor de violência doméstica e familiar da Defensoria Pública. Os autores de crimes são, em regra, atendidos nos setores criminais do órgão.

O Convênio nº 135/2010 celebrado entre a Defensoria Pública do Estado do Pará e o Ministério da Justiça, por meio do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN e seu Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas, garantiu a implantação do “Núcleo Especializado de Atendimento ao Homem Autor de Violência contra a Mulher, cumpridor de pena ou medida alternativa no Estado do Pará”⁵³, em 2011. Ele foi criado como parte do Núcleo Criminal da Defensoria Pública do Estado (NACRI) e atende à demanda da capital do estado somente.

Sua criação, contudo, trouxe muitas críticas principalmente porque a Defensoria também abriga o NAEM (Núcleo Especializado de Atendimento à Mulher da Defensoria Pública) que atenderia às mulheres em situação de violência. Para uma das defensoras do NAEM entrevistada⁵⁴:

49 AGUAYO, F. et al. *Hacia la incorporación de los hombres en las políticas públicas de prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas*. Santiago: EME/CulturaSalud, 2016.

50 AGUAYO, F. et al. *Hacia la incorporación de los hombres en las políticas públicas de prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas*. Santiago: EME/CulturaSalud, 2016. p. 30.

51 NASCIMENTO, M. Masculinidade, juventude e violência contra a mulher: articulando saberes, práticas e políticas. In: BLAY, E. A. (Org). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 211-224.

52 NASCIMENTO, M. Masculinidade, juventude e violência contra a mulher: articulando saberes, práticas e políticas. In: BLAY, E. A. (Org). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 216.

53 Termo aditivo nº 1 incluiu o homem que se encontra sob pena restritiva de direitos, em atividades socioeducativas, a fim de afastá-lo do contexto da violência, modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e prorrogar o prazo de vigência.

54 SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 115.

Eu faço um parêntese para dizer que, embora seja da minha instituição, eu não acho que deveria existir o núcleo especializado do homem, porque a lei não fala sobre isso. Ele deveria entrar em um programa de reeducação após a condenação dele, determinado pelo juiz e obrigatório, agora eu me deparo dentro de um juizado especializado da mulher com um defensor especializado para o homem, na lei está previsto que o agressor tem direito à defesa comum. Eu acho que o NEAH não deveria existir, deveria haver um programa que tivesse uma equipe multidisciplinar para ajudar esse agressor a não reincidir mais, mas todo o processo criminal dele deveria ser pela justiça comum. A Lei Maria da Penha em nenhum momento determina que o homem, agressor também deve ter um defensor especializado. Não sou contra que o homem tenha atendimento, porque ele é uma pessoa “doente” que precisa de ajuda, mas não existe nenhuma previsão na lei para que ele tenha um núcleo para cuidar dos processos dele. Nós temos o NACRI que é um núcleo criminal onde este homem pode ser muito bem atendido e não pelo NEAH.

Percebe-se, no conflito entre o NAEM e o NEAH, para além de uma disputa institucional, a expressão do debate em tornos dos sentidos da punição. Como abordado anteriormente, há uma tensão entre os discursos que defendem o recurso penal para o enfrentamento da violência e aqueles que seguem incrédulos ao funcionamento desse sistema. Sob manto da defesa das mulheres, pode-se impedir a estruturação de serviços para os autores nos termos que a própria Lei impõe. Para Celmer⁵⁵, a defesa intransigente das medidas punitivas da Lei pode, sob o discurso de proteger, criminalizar pobres e dar uma escassa proteção as vítimas.

O projeto do NEAH, contudo, mesmo supostamente assumindo o compromisso de se estruturar como um centro para os agressores nos termos da Lei, difere-se da proposta apresentada pelas Diretrizes Gerais dos Serviços de Responsabilização e Educação do Agressor⁵⁶. Estas tentam estabelecer um norte para os serviços previstos nos artigos 35 e 152⁵⁷ da Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, alterada pela Lei Maria da Penha. O objetivo desses serviços seria o acompanhamento das penas e decisões proferidas pelo juízo competente no que tange ao agressor, com um caráter obrigatório e pedagógico e não um assistencial ou de ‘tratamento’:

Por meio da realização de atividades educativas e pedagógicas que tenham por base uma perspectiva feminista de gênero, o Serviço de Responsabilização e Educação deverá contribuir para a conscientização dos agressores sobre a violência de gênero como uma violação dos direitos humanos das mulheres e para a responsabilização pela violência cometida. Juntamente com as demais atividades preventivas - tais como realização de campanhas nacionais e locais, formação de professores e inclusão das questões de gênero e raça nos currículos escolares - o serviço poderá contribuir para a desconstrução de estereótipos de gênero; a transformação da masculinidade hegemônica; e a construção de novas masculinidades⁵⁸.

As Diretrizes expressamente condenam o oferecimento de atendimento jurídico ou psicológico aos agressores, o que é feito pelo NEAH desde o procedimento policial até a execução da pena. Para os presos que respondem por crimes de violência doméstica e familiar, o atendimento ocorre duas vezes por mês, sendo atendidos cerca de 40 (quarenta) internos⁵⁹. Também são realizadas atividades como a elaboração de cartilhas, palestras e eventos alusivos à datas comemorativas como o Dia do Homem (19.11)⁶⁰.

55 CELMER, Elisa Girotti. *Feminismos, discurso criminológico e demanda punitiva: uma análise do discurso de integrantes das organizações não-governamentais Themis e JusMulher sobre a Lei 11.340/06*. 2008. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2008.

56 SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA ÀS MULHERES. *Diretrizes gerais dos serviços de responsabilização e educação do agressor*. Brasília: SPM, 2011.

57 Art. 152. Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

58 SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA ÀS MULHERES. *Diretrizes gerais dos serviços de responsabilização e educação do agressor*. Brasília: SPM, 2011. p. 66.

59 NO PA, projeto dá assistência jurídica a presos por violência doméstica. G1, Pará, 11 fev. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2014/02/no-pa-projeto-da-assistencia-juridica-presos-por-violencia-domestica.html>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

60 PARÁ (Estado). Defensoria Pública. *Dia nacional do homem*. Disponível em: <<http://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2775619/artigo-dia-nacional-do-homem>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

Há também uma equipe psicopedagógica formada por dois defensores, uma coordenadora, uma psicóloga, uma assistente social e um pedagogo que realizam o atendimento através da escuta dos assistidos. Essa equipe oferece cursos de educação e profissionalização, eventos relacionados à valorização da família, marketing pessoal e mercado de trabalho, além de encaminhamentos para tratamentos relacionados a álcool, drogas e outros transtornos. O NEAH também promove grupos de reflexão que ocorrem uma vez por semana, totalizando quatro meses de tratamento contínuo. Após cada encontro é elaborado um relatório para registrar a dinâmica e os participantes para aperfeiçoamento. Por fim, são elaborados estudos de caso, relatórios e pareceres para subsidiar a defesa técnica e conseqüentemente as decisões judiciais⁶¹.

Quando um homem é atendido pelo Núcleo é aplicado um instrumento pela equipe psicossocial para traçar o perfil inicial e a necessidade do homem. A partir de tais informações pode ocorrer encaminhamentos a outros núcleos da Defensoria, caso sua demanda seja de outra área como a cível, por exemplo. Também são realizados encaminhamentos para as instituições parceiras, como a Clínica de Psicologia da UFPA⁶². No caso da Clínica, chama atenção o fato dela também atender às mulheres, o que é condenado pelas Diretrizes.

Desta feita, o NEAH claramente não se adequa ao padrão proposto pelas Diretrizes, misturando atribuições que seriam típicas da defensoria com uma proposta de assistência ao réu ou condenado. Mesmo pretendendo assumir tantas atribuições, o de espaço de assistência jurídico-social e de responsabilização, o NEAH possui sérias limitações institucionais. Segundo uma servidora entrevistada:

Hoje no núcleo lutamos por uma boa estrutura. O Ministério da Justiça deu um suporte financeiro pelos dois primeiros anos. E, agora, a Defensoria tem dado a sustentabilidade e estamos passando por um processo de reestruturação do projeto em virtude da grande demanda de atendimento do projeto que já conta com 3.000 mil homens cadastrados. As nossas ações são muitas como palestras, grupos de reflexão, etc. A nossa estrutura, hoje, está bem menor do que aquela que o projeto exige. Frente as redes sociais o núcleo é bem reconhecido. Sofremos com a carência de defensores públicos para atuar nas varas de violência doméstica. As três varas só contam com dois defensores públicos⁶³.

A necessidade de mais defensores para a assistência judiciária aos homens foi apontada em diversos momentos da pesquisa. Segundo uma promotora entrevistada, no dia a dia das audiências “chamar o defensor é uma dificuldade”:

A Defensoria Pública hoje tem apenas dois defensores massacrados. Não se faz audiência sem defensor ou advogado particular. O Daniel fica na Defensoria fazendo o atendimento, enquanto o Seabra vai fazer audiência nas três varas. As vezes têm que ficar para esperando ele terminar a audiência numa vara pra fazermos a nossa audiência e ele tem até problema de coração. Ele fica correndo nos corredores. Ele vai sair, ele fala que é uma questão de saúde, ele não aguenta. Então a Defensoria Pública também não tem sensibilidade⁶⁴.

Isso demonstra a lacuna do Estado quanto aos serviços de responsabilização dos agressores nos termos determinados pela legislação. Nem sempre, todavia, é fácil perceber, já que funciona uma lógica de criação, arranjo e visibilidade de espaços institucionais que, na prática, não conseguem atender a demanda para o qual foram criados.

61 NEAH. *A atuação extrajudicial e interdisciplinar no enfrentamento da violência doméstica e familiar: o homem em foco*. Relatório Institucional. 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/21078/Daiane_Lima_dos_Santos.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

62 NEAH. *A atuação extrajudicial e interdisciplinar no enfrentamento da violência doméstica e familiar: o homem em foco*. Relatório Institucional. 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/21078/Daiane_Lima_dos_Santos.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

63 SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 15.

64 SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 15.

5. QUEM CUIDA DO AUTOR DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?

Se, como foi demonstrado anteriormente, o NEAH não está de acordo com os termos determinados pela legislação, a quem se deve a responsabilidade de assistir o homem autor de violência doméstica e como deve ser prestada essa assistência?

Em que pese a determinação pela Lei Maria da Penha e pelo Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013-2015⁶⁵ da criação de centros para agressores, estes existem em poucos estados do país. Isso ocorre, dentre outros fatores, pela falta de vontade política dos gestores e de apoio de movimentos, pois muitos acreditam que os recursos obtidos pelos governos devem ser disponibilizados prioritariamente às mulheres⁶⁶. Elena Larrauri⁶⁷ identifica nesses movimentos também a preocupação de que o encaminhamento para esses centros seja uma resposta benévola.

Para quem defende essa ideia, nenhuma pena alternativa à prisão é castigo suficiente para qualquer delito. Coloca-se o tratamento do agressor como se fosse uma alternativa à prisão, quando de fato, esta, na maioria das vezes, é suspensa ou não é aplicada. Um programa de “reeducação” pode ser, assim, uma sanção maior do que a que vem sendo aplicada. Quanto à questão se são eficazes ou não, é algo que envolve certa complexidade de se afirmar porque são experiências muito diversas, com dificuldades de se manter um índice de respostas global. Tais questionamentos devem, todavia, segundo a Larrauri⁶⁸, orientar-se por uma perspectiva feminista que trabalhe a responsabilização do autor, confrontando suas noções de violência juntamente a uma resposta comunitária coordenada.

Sob a lógica única e exclusiva do castigo, pode-se perder a oportunidade de oferecer a oportunidade de mudança a uma pessoa que deseja. O Direito Penal tem colocado alguns autores de crimes historicamente na condição de inimigos, o que limita as formas de intervenção sobre esse sujeito. Para Eugênio Zaffaroni⁶⁹, o poder punitivo sempre discriminou indivíduos e grupos ditos perigosos e inconvenientes. Estes perderam a condição de pessoas, sendo tratados como entes perigosos, como inimigos, e, por isso, foram, ao longo do tempo, perdendo, também, direitos. Com a expropriação do poder das vítimas isso se torna mais evidente e vai desde Satã às bruxas, aos judeus e, até, mais recentemente, aos terroristas. Uma sucessão de inimigos que criou um círculo vicioso que apenas aumenta a angústia e reclama novos inimigos. Isso foi legitimado pelo discurso jurídico penal, por meio de autores como Gunther Jakobs⁷⁰, conduzindo a sociedade a uma guerra permanente, sem identificar o verdadeiro inimigo, o Estado de polícia, e gerando grandes violências institucionais⁷¹.

No Pará, além da falta de recursos, observou-se que, mesmo quando estes foram alocados pelo governo federal em programas como PRONASCI (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania), demoraram a se desenvolver políticas para os autores de violência até pela dificuldade de se identificar os responsáveis por estas. Em pesquisa realizada por Souza⁷², o Secretário de Justiça e Direitos Humanos (SEJUDH) aponta que a responsabilidade seria da Secretária de Segurança Pública (SEGUP), já que seriam “homens condenados”. Em conversa com o Secretário de Segurança Pública, ele informou que eles não seriam “condenados comuns”, por isso, acreditaria que isso deveria ficar sob responsabilidade da Secretaria de

65 SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA ÀS MULHERES. *Plano nacional de políticas para as mulheres 2013-2015*. Brasília: SPM, 2013.

66 INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Segurança Pública e Cidadania: Uma análise orçamentária do Pronasci*. Brasília: INESC, 2010.

67 LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*. Montevideo: Euros Editores, 2008.

68 LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*. Montevideo: Euros Editores, 2008.

69 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

70 JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

71 CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

72 SOUZA, Luanna Tomaz de. *Será que isso vai pra frente, doutora?: Caminhos para a implementação da Lei “Maria da Penha” em Belém*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Pará, 2009.

Assistência Social (SEAS). Um jogo de “empurra-empurra” que ignora as demandas do homem e, também, da mulher, que deseja a mudança deste.

Percebe-se, em realidade, um conflito de percepções sobre quem seria esse sujeito autor de violência contra a mulher. De um lado, para a SEGUP, ele não é considerado um “criminoso”, já que seu crime não é visto como de importância e lesividade. Por outro lado, tem-se o retrato de um agressor doente, violento, obsessivo, que o distancia de outros homens e é retratado, por exemplo, em cartilhas como a desenvolvida pelo próprio NEAH⁷³ que aponta como “características de um agressor”:

Comportamento Controlador: formas de oferecer segurança, a pessoa potencialmente violenta passa a monitorar os passos da vítima e a controlar suas decisões, seus atos e relações;

Envolvimento amoroso em curto espaço de tempo: quando a relação se torna intensa, insubstituível, o agressor vê na vítima a única pessoa que pode entendê-lo, nunca amou ninguém daquela forma, se sente destruído se ela o abandonar;

Expectativa de mudar a parceira: o homem exige que a mulher seja perfeita como mãe, amante e amiga. Acaba isolando a mulher, criticando seus amigos e familiares, impedindo de várias formas que ela circule livremente, trabalhe ou estude;

Violência espelhada em fantasias: os autores de violência revelam crueldade com animais e crianças, e gostam de desempenhar papéis violentos na relação sexual, fantasiando estupros, desconsiderando o desejo da parceira ou exigindo relações sexuais em ocasiões impróprias como: - quando está dormindo, doente ou cansada, por exemplo.

Um homem que não se encaixa de imediato nesse padrão não é visto como um agressor. Além disso, há uma compreensão de que o crime pode se relacionar a algum fator externo e momentâneo como o desemprego e o uso de álcool e drogas que impede a compreensão de gênero. Uma servidora do NEAH entrevistada ressaltou a importâncias das ações de profissionalização para o fim da violência:

O perfil traçado dos homens espelha uma profissão indefinida, pois buscam qualquer trabalho informal para o sustento da família e a maioria deles não teve incentivo nos estudos de forma a alcançar uma profissão. A dificuldade financeira contribui para a prática de Violência Doméstica⁷⁴.

Há, também, ações voltadas para o abuso no consumo de álcool e drogas, como palestras. Segundo a Assistente Social do NEAH, a causa da violência, na maioria das vezes, estaria ligada à questão da dependência⁷⁵. O perfil psicológico do agressor seguiria a seguinte disposição: 6 % desestrutura familiar, 12% dependência afetiva; 32% violência doméstica; 50 % álcool e drogas⁷⁶.

Percebe-se, claramente, a falta de um debate de gênero sobre a violência no NEAH. Não há um diálogo com o amplo número de estudos e pesquisas acerca da temática. De fato, de acordo com a pesquisa do Data-Senado de 2013, 28% (vinte e oito por cento) das mulheres creditam ao ciúme o principal motivo da agressão, enquanto 25,4% (vinte e cinco vírgula quatro por cento) ao uso de álcool, 6,5% (seis vírgula cinco por cento) à traição conjugal, 6% (seis por cento) à separação, 2,6% (dois vírgula seis por cento) ao uso de drogas. Por sua vez, segundo o Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (Cebid) da Unifesp⁷⁷, o álcool estaria associado a 50% (cinquenta por cento) dos casos de violência doméstica⁷⁸. Todavia, para além

73 NEAH. *Cartilha Direito de defesa ao homem em Prática de violência doméstica*. 2016. Disponível em: <www.defensoria.pa.gov.br/defensoria/anexos/File/CARTILHA_DO_HOMEM_PDF.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

74 SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 15.

75 PARÁ (Estado). Defensoria Pública. Disponível em: <http://www.defensoria.pa.gov.br/noticia_detalle.php?ID=2432> Acesso em: 13 fev. 2018.

76 NEAH. *A atuação extrajudicial e interdisciplinar no enfrentamento da violência doméstica e familiar: o homem em foco*. Relatório Institucional. 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/21078/Daiane_Lima_dos_Santos.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

77 ALCOOL e violência. *Uol*. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/vyaestelar/alcool_violenca.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

78 ZILBERMAN, Monica; BLUME, Sheila. Violência doméstica, abuso de álcool e substâncias psicoativas. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 27, supl. 2, p. 53, out. 2005.

da percepção da sociedade, não podemos afirmar serem essas causas da violência, senão facilitadores, pois sua presença não fará mais do que acentuar ou minimizar uma tensão de gênero, de poder estabelecido⁷⁹.

Essas questões demonstram, também, uma falta de compreensão da seletividade do sistema penal. Para Marília Mello e Daniele Alencar⁸¹, este é tão seletivo e discriminatório que a maioria dos autores de violência contra a mulher que passa pelas varas, na realidade, é pobre, tem um nível de escolaridade baixíssimo, menos de cinquenta anos de idade, mora em bairros da periferia e tem um emprego sem grandes perspectivas de ascensão profissional e econômica. Isso não quer dizer que estes sejam os únicos agressores, pois há um relevante número de casos que sequer são denunciados em virtude do medo que sentem muitas mulheres. Segundo as autoras, em muitos casos, as agressões são recíprocas, situações em que a mulher também se torna agressora e em que, mais uma vez, o direito penal terá dificuldade de se apresentar como resposta, prendendo um ou absolvendo a ambos.

Para Wania Izumino⁸², essa seletividade tanto na escolha dos crimes e dos agentes que serão punidos quanto da intensidade das respostas punitivas revela um sistema que não cumpre suas promessas de segurança jurídica a todos. Há uma crise da legitimidade das instituições do sistema de justiça criminal que leva ao desdobramento de políticas criminais contraditórias e uma atuação cada vez mais seletiva, priorizando casos de maior repercussão como aqueles que envolvem os crimes contra o patrimônio ou o crime organizado. Segundo a autora, a questão de fundo é ser preciso não apenas questionar a eficácia ou a falência do sistema de justiça criminal, mas apontar os obstáculos presentes na sociedade brasileira que tornam inviáveis determinados modelos de justiça como aqueles adotados pela Lei Maria da Penha e que se dispõem a confrontar as desigualdades de gênero presentes nesta sociedade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maria da Penha trouxe, além das ações de punição, políticas de prevenção e assistência como os centros para agressores. A Lei, contudo, não delimita muito bem como devem funcionar esses espaços, o que tem gerado diferentes configurações. Muitas das dificuldades encontradas na implementação desses serviços envolvem a própria resistência com a possibilidade de políticas para agressores para além do viés punitivo, ficando isto exposto, inclusive, em tensões institucionais como ocorrem entre o NAEM e o NEAH.

Em Belém, todavia, apesar de ser apresentado como um serviço de referência para homens autores de violência contra mulheres, o funcionamento do NEAH não se coaduna com o que determina as Diretrizes gerais dos serviços de responsabilização e educação do agressor, documento que oferece as bases mínimas para formação desses espaços. Dentre diferentes características, o NEAH é um serviço de assistência jurídica, o que não deveria ser um serviço para agressores nos termos das Diretrizes.

Isso traz fragilidade para um importante espaço de enfrentamento à violência e reafirma uma lógica de precarização das políticas públicas. Busca-se ter um serviço, independentemente de como funcione e isto não contribui efetivamente para dirimir o problema. A precarização das políticas públicas colabora para reforçar a violência de gênero na medida em que impede que determinados serviços, efetivamente, atuem no

79 ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação. *Revista psicologia para América Latina*, México, n. 4, out. 2008. Disponível em: <<http://psicolatina.org/14/genero.html>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

80 SOARES, Luis Eduardo; SOARES, Bárbara Musumeci; CARNEIRO, Leandro Piquet. Violência contra a mulher: as DEAMS e os pactos domésticos. In: SOARES, Luis Eduardo et al. *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser/RelumeDumará, 1996. p. 65-105.

81 MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ALENCAR, Daniele Nunes de. A Lei Maria da Penha e sua aplicação na cidade de Recife: uma análise crítica do perfil do 'agressor' nos casos que chegam ao juizado da mulher (anos 2007-2008). *Revista Sociais e Humanas*, v. 2, n. 24, p. 9-21, 2011.

82 IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero*. 2003. Tese (Pós-graduação em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

enfrentamento, pois operam de forma limitada, mesmo sendo apresentados como em pleno funcionamento.

Cabe ressaltar que os centros para autores de violência devem construir suas atividades para além do sistema de justiça criminal, o que não ocorre em Belém. O NEAH, núcleo da Defensoria, ainda está imbricado em uma lógica de sistema penal. Este é seletivo e falho em cumprir algumas de suas promessas como a diminuição da violência. Essa tem, na realidade, aumentado ao longo dos anos, em especial para as mulheres negras⁸³.

A maior parte dos programas de atenção ao homem autor de violência em funcionamento no país tem se pautado em tentar proporcionar reflexões sobre as causas do comportamento violento e pautar a educação de gênero e tem obtido sucesso mudança da vida desses homens e, conseqüentemente, das mulheres em seu convívio⁸⁴. Dessa maneira, Prates e Alvarenga⁸⁵ propõem que grupos com homens autores de violência contra a mulher tornem-se políticas públicas efetivas vinculadas à Justiça. No entanto, visto as considerações acerca das conseqüências da excessiva utilização do direito penal e as diversas possibilidades de intervenção que a Lei Maria da Penha explícita, talvez pudessem ser eficazes também, ao contrário do que afirmam os autores, intervenções fora do âmbito judicial.

A insuficiência de ações educativas voltadas ao agressor revela que este, ainda, tem sido ignorado na formulação das políticas públicas. Para o enfrentamento da violência contra as mulheres, é necessário implementar ações que possam, também, incluir os homens. Tais medidas, também, precisam envolver aspectos para além da busca da punição, pois são fundamentais mudanças mais amplas. Para além de condenar os homens à prisão, é importante possibilitar que esses sujeitos repensem e reconstruam as dinâmicas de relacionamento que vivenciam e os modelos de masculinidade perseguidos. É por essa razão que não se acredita numa mudança radical de uma relação violenta, quando se trabalha, exclusivamente, com um dos lados e se ignora que há caminhos para a mudança do outro.

Desse modo, é imprescindível que os programas de atendimento aos homens autores de violência tornem-se políticas públicas efetivas e interligadas não só ao sistema judiciário, mas também às políticas de assistência social, saúde, educação, trabalho, segurança, numa rede ativa e concreta de reformulação das relações sociais de gênero e combate à violência contra a mulher. Isso, também, contribui para o monitoramento desses serviços e possibilita maior efetividade.

Políticas públicas, portanto, são essenciais para o combate à violência contra as mulheres, devendo conter ações associadas aos homens, não apenas enquanto “agressores”, mas também como agentes de promoção de mudança das relações de gênero. As políticas devem ser firmadas pelos governos para que sejam legitimadas e perpetuadas, mas devem, também, contar com a participação popular para que se intensifique o controle social e se evite a precarização.

REFERÊNCIAS

AGUAYO, F. et al. *Hacia la incorporación de los hombres em las políticas públicas de prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas*. Santiago: EME/CulturaSalud, 2016.

83 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Mesmo com a Lei Maria da Penha, aumenta número de casos de violência contra a mulher*. Disponível em: <<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/100407232/mesmo-com-a-lei-maria-da-penha-aumenta-numero-de-casos-de-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

84 BEIRAS, A. Grupos de homens autores de violência: possibilidades de intervenções diante das recomendações propostas na Lei Maria da Penha. In: ROVINSKI, S. L. R.; CRUZ, R. M. *Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. São Paulo: Vetor, 2009. p. 129-144.

85 PRATES, P. L.; ALVARENGA, A. T. Grupos reflexivos para homens autores de violência contra a mulher: sobre a experiência na cidade de São Paulo. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 225-245.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação. *Revista psicologia para América Latina*, México, n. 4, out. 2008. Disponível em: <<http://psicolatina.org/14/genero.html>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu: violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editores, 2009.

BEIRAS, A. Grupos de homens autores de violência: possibilidades de intervenções diante das recomendações propostas na Lei Maria da Penha. In: ROVINSKI, S. L. R.; CRUZ, R. M. *Psicologia jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção*. São Paulo: Vetor, 2009. p. 129-144.

BEIRAS, A. *Relatório mapeamento de serviços de atenção grupal a homens autores de violência contra mulheres no contexto brasileiro*. Brasil: Instituto NOOS e Instituto Promundo, 2014. Disponível em: <http://noos.org.br/portal/wpcontent/uploads/2015/04/Relatorio-Mapeamento-SHAV_site.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

BEIRAS, A.; CANTERA, L. M. Feminismo pós-estruturalista e masculinidades: contribuições para a intervenção com homens autores de violência contra mulheres. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 29-44.

BEIRAS, A.; NURENBERG, A. H.; ADRIÃO, K. G. Estudos de gênero na Psicologia Brasileira—perspectivas e atuações da terceira geração. *Athenea Digital: Revista de pensamento e investigação social*, v. 12, n. 3, p. 203-216, 2012.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLAY, E. A. Violência contra a mulher: um grave problema não solucionado. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 13-28.

BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CARVALHO, Jeferson M. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha é tímida e não combate à impunidade*. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2161>. Acesso em: 12 fev. 2018.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CELMER, Elisa Girotti. *Feminismos, discurso criminológico e demanda punitiva: uma análise do discurso de integrantes das organizações não-governamentais Themis e JusMulher sobre a Lei 11.340/06*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2008.

CONNELL, R. W. La organización social de la masculinidad. *Masculinidad/es: poder y crisis*, Santiago, n. 24, jun. 1997.

CONNELL, R. W.; MESSERSCHMIDT, J. W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, jan./abr. 2013.

CONTI, Thomas. *A pesquisa do IPEA sobre as mulheres está errada? Sim, e Não*: Entenda o problema. Disponível em: <<http://thomasconti.blog.br/2014/a-pesquisa-do-ipea-sobre-as-mulheres-esta-errada-nao-e-sim-entenda-o-problema/>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

DANTES, B. M.; MELLO, R. P. Posicionamentos críticos e éticos sobre a violência contra as mulheres. *Psicol. Soc.*, Porto Alegre, v. 20, n. esp., p. 78-86, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000400011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 fev. 2018.

DUARTE, Madalena. *Para um direito sem margens: representações sobre o direito e a violência contra as mulheres*. 2013. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado*. 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

GONÇALVES, J. P. B. As contribuições na noção de interseccionalidade e dos estudos feministas pós-coloniais para o campo das intervenções com homens autores de violência doméstica contra as mulheres. In: BEIRAS, A.; NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 19–51.

GUIMARÃES, F. L.; DINIZ, G. R. S. Masculinidades, anestésias relacionais e violência conjugal contra a mulher. In: BEIRAS, A.; NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 82-113.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Segurança Pública e Cidadania: Uma análise orçamentária do Pronasci*. Brasília: INESC, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero*. 2003. Tese (Pós-graduação em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal: violência doméstica*. Montevideo: Euros Editores, 2008.

MACHADO, L. Z. Masculinidades e violências: gênero e mal-estar na sociedade contemporânea. In: SCHPUN, M. R. (Org.). *Masculinidades*. São Paulo: Boitempo Editorial; Santa Cruz do Sul; Edunisc, 2004. p. 35-78.

MEDRADO, B.; LYRA, J. Princípios ou simplesmente pontos de partida fundamentais para uma leitura feminista de gênero sobre os homens e as masculinidades. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 55-74.

MEDRADO, Benedito; MÉLLO, Ricardo. Posicionamentos críticos e éticos sobre a violência contra as mulheres. *Psicologia & sociedade*, n. 20, p. 78-86, 2008.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ALENCAR, Daniele Nunes de. A Lei Maria da Penha e sua aplicação na cidade de Recife: uma análise crítica do perfil do ‘agressor’ nos casos que chegam ao juizado da mulher (anos 2007-2008). *Revista Sociais e Humanas*, v. 2, n. 24, p. 9-21, 2011.

MISTURA, T. F.; ANDRADE, L. F. Mensagem aos outros homens: a contribuição de ex-participantes do grupo reflexivo de homens. In: BEIRAS, A.; NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 239-271.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Metodologias feministas e estudos de gênero: articulando pesquisa, clínica e política. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 3, p. 647-654, set./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v11n3/v11n3a20.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

NASCIMENTO, M. Masculinidade, juventude e violência contra a mulher: articulando saberes, práticas e políticas. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 211-224.

NATIVIDADE, C. Novos signos da(s) masculinidade(s): o homem vítima de violência. In: BEIRAS, A.;

NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 52-81.

NEAH. *A atuação extrajudicial e interdisciplinar no enfrentamento da violência doméstica e familiar: o homem em foco*. Relatório Institucional. 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/21078/Daiane_Lima_dos_Santos.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

NEAH. *Cartilha Direito de defesa ao homem em Prática de violência doméstica*. 2016. Disponível em: <www.defensoria.pa.gov.br/defensoria/anexos/File/CARTILHA_DO_HOMEM_PDF.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

PIMENTEL, A. S. G. Interrogar masculinidades em Belém do Pará. *Contextos Clínicos*, v. 4, n. 1, p. 18-27, jan./jun. 2011.

PRATES, P. L.; ALVARENGA, A. T. Grupos reflexivos para homens autores de violência contra a mulher: sobre a experiência na cidade de São Paulo. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 225-245.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA ÀS MULHERES. *Diretrizes gerais dos serviços de responsabilização e educação do agressor*. Brasília: SPM, 2011.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA ÀS MULHERES. *Plano nacional de políticas para as mulheres 2013-2015*. Brasília: SPM, 2013.

SILVA, A. C. L. G.; COELHO, E. B. S. Acompanhamento de homens autores de violência contra a parceira íntima: um estudo de caso. In: BEIRAS, A.; NASCIMENTO, M. (Org.). *Homens e violência contra mulheres: pesquisas e intervenções no contexto brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2017. p. 196-215.

SOARES, Luís Eduardo; SOARES, Bárbara Musumeci; CARNEIRO, Leandro Piquet. Violência contra a mulher: as DEAMS e os pactos domésticos. In: SOARES, Luís Eduardo et al. *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Iser/RelumeDumará, 1996. p. 65-105.

SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

SOUZA, Luanna Tomaz de. Demanda Penal e Violência Doméstica e Familiar Cometida contra a Mulher no Brasil. *Revista Artemis*, v. 13, p. 143-160, jan./jul. 2012.

SOUZA, Luanna Tomaz de. *Será que isso vai pra frente, doutora?: Caminhos para a implementação da Lei “Maria da Penha” em Belém*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Pará, 2009.

URRA, F. Masculinidades: a construção social da masculinidade e o exercício da violência. In: BLAY, E. A. (Org.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 117-138.

WANG, M.; JABLONSKI, B.; MAGALHÃES, A. S. Identidades masculinas: limites e possibilidades. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, v. 12, n. 19, p. 54-65, jun. 2006.

WELZER-LANG, D. Os homens e o masculino numa perspectiva das relações sociais de sexo. In: SCHPUN, M. R. (Org.). *Masculinidades*. São Paulo: Boitempo Editorial; Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2004. p. 107-128.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZILBERMAN, Monica; BLUME, Sheila. Violência doméstica, abuso de álcool e substâncias psicoativas. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 27, supl. 2, p. 51-55, out. 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Botão do pânico e Lei Maria da Penha

Panic button and Maria da Penha Law

Ludmila Aparecida Tavares

Carmen Hein de Campos

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Panic button and Maria da Penha Law

Ludmila Aparecida Tavares**

Carmen Hein de Campos***

RESUMO

O presente artigo analisa o projeto piloto conhecido como Botão do Pânico, dispositivo de segurança preventivo desenvolvido para auxiliar as mulheres em situação de violência doméstica e implementado na cidade de Vitória/ES no período de abril de 2013 a setembro de 2014. Considerado um projeto inovador de iniciativa do Poder Judiciário foi premiado como uma boa prática judicial. A pesquisa buscou verificar sua eficácia, considerando sua abrangência, uso e segurança para as mulheres. Apresenta-se, inicialmente, a concepção e o funcionamento, os requisitos para sua concessão, o perfil das mulheres contempladas e, finalmente, a utilização pelas mulheres. Metodologicamente, a pesquisa é documental descritiva, de cunho exploratório e analítica. Com base nas informações obtidas por relatórios, foi possível concluir que esse mecanismo de controle da violência doméstica foi concedido a mulheres vulneráveis, na faixa etária dos vinte e nove anos, com escolaridade fundamental e média e com poucos recursos econômicos. Conclui-se, ainda, que foi concedido em número inferior ao inicialmente previsto e foi acionado por cerca de um terço das mulheres. Embora não se possa afirmar o grau de eficácia do Botão do Pânico, esta pode ser considerada uma prática promissora, pois ensejou uma sensação de segurança às mulheres. No entanto, há necessidade de mais investigação e acompanhamento e a plena disponibilidade dos dados por parte do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência doméstica contra mulheres. Botão do pânico.

ABSTRACT

This article analyzes the pilot project known as the Panic Button, a preventive safety device designed to assist women in situations of domestic violence and implemented in the city of Vitória/ES from April 2013 to September 2014. Considered an innovative project initiative was awarded as a good judicial practice. The research sought to verify its effectiveness, considering its range, use and safety for women. It presents initially the conception and the operation, the requirements for its concession, the profile of the contemplated women and finally the use by the women. Methodologically the research is documentary descriptive, exploratory and analytical. From the information obtained by reports, it was possible to conclude that

* Recebido em 24/01/2018

Aprovado em 19/03/2018

Este artigo é fruto da dissertação da primeira autora sob a orientação da segunda e contou com o apoio da ESESP

** Mestre em Segurança Pública, Universidade de Vila Velha. Email: ludmilatavares@yahoo.com.br

*** Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e do Curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter; Doutora em Ciências Criminais, PUCRS; Mestre em Direito, UFSC e Universidade de Toronto. Email: charmcampos@gmail.com

this mechanism of control of domestic violence was granted to vulnerable women, in the age group of twenty-nine, with basic and average schooling and with few economic resources. It is also concluded that it was granted in a lower number than initially foreseen and was activated by about one third of the women. Although the degree of effectiveness of the Panic Button cannot be stated, it can be considered a promising practice, since it gave women a sense of security. However, there is a need for more investigation and monitoring and full availability of data by the Judiciary.

Keywords: Panic button. Maria da Penha Law. Domestic violence against women.

1. INTRODUÇÃO

Em mais de quarenta anos de luta política e teórica, o feminismo brasileiro consolidou um campo de estudos e estimulou a criação de políticas públicas para o enfrentamento à violência doméstica e familiar contra mulheres. Assim, desde a criação da primeira Delegacia Especializada de Atendimento às Mulheres em 1985 à Lei Maria da Penha em 2006, as políticas públicas têm a marca dos movimentos feministas e de mulheres.

Apesar disso, as taxas de violência contra mulheres no país não diminuem. O Brasil ocupa a 5ª posição entre os países com as maiores taxas de feminicídios¹, atrás, apenas, de El Salvador, da Colômbia, da Guatemala e da Federação Russa². Por sua vez, o Estado do Espírito Santo e sua capital Vitória ocupam o 2º e 1º lugar, respectivamente, no ranking de violência contra as mulheres³.

Com o objetivo de reduzir os níveis de homicídios contra as mulheres relacionados à violência doméstica no Espírito Santo, o Tribunal de Justiça do Estado (TJES), em parceria com o Instituto Nacional de Tecnologia Preventiva (INTP), criou o Dispositivo de Segurança Preventivo (DSP), popularmente conhecido como “Botão do Pânico”, instrumento inovador que visa fiscalizar e garantir proteção às mulheres.

Este artigo analisa os dados referentes às mulheres contempladas com o Botão do Pânico no município de Vitória, no período de março de 2013 a setembro de 2014 e sua efetividade na prevenção da violência doméstica. Para tanto, examina-se o percentual de utilização do Botão do Pânico; sua natureza jurídica como instrumento protetivo; sua eficácia como medida de proteção; os critérios para sua concessão e o perfil das vítimas protegidas. A análise parte dos resultados de entrevistas realizadas pela Equipe Multidisciplinar da 1ª Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Vitória junto com as participantes do projeto piloto do Botão do Pânico. Por meio dos dados obtidos, identificamos o perfil das mulheres e as variáveis faixa etária, renda, escolaridade, localidade, relação de parentesco com o agressor e tipo de violência sofrida; o grau de sensação de segurança e as consequências positivas ou negativas advindas do uso da tecnologia. A pesquisa, inicialmente, previa entrevista com as mulheres, mas não foram disponibilizados

1 Em 09 de março de 2015, foi editada a Lei nº 13.104 que inseriu no Código Penal o crime de Feminicídio, homicídio de mulher em razão da condição do sexo feminino. Sobre o conceito de feminicídio, importante anotar as seguintes considerações de Campos: “O femicídio/feminicídio é uma categoria de análise feminista criada para nominar e visibilizar as diferentes formas da violência extrema, possibilitando falar de um continuum da violência baseada no gênero. Nomear a violência feminicida é reconhecer juridicamente uma forma de violência extrema praticada contra mulheres e, por isso, simbolicamente importante. No entanto, a definição legal do feminicídio como morte ‘por razões do sexo feminino’ tem como propósito Reduzir o conceito de gênero ao sexo biológico, perspectiva já ultrapassada pelos estudos feministas e de gênero. Assim, a tipificação apresenta um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que simbólica e importantemente nomina a morte de mulheres, ela produz uma redução legal de conteúdo”. CAMPOS, Carmen Hein de. *Feminicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan./jun. 2015.

2 WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: atualização: homicídios de mulheres no Brasil*. Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em: 26 maio 2016.

3 WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídios de mulheres no Brasil*. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 26 maio 2016.

os contatos pela Vara de Violência Doméstica.⁴

Iniciamos descrevendo a concepção e criação do projeto para depois examinarmos sua adoção como medida protetiva e os resultados.

2. BOTÃO DO PÂNICO: ORIGEM E PROCEDIMENTO

O popularmente conhecido “Botão do Pânico” foi desenvolvido pelo Instituto Nacional de Tecnologia Preventiva (INTP), juntamente ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) e à Prefeitura de Vitória (PMV), tendo por objetivo principal auxiliar a aplicação das medidas protetivas de urgência concedidas às vítimas⁵⁶.

Tendo em vista o ineditismo do tema, a criatividade e o alcance social do projeto, os órgãos responsáveis pela aplicação receberam o Prêmio Innovare⁷ em novembro de 2013. O projeto inicial foi elaborado ao final de 2012⁸ e o “Projeto Experimental de Fiscalização do cumprimento de medidas protetivas de urgência em favor de Mulheres Vítimas de Violência Doméstica e Familiar” foi celebrado em 15 de abril de 2013 entre essas instituições⁹. Para a execução do Projeto Piloto do Botão do Pânico, foi criado um Comitê Gestor do Projeto.

O Dispositivo de Segurança Preventiva (DSP) consiste em um microtransmissor GSM, com GPS integrado que permite a captação do áudio ambiente no momento da ativação, garantindo o registro fidedigno dos fatos ocorridos após o acionamento do aparelho¹⁰.

O termo dispositivo foi trabalhado por Foucault como dispositivos disciplinares, carcerários, de poder, de saber etc. Nesse sentido estabelece o nexo de uma rede de relações entre elementos heterogêneos de discursos, instituições, arquitetura, regramentos, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas, o dito e o não dito, oferecendo ou criando um campo novo de racionalidade. O dispositivo tem uma função estratégica de urgência e, uma vez constituído, permanece como tal na medida em que tem lugar um processo de sobredeterminação funcional: cada efeito, positivo e negativo, querido ou não querido, entra em ressonância ou em contradição com os outros e exige um reajuste¹¹.

Nessa perspectiva o Dispositivo de Segurança Preventivo apresenta-se como um elemento eficiente e necessário a uma demanda urgente - o enfrentamento dos casos de violência contra as mulheres — justificando, inclusive, a contratação de empresas privadas para o fornecimento de serviços que deveriam ser prestados pelo próprio estado, ponto que será abordado mais à frente.

4 A pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética da Universidade. No entanto, a Vara de Violência Doméstica alegou que os processos estavam sob sigilo e não forneceu os contatos das mulheres. Esse tipo de argumento tem sido utilizado com frequência pelo Poder Judiciário, impedindo pesquisas sobre a Lei Maria da Penha.

5 O projeto do “Botão do Pânico” foi firmado com o Termo de Cooperação Técnica nº 239/14 e finalizado em 07 de setembro de 2014, com a concessão de 61 (sessenta e um) dispositivos.

6 INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2014. Encarte disponibilizado na primeira reunião com a equipe técnica do instituto.

7 Informações sobre o recebimento do Prêmio Innovare pelo projeto piloto estão disponíveis no em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/tjes-conquista-premio-innovare-com-botao-do-panico-tjes-28112013/>>

8 O projeto foi criado pelos estagiários Matheus Pereira e Hilton Rebello, com o apoio da juíza Hermínia Maria Silveira Azoury, Coordenadora Estadual da Mulher em situação de violência doméstica e familiar, juntamente com o então presidente do TJES, Desembargador Pedro Val Feu Rosa.

9 INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Relatório sobre o Projeto Experimental Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2015.

10 INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2014. Encarte disponibilizado na primeira reunião com a equipe técnica do instituto.

11 CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*/Edgardo Castro. Tradução Ingrid Muller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

Importante verificar como o DSP se apresenta no sistema jurídico de proteção às mulheres. No curso do processo, a mulher em situação de violência doméstica tem a garantia de concessão das medidas protetivas de urgência descritas no art. 22 da Lei Maria da Penha¹². No caso de concessão do DSP, cabe ao judiciário analisar o grau de vulnerabilidade da vítima, com base nos relatórios da equipe multidisciplinar e conceder o botão do pânico, funcionando este como uma espécie de instrumento de fiscalização das medidas protetivas que obrigam os agressores¹³.

De forma sistematizada, é possível identificar diferentes etapas até a concessão do botão do pânico. Entretanto, deve-se ressaltar que, sendo o Botão do Pânico um projeto piloto, não existiam regulamentos normativos estabelecendo critérios objetivos para a sua concessão às mulheres em situação de violência doméstica. Assim, durante a execução do projeto experimental, coube ao próprio juízo da 1ª Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Vitória, juntamente a sua equipe multidisciplinar, composta por 02 (duas) Assistentes Sociais, 01 (um) Psicólogo e 01 (uma) Psicóloga, analisar o caso concreto e proceder ao deferimento do dispositivo de segurança para as mulheres vítima¹⁴. O projeto experimental iniciou com cerca de 100 (cem) botões distribuídos às mulheres que participariam da experiência. Entretanto, de acordo com os dados descritos no relatório elaborado pela equipe multidisciplinar¹⁵, foram concedidos pela Vara Especializada 62 (sessenta e dois) botões do pânico.

Segundo as informações descritas no encarte fornecido pelo INTP, a entrega dos dispositivos de segurança obedece ao seguinte procedimento: 1) a vítima que tem o deferimento do botão do pânico é cadastrada no sistema Skybox¹⁶ onde constarão diversas informações pessoais que permitem o melhor atendimento em casos de acionamento, tais como: foto e endereço tanto da vítima quanto do agressor, bem como verificação de imagens via “google street view”, telefones para contato da vítima e parentes próximos; 2) ao receber o botão do pânico a vítima é orientada, pela equipe do INTP, sobre a forma de utilização do aparelho, como manusear, carregar e portar, sendo advertida sobre todas as ações provocadas após o acionamento. Com o cadastramento da vítima, o sistema skybox gera um termo de adesão e responsabilidade que será assinado por ela que se comprometerá a fazer bom uso do aparelho; 3) diante de uma violação da medida protetiva, ou seja, eminente agressão à vítima, a mulher poderá acionar o botão do pânico pressionando-o por 3 segundos. Nesse momento será enviado um sinal para os *smathphones* das Patrulhas Maria da Penha¹⁷ e para a

12 Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios

13 INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Relatório sobre o Projeto Experimental Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2015.

14 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Relatório apresentado pela equipe Multidisciplinar da 1ª Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Vitória*. Vitória, 2015.

15 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Relatório apresentado pela equipe Multidisciplinar da 1ª Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Vitória*. Vitória, 2015.

16 Skybox é o nome do software de armazenamento desenvolvido pelo INTP. De acordo com as informações do site do instituto (www.intp.com.br) o sistema SkyBox é completamente em nuvem, o que faz dele um sistema sigiloso e seguro contra acesso a informações por terceiros. Com robustos servidores, o sistema SkyBox possui redundância e espelhamento com capacidade para operar 24h ininterruptas. O INTP é responsável pela prestação de serviços de implantação e manutenção do Sistema de Fiscalização de Medidas Protetivas através do Software Skybox, desenvolvido para promover a fiscalização de medidas protetivas de urgência em favor de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar por meio de ações integradas do poder judiciário e executivo. O sistema SkyBox foi desenvolvido em uma interface simples para que os operadores não precisem de exaustos treinamentos e não encontrem dificuldades de utilização. O sistema é totalmente customizável e disponibilizado de acordo com o que o parceiro desejar.

17 O aparelho disponibilizado para as patrulhas policiais é denominado pelo INTP de SkyBox Mobile Patrulha Maria da Penha.

Central DSP, que deverão atender a ocorrência e garantir a integridade da vítima.

O projeto experimental do “Botão do Pânico” foi aplicado, apenas, no município de Vitória, capital do Espírito Santo, em parceria com a Prefeitura Municipal de Vitória (PMV), por meio da Guarda Municipal, que disponibilizou patrulhas, guardas municipais e central integrada preparada para atender as demandas relacionadas às ocorrências das vítimas que possuem o dispositivo de segurança preventivo¹⁸.

No momento do acionamento, tanto as Patrulhas Maria da Penha¹⁹ quanto a Central DSP são contactadas, e ambos recebem a localização atual da vítima por localização via GPS, sendo detectada qual patrulha se encontra mais próxima a ocorrência. Tanto os guardas municipais da patrulha quanto os operacionais da central têm acesso às informações pessoais da vítima, como foto e endereço, bem como informações do agressor facilitando a abordagem quando da chegada ao local²⁰. No momento em que a Central DSP for acionada, terá acesso em tempo real ao áudio ambiente da vítima e do agressor, podendo mensurar a gravidade da ocorrência e orientar os guardas municipais sobre os cuidados para o atendimento da ocorrência.

O botão do pânico possui tecnologia que permite a gravação da conversa ambiente, sendo todas as informações armazenadas automaticamente nos servidores Skybox e que ficarão à disposição da justiça para verificação, podendo serem utilizadas como meio de prova²¹.

De forma didática, é possível esquematizar o funcionamento do botão do pânico do seguinte modo:

De acordo com o site www.intp.com.br os celulares são smartphones com software próprio para que seja feito o atendimento das vítimas de violência doméstica o mais rápido possível. Quando a vítima aciona o Botão do Pânico, imediatamente as Patrulhas Maria da Penha também recebem a localização do acionamento e os dados da vítima e do agressor.

18 INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2014. Encarte disponibilizado na primeira reunião com a equipe técnica do instituto.

19 A terminologia Patrulha Maria da Penha tem origem no Projeto criado pela Brigada (Polícia) Militar do Rio Grande do Sul no ano de 2012, com apoio do Banco Mundial, atuando inicialmente apenas nos quatro Territórios da Paz, de Porto Alegre, instalados em bairros com altas taxas de violência, criminalidade e mortes (o número de homicídios é condição do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI – para instalação de Territórios da Paz), que são: Bairros Lomba do Pinheiro, Rubem Berta, Restinga e Santa Tereza. Esta atuação reduziu-se ao fato de ser um projeto-piloto e de haver, inicialmente, poucos policiais habilitados para atuar junto às patrulhas. As equipes que fazem rondas e atendem aos chamados são compostas por quatro policiais militares, dois homens e duas mulheres, sendo que a presença das profissionais de segurança do sexo feminino é para que as vítimas se sintam menos constrangidas e mais acolhidas para relatar o ocorrido. A patrulha, que conta com viatura específica e identificação com logomarca, deve estar sempre equipada com tablet, acesso à internet, pistola, coletes de identificação da patrulha e à prova de bala, e arma taser (de choque) para os casos de resistência (SPANIOL, Marlene Inês; GROSSI, Patrícia Krieger. *Análise da Implantação das Patrulhas Maria da Penha nos Territórios da Paz em Porto Alegre: avanços e desafios. Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 398-413, jul./dez. 2014.) A cidade de Vitória adotou o nome da Patrulha Maria da Penha para as viaturas utilizadas pela Guarda Municipal que fazem o atendimento as mulheres em situação de violência e são participantes do Projeto Botão do Pânico. (INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2014. Encarte disponibilizado na primeira reunião com a equipe técnica do instituto.) Atualmente há Projeto de Lei tramitando na Assembleia Legislativa do estado do Espírito Santo para implantação da Patrulha Maria da Penha em todos os municípios capixabas. (Fonte: <http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2016/04/patrulha-maria-da-penha-e-aprovada-no-es-esegue-para-o-governador.html>) [Acesso em mai. 2016].

20 INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2014. Encarte disponibilizado na primeira reunião com a equipe técnica do instituto.

21 INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2014. Encarte disponibilizado na primeira reunião com a equipe técnica do instituto.

Figura 1 – Esquema de funcionamento do botão do pânico



Fonte: INTP.

Segundo o relatório final do INTP, durante a execução do Projeto Experimental, ocorreram 23 (vinte e três) acionamentos do Dispositivo de Segurança Pessoal, dentre os quais 11 (onze) culminaram em prisão em flagrantes dos ofensores. Ainda de acordo com o relatório, em todos os casos de acionamento, a Patrulha Maria da Penha chegou até a mulher agredida, conferindo à ofendida um sentimento de segurança, pois 93% das mulheres beneficiadas com o botão do pânico afirmaram se sentir mais seguras portando o dispositivo.

Ainda de acordo com os dados disponibilizados pelo INTP, as vítimas beneficiadas com o dispositivo de segurança não sofreram novas agressões e o acionamento permitiu o atendimento rápido pela Patrulha Maria da Penha, evitando eventuais vítimas fatais. Entretanto, outras variáveis como: tipo de violência sofrida, quantidade de mulheres beneficiadas, números de medidas protetivas concedidas, devem ser considerados para um melhor entendimento sobre o assunto e para a verificação da efetividade do instrumento.

3. O BOTÃO DO PÂNICO E A CULTURA DO CONTROLE

Sabe-se que a veiculação midiática de violência aumenta, exponencialmente, a sensação de insegurança e o medo transforma-se num argumento decisivo para a implantação de políticas públicas. Nesse sentido o medo é um capital.

Assim como o dinheiro líquido disponível para investimentos de todo tipo, o "capital do medo" pode ser transformado em qualquer tipo de lucro político ou comercial. É isso mesmo. A segurança pessoal

tornou-se muito importante, talvez o argumento de venda mais necessário para qualquer estratégia de marketing. A expressão “lei e ordem”, hoje reduzida a uma promessa de segurança pessoal, transformou-se num argumento categórico de venda, talvez o mais decisivo nos projetos políticos e nas campanhas eleitorais.²²

O dispositivo de segurança preventiva funciona como um instrumento fiscalizador para a execução das medidas protetivas de urgência, com o objetivo de resguardar a integridade física e psicológica das vítimas²³. Nesse sentido, configura-se como um mecanismo de controle do Estado sobre situações relacionadas ao crime de violência doméstica e familiar, como uma tentativa de prevenir e reduzir, mas não de forma monopolizada, essa criminalidade específica²⁴.

Dessa forma, insere-se como um mecanismo de uma nova cultura do controle como descrita por Garland²⁵ que iniciou com o previdenciarismo penal traduzido na adoção de práticas pela justiça criminal cujo objetivo se distancia da ressocialização. Há um foco no controle do crime, buscando serviços que imponham restrições, reduzam o crime e protejam o público, tendo como objetivo o aumento do controle social. Nesse ponto, os processos de individualização são cada vez mais centrados na vítima. Tal individualização permite uma espécie de “punição à distância”, em que as penas já estão previamente estabelecidas, tendo em vista o foco na vítima²⁶.

Esse elemento é marcante no Projeto Botão do Pânico, visto que o ponto de partida é a vítima e a finalidade consiste em neutralizar e intimidar os agressores. Nesse modelo, o objetivo principal é o controle social à distância, mas de certo modo presente, pois, quando acionado, os agressores são contidos rapidamente haja vista a comunicação direta da vítima e o órgão de segurança.

Mas o Botão do Pânico, também, pode ser identificado com uma cultura do controle cotidiano — criminologia da vida cotidiana — (criminalidade doméstica)²⁷, pois procura evitar a situação do crime, de forma pontual. A violência contra a mulher já se tornou uma situação “normal” à rotina social, sendo seu resultado previsível. Assim, pode-se escolher quem será protegido e qual crime será evitado.

Se pensado do ponto de vista econômico nos aspectos “custo/benefício”, “melhor valor” e “responsabilidade fiscal”, a atual política de controle representada pelo Botão do Pânico não seria uma alternativa economicamente viável e racional para gerenciar o crime²⁸, pois, segundo ata de registro de preço firmada entre o INTP e a Prefeitura Municipal de Vitória (PMV) em apenas 1(um) ano de pagamento de aluguel para utilização da tecnologia serão (foram) gastos R\$ 324.902,40 (trezentos e vinte e quatro mil novecentos e dois reais e quarenta centavos, cujo custo individual seria de R\$ 5.240.²⁹

Nesse aspecto, há uma interação entre setor público e setor privado, pois o Estado por si só não consegue realizar a prevenção e repressão necessária, necessitando, por esse motivo, utilizar de tecnologia privada

22 BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

23 INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Relatório sobre o Projeto Experimental Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2015.

24 GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008. 1ª reimpressão, jan. 2014. 440 p.

25 GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008. 1ª reimpressão, jan. 2014. 440 p.

26 GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008. 1ª reimpressão, jan. 2014. 440 p.

27 GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008. 1ª reimpressão, jan. 2014. 440 p.

28 GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008. 1ª reimpressão, jan. 2014. 440 p.

29 Cálculo efetuado com 62 usuárias. É possível argumentar que com um número maior de usuárias, o custo pode cair significativamente.

específica para efetivar sua política de proteção³⁰. Assim, por meio de contrato de comodato entre o Estado e a empresa para utilização do dispositivo de segurança pessoal, objetiva auxiliar na efetividade das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha.

Essa nova forma de controle por parte do Estado deve ser verificada e analisada com cautela, haja vista as consequências da política criminal adotadas, pois a individualização centrada na vítima, desde a perspectiva de Garland, poderia afastar o caráter de ressocialização das penas, acirrar a relação entre sociedade e criminoso e ver qualquer interesse ou direito dos infratores sociais como contrários ao do público, aumentando a estigmatização dos criminosos e consequente negação da cidadania destes³¹. Nessa linha, seria possível identificar 3 (três) pontos em comum da nova cultura do controle e o projeto do Botão do Pânico: a) foco na vítima, onde os processos de individualização são cada vez mais centrados nelas, sendo oferecidas informações constantes e apoio necessário (previdenciário penal recodificado); b) criminologia do controle, preocupando-se em identificar formas ou tecnologias de se evitar situações que sejam oportunidades de ocorrência do crime (dispositivo de segurança preventiva); c) estilo econômico de pensamento, onde os custos do crime devem ser calculados, assim como os de prevenção, persecução e punição (custo benefício).³²

Nesse sentido, as novas criminologias sinalizam o quanto se afastou do projeto de integração por meio da correção do indivíduo e da reforma social, os quais simbolizavam a justiça criminal no Estado de bem-estar.

As criminologias da era do Welfare State tendiam a assumir a perfectibilidade do homem, a ver o crime como um signo de um processo incompleto de socialização e a perceber no Estado o papel de assistir aqueles que foram privados das condições econômicas, sociais e psicológicas necessárias para o adequado ajustamento social e para uma conduta respeitadora da lei. As teorias do controle começaram a formar uma visão muito mais obscura a respeito da condição humana. **Elas assumem que os indivíduos são fortemente atraídos para condutas auto-referidas, anti-sociais e criminais a menos que sejam impedidos por controles robustos e efetivos, bem como vêm na autoridade da família, da comunidade e do Estado estratégias de imposição de restrições e de limites. Onde a velha criminologia encaminhava-se mais na direção do bem-estar e da assistência, a nova insiste no reforço dos controles e na aplicação da disciplina** (grifo nosso)³³

De tal modo é possível identificar que o controle do crime se torna o fim em si mesmo. Esse tema possui tamanha importância que passa a ser assunto reiterado em debates políticos, aumentando a inquietação e receio por parte da população. É instalada uma crise permanente, o que justifica os enormes investimentos na infraestrutura do controle do crime e na segurança da sociedade. Como resultado dessa obsessão securitária, é possível identificar as engrenagens do capitalismo, cujo objetivo principal é a obtenção de lucro. Pode-se apontar como reflexo dessa obsessão o aumento dos contingentes policiais, a maior sofisticação dos equipamentos eletrônicos, a ampliação dos poderes dos órgãos de controle, a disseminação de mecanismos de vigilância e o crescimento da população carcerária³⁴.

Nesse contexto, interessante traçar um paralelo entre as denominadas sociedades de controle e sociedade disciplinar. A atual sociedade de controle é considerada por muitos uma transformação da sociedade disciplinar foucaultiana. Segundo Foucault os ambientes confinados serviam como locais para o exercício

30 WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 474 p.

31 GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. 2014. 440 p.

32 GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

33 GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 15.

34 SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Obsessão securitária e a cultura do controle. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 20, p. 161-165, jun. 2003. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 474p.

do poder, por meio da vigilância e do controle do indivíduo no espaço, servindo como uma estratégia para garantir a docilização do indivíduo e torná-lo útil a sociedade:

o momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento das suas habilidades, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto mais útil é. [...] A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, os chamados “corpos dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma outra palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma ‘aptidão’, uma ‘capacidade’ que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita³⁵.

Ainda segundo Foucault,

a “disciplina” não pode se identificar com uma instituição nem com um aparelho; ela é um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma ‘física’ ou uma ‘autonomia’ do poder, uma tecnologia. [...] Pode-se então falar, em suma, da formação de uma sociedade disciplinar nesse movimento que vai das disciplinas fechadas, espécie de ‘quarentena’ social, até o mecanismo indefinidamente generalizável do ‘panoptismo’³⁶.

Já a sociedade de controle, seria uma espécie de aperfeiçoamento da sociedade disciplinar, contando com o auxílio da tecnologia e equipamentos de ponta para o exercício do poder. Nesse modelo social, Deleuze defende que o controle não está mais em um espaço confinado e se faz presente em todos os lugares:

nas sociedades de controle, ao contrário, o essencial não é mais uma assinatura e nem um número, mas uma cifra: a cifra é uma senha, ao passo que as sociedades disciplinares são reguladas por palavras de ordem (tanto do ponto de vista da integração quanto da resistência). A linguagem numérica do controle é feita de cifras, que marcam o acesso à informação, ou a rejeição. Não se está mais diante do par massa-indivíduo. Os indivíduos tornaram-se ‘dividuais’, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou ‘bancos’³⁷.

São características do controle o curto prazo, a rotação rápida, ser contínuo e ilimitado, ao passo que a disciplina era de longa duração, infinita e descontínua.³⁸ Assim, o símbolo do controle não é mais a sociedade panóptica e sim a sociedade digital, onde a internet, por meio de softwares e aplicativos, concentra a informação dos indivíduos em bancos de dados, denominados de nuvens.

Nessa perspectiva o botão do pânico poderia ser identificado como mais um mecanismo da sociedade de controle, onde a vítima entrega ao estado sua localização em tempo real — parte da sua vida privada — numa tentativa de manter a onipresença estatal e resguardar seu bem maior, a vida.

No entanto, é possível questionar a leitura de Garland porque, como bem lembra Gelsthorpe³⁹, a análise do controle de Garland esqueceu as mulheres ofensoras e vítimas. Nesse sentido, a aproximação da leitura de Garland com o botão do pânico deve ser cuidadosa porque os mecanismos de controle referidos pelo autor em momento algum referiram-se à violência doméstica. Ou seja, agressores e vítimas pensados por Garland não foram os parceiros íntimos e as vítimas de violência doméstica. Assim, a cultura do controle dominante não se preocupou com esse tipo de criminalidade. Por outro lado, observa-se que o mecanismo do botão do pânico foi forjado a partir de uma cooperação entre os poderes públicos – Tribunal de Justiça e Prefeitura Municipal, ou seja, de uma forma distinta da prevista pelo autor.

35 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 199.

36 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 177-178.

37 DELEUSE, Gilles. *Post-scriptum sobre as sociedades de controle: conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000. p. 222.

38 DELEUSE, Gilles. *Post-scriptum sobre as sociedades de controle: conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000.

39 GELSTHORPE, Loraine. Back to Basics in Crime Control: Weaving in Women. A gendered reading of David Garland’s analysis of The Culture of Control. In: *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 76-103, Summer 2004. p. 76-103.

4. O BOTÃO DO PÂNICO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL E DE AUXÍLIO DA LEI MARIA DA PENHA

Um dos aspectos da complexidade da globalizada sociedade contemporânea é o uso cada vez maior da tecnologia, que cria, por um lado, mecanismos de controle e de segurança e, simultaneamente, por outro, introduz uma sensação de insegurança. O medo gerado é transformado em lucro, criando a necessidade de incrementar mecanismos de segurança, com vigilância 24 horas dos locais públicos, sistemas modernos de monitoramento e sucessivo alerta de perigo divulgado nos meios de comunicação de massa⁴⁰.

Com isso, justifica-se o aumento e a importância da vigilância e da visibilidade. Entretanto, essa função era tradicionalmente desempenhada pelo Estado, que para manter a ordem fortalecia o controle social. Foucault, em *Vigiar e Punir*⁴¹ analisa a questão do controle social exercido pelo Estado verificando a coexistência entre vigilância e visibilidade, no chamado modelo disciplinar.

E para se exercer, esse poder deve adquirir o instrumento para uma vigilância permanente, exaustiva, onipresente, capaz de tornar tudo visível, mas com a condição de se tornar ela mesma invisível⁴².

Esse paradoxo entre a segurança pública e a insegurança do indivíduo moderno tem por consequência a relativização das fronteiras entre os setores públicos e privados, pois o Estado já não consegue garantir a segurança do cidadão e da cidadã, necessitando do capital privado para manter o controle. Se, na sociedade disciplinar, o controle social ocorreria por meio do denominado poder panóptico⁴³, em que a vigilância permanente inviabiliza o sujeito de saber se está ou não sendo vigiado, na atual crise generalizada das instituições e dos instrumentos de confinamento, marcantes da sociedade disciplinar, as novas formas de controle operam-se por meio do uso da tecnologia, numa tentativa do contínuo controle, sinônimo da sociedade tecnológica e digital⁴⁴.

Diante da sensação de insegurança do indivíduo e da constante necessidade de vigilância surgem instrumentos supostamente capazes de solucionar o problema da segurança pessoal. Esse parece ser o caso do Dispositivo de Segurança Preventiva — Botão do Pânico —, cuja finalidade seria resguardar a segurança pública diária da mulher em situação de violência doméstica, como mecanismo complementar às medidas protetivas previstas na lei Maria da Penha.

Um dos aspectos principais da perspectiva preventiva da lei Maria da Penha é as medidas protetivas de urgência que são divididas em medidas que obrigam o agressor (art. 22) e as destinadas à ofendida (art. 23 e 24).

Na maioria das vezes, os agressores aproveitam do contexto de convivência e dos laços familiares para intimidar as mulheres, que acabam aceitando a situação de violência doméstica para manter seu lar e seus filhos, deixando de noticiar às autoridades as violências sofridas. Tal fato contribui para a reiteração e a naturalização da violência. Portanto, as medidas protetivas de urgência são imprescindíveis para interromper esse círculo, principalmente as que obrigam o agressor, pois estão voltadas para a garantia da integridade física,

40 BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

41 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. 288p.

42 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 176.

43 “Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício. [...] Por isso Bentham colocou o princípio de que o poder deveria ser visível e verificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter a certeza de que sempre pode vê-lo. [...] O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto.” FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 166-167.

44 DELEUSE, Gilles. *Post-scriptum sobre as sociedades de controle: conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000.

psicológica, moral e material da mulher e de sua família⁴⁵.

Em 2013 e 2014, foram concedidas 661 (seiscentos e sessenta e uma) e 639 (seiscentos e trinta e nove) medidas protetivas de urgência, respectivamente, para mulheres em situação de violência doméstica e familiar de acordo com os dados da 1ª Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Vitória. A quantidade anual de medidas protetivas concedidas na capital capixaba representa 3,66% das concedidas no estado do Espírito Santo, que possui uma média de 18 mil/ano.⁴⁶

Pesquisas sobre as medidas protetivas afirmam que a concessão por si somente das medidas protetivas de urgência não garante a proteção das mulheres em situação de violência, principalmente pelo fato da ineficiência na fiscalização dessas medidas pelos órgãos competentes⁴⁷. No entanto, a fiscalização pelas Patrulhas Maria da Penha apresenta resultados promissores.⁴⁸

Aliado aos problemas do sistema protetivo, entendimentos dos tribunais superiores contribuem para a ineficiência das medidas protetivas. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas de urgência estabelecidas na Lei Maria da Penha não caracteriza a prática do crime de desobediência⁴⁹. Entretanto, diante de tal descumprimento seria cabível a decretação da prisão preventiva do agressor⁵⁰.

Como mencionado, com o objetivo de assegurar a eficácia das medidas protetivas, evitar a reincidência dos agressores e resguardar a integridade física e psicológica das mulheres foi criado o Botão do Pânico⁵¹. Os resultados são analisados a seguir.

5. O BOTÃO DO PÂNICO: ENTRE A EXPECTATIVA E A REALIDADE

Os dados quantitativos aqui descritos têm como fonte a análise de 10 (dez) processos disponibilizados pelo Juizado de Violência Doméstica, bem como o relatório da Equipe Multidisciplinar da 1ª Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Vitória/ES⁵².

45 BELLOQUE, Juliana Garcia. Interpretação jurídico feminista da lei: das medidas protetivas que obrigam o agressor – artigo 22. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 307-313.

46 A média de medidas protetivas de urgência concedida foi informada pelo Coordenadoria Estadual das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar, setor permanente de assessoria da presidência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES). Entretanto, de acordo com a própria Coordenadoria os números não são completos pois muitas Varas do interior não enviam os dados estatísticos de forma adequada.

47 PASINATO, W. et al. Medidas protetivas para mulheres em situação de violência. In: PARESCHI, A. C. C.; ENGEL, C. L.; BAPTISTA, G. C. (Org.). *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2016. p. 233-265. (Coleção Pensando a Segurança Pública, v. 6).

48 AZEVEDO, R. G. et al. Aplicação das medidas protetivas para as mulheres em situação de violência nas cidades de Porto Alegre (RS), Belo Horizonte (MG) e Recife (PE). In: PARESCHI, A. C. C.; ENGEL, C. L.; BAPTISTA, G. C. (Org.). *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. (Pensando a Segurança Pública, v. 6). p. 267-302.

49 HC 348824 / SC Relator(a) Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. 6ª Turma. DJ 05.04.16. Ementa: “HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. LEI MARIA DA PENHA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. POSSIBILIDADE DE PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O DELITO DE DESOBEDIÊNCIA. ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. O descumprimento de medida protetiva, no âmbito da Lei Maria da Penha, não enseja o delito de desobediência a decisão judicial, porquanto, além de não existir cominação legal a respeito do crime do art. 359 do Código Penal, há previsão expressa, no Código de Processo Penal, de prisão preventiva, caso a medida judicial não seja cumprida. 3. Flagrante ilegalidade na espécie, apta a fazer relevar a impropriedade da via eleita. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer o decurso proferido em primeira instância, que rejeitou a denúncia quanto ao delito previsto no art. 359 do Código Penal.”

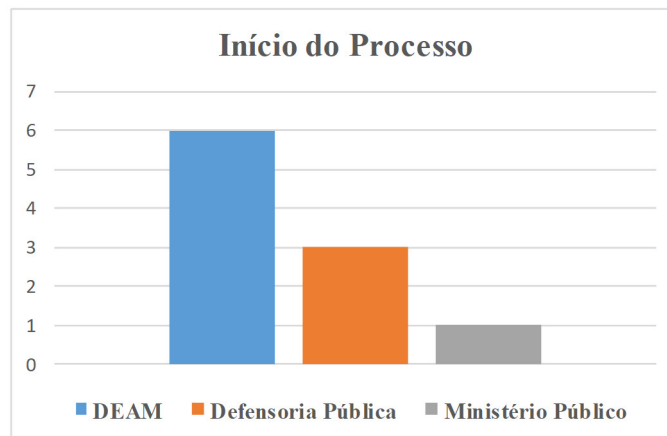
50 Conforme art. 20 da Lei Maria da Penha e art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal.

51 INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2014. Encarte disponibilizado na primeira reunião com a equipe técnica do instituto.

52 O Relatório foi solicitado pelo então presidente do TJES no âmbito do processo administrativo nº 2013.00.414317 que versa

A análise dos processos verificou que mais da metade, 60% (sessenta por cento), teve início por meio de representação da mulher juntamente à Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM), comprovando que as delegacias especializadas são a principal referência para mulheres⁵³. No quadro abaixo, nota-se esse panorama:

Figura 2 - Órgão responsável pelo início dos processos analisados e quantidades relacionadas



Fonte: Elaboração própria

Em 7 (sete) desses processos, houve a decretação da prisão preventiva tendo em vista o descumprimento das medidas protetivas deferidas. Entretanto, não havia informações nesses processos se as mulheres haviam acionado o botão do pânico em algum momento. Do mesmo modo, não há registro nos processos sobre eventual prisão em flagrante decorrente da utilização (acionamento) do botão do pânico. Assim, não é possível relacionar as prisões preventivas com a utilização do dispositivo botão do pânico.

Em alguns processos, foi possível identificar uma confusão procedimental, com inversão do fluxo das informações. Em 3 (três) processos, o botão do pânico foi concedido pelo Juízo sem parecer prévio do Ministério Público. Essa situação foi duramente pontuada pelo próprio órgão ministerial que deixou de fiscalizar a prestação jurisdicional e a necessidade de concessão do dispositivo. Embora não tenha sido possível identificar a existência de critérios objetivos e específicos, estabelecidos mediante instrução normativa ou outro regulamento do TJES, para a concessão do dispositivo de segurança preventivo, foram encontrados requisitos para as mulheres conseguirem a concessão dos botões. De acordo com os requisitos apresentados, foi possível identificar 3 grupos de critérios: objetivos, análise de risco e subjetivo. Para a concessão do botão do pânico.

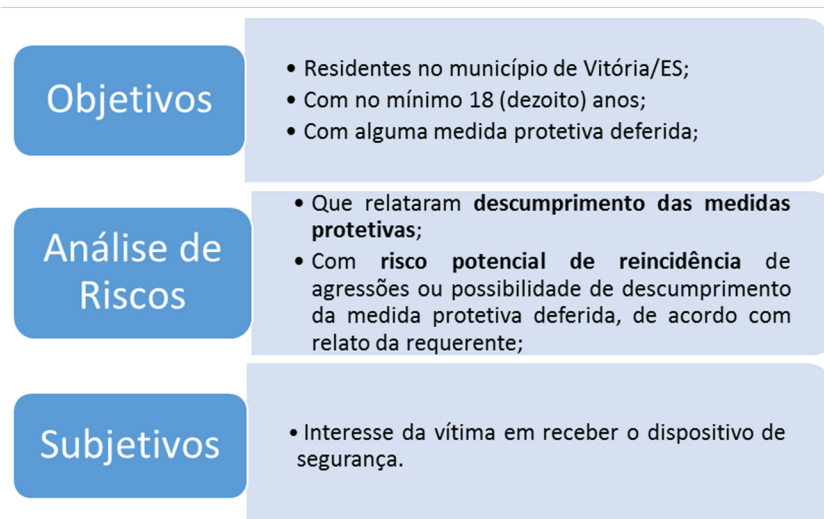
Por sua vez, a equipe multidisciplinar foi decisiva para a concessão do dispositivo. Em todos os processos, houve atendimento pela equipe, que analisou o histórico de violência, o grau de vulnerabilidade e os tipos de violências sofridas pela mulher, reportando suas percepções no relatório e sugerindo, por esse motivo, a concessão do dispositivo de segurança preventiva. Uma prática constatada nos processos foi o atendimento de homens (agressores) pela equipe multidisciplinar, indicando, talvez, avaliar o risco que as mulheres poderiam estar correndo.

Além disso, foi possível identificar que todas as mulheres ficam mais de 1 (um) ano com a posse do botão do pânico, sugerindo a necessidade de um acompanhamento mais detido das razões dessa extensão, o que, talvez, pudesse ser feito pela equipe multidisciplinar.

sobre o projeto experimental do Botão do Pânico e apresentado ao TJES em 05 de agosto de 2015.

53 PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 119-142.

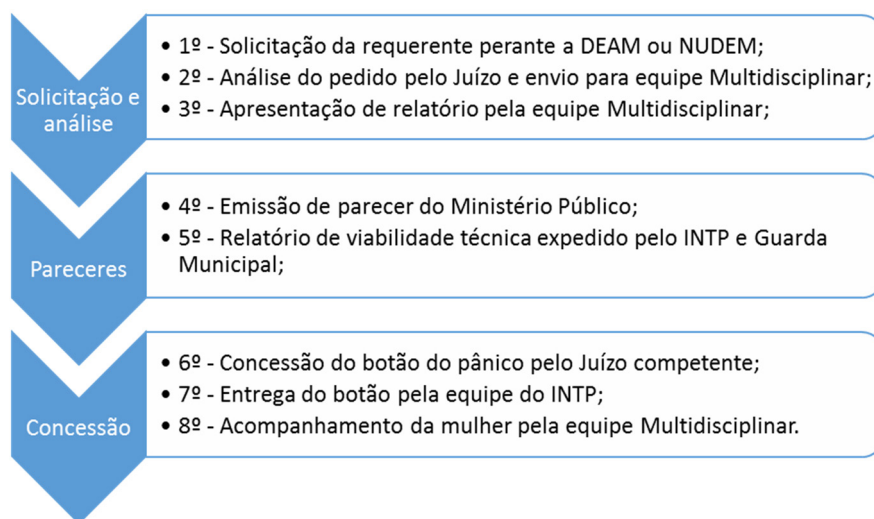
Figura 3 - Classificação dos critérios identificados como requisito para concessão do Botão do Pânico



Fonte: Elaboração própria.

As mulheres que desejavam participar do projeto deveriam preencher os requisitos acima e solicitar junto à Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher (DEAM), perante a Defensoria Pública ou por meio de advogado particular. Após o requerimento, o processo seguiria um fluxo de análise até a concessão do dispositivo, passando pelas seguintes etapas:

Figura 4 – Fluxo dos procedimentos para a concessão do Botão do Pânico



Fonte: Elaboração própria.

De acordo com os requisitos para concessão do botão do pânico e o fluxo de concessão foi possível constatar a análise de risco por parte da equipe multidisciplinar. Durante as entrevistas com as mulheres em situação de violência doméstica, a equipe verificava o histórico de violência, existência de boletim de ocorrência, processos criminais, as formas de violências sofridas, o grau de vulnerabilidade e o risco de reincidência do agressor, para, assim, sugerir a concessão do Botão do Pânico. Basicamente, o relatório se fundava no relato da mulher em situação de violência junto com a equipe multidisciplinar.

Utilizando os conceitos de Castro⁵⁴, é possível constatar, no âmbito da administração pública, diferenças

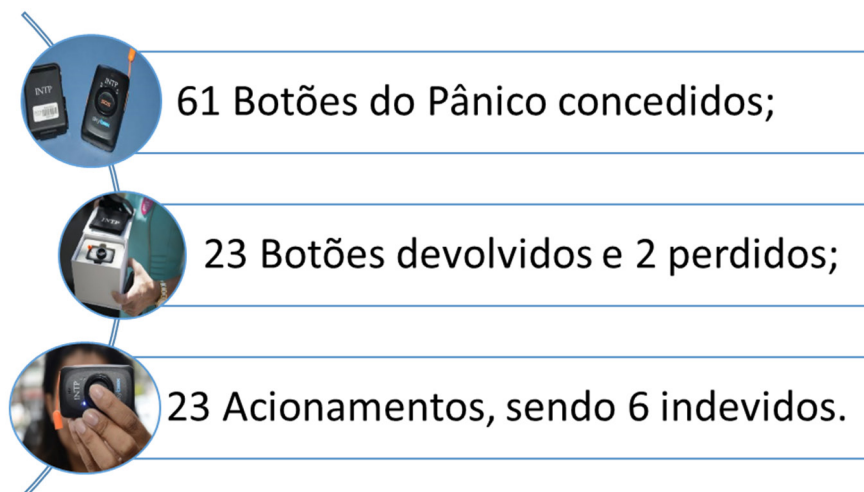
54 CASTRO, Rodrigo Batista de. *Eficácia, Eficiência e Efetividade na Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-apsa-1840.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

básicas entre eficácia, eficiência e efetividade. A eficácia se relaciona com o atingimento dos objetivos desejados por determinada ação estatal, pouco se importando com os meios e mecanismos utilizados, enquanto a eficiência verifica como os objetivos estabelecidos foram conseguidos, preocupando-se com os mecanismos utilizados, priorizando maximizar os resultados e minimizar os custos. Já a efetividade afere em que medida os resultados de uma ação trazem benefícios à população, tendo como cerne constatar a real necessidade e oportunidade de determinadas ações estatais.

Por meio dos dados coletados e com base nesse conceito, será analisado em que medida o projeto piloto Botão do Pânico pode ser considerado um instrumento de efetividade das medidas protetivas de urgência, objetivando constatar a real necessidade e oportunidade dessa ação como política pública de enfrentamento à violência contra a mulher.

Conforme o relatório, em julho de 2015, havia 2.644 processos tramitando com medidas protetivas deferidas, demonstrando o volume de mulheres que precisariam de proteção. De acordo com os dados descritos, o relatório elaborado pela equipe multidisciplinar, em relação ao período de 15 de abril de 2013 a 05 de agosto de 2015, o projeto piloto contou com os seguintes números:

Figura 5 – Números sobre Projeto Piloto Botão do Pânico informado no relatório da Equipe Multidisciplinar



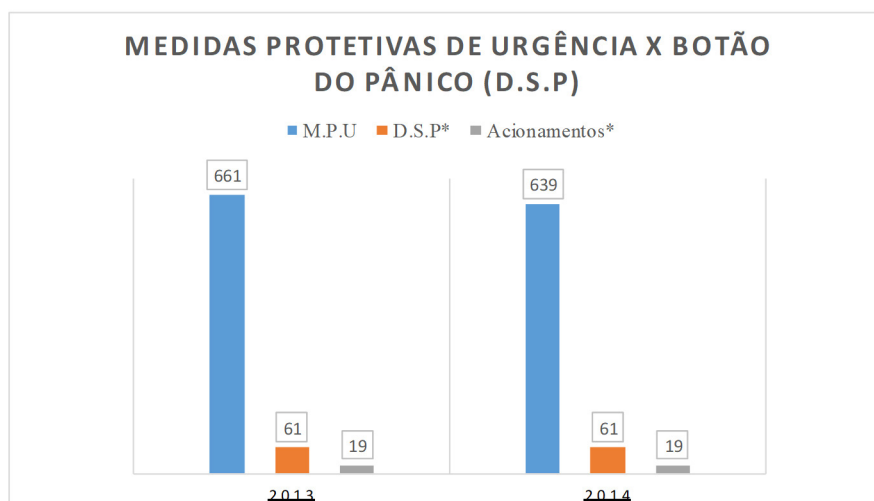
Fonte: Elaboração própria.

Em agosto de 2015, quase 1 (ano) após o fim do Termo de Cooperação firmado entre TJES e INTP, 36 (trinta e seis) botões continuavam em posse das mulheres, apesar de terem sido notificadas para realizar a devolução dos dispositivos. Não existe no relatório explicações sobre a não devolução.

Importante destacar o que esses números revelam. Como ocorreram 23 (vinte e três) acionamentos por 19 (dezenove) mulheres, 42 (quarenta e duas) mulheres não utilizaram o botão do pânico. Não foram descritas no relatório as razões da não utilização, podendo ser levantadas as seguintes hipóteses: inexistência de situação de risco, possível reconciliação com o agressor, perda do dispositivo ou utilização inadequada.

Outro dado revelador é a comparação entre o número de medidas protetivas urgência concedidas e o número de mulheres que utilizaram os botões concedidos:

Figura 6 – Comparativo entre o número de medidas protetivas de urgência concedidas e o número de mulheres que utilizaram os botões do pânico concedidos



Fonte: Elaboração própria.

O relatório da equipe multidisciplinar não revelou o número de botões concedidos por ano. No gráfico foi utilizada a comparação por ano para se dimensionar o percentual de botões correspondente ao número de medidas protetivas de urgência em cada ano.

Quando se compara o número de medidas protetivas de urgência deferidas em um ano com o número de botões concedidos, verificar-se que estes correspondem a 9,5% (nove e meio por cento) das medidas protetivas, demonstrando que uma parcela pequena foi assistida pelo botão. Por sua vez, o número de mulheres que utilizaram o dispositivo corresponde a 31,2% (trinta e um vírgula dois por cento) do número de botões concedidos, evidenciando um percentual relativamente baixo de utilização pelas participantes. Duas razões podem ser levantadas: primeiro a concessão do botão é feita de modo rigoroso pela equipe multidisciplinar, tanto em virtude da gravidade da violência — apenas mulheres com risco de morte, — quanto pelo pouco número de dispositivos disponíveis. No entanto, apenas 1/3 dos botões foram acionados, o que levanta a suspeita sobre a avaliação do risco.

Outro dado importante refere-se ao número de acionamentos e prisões. De acordo com o relatório, 48% (quarenta e oito por cento) dos acionamentos ensejaram prisão dos agressores. No entanto, não há detalhes dos motivos das prisões, tendo como hipótese o descumprimento das medidas protetivas deferidas.

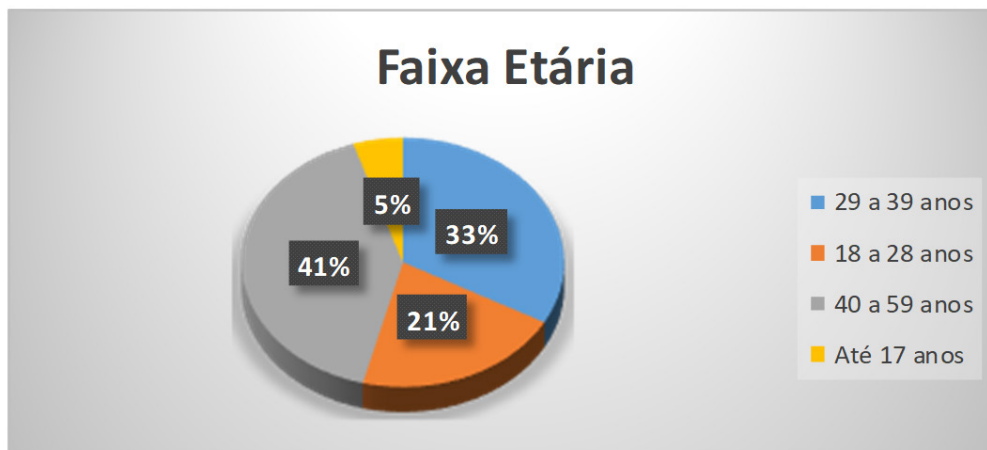
Figura 7 – Números de acionamentos, não funcionamento e prisões efetuadas durante o Projeto Piloto do Botão do Pânico



Fonte: Elaboração própria.

No que se refere ao perfil das mulheres que receberam o dispositivo, foram analisados os seguintes aspectos: faixa etária, renda escolaridade, localidade onde reside, relação entre as partes e tipo de violência sofrida.

Figura 8 – Faixa etárias das mulheres participantes do Projeto Piloto do Botão do Pânico



Fonte: Elaboração própria.

Mais da metade das mulheres contempladas com o Botão do Pânico possuíam mais de 29 (vinte e nove) anos, cerca de 74% (setenta e quatro por cento), atendendo ao requisito idade. No entanto, o projeto experimental permitiu que menores de 18 (dezoito) anos fossem assistidas com o dispositivo de segurança preventiva. De acordo com o relatório, duas adolescentes foram contempladas.

De acordo com os dados, 33% (trinta e três por cento) das mulheres que receberam o botão do pânico recebem entre de 1 a 3 salários mínimos. Ao se levar em consideração a visão do IBGE⁵⁵, a renda ou classe social, baseada no número de salários mínimos, conforme a tabela do ano de 2015 (salário mínimo em R\$ 788,00), podemos constatar que quase a totalidade das participantes recebem de 1 a 3 salários mínimos.

O relatório constatou, ainda, que 42% (quarenta e dois por cento) das mulheres que recebem até 1 salário

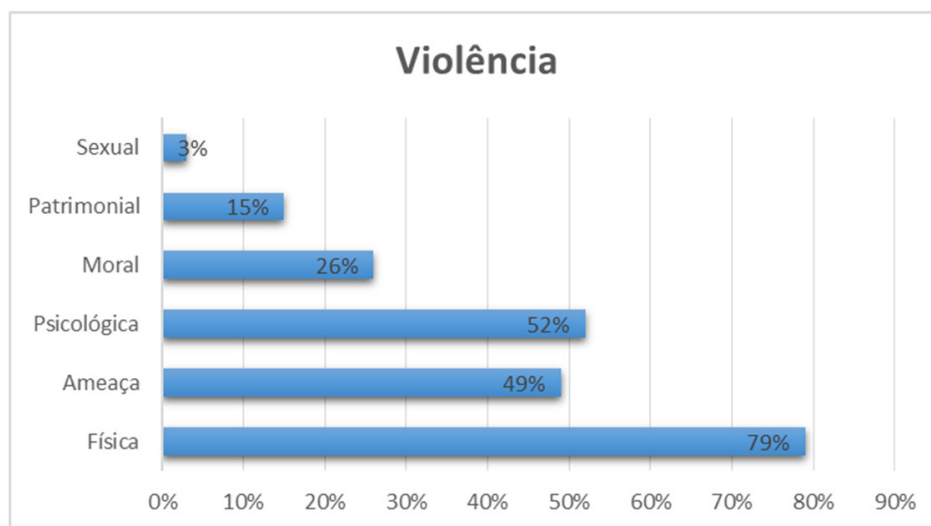
55 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

mínimo na composição familiar recebem algum benefício assistencial e outras 33 (trinta e três por cento) entre 1 e 3 salários mínimos. Esses dados demonstram a vulnerabilidade das participantes, no que tange aos aspectos financeiros, situação que pode agravar as violências sofridas.

No tocante ao grau de escolaridade, 26% (vinte e seis por cento) das participantes completaram o ensino médio e 13% (treze por cento) finalizaram o ensino superior, demonstrando que, mesmo as mulheres com certo grau de escolaridade, estão sujeitas às violências desse tipo⁵⁶.

No aspecto relação entre as partes envolvidas, o relatório dividiu as participantes em quatro grupos: **parental**, aqueles que convivem no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados; **ex-afetivo**, indivíduo que possui qualquer relação íntima de afeto com a vítima; **ex-cônjuge**, indivíduo que tenha convivido com a ofendida e coabitavam; **conjugue**, indivíduo que, mesmo após a prática da violência, continuava a coabitar a mesma residência.

Figura 9 – Tipos de violência sofrida pelas mulheres participantes do Projeto Piloto do Botão do Pânico



Fonte: Elaboração própria.

Quanto ao tipo de violência sofrida, todas as participantes apontaram mais de um tipo de violência. A maior parte delas afirma que sofreu algum tipo de violência física (79%) e mais da metade sofreu algum tipo de violência psicológica (52%).

Constatou-se uma ênfase dada à ameaça, que, mesmo sendo um tipo de violência psicológica, foi descrita, separadamente, no relatório, tendo em vista o grande percentual de mulheres atingidas (49%).

Quanto à residência, os bairros mais contemplados foram Jardim Camburi (4 DSP), Jardim da Penha (4 DSP) e Santa Marta (4 DSP). Já os bairros de Santo Antônio, São Pedro, Centro e Praia do Canto receberam cada um 3 DSP.

A cidade de Vitória possui ao todo 80 (oitenta) bairros, estando as participantes distribuídas por 38 (trinta e oito) deles. Levando-se em consideração as regiões administrativas definidas pela Lei Municipal nº 8.611/14 tem-se a seguinte divisão e número de DSP⁵⁷:

56 Segundo a pesquisa Estatísticas de Gênero – Uma análise dos resultados do Censo Demográfico, do IBGE (2010) a escolaridade das mulheres aumentou em relação à dos homens.

57 VITÓRIA. *Lei Municipal nº 8.611, de 02 de janeiro de 2014*. Disponível em: <http://legado.vitoria.es.gov.br/regionais/geral/regiao_administrativa/L8611.PDF>. Acesso em: 12 jul. 2016.

Tabela 1 – Regiões administrativas definidas pela Lei Municipal nº 8.611/14 e número de dispositivos de segurança preventiva concedidos

Região Administrativa	Número de DSP concedidos
Região 1 – Centro	4
Região 2 – Santo Antônio	9
Região 3 – Jucutuquara	5
Região 4 – Maruípe	16
Região 5 – Praia do Canto	6
Região 6 – Goiabeiras	3
Região 7 – São Pedro	9
Região 8 – Jardim Camburi	4
Região 9 – Jardim da Penha	5
TOTAL	61

Fonte: Prefeitura Municipal de Vitória.

A região administrativa que recebeu o maior número de botões do pânico é, também, a região mais populosa contando com mais de 54 mil habitantes⁵⁸. Ainda, de acordo com o IBGE, a renda média dessa região é de R\$ 806,72 (oitocentos e seis reais e setenta e dois centavos), bem abaixo do rendimento domiciliar *per capita* média apontada para a capital no mesmo ano que foi de R\$ 1.820,60 (hum mil oitocentos e vinte reais e sessenta centavos)⁵⁹.

Ainda sobre a região administrativa de Maruípe, importante frisar que esta é composta por 12 bairros e nessa região está localizada a 1ª Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Vitória – ES, sugerindo o maior número de concessão de botões com a proximidade da Vara.

Figura 10 – Bairros que compõe a Região Administrativa de Maruípe



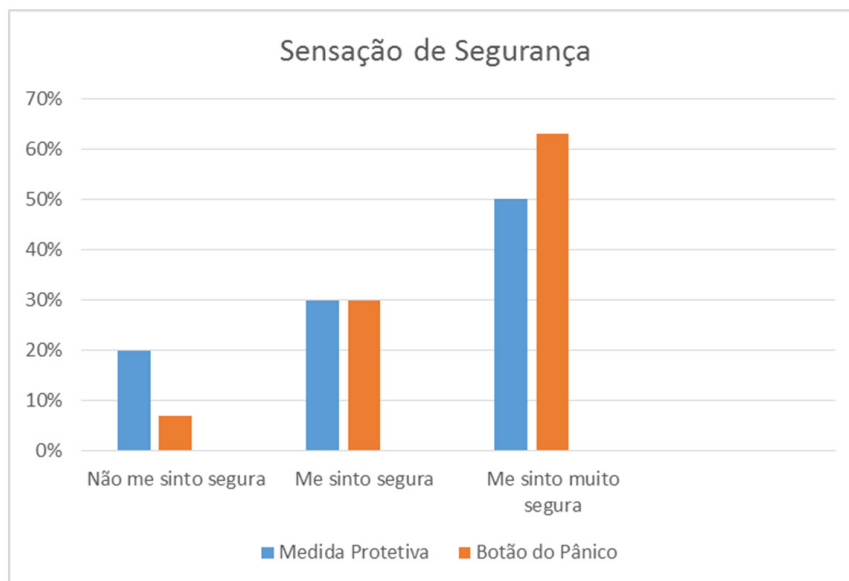
Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

58 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

59 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

Ao final o relatório avaliou, ainda, a sensação de segurança das mulheres que portavam o botão do pânico. A grande maioria afirmou que portar o botão do pânico trazia sensação de segurança, proteção e liberdade. Ao serem questionadas sobre a sensação das medidas protetivas e do botão do pânico, responderam do seguinte modo:

Figura 11 – Grau de sensação de segurança das participantes do Projeto Piloto do Botão do Pânico



Fonte: Elaboração própria.

Diante desses relatos, é possível argumentar que o “botão do pânico” funciona muitas vezes como uma ferramenta de empoderamento das mulheres comparado à concessão apenas de medidas protetivas.

Foram constatados problemas no uso dos botões do pânico. Em maio de 2015, ainda estavam em uso 42 (quarenta e dois) botões.⁶⁰ (trinta e um) desses botões estavam desligados por mais de 48 (quarenta e oito) horas. Não há dados no relatório descrevendo o motivo dos aparelhos estarem desligados, podendo serem levantadas as hipóteses de reconciliação, desnecessidade do instrumento para a situação ou esquecimento por parte das mulheres.

Ao final do relatório, a equipe multidisciplinar conclui que o dispositivo funciona como instrumento auxiliar na fiscalização das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha e que, para produzir resultados efetivos, deve ser concedido às mulheres por um período determinado e caso haja utilização inadequada a concessão deverá ser revogada.

Por fim, cumpre ressaltar que após o Projeto Experimental do Botão do Pânico, a Prefeitura de Vitória, por meio da Secretaria Municipal de Cidadania e Direitos Humanos (Semcid), abriu em novembro de 2015 edital de licitação para contratação de dispositivos de segurança preventivos. Em janeiro de 2016, o INTP foi contemplado na licitação, sendo firmada a contratação de 300 dispositivos do botão do pânico para utilização a partir de 2016⁶⁰. Se for comparado ao número de medidas protetivas concedidas, apenas, em 2015, total de 944 (novecentos e quarenta e quatro), com o número de dispositivos contratados, 300 (trezentos), será possível atender 31,8% (trinta e um virgula oito por cento) das mulheres que se encontram em situação de violência doméstica.

Assim, importante pensar em um instrumento/política pública que englobe o maior número de mulheres em situação de violência doméstica, atendendo aos critérios de necessidade e oportunidade.

⁶⁰ ARRUDA, Patrícia. *Botão do pânico ampliado para mulheres em Vitória*. Disponível em: <<http://www.vitoria.es.gov.br/noticia/botao-do-panico-vitoria-amplia-atendimento-a-mulheres-vitimas-de-violencia-19553>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Botão do Pânico pode ser considerado inovador, pois aliou tecnologia para a proteção de direito e garantias fundamentais das mulheres em situação de violência. A possibilidade de gravação da conversa ambiente permite a constatação pelo juízo da ação do descumprimento das medidas protetivas por parte dos agressores. No entanto, o reduzido número de mulheres contempladas, a forma adotada no procedimento de concessão e o uso inadequado por parte das mulheres participantes do projeto são aspectos que merecem estudo mais aprofundado.

O número de botões concedidos representou menos de 10% (dez por cento) do número de medidas protetivas de urgência deferidas pela Vara Especializada em Violência Doméstica de Vitória, demonstrando o caráter específico para sua utilização. Essa restrição pode ser contabilizada devido ao pequeno quantitativo inicial do projeto, mas também à análise da situação de risco. No entanto, apenas 30% (trinta por cento) fizeram uso do dispositivo de segurança preventiva, o que sugere uma investigação mais detalhada. Pode-se supor que aquelas que não utilizaram, não estavam em flagrante situação de vulnerabilidade ou, ainda, que a não utilização do instrumento pode estar relacionada à inexperiência em manuseá-lo, evidenciando falhas importantes na etapa de concessão do botão do pânico.

Foi possível verificar, ainda, equívocos no procedimento de concessão, tanto na etapa de análise de risco das mulheres em situação de violência quanto no curso do processo. A inexistência de requisitos objetivos precisos, como uma instrução normativa disciplinada pelo Tribunal de Justiça, talvez contribuisse para reduzir a ocorrência das falhas e diminuir o grau de subjetividade das concessões feitas pelo juízo. Além disso, parte dos botões foram deferidos sem prévio parecer do Ministério Público, utilizando-se, apenas, impressões aferidas pelo juízo. Assim, reforça-se a ideia de que a equipe multidisciplinar seja a responsável pela análise e acompanhamento da concessão dos dispositivos.

Salienta-se que 31 (trinta e um) dos 42 (quarenta e dois) dispositivos que ainda estavam em uso em maio de 2015 encontravam-se desligados por mais de 48 (quarenta e oito) horas, o que pode revelar, por um lado, a ineficiência na fiscalização por parte do órgão que procedeu a concessão do equipamento e do instituto responsável por gerir o sistema do botão do pânico e por outro, a possibilidade de que as mulheres ou não se sentiam mais em perigo ou poderiam ter-se reconciliado com o agressor. Em ambas hipóteses, haveria a necessidade de investigar o motivo do desligamento.

Outro problema refere-se à restrição territorial de proteção. Como a Patrulha Maria da Penha era realizada com a participação da Guarda Municipal de Vitória, eventuais violações das medidas protetivas fora do município inviabilizaria a atuação do órgão municipal. Assim, imprescindível seria o diálogo dos diferentes órgãos da segurança pública, como Polícia Militar e Polícia Civil, numa tentativa de alcançar o objetivo do projeto piloto do Botão do Pânico.

As presentes considerações do trabalho não pretendem retirar o mérito do referido projeto piloto, no tocante ao alinhamento de segurança pública e o uso de tecnologia. Questiona-se a forma como ocorreram as concessões e os métodos utilizados, sugerindo, portanto, seu aprimoramento enquanto uma política pública efetiva para o enfrentamento da violência contra a mulher.

Assim, com o objetivo de aprimorar o projeto que já está em prática e gera atualmente custo para a administração pública, sugerem-se as seguintes medidas: adequada análise de risco das mulheres em situação de violência, o estabelecimento de critérios objetivos mediante instrução normativa e contínua análise de risco por parte da equipe multidisciplinar, a interlocução com outros órgãos da área de segurança pública, a ampliação da equipe multidisciplinar com o objetivo de realizar um análise detida dos mulheres em situação de vulnerabilidade, numa tentativa de respeitar o binômio necessidade e adequação, e a participação do movimento de mulheres local, imprescindível na definição de toda política pública democrática e de enfrentamento à violência contra mulheres.

Os dados analisados não permitem constatar uma efetividade plena do dispositivo de segurança preventiva, levando em consideração o binômio necessidade e adequação. Entretanto, constatou-se que o dispositivo aumentou a sensação de segurança das mulheres, revelando que pode ser uma política promissora. O fato é que é um instrumento que necessita ser ainda mais investigado, com pleno acesso às informações, que devem ser disponibilizadas pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, R. G. et al. Aplicação das medidas protetivas para as mulheres em situação de violência nas cidades de Porto Alegre (RS), Belo Horizonte (MG) e Recife (PE). In: PARESCHI, A. C. C.; ENGEL, C. L.; BAPTISTA, G. C. (Org.). *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. (Pensando a Segurança Pública, v. 6).
- BANDEIRA, Lourdes. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, [S.l.], v. 29, n. 2, maio/ago. 2014.
- BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 24, n. 2, p. 401-438, maio/ago. 2009.
- BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BARSTED, Leila Linhares. *20 anos da Convenção de Belém*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitudede.org.br/category/noticias/>>. Acesso em: 10 maio 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. Interpretação jurídico feminista da lei: das medidas protetivas que obrigam o agressor – artigo 22, In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ARRUDA, Patrícia. Botão do pânico ampliado para mulheres em Vitória. Disponível em: <<http://www.vitoria.es.gov.br/noticia/botao-do-panico-vitoria-amplia-atendimento-a-mulheres-vitimas-de-violencia-19553>>. Acesso em: 10 jun. 2016.
- BOTÃO de pânico poderá ser usado por mulheres agredidas ou ameaçadas no ES. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini/2013/02/28/botao-do-panico-podera-ser-usado-por-mulheres-agredidas-ou-ameacadas-no-es/>>. Acesso em: 5 maio 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao>. Acesso em: 02 maio 2015.
- BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 19/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4424/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de fevereiro 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

- CAMPOS, Carmen Hein de. In: JONAS, Eline (Coord.). *Violências Esculpidas*. Goiânia: Ed. Universidade Católica de Goiânia, 2007.
- CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 2008.
- CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. 430 p.
- CAMPOS, Carmen Hein de. Femicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan./jun. 2015.
- CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista: teoria feminista e críticas às criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CARVALHO, Salo de; CAMPOS, Carmen Hein de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.
- CERQUEIRA, Daniel et al. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha*. Brasília: IPEA, 2015.
- CASTRO, Rodrigo Batista de. *Eficácia, Eficiência e Efetividade na Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-apsa-1840.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.
- CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*/Edgardo Castro. Tradução de Ingrid Muller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.
- DATASENADO. *As brasileiras e a Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/07/09/datasetado-ouve-mulheres-sobre-violencia-domestica>>. Acesso em: 05 maio 2015.
- DELEUSE, Gilles. *Post-scriptum sobre as sociedades de controle: conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000.
- FELETTI, Vanessa Maria. *Vende-se segurança: a relação entre controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. 158 p.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. 288 p.
- GARCIA, Leila Posenato et al. Femicídios no Brasil: perfil e estimativas corrigidas, 2009-2011. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE EPIDEMIOLOGIA, 9., 2014, Vitória. *Anais...*, 2014.
- GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008. 2014. 440 p.
- GELSTHORPE, Loraine. Back to Basics in Crime Control: Weaving in Women. A gendered reading of David Garland's analysis of *The Culture of Control*. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 76-103, Summer 2004.
- GIL, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA E ECONOMIA APLICADA. *Dados inéditos sobre violência contra a mulher*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=19873>. Acesso em: 5 maio 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2014. Encarte disponibilizado na primeira reunião com a equipe técnica do instituto.

INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA PREVENTIVA. *Relatório sobre o Projeto Experimental Botão do Pânico para mulheres vítimas de violência doméstica e familiar*. Vitória, 2015.

IPEA. *Atlas do desenvolvimento humano no Brasil*. Brasília: Fundação João Pinheiro (FJP) e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2010. Disponível em: <<http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking/>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

LAVIGNE, Rosane M. Reis. Caso Fonaje: o ativismo de juízes integrantes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – Fonaje no processo de elaboração da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Interpretação jurídico feminista da lei: das medidas protetivas de urgência – artigos 18 a 21. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MULHER vítima de violência. Disponível em: <http://www.es.gov.br/Cidadao/paginas/mulher_delegacia_direitos.aspx>. Acesso em: 26 maio 2016.

OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. *Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha: Lei nº11.340/2006*. Disponível em: <https://bd.camara.gov.br/bd/.../bdcamara/8429/historico_producao_oliveira.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Banco Mundial apoia 'Patrulha Maria da Penha' para combater violência contra mulheres no RJ*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/banco-mundial-apoia-patrulha-maria-da-penha-para-combaterviolencia-contramulheres-no-rs>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

PASINATO, W. et al. Medidas protetivas para mulheres em situação de violência. In: PARESCHI, A. C. C.; ENGEL, C. L.; BAPTISTA, G. C. (Org.). *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2016. (Coleção Pensando a Segurança Pública, v. 6).

PIMENTEL, Sílvia; PIOVESAN, Flávia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SENADO. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito*. Brasília, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Obsessão securitária e a cultura do controle. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 20, p. 161-165, jun. 2003.

SPANIOL, Marlene Inês; GROSSI, Patrícia Krieger. Análise da Implantação das Patrulhas Maria da Penha nos Territórios da Paz em Porto Alegre: avanços e desafios. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 398-413, jul./dez. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO. *Passo a passo de como usar o botão do pânico*. 2014. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9496>. Acesso em: 24 jul. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO. *Relatório apresentado pela equipe Multidisciplinar da 1ª Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Vitória*. Vitória, 2015.

VITÓRIA. *Lei Municipal nº 8.611, de 02 de janeiro de 2014*. Disponível em: <http://legado.vitoria.es.gov.br/regionais/geral/regiao_administrativa/L8611.PDF>. Acesso em: 12 jul. 2016.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 474 p.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: atualização: homicídios de mulheres no Brasil*. Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em: 26 maio 2016.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídios de mulheres no Brasil*. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 26 maio 2016.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O que pensam as juízas e os juízes sobre a aplicação da Lei Maria da Penha: um princípio de diálogo com a magistratura de sete capitais brasileiras

What do judges think about the application of The Maria da Penha Law: an attempted dialog with the judges sitting on all domestic violence courts located in seven brazilian cities

Marilia Montenegro Pessoa de Mello

Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt

Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

O que pensam as juízas e os juízes sobre a aplicação da Lei Maria da Penha: um princípio de diálogo com a magistratura de sete capitais brasileiras*

What do judges think about the application of The Maria da Penha Law: an attempted dialog with the judges sitting on all domestic violence courts located in seven brazilian cities

Marilia Montenegro Pessoa de Mello**

Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt***

Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros****

RESUMO

Neste artigo apresentaremos um recorte da pesquisa “Entre Práticas Retributivas e Restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário”, contratada pelo Conselho Nacional de Justiça, que visou compreender a aplicação da Lei Maria da Penha depois de mais de 10 (dez) anos de sua vigência. Mais especificamente, nosso objetivo, neste artigo, consiste em apresentar como as juízas e juízes pensam a aplicação da referida lei e como eles percebem a possibilidade de mudanças a partir da introdução da justiça restaurativa na administração dos conflitos domésticos e familiares contra a mulher no Brasil. Os dados empíricos apresentados foram extraídos das 24 (vinte e quatro) entrevistas semiestruturadas realizadas com a magistratura de sete capitais brasileiras, e analisados a partir de revisão bibliográfica sobre as várias temáticas abordadas. Dentre outros temas, no presente artigo, serão relatadas e debatidas as visões dos magistrados sobre: o papel e a importâncias das equipes multidisciplinares e das medidas protetivas no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha; os programas de atendimento disponíveis para ambos, vítimas e agressores; o afastamento da suspensão condicional do processo e outras medidas despenalizadoras (previstas na Lei n. 9.099/95); e o perfil das partes que chegam aos Juizados (ou Varas) de violência doméstica, incluindo análise a respeito da demanda da mulher vítima de violência doméstica. Por fim, apresentaremos as percepções dos juízes entrevistados sobre o uso de práticas de justiça restaurativa no âmbito da violência doméstica, aproveitando para realizar um exercício crítico de pensar esse tipo de violência de gênero para além de práticas meramente retributivas.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Lei nº 9.099/95. Juízes. Violência Doméstica. Justiça Restaurativa.

* Recebido em 25/02/2018
Aprovado em 31/03/2018

** Professora em Direito Penal na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICAP. Coordenadora e Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia (UNICAP). Email: marilia_montenegro@yahoo.com.br

*** Doutora em Criminologia pela Universidade de Oxford (Inglaterra). Mestre em Criminologia pela Universidade Católica de (Leuven). Professora em Direito Processual Penal na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e do Programa de Mestrado do Instituto Internacional de Justiça Restaurativa (International Institute for Restorative Practices, Estados Unidos). Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia (UNICAP). E-mail: ffrosenblatt@iirp.edu

**** Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia (UNICAP). Assistente de pesquisa III do IPEA. E-mail: carol.salazar13@gmail.com

ABSTRACT

The research on which this paper is based – commissioned by Brazil’s National Council of Justice – was aimed at understanding the application of the Act No. 11.340/2006 (Brazil’s domestic violence law), also known as the ‘Maria da Penha Law’, by the Brazilian Judiciary, over 10 years after its introduction. Based on 24 (twenty four) semi-structured interviews with all judges sitting on the domestic violence courts included in this study, as well as on an extensive literature review of the key themes that emerged from the data, the aim in this article is to present the judges’ views on: the role and importance of the protective measures for victims (e.g. restraining orders) and of the multidisciplinary teams (of social workers, psychologists and pedagogues) working within the domestic violence courts; the replacement by the Maria da Penha Law of the 1995 Act, hampering, thus, the use of alternative measures during trial proceedings (e.g. the possibility of trials being suspended against the defendant); the profile of defendants and victims, including judge’s views on what do women victims of domestic violence expect when they enter through the gates of domestic violence courts in Brazil; among other topics. Finally, the judges’ perceptions about the use of restorative justice practices in cases of domestic violence are discussed, as a means of introducing a qualified national debate on the need to go beyond the traditional punitive-retributive responses to violence against women to consider restorative alternatives.

Keywords: Maria da Penha Law. Law n. 9.099/95. Judges. Domestic violence. Restorative justice.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo apresentaremos¹ um recorte da pesquisa “Entre Práticas Retributivas e Restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário”², contratada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que visou compreender a aplicação da Lei Maria da Penha depois de mais de 10 (dez) anos de sua vigência. A pesquisa abarcou, na parte qualitativa, 7 (sete) capitais brasileiras, sendo 3 (três) na Região Nordeste (Recife, João Pessoa e Maceió) e 1 (uma) nas demais Regiões (Belém do Pará, Brasília, São Paulo e Porto Alegre). O trabalho foi realizado com a utilização de diversas técnicas de pesquisa e contou com uma equipe de mais de 50 (cinquenta) pesquisadoras/es). Foram realizadas entrevistas com magistradas e magistrados, entrevistas com vítimas, grupo focal com as equipes multidisciplinares, análise quantitativa de processos e revisão bibliográfica de literatura estrangeira sobre a aplicação da justiça restaurativa em casos de violência doméstica.

O objetivo do presente artigo é apresentarmos, com base nos resultados da pesquisa supracitada, como as juízas e juízes pensam a aplicação da lei Maria da Penha e como eles percebem o atual movimento do CNJ pela adoção de práticas de justiça restaurativa na administração dos conflitos domésticos e familiares contra a mulher no Brasil. Para tanto, foi dividido em quatro seções, incluindo esta introdução, em que se abordou, sucessivamente: a percepção da magistratura sobre as inovações introduzidas pela Lei Maria da Penha, como a magistratura compreende as vítimas em situações de violência doméstica e o que os juízes pensam sobre justiça restaurativa nos casos de violência doméstica. Ao final, apresentamos nossas conclusões.

1 Optamos por apresentar o artigo na primeira pessoa, considerando o papel tão direto e íntimo que têm as pesquisadoras, tanto em relação ao processo de coleta como de análise dos dados. No presente artigo, vamos utilizar a primeira pessoa do plural, pois tanto a pesquisa quanto a escrita do produto final foram realizadas conjuntamente pelas autoras. A respeito da escrita em primeira pessoa. ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. *The role of community in restorative justice*. New York: Routledge, 2015.

2 O referido projeto foi contemplado na 2ª Edição da Série “Justiça Pesquisa”, do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), em 2016, tendo sido financiando, portanto, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). As autoras declaram não haver conflito de interesses que comprometa a cientificidade do trabalho apresentado.

Praticamente todas as entrevistas foram realizadas pelas autoras do presente artigo³ e ocorreram nos fóruns, geralmente, nos gabinetes e/ou salas de trabalho dos magistrados. Iniciávamos as entrevistas com algumas perguntas objetivas, como idade, grau de escolaridade, raça e, em seguida, passávamos àquelas propriamente em torno da percepção dos entrevistados sobre a Lei Maria da Penha. Como instrumento de coleta de dados foi utilizado um roteiro de perguntas abertas, aplicado por meio de entrevista semiestruturada, o que possibilitou uma fluidez no diálogo entre as pesquisadoras e as pessoas entrevistadas⁴.

Todas as pessoas entrevistadas, quando procuradas pela equipe de pesquisa, aceitaram participar da pesquisa, porém, 2 (dois) participantes não autorizaram a gravação. Nesses dois casos, ao longo da entrevista, tomamos nota dos elementos-chave presentes nas respostas às questões colocadas e, imediatamente após a sua realização, escrevemos um relato minucioso do que foi dito. Nos demais casos, as entrevistas foram gravadas e, posteriormente, transcritas para análise. As entrevistas gravadas tiveram uma média de 39 (trinta e nove) minutos. A entrevista com o menor tempo de duração foi realizada em 18 (dezoito) minutos e a entrevista com o maior tempo, em 1 (uma) hora e 4 (quatro) minutos.

Os dados mais objetivos, obtidos no início da entrevista, serão indicados agora, como forma de apresentar o perfil das pessoas entrevistadas. Com isso, queremos contextualizar as dinâmicas a serem discutidas ao longo do artigo, nas seções seguintes, trabalharemos as respostas às perguntas abertas, mais ligadas ao objeto da pesquisa.

Ao todo, foram entrevistados 24 magistrados⁵, sendo 12 (doze) homens e 12 (doze) mulheres. Com base nas informações obtidas nas entrevistas, encontramos uma maioria branca, já que 17 (dezesete) pessoas se identificaram assim, 4 (quatro) se identificaram como pardas, 2 (duas) como amarelas e 1 (uma) não respondeu. Já com relação à idade, 3 (três) informaram ter menos de 40 (quarenta anos), 13 (treze) entre 41 e 50 anos, 5 (cinco) entre 51 (cinquenta e um) e 60 (sessenta anos), 2 (duas) entre 61 (sessenta e um) e 70 (setenta) anos e 1 (uma) não informou o ano de nascimento.

Do total de pessoas entrevistadas, 10 (dez) estudaram em escola privada, 7 (sete) em escola pública e 5 (cinco) tanto em escola pública quanto privada, num universo em que 2 (duas) não responderam a essa pergunta. No ensino superior, 9 (nove) estudaram em instituição pública, 7 (sete) em uma instituição privada e 8 (oito) não informaram o tipo de instituição.

O tempo médio que atuam na magistratura é de 16 (dezesesseis) anos. Dentre os 24 (vinte e quatro) magistrados entrevistados, apenas 3 (três) apresentam um tempo inferior a 10 (dez) anos em exercício na magistratura. O magistrado com o maior tempo em exercício indicou como resposta 30 (trinta) anos, e aquele com menor tempo indicou como resposta 4 (quatro) anos. Com relação aos estados em que atuam, foram entrevistados 10 (dez) juízes em Pernambuco, sendo 06 (seis) mulheres e 04 (quatro) homens; 5 (cinco) juízes no Distrito Federal, sendo 4 (quatro) homens e 1 (uma) mulher; 3 (três) juízes em Belém, sendo 2 (dois) homens e 1 (mulher); 2 (dois) juízes em Porto Alegre, sendo 1 (um) homem e 1 (uma) mulher; 2 (dois) juízes em Maceió, ambos homens; 1 (uma) mulher em São Paulo e 1 (uma) mulher em João Pessoa⁶.

3 Algumas entrevistas foram conduzidas por outros membros da equipe de pesquisa, os quais foram devidamente treinados pelas coordenadoras do projeto, ora autoras do presente artigo. Essa providência se mostrou necessária, excepcionalmente, em algumas entrevistas realizadas fora do estado de Pernambuco, em que restaram concentrados os trabalhos de coordenação da pesquisa.

4 Com relação às críticas endereçadas às diversas modalidades de entrevistas em pesquisa de campo, conferir: POUPART, Jean. A entrevista de tipo qualitativo: considerações epistemológicas, teóricas e metodológicas. In: POUPART, Jean et al. (Orgs.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 215-240.

5 O componente qualitativo da pesquisa foi submetido ao Comitê de Ética da Universidade Católica de Pernambuco, tendo sido aprovado (CAAE: 66958616.7.0000.5206).

6 Importante esclarecer que a equipe de pesquisa entrevistou todos os magistrados das cidades pesquisadas. Significa dizer que, por exemplo, em Porto Alegre, foram entrevistados os juízes dos dois Juizados (1o e 2o Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Porto Alegre/RS) e não apenas a magistrada do 1o Juizado. No caso específico de Pernambuco, diante da facilidade de acesso, oportunizado pela Coordenadoria da Mulher do Tribunal de Justiça de Pernambuco, foram entrevistados todos os 10 (dez) juízes atuantes na capital e no interior do Estado e não apenas aquelas vinculadas às três Varas da Capital pernambucana. De modo semelhante, no Distrito Federal, além dos três magistrados de Brasília, e também graças ao acesso garantido pela Co-

Durante o presente artigo, utilizaremos trechos das transcrições das entrevistas para ilustrarmos como pensa a magistratura que aplica a Lei Maria da Penha nas cidades estudadas. O texto pretende provocar o confronto das perspectivas teóricas e das pesquisas produzidas no Brasil com a fala das juízas e dos juizes. Para preservarmos a identidade das pessoas entrevistadas, não indicaremos os nomes. Suprimimos dados, inclusive, que poderiam identificar a cidade onde atuam. A cada magistrado, entretanto, foi atribuído um codinome (no formato “Juiz 1” a “Juiz 24”), com intuito de evidenciar uma interpretação de dados baseada em ampla variedade de vozes (e não representativa do coro de apenas um grupo específico de magistrados).

Optamos por usar sempre o gênero masculino, já que este é majoritário nos Tribunais de Justiça brasileiros⁷. Mesmo quando a temática é de violência contra as mulheres, encontramos homens e mulheres atuando de forma paritária. A nossa escolha tem como objetivo chamar atenção para como o modo de pensar masculino é ainda preponderante no âmbito do judiciário.

2. A PERCEÇÃO DA MAGISTRATURA SOBRE AS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI MARIA DA PENHA

No ano de 2006, entrou em vigor a Lei nº 11.340, que ficou conhecida nacionalmente como Lei Maria da Penha. Essa lei introduziu, no sistema jurídico brasileiro, uma diferença de tratamento entre os gêneros, mesmo quando praticados crimes idênticos, desde que tenham sido cometidos dentro de um contexto de violência doméstica ou familiar contra a mulher.

A Lei nº 11.340/2006 não só reconheceu e institucionalizou a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas também, ainda que simbolicamente, reafirmou os direitos igualitários femininos, inerentes a sua condição de ser humano, e o dever da família, da sociedade e do Estado de garanti-los⁸.

Durante as entrevistas com os magistrados, questionamos como foram percebidas as inovações introduzidas pela Lei Maria da Penha, especialmente considerando o seu caráter protecionista e de assistência social em relação à mulher⁹. Dentre as respostas obtidas, destacamos algumas, as quais revelam a persistência de dois discursos: alguns magistrados ainda questionam o fato de a lei proteger “apenas” a mulher, enquanto outros indicam uma suposta inferioridade da mulher como justificativa para a existência da lei.

Eu acho que a lei devia ser ampliada para atender as relações familiares.

(Juiz 5)

[...] violência que é doméstica, isso é o que deveria estar em causa e não propriamente o gênero. Claro que a Lei foi pensada para proteger uma mulher, porque, vamos dizer, biologicamente, o homem é mais forte e pode agredir e tal, e agride, mas às vezes, como nesse caso, né, o homem estava pedindo justiça: “Ela me bate todos os dias” [risos], “eu quero as medidas” [continua em tom de riso]. E eu não pude

ordenadoria da Mulher do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, foi possível entrevistar juizes atuantes no Núcleo Bandeirantes. Na cidade de São Paulo/SP, embora existam vários Juizados (ou Varas) e, conseqüentemente, vários magistrados, as pesquisadoras somente obtiveram autorização para realizar a pesquisa, bem como a entrevista, no Fórum do Butantã, que tem um Juizado (ou Vara) de Violência Doméstica.

7 Levantamento feito pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), órgão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostra que, em relação aos 17.670 magistrados em atividade no Brasil, 37,3% são mulheres. O número foi extraído do Módulo de Produtividade Mensal, sistema mantido pelo CNJ e alimentado regularmente por todos os tribunais. FREIRE, Tatiane. Mulheres representam 37,3% dos magistrados em atividade em todo o país. *Agência CNJ de Notícias*, Brasília, 8 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84432-percentual-de-mulheres-em-atividade-na-magistratura-brasileira-e-de-37-3>>.

8 Sobre a transição da Lei nº 9.099/95 para a Lei Maria da Penha: MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

9 Mais dados sobre como realizamos essas entrevistas poderão ser encontrados no Relatório Final de Pesquisa, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes>>.

aplicar porque ele era homem. O Ministério Público pediu a palavra, disse: “É impossível aplicar, ele é homem”. E ali o que havia era uma violência doméstica [...]. Eu também entenderia possível aplicar porque o sexo, assim, a questão de ser masculino, eu, por uma experiência, que é até engraçada, eu já vi na minha, na sala de audiências, um homem franzino, fraquinho, e uma mulher enorme, forte e que havia agredido, então ele disse: “Por que eu não posso usar dessa Lei para me proteger? Ela está me agredindo”. [...] e não se aplicou porque ele era homem, né, e eu achei injusto isso [risos], entendeu?”

(Juiz 9)

Sou favorável à aplicação da Maria da Penha [...] porque há aí alguém no papel, não é, de vulnerabilidade do sexo, no papel de, de inferioridade, então, há um dominador, há um dominado, não é? Então, a cultura de superioridade de um sobre o outro está presente, então, nessas hipóteses, eu sou favorável à aplicação da Lei Maria da Penha.

(Juiz 13)

Partindo da criação positiva das Delegacias da Mulher (DEAMS)¹⁰, a Lei Maria da Penha introduziu um órgão pertencente à Justiça Comum com competência mista (cível e penal): os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFMs). A criação desses juizados é considerada, na literatura, uma excelente iniciativa da Lei, pois eles contam com uma estrutura diferenciada capaz de lidar com os problemas das vítimas da violência, principalmente em virtude da presença de uma equipe multidisciplinar especializada nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde. Reforçando essa percepção, nas entrevistas com os juizes, a equipe multidisciplinar é indicada, juntamente às medidas protetivas, como um dos pontos de destaque da lei.

É difícil às vezes entender que uma mulher que foi violentamente agredida chega no outro dia e diz: “Eu não quero mais essa medida protetiva, eu não quero esse processo”. Mesmo sabendo que o Supremo não permite, lógico que a gente não vai encerrar o processo, mas pelo menos ela já tira as ameaças, o que houve de dano, ela tira tudo ali, e ela quer continuar com ele, muitas vezes ele tá preso e ela pede “pelo amor de Deus”, se ajoelha no seu pé pra você, pra tirar ele, quando ele tinha uma faca, e esfaqueou ela, você não consegue compreender. Como é que o Estado entra na casa dessa pessoa. Por isso que eu acho que o trabalho psicológico, o trabalho social, de assistente social, é muito importante em violência doméstica, muito, muito importante.

(Juiz 2)

[...] o trabalho do psicossocial é fundamental. Acho que toda vara tem que ter uma boa equipe, uma equipe compromissada. [...] Às vezes é uma violência esporádica, né? Que você vê um arrependimento muito grande naquele agressor e tudo mais, que a gente sabe que aquilo ali foi um caso isolado. Mas há casos que não, que existe um ciclo de violência tão pesado e que ninguém consegue quebrar, e se você não cuidar, se você não tratar, [...] a mulher não se liberta, e porque ela não quer se libertar também. Ela tem certos medos, ou ela viu na família dela, no pai, aquela agressão, então, aquilo, pra ela, é normal, então ela não quebra aquele ciclo, num é? Então a gente tem que tratar essa família. E, se chegou a nós, passou por todo mundo, passou pela escola, passou por tudo e num foi resolvido. Se chega à Vara de Violência Doméstica, nós temos que ter competência pra ajudar essas famílias, através da equipe psicossocial e através do encaminhamento pra ela.

(Juiz 3)

10 A primeira DEAM foi criada no ano de 1985 em São Paulo. Essa experiência logo foi recriada em outros municípios em todos os estados da federação, tendo a maior expansão dessas delegacias ocorrido entre os anos de 1986 e 1995, configurando os serviços especializados numa alternativa para melhorar o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e sexual e com a promessa de reduzir os “níveis de impunidade” relacionados a esses crimes. Sobre a temática: PASINATO, Wânia Izumino. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS – ANPOCS, 28, 2004, *Anais...* Caxambu, Minas Gerais, 2004. Disponível em: <<http://nevsp.org/wp-content/uploads/2014/08/down082.pdf>>; e PASINATO, Wânia Izumino; SANTOS, Cecília MacDowell. *Percepções sobre direitos das mulheres, acesso à justiça e conhecimento sobre as delegacias da mulher e a rede de serviços*: pesquisa de opinião com as mulheres de Belo Horizonte. Campinas: PAGU/UNICAMP/CEPLAES/IDRC, 2008.

Aqui na minha Vara, a equipe faz um trabalho maravilhoso. Nas outras varas não sei muito, porque as equipes geralmente são um pouco reservadas e a gente não tem muito acesso a elas. Mas aqui, a da minha Vara, faz um trabalho belíssimo e amplo, muito amplo, né, com homens e mulheres e crianças.

(Juiz 7)

Aspecto também indicado como bastante positivo introduzido pela lei foi a suposta ampliação do acesso à Justiça, que previu um atendimento diferenciado à ofendida, não apenas pela polícia, mas por diversos órgãos, inclusive pelo Judiciário, bem como a possibilidade da utilização das medidas protetivas de urgência pelas mulheres violadas ou em iminente perigo de o serem. As opiniões sobre a importância das medidas protetivas, como um dos principais pontos positivos da lei, foram encontradas nas respostas de praticamente todos os magistrados.

Sem dúvida, as medidas protetivas foram um avanço muito grande na defesa dos direitos da mulher. Acho que, talvez, seja a regra mais importante na Lei Maria da Penha, porque, de fato, elas surtem um efeito muito grande, mesmo que seja um efeito psicológico nos homens. Porque hoje tem essa cultura de que a mulher que está salvaguardada pelas medidas protetivas, o homem ele não pode descumpri-las, porque ele sabe que pode ser preso. Então, de fato, acho que trouxe uma efetividade muito grande na defesa dos direitos da mulher.

(Juiz 4)

Essa [medida protetiva] é o carro-chefe, na minha opinião. É óbvio que surgiram outros desdobramentos [...] eu acho que a gente precisa atuar muito mais nessa área de prevenção e proteção [...]. Óbvio que as penas são baixas, realmente, mas a punição por si só não resolve o problema, né, por isso que as práticas de justiça restaurativa, hoje, elas estão sendo ampliadas e... sem dúvida, voltando a resposta da sua pergunta, eu acho que foi a medida protetiva [o ponto mais positivo da Lei] porque a partir desse momento você consegue dar um tratamento, além de proteger a mulher e visar prevenir novos atos, você consegue dar um tratamento mais individualizado se você chama a mulher pra conversar; você consegue conversar com o agressor, se você tem grupos de trabalhos com agressores [...].

(Juiz 8)

Olha, o que eu vejo de mais positivo [na Lei] são as medidas [protetivas], porque elas dão um caráter de urgência, põem fim a um... vamos dizer... a uma flagrância. Há uma pronta resposta, né, isso eu acho importante. Agora, eu vejo que o outro lado, né, porque muitas vezes você decide para resolver um problema e cria um segundo problema, quando você diz: “Afaste-se o agressor”, muitas vezes sai também a fonte de renda da família, então a mulher, ela fica numa situação de penúria, ela não quer prosseguir com o procedimento, ela quer parar para que ele volte [tom de riso] e volte também com ele a fonte de renda. Então eu acho que assim, ela [a Lei] centra muito na vítima e o agressor, que também tem de ser uma preocupação, ele é relegado, ele fica em segundo plano, né? E o problema só vai se resolver se você tiver um tratamento tanto para a vítima quanto para o agressor. Eu acho que a Lei é um tanto quanto... ela esquece, né, ela é meio vazia quanto ao, vamos dizer, ao outro lado da moeda.

(Juiz 9)

Embora exista praticamente uma unanimidade com relação à importância das medidas protetivas, o mesmo não acontece quando o assunto é a natureza jurídica do instituto. Obtivemos 16 (dezesesseis) respostas a essa pergunta, 10 (dez) apontaram para a natureza mista. É importante destacar que, mesmo entre os juizes que assim as classificaram, as respostas não necessariamente apresentam semelhanças entre si, conforme ilustramos abaixo:

Uma lei híbrida, a gente sabe disso, mas [...] ela puxa mais pro lado criminal, na minha opinião [...].

(Juiz 6)

Ambas. Cíveis e criminais. [...] O fato dela [a vítima], por exemplo, se retratar de uma ameaça [...], não quer dizer que ela não possa querer uma proteção [...]. Tanto que a lei, em seu art. 16, ela fala claramente que o juizado é competente para processos cíveis e criminais [...], tanto que nós temos aqui o fluxo cível e o fluxo criminal. Muitas vezes as medidas [...] podem ser pedidas isoladamente, ou elas podem ser pedidas [...] dentro de um inquérito ou na denúncia. Então se tiver dentro do inquérito ou da denúncia, vai ser de natureza criminal. Agora, se elas são isoladas, [...] ela tem a natureza cível. Se por acaso vier a criminal depois, você pode simplesmente transferir a medida de cível para criminal e encerrar o processo cível. Mas a natureza é as duas naturezas.

(Juiz 12)

Na minha concepção, elas têm uma característica mista, porque elas têm um instituto de direito civil e têm um instituto de direito penal, mas ela é uma espécie de cautelar, porque desde que você defere imediatamente uma liminar pra que o cara faça alguma coisa, saia de casa, por exemplo, então, você tem uma ordem restritiva de direito civil, tira o cara de dentro da casa dele, e ao mesmo tempo, se o cara não cumpre aquela ordem, ele vai ser preso por conta disso, então, é um desdobramento com características penais, porque você prende a pessoa por conta daquilo. Então, para mim, é nitidamente um instituto de natureza mista, assim, muito embora a doutrina considere que é um instituto de direito civil ou processual civil, mas enfim.

(Juiz 16)

Para mim ela é mista porque dependendo do tipo de medida que você conceder. Se você fixar os alimentos provisórios, ela vai ser de família, se você fixar uma proibitiva de contato, ela vai ter natureza civil, então se você fizer uma suspensão do porte de arma, uma busca e apreensão de arma, você vai ter uma natureza penal.

(Juiz 18)

Foram encontradas 4 (quatro) respostas no sentido de que a natureza da medida protetiva é exclusivamente cível, todas na esteira das seguintes respostas:

[...] ela tem uma natureza de cautelar, né, e eu trato ela como se fosse uma, como um procedimento cível, observando o Código de Processo Civil.

(Juiz 8)

Eu acredito que elas têm natureza civil porque há reflexo na questão do afastamento do lar, da restituição de bens, na pensão alimentícia, que um juiz da vara de violência doméstica pode determinar com relação a essas partes em conflito. Então acredito que seja cível a natureza.

(Juiz 11)

Em 2 (duas) respostas foi encontrada a exclusiva natureza penal, das quais destacamos a seguinte:

Penal, cautelar penal [...] e entendo que ela depende também do processo principal, que no caso seria o inquérito e depois com a denúncia quando ele se transformasse em ação penal.

(Juiz 3)

As opiniões divididas demonstram que não existe um conhecimento (mais ou menos) consolidado no Judiciário a respeito dos institutos introduzidos pela Lei Maria da Penha. Com efeito, até mesmo a natureza jurídica das medidas protetivas, um tema essencialmente jurídico (diferentemente, por exemplo, da temática de gênero), é palco das incertezas acima retratadas. Incertezas essas, vale dizer, sentidas por quem decide, diariamente, sobre a aplicação das referidas medidas, e que não puderam ser evitadas, nem mesmo por uma lei específica.

Além de reservar grande atenção às medidas protetivas, a legislação deu grande destaque ao papel dos homens no processo de erradicação da violência de gênero, ao estabelecer o comparecimento deles aos programas de recuperação e reeducação nas unidades de atendimento aos agressores. Durante as entrevistas, esse assunto não surgiu com destaque, mas apareceram algumas respostas que indicaram a realização, em algumas cidades, de atividades voltadas para os homens autores de violência doméstica.

[...] tem aquele que não aceita, que ele acha que a mulher tá inventando aquilo tudo, que a mulher tá se aproveitando da lei, que ele queria uma “Lei João da Penha” eles sempre falam isso, assim, e acham que ela exagerou de ter ido procurar a polícia, porque ele só estava tentando, por exemplo, reatar o relacionamento. Eles não entendem que ela... não aceita... ela não quer mais a reconciliação, e eles continuam perturbando a tranquilidade ou ameaçando: “Se não for minha, você não vai ser de ninguém”. Eles acham que isso é um direito deles, entendeu? Tem alguns que acham mesmo, principalmente aqueles de agressões físicas que ingerem bebida alcoólica ou droga e tem problema mesmo com isso, com alcoolismo, aí eles se arrependem depois quando veem o resultado de tudo, tem essa responsabilização, quando chegam aqui às vezes querem fazer tratamento, porque a mulher também dá o ultimato “ou você faz ou eu também não volto mais pra você”. [...] mas eu acho que essa responsabilização, eles vão refletir mais sobre ela nesses grupos reflexivos, que são pessoas apropriadas mesmo pra tratar dos temas, né?

(Juiz 14)

[...] todo o trabalho de violência doméstica teria esse fortalecimento da vítima, fortalecimento da vítima, mas eu via que o ciclo não se quebrava, porque aquele homem que estava ali reiterando, tinha três, quatro, cinco processos, ele não era tratado, a gente não tinha o olhar pra ele. Então eu, desde que cheguei, eu disse: “Não, a primeira coisa que eu tenho que cuidar e tenho que, né? Tirar essa visão de machismo, de violência, de opressão dentro de casa, é do homem, é o alcoolismo, da droga, a gente precisa tratar o agressor”. E aí foi por isso que o meu primeiro círculo foi para os homens. A gente trabalhou esse grupo e vem já sendo feito há um ano, um ano e... acho que mais de um ano, um ano e meio, e aí agora a gente vai, tá vendo o formato, que a gente iria também fazer um círculo para as mulheres, de fortalecimento, porque a rede já atua [...]. Mas eu sinto que a Vara também precisa, dentro do processo, é, dá esse apoio tanto, é, psicológico e emocional quanto entendimento processual, e a gente pode fazer isso através de círculos, que sejam círculos, é, compactos, mas pra dar um fortalecimento e para, né?

(Juiz 3)

Quanto ao tratamento penal previsto para os crimes praticados contra a mulher no contexto doméstico e familiar, a Lei nº 11.340/2006 esbarra em algumas limitações, mesmo diante de suas declaradas boas intenções¹¹. Realmente, foi meritória a retirada, pela Lei, da violência doméstica da competência dos Juizados Especiais Criminais (JECrims) e a sua inserção em uma vara especializada, com a introdução de políticas de assistência social e protetivas. Entretanto, essas políticas sociais acabaram sendo transformadas e reduzidas a políticas criminais, de sorte que apenas o caráter penal da Lei é ressaltado.

Com efeito, a lei dos JECrims foi criada para oferecer medidas alternativas ao processo penal e à pena privativa de liberdade nos crimes considerados de menor potencial ofensivo, reforçando a aplicação das penas restritivas de direitos. Ocorre que, em todo o Brasil, esses Juizados terminaram tratando, de forma majoritária, a violência doméstica conjugal contra a mulher. Então, uma das principais formas que a Lei Maria da Penha encontrou para enrijecer o tratamento penal nos casos de violência doméstica e familiar contra

11 “Essas reformas específicas provocaram diversas reações dos criminólogos críticos, para além das críticas explicitadas decorrentes do pensamento jurídico conservador. Dentre os argumentos mais comuns, o de que, ao se propor aumento de penas e ao se obstruírem medidas diversificadoras, estar-se-ia consolidando uma visão punitivista da administração da justiça que se aproximaria dos movimentos político-criminais maximalistas, notadamente à esquerda punitiva (KARAM, 2001, p. 11-15) ou das teses retributivas (BATISTA, 2007), fato que, em consequência, converteria os grupos feministas em empresários morais atípicos (SCHEERER, 1986)”. CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, maio/ago. 2006. p. 409-422. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a05v14n2.pdf>>.

a mulher foi justamente afastando a lei dos JECrims (Lei nº 9.099/95) nesses casos.

Com relação ao afastamento da Lei nº 9.099/95, obtivemos várias respostas, mas, de uma maneira geral, os magistrados são favoráveis ao afastamento das medidas despenalizadoras (por exemplo, conciliação e transação penal) aplicadas às infrações de menor potencial ofensivo, o que sugere um apoio da magistratura entrevistada ao ímpeto mais punitivo da Lei. Apenas um magistrado, dentre os 24 (vinte e quatro) entrevistados, defendeu a aplicação de todas as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95:

No dia a dia, às vezes, eu não sinto esse desnível entre vítima e agressor. A vítima tem certo poder, ela não é tão coitada, a justiça às vezes força a barra para configurar a violência. Por isso acho possível aplicar as medidas da Lei nº 9099/95. Tive o seguinte exemplo: uma mulher que era psicóloga e o agressor era militar, então ela não era tão vulnerável. Elas usam a Maria da Penha para conseguir vantagem. Algumas mulheres se valem da Maria da Penha para prejudicar a outra parte no divórcio.

(Juiz 23)

Destacamos, nesse caso, que o discurso que justifica a aplicabilidade das referidas medidas despenalizadoras não enxerga a necessidade de se empoderar a vítima, dando-lhe vez e voz dentro do seu próprio processo, mas passa por acusações desferidas contra mulheres tidas por desonestas, as quais, na esteira do raciocínio acima, acabam pondo em cheque o próprio papel da lei na administração de conflitos domésticos.

Com relação à suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), entretanto, o assunto foi bastante polêmico, predominando o entendimento de que a restrição a esse instituto não deveria existir, apenas 4 (quatro) magistrados defenderam a vedação à suspensão condicional do processo:

Eu acredito que a questão da suspensão condicional [...] eu acredito que deveria continuar [...] quer queira, quer não, dependendo das regras fixadas pelo juiz na suspensão, aquilo ali acaba tendo resultado prático pro agressor e pra o acusado [...]. Muitas vezes eu via isso no interior, você não pode aplicar suspensão, você também não tem tempo por que tem uma vara sobrecarregada, tô falando de uma vara comum, você tem uma vara por distribuição que recebe feitos cíveis, de família, de indenização, de interdição, criminais e violência doméstica e [...] você não pode aplicar suspensão e aquele processo fica na estante... e um dia prescreve [...]. Eu acredito que a questão da suspensão ela não foi muito benéfica não.

(Juiz 3)

Eu sou muito a favor da suspensão condicional do processo, porque na suspensão a gente pode dá a suspensão com as medidas protetivas e acompanhá-lo durante dois anos, se ele tá sendo acompanhado num CAPS, [...], se ele tá tomando a medicação. A gente tem muito processo [...] de pessoas [...] que tem problema [...] mental e que ali a gente tem que fazer um acompanhamento. Tem pessoas que tão tranquilamente em casa com medicação e podem ficar sem problema algum, mas que não querem tomar a medicação e aí a gente, quando tá com a medida protetiva, a gente pede pra que eles comprovem o comparecimento ao CAPS. Se a gente tivesse isso por dois anos, né?

(Juiz 2)

Quando não prescreve os crimes que têm pena muito pequena, você geralmente dá ou o regime aberto, que no nosso sistema não é nada, ele só vai lá assinar um patronato, ou você transforma em sursis, né, mas daqui que você chegue para transformar em sursis, pode ser que no meio do caminho essa pena prescreva. Quando você tem uma suspensão condicional do processo, você pode aplicar de uma maneira mais rápida, as partes têm oportunidade de ver efetivamente alguma coisa sendo feita no processo e você acompanha aquelas partes durante aqueles dois anos, perto do fato onde aconteceu, e você pode fazer um trabalho legal com essas pessoas.

(Juiz 10)

[...] sempre fui e sou muito favorável ao *sursis* processual, mas é aplicável, até tem a decisão do Supremo, mas pra isso também eu tenho que ter equipamentos, eu tenho que ter uma rede que exista, porque a suspensão condicional do processo, nos termos da Lei nº 9099 exatamente, como está lá, ela também não é adequada pra nós. Na época, como a gente já tinha os grupos reflexivos de gênero aqui, inclusive criamos esses grupos com a finalidade de adequar as condições do art. 89 da lei, criamos com essa finalidade, porque a gente entendia que não poderíamos aplicar a suspensão de forma genérica, tinha que ter uma finalidade específica para quem praticou ou supostamente praticou um delito de violência contra a mulher. Então a gente criou os grupos pra incluir como uma das condições do *sursis* [processual] [...], isso era muito importante, eram 2 anos ali que a mulher tinha aquelas medidas protetivas e, além disso, estávamos trabalhando com aquele homem na reeducação e acho que é muito importante. Porém não adianta tentar incorporar novamente a suspensão se o juiz não tiver à sua disposição nenhuma forma de tratamento e reeducação daquele homem.

(Juiz 18)

[...] ponto negativo da lei que eu acho é a impossibilidade de usar a Lei nº 9.099, que é a suspensão condicional do processo, eu acho que ela é um instrumento de... da gente dá melhor eficácia para lei. E por conta de desvirtuamentos passados, que não deu certo, a aplicação de cesta básica, aquelas coisas que tinham antes que a gente realmente sabe que gerava prejuízo depois pra própria vítima, né? [...] mas essa vedação, eu acho que ela é prejudicial, é o ponto negativo que eu acho da lei.

(Juiz 20)

Com o afastamento da Lei nº 9.099/95, a Lei Maria da Penha também resgatou a possibilidade da prisão em flagrante nas infrações de menor potencial ofensivo, bem como ampliou a possibilidade de utilização da prisão preventiva ao inserir nas hipóteses de cabimento do Código de Processo Penal a possibilidade de seu manejo para assegurar as medidas protetivas. Nas entrevistas, 4 (quatro) respostas destacaram que a prisão provisória é um instrumento importante, conforme exemplificam as transcrições abaixo:

Olhe, depois da audiência de custódia o agressor não está sendo muito responsabilizado não! Porque ele bate na mulher e vai para a audiência de custódia, audiência de custódia solta. Então essa audiência ela enfraqueceu a lei. Aqui eu tinha duzentos presos. Foi feito até um pavilhão com os presos da Maria da Penha, porque eu deixava no mínimo trinta dias presos, dois meses presos, dependendo da situação... Hoje, não. Só recebo a notificação da soltura dele e o inquérito, porque a custódia solta todo mundo, a orientação é para soltar o preso.

(Juiz 1)

É uma violência. De repente, é o único instrumento que se tem pra poder dizer: “Pare. Se você não parar, você vai responder por alguma coisa”. Eu percebo isso, não estou dizendo que é o ideal, não é, não estou dizendo que é o que... o que é o que vai melhorar, também não, mas é o único mecanismo que a gente tem. Por exemplo, [...] a gente deu a medida protetiva, o cara chegou e disse pra ela “eu vou botar fogo na sua casa”. Se eu não usar uma prisão, ele vai tocar fogo na casa dela. É a única forma que o Estado tem de protegê-la. Eu não estou dizendo que isso daí vai resolver o caso dele nem o dela, mas ainda são os mecanismos que [...] temos.

(Juiz 10)

Por essas razões ligadas ao aspecto penal da lei (afastamento da Lei nº 9.099/95 e ampliação das prisões processuais), além da opção por aplicar penas mais altas ao delito de lesão corporal contra a mulher no contexto doméstico e familiar (art. 129§ 9º), dentre outras questões, fica claro que a Lei Maria da Penha optou, também, pelo enfrentamento das violências sofridas pelas mulheres por meio da adoção de uma política penal mais rígida, de modo que pode ser inserida no processo de expansão do Direito Penal.

Assim, para que possa ser melhor compreendida a opção pela utilização do sistema penal de justiça como política pública para o enfrentamento dos conflitos de violência doméstica e familiares contra a mulher, é necessário citar uma tendência mundial de adesão política a um discurso punitivista voltado para a ampliação

do Sistema Punitivo, baseado tanto na ampliação de penas previstas para delitos já existentes como no afastamento das medidas despenalizadoras e da criação de novos tipos penais. Esse movimento de adesão política, reivindicada por alguns movimentos sociais e apoiada por grande parte da sociedade brasileira aparece como vinculado a uma demanda social por mais proteção frente ao crescimento de índices de criminalidade e se desenvolve nas sociedades pós-industriais nos últimos 30 anos¹².

Essa percepção crítica da expansão do sistema de justiça criminal, porém, foi encontrada em poucas respostas dos juízes, dentre as quais vale destacar as seguintes falas:

Eu, minha visão é de que, em violência doméstica é insuficiente, ele não resolve, porque que eu encaminhe ele para a Vara de Penas Alternativas para ele passar dois meses, três ou seis meses, prestando serviço. Aquilo não resolve o ciclo de violência. Eu acho que o que resolve o ciclo de violência, né? É a gente tratar essas pessoas, que, muitas vezes, envolve alcoolismo, envolve cultura machista, né? Submissão, envolve o empoderamento do dinheiro da mulher submissa, coisas culturais realmente, que a gente tem que tinha que trabalhar na escola, né? Tinha que vim de uma educação de base, mas, já que a gente não tem ainda essa educação de base suficiente, que a gente, no judiciário, consiga fazer o nosso trabalho de melhorar um pouco a vida dessas famílias. Aí eu acho que tem a Vara Especializada de Violência Doméstica, vai ser mais eficaz, efetiva.

(Juiz 3)

A lógica do Direito Penal é a lógica do combate, né? Da denúncia, [né]? Da

punição. como a gente trabalha visando, como eu disse, a paz em casa, quer dizer, o centro da nossa campanha “paz em casa, a restauração das relações familiares”, entendeu? Então, a lógica deveria ser essa lógica, como nós estávamos falando há pouco tempo, da justiça restaurativa, acho que devia ser essa lógica. E não a justiça da punição. A punição nos casos que eu falo é grave, né? Porque na faixa dos processos que eu tenho aqui, das ações penais que eu tenho aqui, é porque não tenho, assim, como lhe dizer, precisamente, na estatística exata, mas eu posso dizer a você por cima, nós temos, é, 60% (sessenta por cento) dos processos aqui, são de lesões corporais leves, 30% (trinta por cento) de ameaça, alguns [...] crimes sexuais, crimes, assim, contra o patrimônio das mulheres, né? Nós temos poucos. Estupros, nós temos dois ou três, pronto. Mas a maioria é lesão corporal leve. Então, nas lesões leves, num é? Como eu disse, muitas vezes, as mulheres nem querem processar os maridos, então, a gente deveria trabalhar nessa direção de não punir o agressor. Aquela ideia que nós falamos de suspensão condicionada ao processo, pra mim, seria uma medida muito boa, porque, qual a ideia da suspensão do processo? É você [...] o Ministério Público oferece uma denúncia contra o sujeito e propõe a suspensão do processo por um período, vamos colocar um período básico de uns dois anos, ficaria o processo suspenso, sem defesa, sem instrução, sem nada, então a gente ganharia, em tempo, muitos atos processuais desnecessários, e ele [o agressor] ficaria sujeito a uma prova durante dois anos.

(Juiz 13)

Entendemos que o enrijecimento introduzido pela Lei Maria da Penha visou evitar que crimes de menor potencial ofensivo evoluíssem para crimes mais graves como o homicídio. Quer dizer, a Lei Maria da Penha passou a tratar, de maneira mais rigorosa, a ameaça e a lesão corporal leve, com a nítida e justa intenção de fazer frear a progressão das agressões contra as mulheres. Ocorre que, apesar de muitas mulheres vítimas de homicídio possuírem histórico de violência doméstica, a sugestão empírica é de que a esmagadora maioria das vítimas de crimes de menor potencial ofensivo não se tornam vítimas de homicídio¹³.

12 GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. Madrid: Siglo XXI, 2001.

13 No ano de 2015, foi divulgada pesquisa financiada pelo IPEA, intitulada “Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha”, que conclui: “[...] sabemos que a agressão letal constitui apenas uma pequena ponta do iceberg do fenômeno da violência intrafamiliar. Ademais, a própria LMP não focou a questão dos homicídios, para a qual já existia o Artigo 121 do Código Penal. Por outro lado, há o entendimento de que a violência doméstica ocorre em ciclos, que evoluem de momentos de tensão, com agressões psicológicas e outras de menor potencial ofensivo (fisicamente), para períodos de crise, em que há espancamento e sevícias mais graves, em que o homicídio muitas vezes ocorre como uma resultante inesperada dos momentos de crise aguda”. CERQUEIRA, Daniel et al. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha*. Brasília; Rio de Janeiro: IPEA, 2015. (Texto para discussão, 2048). Segundo nota téc-

Na lógica desse enrijecimento, surge um outro ponto polêmico entre os magistrados entrevistados: a possibilidade de representação na lesão corporal de natureza leve. Em relação aos 14 (quatorze) juízes que se manifestaram sobre a questão, 9 (nove) são favoráveis à natureza incondicionada da ação penal. Nesse sentido, os posicionamentos abaixo são representativos dos demais:

[...]que a gente começa a trabalhar com essa temática e a gente vê como a mulher se posiciona diante da violência, eu acho que isso é muito importante de ser incondicionada porque, muitas vezes, elas se culpam por ter feito aquilo, elas perdoam, né, e aquela pessoa que fez essa violência, ela sai como se nada tivesse acontecido e que se aquilo dali fosse natural porque não dá em nada. Então, quando o Estado toma para si essa obrigação, de qualquer sorte, de proteger essa vítima, nem que seja através de uma ação penal, eu acho que isso daí é muito mais efetivo.

(Juiz 10)

[...] a partir do momento em que há uma agressão física, inclusive com lesão para a ofendida, eu acho que não há mais como ela dispor da ação penal e deve haver uma resposta mais firme por parte do Poder Judiciário em relação a essa pessoa que comete esse delito. A gente ainda verifica uma grande incidência de desistência dos processos e eu acho que a questão da publicidade incondicionada dessas ações evita essa retratação da vítima, nesses casos.

(Juiz 11)

[...] pra mim, eu achei interessante essa mudança porque tira um pouco dos ombros da vítima essa responsabilidade, é... por outro lado, então ela tem essa vantagem, às vezes ela fala “ ah eu quero tirar”, mas ah, então não pode, e aí a gente fala pra ela “olha, não pode tirar, mas olha, a senhora também não pode mentir”, enfim, a gente conversa muito com elas esse aspecto. Mas, por outro lado, [...] a crítica é: você tira o protagonismo da mulher, né? Muitas vezes aquela relação já se reestabeleceu, aquele foi um episódio isolado e esse homem, muitas vezes, ele... essa relação, essa família, enfim, essa mulher, se vê atrelada ao processo que fica como um fantasma na vida dela pra dali a dois, três anos ser resolvido, então tem esses dois lados. Mas eu, particularmente, por já ter trabalhado em vara penal, eu acabo achando [...] vantajoso na maioria dos casos em que eu vejo quando é violência mesmo, quando é uma agressão reiterada, ciclo de violência, eu acho muito positivo, agora quando é uma agressão pontual, [...] se reconciliaram, enfim, nesses casos eu acho que fica um pouco pesado, mas eu acho que não tem como ponderar, você tem que tomar uma opção e eu acho que nos caso da violência mesmo, severa, que é o ciclo mesmo da violência, a ação pública incondicionada eu acho que ela foi mais benéfica.

(Juiz 14)

[...] eu acho que a ação tem que continuar, porque não ter ação nesse caso, por exemplo, ela se retratar, por exemplo, eu acho que seria desproteger. Uma coisa a se pensar seria, na natureza leve, também caber a suspensão. Hoje eu fiz uma audiência, antes de você chegar, que a mulher pediu desistência das medidas protetivas porque o cara é maravilhoso, porque, inclusive, ela tem um filho especial, só dela, que ele é o pai maravilhoso pra esse filho especial, não deixa faltar nada. Uma lesão leve. Esse caso, uma intervenção do Estado, é melhor condená-lo ou suspender e aplicar só as medidas onde ele poderia ter algum retorno na sociedade? Eu acho que o melhor seria suspender, então, ao fato da ação ser incondicionada, eu sou favorável. Eu acho que não deveria caber retratação em lesão, mesmo leve. Agora, eu acho que na lesão leve deveria caber suspensão do processo.

(Juiz 12)

nica emitida pelo mesmo órgão, também no ano de 2015, mesmo nas localidades brasileiras onde podem ser encontradas redes de atendimento e proteção para mulheres em situação de violência doméstica (formadas por serviços vinculados à segurança pública, judiciário, saúde e assistência social), os índices de violência letal não demonstram uma queda. Dessa forma, embora se intencionasse romper esse ciclo, as taxas de homicídio contra a mulher não reduziram após a promulgação da Lei. Como a diminuição dessa taxa não foi satisfatória, recorreu-se mais uma vez à legislação penal (Lei n.º 13.104/2015), que introduziu o feminicídio como qualificadora no crime de homicídio.

Eu concordo [com a natureza incondicionada da ação penal], porque quando você chega à violência física, é um passo mais próximo que você tem de... do extermínio da mulher, já um grau que não pode mais em hipótese alguma ser tolerado pela sociedade. Até que nos xingamentos e nas ameaças ainda pode haver um certo grau de liberalidade pra se tentar evitar, pra verificar através da mulher se é caso da justiça intervir mais profundamente ou não, ou qual a forma de intervenção. Mas quando se trata de violência física, daí já ultrapassa um limite que eu considero que a sociedade é obrigada a intervir.

(Juiz 24)

As respostas no sentido da possibilidade de retratação da ofendida indicam, em sua maioria, que a suspensão condicional do processo seria um importante instituto a ser utilizado nas situações de lesão corporal leve. Com efeito, mais uma vez, surgem falas contrárias à vedação do *sursis* processual no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha, como na seguinte resposta:

Eu discordo, eu discordo [da natureza incondicionada da ação penal], para mim a mulher deveria ter o poder de manejar a ação, de perdoar, de não querer mais o processo. Eu penso que a ação é, seria de iniciativa da mulher, ela dar início quando quiser, se ela perdoar, se ela voltar com marido, se ela quiser continuar com a família dela, ela pode pedir para ação ser arquivada. Então, eu discordo dessa decisão do STF.

(Juiz 16)

Percebe-se, de maneira geral, que os juízes que aplicam a Lei Maria da Penha, embora percebam que as mulheres estão mais voltadas para as medidas protetivas (e não para a punição do agressor), e percebam como positiva o uso da suspensão condicional do processo, se aliam à opção expansionista do sistema penal, seja porque não abrem mão das prisões processuais, seja porque se aliam ao afastamento da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica.

Com relação à opção pelo reforço punitivo nos casos de violência doméstica, entretanto, importante apontar para experiências negativas quanto à redução de índices da violência de gênero no âmbito doméstico após a implementação de leis penais mais severas. Os EUA, após uma experiência aparentemente bem-sucedida em Mineápolis, passaram a adotar, em praticamente todos os seus estados, leis penais mais rígidas voltadas para o aprisionamento de homens que batiam em suas mulheres. Após um tempo de implementação da mencionada política criminal, porém, estudos apontaram para o aumento dos índices de violência doméstica contra a mulher e para o fato de que os homens encarcerados estavam mais propensos a reincidir na violência doméstica¹⁴.

O mesmo ocorreu na Espanha. Estudos divulgados por Elena Larrauri demonstraram que, apesar da existência da rígida Lei Orgânica n.º 11/2003, os índices de homicídios praticados contra as mulheres por seus parceiros não diminuíram no país¹⁵. Os resultados revelaram, ainda, que as mulheres em situação de violência não vislumbram a justiça penal como um sistema apto a solucionar seus problemas. No Brasil, pesquisas também demonstram a insatisfação das vítimas com o processo penal nas questões que envolvem a violência doméstica¹⁶.

14 SHERMAN, Lawrence W. et al. The variable effects of arrest on criminal careers: the milwaukee domestic violence experiment. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 83, n. 1, p. 137-169, 1992-1993; LERMAN, Lisa G. The decontextualization of domestic violence. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 83, n. 1, p. 217-240, 1992-1993.

15 LARRAURI, Elena Pijoan. La intervencion penal para resolver un problema social. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 11, n. 1, p. 1-22, ago. 2011. p. 01-02.

16 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Violências contra a mulher e as práticas institucionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. (Série pensando o direito, 52) e BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatório final: entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário Pesquisa*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes>>.

3. COMO A MAGISTRATURA COMPREENDE AS VÍTIMAS EM SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Durante as entrevistas, perguntamos aos magistrados como eles percebem o perfil das partes envolvidas nos conflitos domésticos. Em relação à análise das respostas, notamos a existência de duas visões distintas: alguns magistrados dizem trabalhar com mulheres de variados perfis, das mais abastadas às mais carentes, enquanto outros, no compasso da literatura sobre o tema, reconhecem um perfil socioeconômico mais desfavorável no que diz respeito ao rendimento, grau de instrução e ocupação dessas vítimas.

Tem de tudo. [...] No início era a classe menos abastada; hoje, tá igual. Aqui é de tudo. Você vê o dono da clínica, famoso, escritor famoso, advogado importante, vê a [...] mulher que trabalha como doméstica... vê de tudo.

(Juiz 1)

A gente vê que a maioria dessas pessoas elas vêm de famílias de baixa renda, com baixa escolaridade, muitas vezes ela tem uma vulnerabilidade econômica por depender da pessoa, muitas têm mais de um filho... Ou seja, a gente percebe que às vezes as histórias se repetem.

(Juiz 4)

Olha, aqui a gente tem uma gama variadíssima. A gente tem da socialite à mulher pobre da favela, né? Agora, o número maior é de mulheres mais pobres.

(Juiz 7)

Bem, a grande maioria, a renda é pequena, porque classe média, classe alta, elas procuram outros meios, mas aqui nós temos.

(Juiz 10)

Nas pesquisas que tratam do perfil socioeconômico das vítimas que frequentam os Juizados (ou Varas) de proteção à mulher, encontramos uma grande evidência de que a solução de vários casos nos extramuros dos JVDfMs reside no fato de que, mulheres das classes média e alta, com grau de escolaridade elevado e financeiramente independentes, não fazem o perfil das vítimas que procuram o auxílio judicial. As mulheres que procuram o Judiciário são, em sua grande maioria, pobres, com um baixo nível de escolaridade e moram em bairros da periferia¹⁷. Não é possível concluir, a partir desses dados, que a violência doméstica somente atinge mulheres mais pobres e menos esclarecidas. É importante notar que as mulheres que se encontram em situação de violência, quando procuram algum auxílio, o fazem pela necessidade de encontrar, urgentemente, algum meio que possa fazer cessá-la de imediato. Aquelas mais independentes financeiramente, têm a possibilidade de sair de casa e procurar ajuda em outras instâncias, que não a penal, ao lado de psicólogos, grupos de apoio, hospitais particulares ou, até mesmo, o auxílio de outros familiares. Enfim, há uma infinidade de recursos muito mais eficientes disponíveis a essas mulheres para fazerem cessar essas violências¹⁸. Para as mulheres pertencentes às parcelas mais carentes da sociedade e dependentes financeiramente do

17 Sobre o tema: ALIMENA, Carla Marrone. *A tentativa do (im)possível: feminismo e criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; PASINATO, Wânia Izumino. *Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gêneros*. São Paulo: Annablume/FAPESP, 1998; MEDEIROS, Carolina Salazar L'Armée Queiroga de. *Reflexões sobre o punitivismo da Lei "Maria da Penha" com base em pesquisa empírica numa Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher do Recife*. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2015; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatório final: entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário Pesquisa*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes>>.

18 Sobre o tema: ALENCAR, Daniele Nunes de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. A Lei Maria da Penha e sua aplicação na cidade de Recife: uma análise crítica do perfil do "agressor" nos casos que chegam ao Juizado da mulher: anos 2007-2008. *Sociais e Humanas*. Santa Maria, v. 24, n. 2, p. 9-21, jul./dez. 2011. p. 10-11.

companheiro, entretanto, o Estado somente disponibiliza o aparato policial, que, em vários momentos, encontra-se despreparado para acudi-las. Não há (ou há precariamente) a disponibilização de abrigos, centros de apoio com serviço social ou hospitais. Não encontramos essas ilações nas falas dos juízes, os quais se limitaram a dividir com as entrevistadoras as suas “impressões” acerca dos perfis dessas mulheres, via de regra independentes de leituras acerca da temática.

Ressaltamos que os juízes, em sua maioria, percebem que, durante o processo, a vítima se culpabiliza pelo que aconteceu e deseja, em grande parte das situações, assumir ou dividir a culpa do agressor. Nesse sentido, as seguintes falas são representativas das demais:

[...] muitas mulheres sofrem violência doméstica e na hora que chega em juízo ela coloca a culpa em si mesma. Isso aqui a gente vê diariamente. “Não, doutora, ele me bateu porque, na verdade, ele tomou uma cerveja e tomou um rivotril”. Ela encontra logo um jeito de tirar a culpa do homem e colocar a culpa em si, como se a surra que ela levou fosse merecida. “Então eu errei, doutora, ele chegou bebo e eu fui reclamar... A culpa foi minha que devia ter deixado ele dormir, ele se deitar, no outro dia se recompor e eu reclamar. Então a culpa foi minha, não foi dele”. Então nós ainda temos que trabalhar, temos que estudar bastante pra termos que trabalhar ainda com... autopunição da própria vítima

(Juiz 1)

Algumas se culpam. Algumas quando chegam aqui — talvez até porque não interessa mais, o processo — elas dizem que na hora estavam muito eufóricas, muito revoltadas, muito aflitas, e foram falar — e falaram mais do que deviam; e aí elas aqui, quando chegam aqui, dizem também que também agrediram, também reagiram à agressão.

(Juiz 7)

Ela ainda se sente muito culpada e ela até pode confirmar o que aconteceu. Na maioria das vezes elas ainda confirmam o que aconteceu, a violência cometida, mas ainda tem o “mas”, “mas eu também deixei de fazer tal coisa” ou então “mas também eu fiz tal coisa”, “ele é um homem bom”, “foi a bebida”, “foi uma vez perdida, não voltou a se repetir...”. Então há ainda essa culpa internalizada na vítima.

(Juiz 11)

Ela tenta achar uma justificativa, porque que ela apanhou na maioria das vezes, porque que ela foi agredida, pouquíssimas têm essa lucidez, essa clareza de que elas não são culpadas. Então, elas já chegam se justificando: “eu apanhei porque eu fiz... eu não fiz a comida”, “eu apanhei porque eu tava conversando com a vizinha”. O que eu senti um crescente muito grande de violência em razão do celular e do uso de redes sociais, *facebook*, *whatsapp*, que ele quer ter um controle, e aí ele cerceia a liberdade muitas vezes dela, mas aqui ele não consegue cercear, e aí ele quer tomar conta do celular dela, e aí tem uma mensagem, sugere uma violência, mas ela sempre justifica, na maioria das vezes ela sempre justifica. E ele muitas vezes, pouquíssimos casos como o de hoje, assumem responsabilidade do que fez, a maioria... ele tenta se dizer como vítima: “ela me provocou”, “ela sempre me bateu”, “ela me arranhou primeiro”, enfim, eles tentam sempre justificar, são raros os casos em que a pessoa tem a clareza dessa responsabilização.

(Juiz 14)

A literatura tem ponderado há tempos que, em decorrência das relações íntimas e de afeto existentes entre as partes, grande parte das mulheres em situação de violência doméstica está mais voltada a buscar proteção e fazer cessar a violência que sofrem, do que para a punição criminal do agressor¹⁹. Inclusive, até

19 MINAKER, Joanne C. Evaluating criminal justice responses to intimate abuse through the lens of women's needs. *Canadian Journal of Women and the Law*, v. 13, n. 1, p. 74-106, 2001. LIEVORE, D. *No longer silent: a study of women's help-seeking decisions and service responses to sexual assault*. Canberra: Australian Institute of Criminology, 2005. LARRAURI, Elena Pijoan. *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*. Montevideo; Buenos Aires: IBdef, 2008. SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

mesmo muitas mulheres que querem a separação, no caso de violência conjugal, não almejam a persecução penal do agressor; elas preferem que a coesão familiar seja mantida, especialmente quando há filhos envolvidos. Logo, as vítimas se utilizam da ameaça de uma condenação no intuito de fazer cessar a violência²⁰.

Encontramos menção a essa perspectiva feminina quando questionamos os juízes sobre o que a mulher deseja quando procura o Juizado (ou a Vara) de Violência Doméstica contra a Mulher. Embora as respostas tenham variado, na percepção dos juízes, a mulheres, na maioria dos casos, não procuram como primeira alternativa a pena privativa de liberdade. Com efeito, a medida protetiva foi a resposta mais frequente:

Muitas delas não querem nem o processo. A maioria diz: “Só quero a medida”. Ela só quer que o homem não chegue toda noite embriagado em casa e vá bater nela, né? E vá esculhambar com ela, e vá gritar e chamar ela disso e daquilo, ela não quer aquilo, ela não quer separar dele, mas ela apanha, mas ela recebe grito, ela é humilhada e, se você consegue tratar esse homem, consegue obrigar ele a comparecer a um AA, que eu faço muitas vezes como medida protetiva, que ele tem que comparecer, tem que me comprovar o comparecimento, e aí você consegue resolver muitas vezes o problema daquela família.

(Juiz 2)

Mais a medida protetiva [...] elas querem cessar a violência. Muitas dizem, “não doutora eu não quero que ele seja preso, não quero que se faça nada contra ele, mas eu quero que ele não me perturbe mais, eu quero que ele se afaste, eu quero viver em paz”. Eu vejo que é mais a medida protetiva.

(Juiz 3)

A medida protetiva, sem dúvida nenhuma. Elas acham a medida protetiva a verdadeira proteção delas.

(Juiz 7)

Então as medidas protetivas, num palavreado popular, é a grande sacada, porque ela traz imediatamente uma medida que faz o agressor se afastar, não se aproximar e não ter contato com a vítima e é tudo que ela quer. Se a gente fizer entrevista com as vítimas, 99,9%, digo isso pra não arredondar pra 100, dizem que o que querem é paz, não querem mais que aquela pessoa se aproxime, que mantenha contato, se dirija a palavra pra ela porque muitas vezes é só com ofensas, e que ele seja afastado.

(Juiz 15)

É pouco provável que uma mulher, em situação de violência doméstica, encontre uma solução (que considere adequada) para o seu problema no sistema de justiça penal, já que a motivação para a violência sofrida apresenta também outras dinâmicas para além da desigualdade de gêneros²¹. A resposta que é dada pelo Direito Penal configura-se em um auxílio pontual e secundário, o que, geralmente, resulta na frustração das expectativas da vítima e uma completa falta de compreensão da situação pelos atores do sistema de justiça, como verificamos nesta resposta:

Ela chega interessada sabe em quê? Em que o juiz tenha uma varinha mágica e toque no marido dela e transforme esse marido no homem ideal que ela foi condicionada para ter, no príncipe que na infância ela foi condicionada para ter com as historinhas da branca de neve, da gata borralheira, então ela é treinada para ter um príncipe, ela aprendeu até que ela pode, que se ela beijar um sapo para virar um príncipe, então ela casa com um sapo esperando que vá virar príncipe e às vezes não vira. Então ela quer o seguinte: “Doutor eu quero...”, uma vez uma mulher falou comigo assim, “Doutor eu só quero

20 GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e práticas feministas*. São Paulo: Paz e Terra/ANPOCS, 1993.

21 MEDEIROS, Carolina Salazar L'Armée Queiroga de. *Reflexões sobre o punitivismo da lei “Maria da Penha” com base em pesquisa empírica numa Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher do Recife*. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2015.; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

que o senhor dê um aperto nele aqui, o senhor dá um aperto nele aqui, ele tem que saber que rapadura é doce, mas não é mole”. Gente é assim, é a simplicidade da pessoa, o quê ela quer não é acabar com o casamento, ela gosta daquele homem, ela é condicionada na vida para ter um homem, para ser feliz, ela acha que só vai ser feliz se tiver um homem, então ela não vai abrir mão daquele homem, mas ela não quer apanhar.

(Juiz 21)

Os motivos que conduzem à decepção feminina com o sistema penal são vários, mas eles convergem para a problemática da apropriação, pelo sistema penal, dos conflitos das vítimas, de sorte que suas vozes e expectativas são olvidadas e o problema não é solucionado²². Entendemos que a apropriação do conflito pelo sistema punitivo, que desemboca, dentre outros efeitos negativos, na apreciação de uma situação problemática através da lupa normativa do crime (subsunção do fato à norma)²³, sufoca um dos aspectos mais cruciais concernentes aos conflitos de gênero de ordem familiar: a dimensão do afeto entre as partes. As normas do direito penal não contemplam o envolvimento afetivo entre os integrantes dos polos ativos e passivo do crime²⁴; elas programam, normalmente, situações corriqueiras e não complexas nas quais as partes não se conhecem, como uma briga em um bar ou um roubo eventual. No caso da violência doméstica e familiar contra a mulher, a briga ou agressão é concomitante à existência da afetividade comum a uma relação familiar. Logo, os casos envolvem uma carga subjetiva muito grande e o Direito Penal não foi estruturado para contemplá-la²⁵.

4. O QUE AS JUÍZAS E OS JUÍZES PENSAM SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Conforme afirmamos acima, a Lei Maria da Penha introduziu muitos aspectos importantes, de natureza preventiva e assistencial, inclusive, mas, ao longo desses mais de dez anos de aplicação, acabou por reforçar o tratamento *penal* conferido aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse contexto, nunca houveram espaços evidentes para a adoção de práticas restaurativas²⁶, pelo menos não no sentido que Howard Zehr imprime à expressão “justiça restaurativa”. Para ele, pioneiro na temática, essa nova forma de

22 CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *British journal of Criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

23 As vítimas no sistema penal são ignoradas; seus depoimentos são reduzidos a termo e, para os oficiais, tudo que importa ao reportá-los são as circunstâncias relatadas que fazem o fato subsumir à norma. Os documentos oficiais assemelham-se a formulários com uma narrativa monótona, impessoal e sem variações que levam à completa redução da complexidade dos conflitos. CELIS, Jacqueline Bernat de; HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993. p. 80-82.

24 A lógica do Direito Penal não leva em consideração a relação íntima existente entre as partes e não é capaz de levar em conta os sentimentos das mulheres em situação de violência ou suas necessidades, já que as mulheres atendidas não procuram no sistema de justiça formal, necessariamente, a condenação criminal ou mesmo a separação de seus parceiros. A administração dos conflitos violentos familiares e/ou domésticos por meio da justiça penal coloca frente a frente pessoas com um histórico afetivo anterior, não redutível a uma lógica binária (culpado versus inocente, vítima versus agressor). Além disso, essa lógica exige que as figuras de vítima e agressor envolvidas nos conflitos se configurem em elementos estanques, desconsiderando o caráter dinâmico das relações anteriores das quais são membros as partes do processo. As dinâmicas relacionais que desembocam nos casos de violência doméstica e familiar são muito mais complexas do que isso. Sobre o tema: VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *Punir, proteger, prevenir? A Lei Maria da Penha e as limitações da administração dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal*. 2015. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

25 Sobre o tema: OTERO, Juan Manuel. A hipocrisia e a dor no sistema de sanções do direito penal. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 12, n. 15/16, p. 45-63, 2007. CELMER, Elisa Girotti et al. Sistema penal e relações de gênero: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade do Rio Grande (RS/Brasil). In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Relações de gênero e sistema penal: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 97-100.

26 Vale salientar que os atos normativos expedidos pelo CNJ anteriormente à Resolução nº 225/2016 – quais sejam, a Recomendação nº 09/2007 e a Resolução nº 128/2011 – também não abriam espaços evidentes para a utilização de práticas restaurativas no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha.

enxergar e lidar com o crime é “um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa”, processo esse “que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível”²⁷.

Muito embora não exista um conceito pronto e acabado de justiça restaurativa, com o qual todos concordem²⁸, a definição proposta por Howard Zehr, além de amplamente divulgada e aceita no Brasil²⁹, aponta para as características mais importantes (e menos disputadas) de uma prática de justiça restaurativa: ela deve envolver um exercício de “devolução” do conflito às partes diretamente afetadas, ou seja, deve-se reconhecer e respeitar o protagonismo das partes (e não dos profissionais) no processo de resolução de conflitos; ela pressupõe um processo inclusivo, no qual se abre espaço para o diálogo entre as pessoas direta e, se possível, indiretamente afetadas pelo crime (como, por exemplo, a família da vítima e/ou do agressor); e, por fim, trata-se de uma prática direcionada, sobretudo, à reparação dos danos causados por aquela conduta criminalizada³⁰. Em outras palavras, por mais que não exista uma definição uníssona do que seja justiça restaurativa, é cediço que não estamos diante de uma prática restaurativa quando as vozes da vítima e do agressor são ofuscadas pela atuação dos profissionais do sistema de justiça criminal. Tampouco se pode falar em prática restaurativa quando a preocupação central é a punição do agressor, quer dizer, a “retribuição” pelo “mal” provocado no lugar da reparação dos danos advindos da violência³¹.

Nesse ínterim, por exemplo, nem mesmo a audiência de “renúncia” do art. 16 pode ser compreendida como uma possibilidade legal de prática restaurativa, uma vez que não envolve real “devolução” do conflito às partes diretamente afetadas, mas apenas oportuniza o não seguimento do processo judicial, sem que haja uma discussão sobre os danos provocados pelo delito, tampouco um diálogo entre as partes para a elaboração de um plano de reparação desses danos³².

Ao se fechar à possibilidade restaurativa, vedar a aplicação das medidas despenalizadoras e introduzir inúmeras outras alterações no sistema jurídico-penal, a Lei nº 11.340/2006 se valeu de estratégias nitidamente *retributivas* voltadas para um modelo de justiça que já vem sendo criticado há muito por não alcançar os ideais de ressocialização e prevenção, por reproduzir as desigualdades sociais e, mais ainda, por não solucionar os problemas que se propõe a erradicar³³.

Apenas recentemente, a partir da Resolução nº 225/2016³⁴, o CNJ adotou uma postura normativa explicitamente favorável à adoção de processos restaurativos em casos de violência doméstica contra a mulher no País. Posicionamento esse reforçado em 2017, quando emitiu recomendação aos Tribunais de Justiça nesse mesmo sentido, por meio da “Carta da XI Jornada da Lei Maria da Penha”, a qual resultou de jornada de

27 ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 49.

28 ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Em busca das respostas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. In: CARVALHO, Gisele Mendes de; DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros; ARAUJO NETO, Felix (Orgs.). *Criminologias e política criminal II*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 443-467.

29 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Sumário executivo*: pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/90b191c248b800d190b2481dc5ae5250.pdf>>.

30 Para uma discussão detalhada em torno dos elementos conceituais da justiça restaurativa. ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. *The Role of Community in Restorative Justice*. New York: Routledge, 2015. p. 5–40.

31 Sobre as características principiológicas da justiça restaurativa e como ela está além do modelo penalista binário e retributivo. THEMUDO, Thiago Seixas. Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 1, p. 303-316, 2015.

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

33 KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim do IBCCRIM*, n. 168, p. 6-7, nov. 2006.

34 Segundo o art. 24 da referida Resolução, “Fica acrescido o seguinte parágrafo ao art. 3o da Resolução CNJ 128/2011: §3o Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Especial da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares.” O inteiro teor da Resolução nº 225/2016 está disponível no sítio eletrônico do CNJ, em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>.

mesmo nome, realizada em Salvador/Bahia³⁵.

O que se percebeu ao longo da pesquisa aqui relatada, entretanto, e em especial nas falas dos magistrados, é que o uso de práticas restaurativas no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha ainda não é fértil no Brasil. Por um lado, e de um modo geral, há muitas incertezas em torno do significado da expressão “justiça restaurativa” e, assim, por parte de alguns, um compreensível receio de se aplicar o “desconhecido” a casos de violência doméstica. Por outro lado, a maioria dos magistrados se diz aberta ao uso de práticas restaurativas nesses casos, muito embora tenha restado nítido o desconforto de alguns diante do que entendem como uma imposição “de cima pra baixo” do CNJ no sentido da adoção dessas práticas. Em todo caso, a falta de capacitação na área é evidente.

Com efeito, quando os juízes foram suscitados a explicar o que seria justiça restaurativa, foram encontradas respostas bem diversas:

[...] eu sou cem por cento a favor, eu sou uma precursora da justiça restaurativa, a gente desafoga o judiciário, a gente vê efetividade da lei e vê resultados. Muita coisa que a gente instrui aqui com o braço do processo penal a gente poderia resolver com a mão da paz, da confiança, da restauração, da credibilidade, da mudança de comportamento ou da transformação. Com outro olhar diferente... e a gente saber que realmente foi capaz de fazer uma ação transformadora, porque muitas vezes eu dou uma pena aqui de um ano de detenção, dou um *sursis* pro cidadão, ele passa dois anos assinando e acabou. Vamos dizer, eu fiz a minha parte, o Ministério Público fez a dele, mas será que eu restaurei essa família, eu restaurei essa mulher, restaurei esse homem? Não.

(Juiz 1)

Mas eu acho que a gente pode imaginar a justiça restaurativa como talvez um... São medidas extrajudiciais e até mesmo judiciais que eu acho que servem para que as partes possam buscar soluções próprias dos seus conflitos e isso faz com que elas se identifiquem mais com isso, com o problema, e elas aceitem melhor a solução do problema, porque elas juntas constroem essa solução na justiça restaurativa... não é algo imposto. Porque algo imposto por parte do juiz, do judiciário especificamente, é sempre... Você tem, às vezes, a princípio, a vontade de rejeitar, mas você trabalhando com as partes e elas construindo a própria solução do problema, elas ficam muito mais satisfeitas e a chance de reincidirem no problema, de reincidir na violência, é bem menor.

(Juiz 4)

O que eu ouvi falar foi assim, foram informações aqui, dentro de um curso, um item, um tema sobre justiça restaurativa, certo? Mas me empolguei, eu achei que seria uma forma de [...] ajudar no judicial não apenas nessa parte de violência doméstica, mas em outros, em outros âmbitos porque na violência doméstica especificamente, a gente vê que a questão excede os limites, né? Do judicial, então, talvez, a justiça restaurativa ajudasse, não pra restabelecer relacionamentos, mas para restabelecer relações familiares que continuam.

(Juiz 5)

Parece que é um caminho de não ingressar propriamente no litígio, né, ou seja, de judicializar uma questão, não sei, eu teria de... eu teria de ter mais elementos para falar, para responder.

(Juiz 9)

Pelo que eu entendo, a justiça restaurativa seria um instrumento de se analisar os danos daquele delito que foi cometido, como uma forma de minimizar esses danos e também de fazer com que as partes

35 Conferir inteiro teor da Carta em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/bb9c0f4a888bc4a69f5b-0d319813adef.pdf>>.

se entendam, restaurar esses laços se for possível. Seria mais na questão de recuperar esses danos que ocorreram com o crime.

(Juiz 11)

Olhe, a justiça restaurativa é uma solução que é dada em um conflito entre as partes envolvidas nesse conflito. É dialogando com as partes, é tentando, como o nome, a própria expressão já diz, é restaurar, né? A família. A ideia aí é de recuperar a família, de trazer para uma, uma sala de audiência, ou para uma sala [...] dum local [...] de diálogo, entendeu? [...]

(Juiz 13)

Muito embora algumas dessas falas reflitam uma ideia aproximada do que vem a ser justiça restaurativa, e é certo que, muito superficialmente, a diversidade de respostas acima exemplificada preocupa na medida em que temos juízes definindo a justiça restaurativa através de lentes viciadas, típicas de um sistema de justiça criminal incapaz de devolver protagonismo às partes diretamente afetadas pelo delito. Veja-se, por exemplo, no primeiro excerto, como o juiz centra em si mesmo as funções de “restaurar a família, a vítima e o agressor”. Até mesmo dentre aqueles que ressaltam a ideia de reparação de danos, é comum a menção à reparação dos laços familiares e afetivos, num tom muitas vezes voltado a “salvar” casamentos e/ou estruturas familiares tradicionais, que arrisca continuar ignorando as necessidades da vítima de violência doméstica que bate à porta do sistema de justiça criminal.

Apesar da magistratura entrevistada não ter uma ideia clara a respeito do que é uma prática restaurativa, para a maioria dos entrevistados, a justiça restaurativa parece ser compatível com os conflitos domésticos. Isto é, a preocupação em se aplicar práticas de justiça restaurativa a casos de violência doméstica contra a mulher, quando aparece, é, como introduzido acima, muito mais ligada ao medo do desconhecido do que, propriamente, a um posicionamento informado contrário à adoção desse modelo alternativo de administração de conflitos. Apenas 3 (três) juízes indicaram, expressamente, a inviabilidade de se utilizar práticas de justiça restaurativa em casos de violência doméstica contra a mulher:

Mas pelo o que eu li, pelo o que eu vi da justiça restaurativa, eu creio que agora não vai se enquadrar. A gente não vai se enquadrar. Porque, assim, o homem violento, o homem que é agressivo contra a mulher, ele tem que encontrar a barreira dura. Se a gente for um pouco maleável, principalmente que assim: aqui, por exemplo, como a juíza é mulher; então se a gente for mais maleável, o homem endurece.

(Juiz 7)

[...] já fiz vários cursos da justiça restaurativa, mas aqui na Vara de Violência Doméstica eu acho difícil aplicar [...]. Na JR tu vai restaurar, o próprio nome já te diz, agora te põe no lugar de uma mulher que chega em casa, eu não vou nem entrar na violência física, vou entrar na violência moral, aquela que teus olhos não veem, mas que deixa marcas para o resto da tua vida. Que o marido chega em casa, destrói ela emocionalmente, entendeu, ela tem a autoestima baixa, ela não tem marcas fisicamente, mas por causa disso, ela tem depressão, pressão alta, se desestabiliza no emprego, vive doente, entendeu, ela nem sabe porque, em razão da dependência psicológica com ele, ela nem identifica que essa relação que é doentia, enfim, a violência doméstica tu deve saber que é um caso de saúde pública, né, como é que tu vai chegar pra essa mulher, quando ela decide romper esse ciclo de violência, quando ela chega no judiciário, ela conseguiu romper ou tem expectativa pra isso, o que que tu vai restaurar?

(Juiz 17)

Para aplicar a justiça restaurativa genericamente nos casos de violência doméstica, ela tem que ser reestruturada, não dá para trabalhar com as metodologias que existem hoje, não dá, o quê que a metodologia, o quê que a justiça restaurativa trabalha muito? Trabalha muito com a técnica da comunicação não violenta, não ofensiva. Trabalha com técnicas de mediação, trabalha com técnicas de conciliação, de negociação, então ela vai somando uma gama de técnicas e busca trazer responsabilização do ofensor

para ele reconhecer o erro e reparação da ofendida em razão desse reconhecimento principalmente. [...] foi trazido um exemplo pra nós uma vez de um sujeito que foi roubado, roubo mesmo com arma, por um menor, e depois em razão desses ciclos restaurativos que foram feitos, essas rodas de conversa e tudo mais, ele pôde expor pra ele o sentimento, ele pôde expor pra ele a dificuldade, o que aconteceu e no final a vítima deu um emprego pro menor infrator, pra criança ou pro adolescente infrator, então isso aí muda. O que que você mudou aqui? Essa violência que ele sofreu e que vai cuidar lá no Divã, né? Se o Divã der conta de cuidar, ele cuidou aqui e eles conseguiram estabelecer um relacionamento de patrão e de empregado. Você vê e é uma coisa difícil? É. Sem a justiça restaurativa conseguiria? Eu não acredito, não acredito, eu acredito que na terapia ele podia conseguir, mas depois de muito trabalho... por que uma coisa é você tá com ele sozinho no consultório de psicologia, outra coisa é você tá com os profissionais aqui treinados, capacitados, com formação adequada, trabalhando os dois, num é? Então é mais ou menos aí, se nós formos trabalhar em alguns casos, comporta tranqüilo?

(Juiz 21)

À exceção da primeira resposta acima, em que o juiz admite, claramente, o seu posicionamento mais punitivo em face aos conflitos domésticos e familiares contra a mulher, as demais respostas são confusas, provavelmente refletindo as incertezas daqueles magistrados em torno do que deve e não deve ser incluído no conceito de justiça restaurativa.

Em relação aos juízes entrevistados, 7 (sete) juízes entendem já terem aplicado práticas restaurativas durante sua atuação. Dentre esses, foram encontradas as seguintes respostas:

[...] Já chamei alguns casais aqui, já tive oportunidade de quando eu vi que a coisa estava muito ininhada aí eu entrei, “vamos marcar uma audiência aqui, vamos dizer uma audiência de justificação, para a gente conversar”, e que acabou sendo conversa e tudo foi sanado. Já encontrei com essas pessoas e “não, doutora, ficou por aquilo mesmo e tal, já pedi até arquivamento”, então já em algumas situações bem... assim que eu vi que o processo em si não ia resolver, porque, muitas vezes, o casal separa e eles não estão bem resolvidos, às vezes tão até se gostando ainda... então tem muita mágoa, tem muito conflito, tem muita coisa que não tem lei no mundo que resolva, mas uma boa conversa de um juiz resolve. Uma boa conversa resolve.

(Juiz 1)

Nós temos um projeto em andamento, e esse projeto, inclusive, já foi aprovado e já foi instituído pelo Tribunal de Justiça. Nós estávamos num projeto piloto antes mesmo de aprovação de qualquer projeto, de ter levado ao Tribunal, e a gente tá colocando, digamos assim, em fase experimental, porque nós já tínhamos [...] pessoas preparadas, com curso, com vários cursos, com cursos muito bons, inclusive, e eu também fiz um curso, e a gente teve essa experiência com alguns casais, mas nenhum chegou porque na... A justiça restaurativa, a gente coloca em pré-círculo, no círculo e no pós-círculo. O pré-círculo é aquela conversa que a gente tem pra preparar as pessoas, dizendo “olha, a justiça restaurativa é eminentemente consensual, é só o que vocês quiserem”, mostro qual é a proposta, que a proposta na verdade é [...] envolver não só as duas partes em conflito, mas também [...] a comunidade que os cerca – tio, pai, parente, às vezes até o presidente da comunidade, o pastor por quem geralmente eles se aconselham para fazer. E, no final, fazer com que o agressor assuma aquela parcela da comunidade e fazer alguma coisa para reparar, ele mesmo se reparar, sem que isso venha a trazer nenhuma é... [...] malefício para ele, que... que ele tenha assumido lá pra a ação penal. Participado do programa e assumido e reparar o dano de alguma forma, seja ele pecuniário, seja ele... Essa é a experiência que a gente teve com alguns, mas não chegamos no, por exemplo, eu não posso dizer o seguinte: “olha, nós fizemos o pré-círculo de alguns, fizemos o círculo, e o pós-círculo, que é o acompanhamento disso, nós não chegamos. [...] Nós não chegamos a esse final [...] ainda é uma frustração minha, mas que eu sei que eu vou chegar lá, porque eu não desisti da justiça restaurativa.

(Juiz 15)

[...] é que na verdade, assim, a gente trabalha com a JR aqui mas sem qualquer vinculação com o processo, então mesmo que a gente faça a prática restaurativa, o processo criminal vai seguir, sendo lesão

corporal ou ameaça que ela quer seguir, ela vai seguir. Nossa prática restaurativa é outra, independente do processo criminal. Aqui na violência doméstica, é restaurar aqueles vínculos que a gente entende que são necessários que permaneçam. A gente, na maioria dos nossos trabalhos com JR, são em casos de irmãos, de mães com filhos, né, que são laços assim que se perpetuam, né, muito diferente de um casamento, de uma união estável, de um namoro, né, que às vezes cada um vai pra um lado, às vezes nem filhos eles têm, então tem casos que a gente tem dado prioridade pra essas questões.

(Juiz 18)

As respostas acima foram selecionadas para ilustrar dois perfis típicos: daquele magistrado que, na verdade, tem uma visão bastante distorcida do que seja a justiça restaurativa, colocando-se como protagonista do processo restaurativo; e daquele magistrado que demonstra uma certa familiaridade com o conceito, que afirma aplicar a justiça restaurativa, mas que, em verdade, não consegue dar exemplos práticos de aplicação da justiça restaurativa em “seu” Juizado (ou Vara).

A maioria dos magistrados entrevistados afirmou que não aplica a justiça restaurativa, mas se disseram abertos a tais práticas:

É, eu acho que a justiça restaurativa, nesse caso, acho que tende a esclarecer pro agressor o comportamento dele que muitas vezes tá tão incorporado à cultura dele machista... Então a justiça restaurativa ela talvez tenha essa finalidade de esclarecer pro agressor que esse comportamento, ele é equivocado, pra que ele possa entender isso e quebrar esse ciclo de violência, porque senão ele vai acabar cumprindo a pena, mas se ele não tiver consciência do comportamento dele, ele vai reincidir e vai voltar a praticar novos atos, seja com a mesma vítima ou seja com outra vítima.

(Juiz 4)

Pelo que eu ouvi falar, né? E pelo que foi relatado das práticas restaurativas, eu achei que seria excelente, [que] se aplicaria à área de violência doméstica por conta disso, porque eu acho que menos do judicial... a gente, às vezes, precisa restabelecer outros vínculos, sabe? Entre vítima e agressor e, às vezes, não continuam a relação, não continuou, mas ficou um vazio que poderia a justiça restaurativa restabelecer.

(Juiz 5)

Veja, na verdade, o que nós fazemos, hoje, lá, é a audiência de acolhimento, como eu já esclareci. Não temos, hoje, um círculo de justiça restaurativa, tenho interesse em que isso seja implementado, muito embora até os colegas tenham tratado ali na reunião dessa discussão, que não é realmente o Poder Judiciário quem deve, o juiz em tese, não deve participar, eu acho que o nosso papel enquanto instituição de deflagrar o processo de justiça restaurativa é o ponto mais importante. Infelizmente, nesse país, as coisas acontecem muito às avessas, então acho que o argumento de autoridade do Poder Judiciário, dos juizes, no dia a dia, né, deve ser feito para que incentive as outras instituições para criar novas práticas de justiça restaurativa, porque, sem dúvidas, é o futuro, o sistema penal falido [...].

(Juiz 8)

Acho que seria excelente se a gente pudesse aplicar a justiça restaurativa, mas a gente tem essa grande dificuldade pela natureza mista da lei, porque em geral as medidas protetivas são pedidas quando é feita a ocorrência policial, noticiando um crime, então, o Ministério Público, o Delegado, ele não pode deixar de instaurar o inquérito policial, é... e uma vez o inquérito instaurado, a que se dá continuidade, se tiver elementos pra denúncia, o Promotor vai denunciar, e aí não tem como a justiça restaurativa obstar o processo criminal, então eu acho que é a grande dificuldade, mas eu repito, as mulheres, uma grande parte delas, vem aqui ou resistem a procurar a delegacia com medo de prejudicar o parceiro, então, se tivesse uma equipe multidisciplinar prévia, antes dela chegar na delegacia, aí sim daria ensejo a essa justiça restaurativa.

(Juiz 20)

Nessas últimas transcrições, percebemos algumas tendências típicas entre os entrevistados, a saber: uma propensão a confundir práticas restaurativas com práticas pedagógicas (ou de reabilitação) voltadas ao agressor; respostas vazias, que pouco dizem além de repetirem o termo “restaurar”; ou, simplesmente, falas confusas que parecem abertas à justiça restaurativa em casos de violência doméstica, mas que, na verdade, demonstram um desconhecimento sobre o que efetivamente seria uma prática restaurativa. Assim, não surpreendentemente, vários magistrados, quando questionados sobre o recente entusiasmo do CNJ com a adoção de práticas restaurativas em casos de violência doméstica, demonstraram um receio em relação ao que percebem como uma “imposição” da justiça restaurativa por parte do CNJ. Na verdade, de um modo geral, verificamos que existe uma vontade de compreender melhor essa proposta. Com efeito, muitos dos entrevistados reconhecem que as respostas que são oferecidas pelo sistema de justiça criminal, muitas vezes, não contemplam as mulheres vítimas de violência doméstica e, portanto, demonstram uma disposição para considerar a implementação da justiça restaurativa, mas frequentemente ressaltam a necessidade de capacitação e estrutura para a sua aplicação.

Olha, eu não tive nenhum curso em formação de gênero. Eu diria a você que eu sou autodidata.

(Juiz 1)

Curso, curso, não. Nós temos eventualmente algumas palestras, feitas por alguns outros doutos juizes ou outras pessoas da área, que a gente até assiste e acompanha, mas curso especificamente, de violência de gênero, eu nunca fiz e nunca participei.

(Juiz 15)

A falta de capacitação³⁶, aliás, não apenas voltada à justiça restaurativa, mas também às áreas que se espera centrais num Juizado (ou Vara) de violência doméstica, foi um tema recorrente ao longo das entrevistas com magistrados. Realmente, durante as entrevistas, apenas 4 (quatro) magistrados declararam possuir algum tipo de formação na área de gênero ou em violência doméstica³⁷. A maioria das respostas, entretanto, foi na esteira das destacadas acima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em mais de uma década, muito evoluímos com a Lei Maria da Penha. Com efeito, a criação de Juizados (ou Varas) de Violência Doméstica, o desenvolvimento de um trabalho multidisciplinar em torno dos conflitos domésticos, bem como a introdução de medidas protetivas, dentre outros aspectos destacados ao longo do presente artigo, são inovações que foram trazidas pela referida Lei e que seguem, até hoje, referendadas pela magistratura. Todavia a incapacidade do sistema de justiça criminal de atender às necessidades e/ou expectativas das mulheres vítimas de violência doméstica, a possibilidade de revitimização dessa vítima, a dificuldade de se criar um ambiente verdadeiramente especializado no trato das demandas de gênero ínsitas ao tipo de conflito disciplinado pela Lei Maria da Penha — questões discutidas no presente artigo e admitidas por boa parte dos juizes entrevistados — de fato, sugerem a necessidade de mais inovações.

Dentre os dados mais alarmantes, está a falta de capacitação continuada dos atores do sistema de justiça

36 Sobre a formação dos juizes no Brasil: GONÇALVES, Flávio José Moreira. Políticas públicas para a formação e avaliação de magistrados: a contribuição da educação judicial através das escolas de magistratura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, 2015 p. 288-314. Acesso em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3778/pdf_1>.

37 Destacamos que o Relatório de pesquisa informa que não foram reconhecidas como formação em gênero e/ou violência doméstica a participação no FONAVID, ou o fato de o magistrado ter assistido ou organizado palestras ou debates sobre a aplicação da Lei Maria da Penha. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatório final: entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário Pesquisa*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes>>.

criminal, inclusive e especialmente dos juízes. A necessidade de um atendimento digno e respeitoso à mulher vítima de violência doméstica — quer dizer, de um atendimento adaptado às demandas específicas, advindas desse tipo de conflito — aparece desde a criação das Delegacias especializadas, na década de oitenta. Porém, para criar um lugar especializado são necessários os especialistas. A sugestão empírica, como reforçado acima, é de que muito pouco foi feito em relação à educação e formação dos profissionais que atuam na área. Ocorre que essa ausência de formação pode acarretar — e tem acarretado — muitos prejuízos na individualização dos casos que chegam aos Juizados (ou Varas) de Violência Doméstica. Com efeito, esses prejuízos são nítidos, especialmente nas situações que saem do padrão esperado pela Lei Maria da Penha (de uma vítima “ideal”, que deseja a punição do seu agressor), e, em geral, implicam um processo de sobrevivência da mulher.

Outrossim, a falta de capacitação, a qual deveria ser necessariamente continuada, engessa a possibilidade (e necessidade) de se pensar a violência doméstica contra a mulher para além do tradicional leque de opções retributivas. De fato, os recentes debates nacionais em torno do uso de práticas restaurativas em casos de violência doméstica contra a mulher não podem seguir ignorando a falta de formação e capacitação continuada dos magistrados (e demais atores do sistema de justiça criminal).

É perceptível que os magistrados se demonstram abertos (ou, no mínimo, curiosos) à utilização da justiça restaurativa, exatamente por perceberem que as respostas oferecidas dentro da lógica do modelo retributivo muitas vezes não contemplam as mulheres em situação de violência doméstica. No entanto, a falta de capacitação, a mentalidade punitiva ainda arraigada nesses atores penais, bem como a centralidade a que se atribuem no enfrentamento de conflitos são obstáculos à implementação desse novo modelo de justiça.

Diante de um emaranhado de potencialidades, mas também riscos no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, não sabemos ainda se a justiça restaurativa representará uma boa prática³⁸. Resta evidente, entretanto, que, quanto mais se investir no sistema de justiça criminal, mais se estará fomentando lógicas e práticas que não solucionam os problemas que se pretende resolvidos e que sobrevivenciam a mulher em situação de violência. Para implementação da justiça restaurativa, é necessária uma ruptura do modelo tradicional e, nessa primeira década de aplicação da lei, isso ficou evidenciado. Nesse ínterim, o diálogo com a magistratura precisa ser enfrentado. Realmente, nenhuma política institucional poderá frutificar sem entender quem são as pessoas que conduzem esse processo em cada Juizado (ou Vara) do país.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Daniele Nunes de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. A Lei Maria da Penha e sua aplicação na cidade de Recife: uma análise crítica do perfil do “agressor” nos casos que chegam ao Juizado da mulher: anos 2007-2008. *Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 24, n. 2, p. 9-21, jul./dez. 2011.

ALIMENA, Carla Marrone. *A tentativa do (im)possível: feminismos se criminologias* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CELMER, Elisa Girotti. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei nº 11.340/2006. *Boletim IBCCRIM*, n. 170, p. 12-13, jan. 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Relatório final: entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário Pesquisa*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus>>.

38 Para uma discussão mais aprofundada sobre os riscos e potencialidades da justiça restaurativa em casos de violência doméstica conta a mulher, Cf. nosso Relatório Final de Pesquisa, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes>>. Também: ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Em busca das respostas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. In: CARVALHO, Gisele Mendes de; DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros; ARAUJO NETO, Felix (Orgs.). *Criminologias e política criminal II*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 443-467.

br/pesquisas-judiciarias/justica-pesquisa/publicacoes>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Sumário executivo: entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/9ab9f67ef8a525162ef24b7372dff946.pdf>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Sumário executivo: pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/90b191c248b800d190b2481dc5ae5250.pdf>>.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Violências contra a mulher e as práticas institucionais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. (Série pensando o direito, 52)

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 409-422, maio/ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a05v14n2.pdf>>.

CELIS, Jacqueline Bernat de; HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.

CELMER, Elisa Girotti et al. Sistema penal e relações de gênero: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade do Rio Grande (RS/Brasil). In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Relações de gênero e sistema penal: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

CERQUEIRA, Daniel et al. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha*. Brasília; Rio de Janeiro: IPEA, 2015. (Texto para discussão, 2048).

CHRISTIE, N. The ideal victim. In: FATTAH, Ezzat. *Crime policy to victim policy*. Basingstoke: Macmillan, 1986.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

FREIRE, Tatiane. Mulheres representam 37,3% dos magistrados em atividade em todo o país. *Agência CNJ de Notícias*, Brasília, 8 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84432-percentual-de-mulheres-em-atividade-na-magistratura-brasileira-e-de-37-3>>.

GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. Madrid: Siglo XXI, 2001.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. Políticas públicas para a formação e avaliação de magistrados: a contribuição da educação judicial através das escolas de magistratura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, 2015 p. 288-314. Acesso em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3778/pdf_1>.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e práticas feministas*. São Paulo: Paz e Terra/ANPOCS, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim do IBCCRIM*, n. 168, p. 6-7, nov. 2006.

LARRAURI, Elena Pijoan. La intervencion penal para resolver un problema social. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 11, n. 1, p. 01-22, ago. 2011.

LARRAURI, Elena Pijoan. *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*. Montevideo; Buenos Aires: IBdef, 2008.

LERMAN, Lisa G. The decontextualization of domestic violence. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 83, n. 1, p. 217-240, 1992-1993.

LIEVORE, D. *No longer silent: a study of women's help-seeking decisions and service responses to sexual assault*. Canberra: Australian Institute of Criminology, 2005.

MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins. *A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil*: nota técnica. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em : <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150302_nt_diest_13.pdf>.

MEDEIROS, Carolina Salazar L'armée Queiroga de. *Reflexões sobre o punitivismo da Lei "Maria da Penha" com base em pesquisa empírica numa Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher do Recife*. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2015.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MINAKER, Joanne C. Evaluating criminal justice responses to intimate abuse through the lens of women's needs. *Canadian Journal of Women and the Law*, v. 13, n. 1, p. 74-106, 2001.

OTERO, Juan Manuel. A hipocrisia e a dor no sistema de sanções do direito penal. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 12, n. 15/16, p. 45-63, 2007.

PASINATO, Wânia Izumino. Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS – ANPOCS, 28, 2004, *Anais...* Caxambu, Minas Gerais, 2004. Disponível em: <<http://nevusp.org/wp-content/uploads/2014/08/down082.pdf>>.

PASINATO, Wânia Izumino. *Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gêneros*. São Paulo: Annablume/FAPESP, 1998.

PASINATO, Wânia Izumino; SANTOS, Cecília MacDowell. *Percepções sobre direitos das mulheres, acesso à justiça e conhecimento sobre as delegacias da mulher e a rede de serviços: pesquisa de opinião com as mulheres de Belo Horizonte*. Campinas: PAGU/UNICAMP/CEPLAES/IDRC, 2008.

POUPART, Jean. A entrevista de tipo qualitativo: considerações epistemológicas, teóricas e metodológicas. In: POUPART, Jean et al. (Orgs.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Em busca das respostas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. In: CARVALHO, Gisele Mendes de; DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros; ARAUJO NETO, Felix (Orgs.). *Criminologias e política criminal II*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. *The Role of Community in Restorative Justice*. New York: Routledge, 2015.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Uma saída restaurativa ao processo de vitimização secundária. In: REBELLO FILHO, Wanderley; PIEDADE JÚNIOR, Heitor; KOSOVSKI, Ester (Orgs.). *Vitimologia na Contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.

ROSENBLATT, Fernanda; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O uso da justiça restaurativa em casos de violência doméstica contra a mulher: potencialidades e riscos. In: OLIVEIRA, Luciano; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca (Orgs.). *Para além do Código de Hamurábi: estudos sóciojurídicos*. Recife: ALIDI, 2015.

SHERMAN, Lawrence W. et al. The variable effects of arrest on criminal careers: the milwaukee domestic violence experiment. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 83, n. 1, p. 137-169, 1992-1993.

SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White collar crime: the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1985.

THEMUDO, Thiago Seixas. Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 1, p. 303-316, 2015.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *Punir, proteger, prevenir? A Lei Maria da Penha e as limitações da administração dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal*. 2015. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

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

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Uma sala cor-de-rosa: a política pública de gênero prevista na lei 11.340/2006 na cidade de Piraquara – Paraná

A pink room: the public policy of gender established in the law 11.340/2006 in the city of Piraquara - Paraná

Priscilla Placha Sá

Jonathan Serpa Sá

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Uma sala cor-de-rosa: a política pública de gênero prevista na lei 11.340/2006 na cidade de Piraquara – Paraná*

A pink room: the public policy of gender established in the law 11.340/2006 in the city of Piraquara - Paraná

Priscilla Placha Sá**

Jonathan Serpa Sá***

RESUMO

O artigo propõe uma reflexão acerca do critério de decisão institucional para a implementação da política pública de gênero, prevista na Lei 11.340/2006, tendo como vetor de análise a potencialidade do uso do serviço, mensurável com base nas taxas de assassinato de mulheres, como ápice da violência doméstica e familiar contra a mulher. Dentre as políticas públicas previstas em tal legislação, serão consideradas a Delegacia Especializada da Mulher e o Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, no recorte geográfico de Piraquara – Paraná, dado o elevado número de mortes de mulheres nessa localidade. Vale-se de análise documental e revisão bibliográfica para apresentar (i) a política pública de gênero, a partir de sua normatização, e (ii) as taxas de assassinato de mulheres. A inexistência de tal política pública em referido *locus* indica a ruptura entre discurso institucional e sua prática, como também a ausência de correlação entre potencialidade do uso do serviço e sua efetiva disponibilidade.

Palavras-chave: Violência doméstica. Delegacias Especializadas da Mulher. Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Política Pública de Gênero.

* Recebido em 24/02/2018
Aprovado em 23/04/2018

** Doutora em Direito do Estado pela UFPR. Professora da Escola de Direito e do Programa Interdisciplinar de Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas da PUCPR. Professora do Departamento de Direito Penal e Processual Penal e do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da UFPR.
Email: priscillaplacha@terra.com.br

*** Mestre pelo Programa Interdisciplinar em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela PUCPR. Professor da Pós-graduação *lato sensu* da PUCPR - Escola de Direito.
Email: jserpasa@gmail.com

ABSTRACT

The article proposes a reflection concerning the institutional decision criterion for the implementation of public policy of gender, established in the Law 11.340/2006, having as an analysis vector the potential use of the service, measurable from the murder rates of women, as the apex of domestic and family violence against women. Among the public policies fixed in such legislation, it will be considered the Specialized Police Station for Women and the Specialized Court for Domestic and Family Violence against Women in the geographic clipping of Piraquara - Paraná, given the high number of female deaths. It is used documentary analysis and bibliographic revision to present (i) the public policy of gender, from its regulation, and

(ii) the rates of women murders. The absence of such public policy in this locus indicates the rupture between institutional discourse and its practice, as well as the lack of correlation between the potential use of the service and its effective availability.

Keywords: Domestic violence. Specialized Police Stations for Women. Specialized Court for Domestic and Family Violence against Women. Gender Public Policy.

1. INTRODUÇÃO

A convergência de uma série de fatores culminaria na aprovação da Lei n. 11.340, em 07 de agosto de 2006. Com ela, dentre outras medidas, restaria consagrada — no plano legislativo — uma política pública de gênero voltada à questão da mulher em situação de violência doméstica e familiar, que implicaria a adoção de medidas por parte do Poder Executivo e Judiciário.

Tendo em conta esse novo modelo de atenção à mulher em situação de violência doméstica e familiar, o presente artigo, com a perspectiva de que se estava diante de uma política pública de gênero, centra sua atenção nas Delegacias Especializadas da Mulher (DEAM) e nos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JEV). O recorte, a partir de uma revisão bibliográfica, após a apresentação da normativa específica no espectro internacional e nacional e a caracterização dessas duas unidades, é a discussão sobre o critério para a implementação ou não de tais políticas.

No plano da decisão política, incumbe ao Poder Judiciário e Executivo a escolha acerca dos lugares (comarcas e/ou municípios) em que serão instaladas tais Delegacias e Juizados. Ponto em que o presente artigo propõe um filtro de análise considerando a potencialidade da demanda do uso do serviço com base na série histórica de casos de violência doméstica e familiar em determinada localidade.

Assim, numa proposição de recorte geográfico, o presente artigo apresenta uma reflexão acerca da cidade de Piraquara, no Estado do Paraná, que não dispõe de nenhum desses dois serviços, mas que apresenta índices de violência, com o perfil em análise, bastante elevados. A cidade de Piraquara, situada na região metropolitana de Curitiba, é conhecida como “a cidade das águas”, por apresentar áreas de mananciais, sendo responsável por 50% do abastecimento de água da capital paranaense e é considerada área de proteção ambiental.

É lá que se situa o Complexo Penitenciário de Piraquara, o maior do Estado em número de unidades prisionais e pessoas privadas de liberdade, com aproximadamente 10.000 pessoas detidas, incluindo uma unidade prisional feminina para Regime Fechado, que é a mais antiga do estado para esse público. Próximo dali, na cidade de Pinhais, está o Complexo Médico Penal, onde estão homens e mulheres cumprindo medida de segurança de internamento (provisória ou definitiva), ou em tratamento de saúde, bem como presos de grandes operações policiais, como a Lava-Jato.

Quase na entrada da Vila Vicente Macedo, mais conhecida como Vila Macedo, bairro que dá acesso ao Complexo Penitenciário, está o Hospital Dermatológico do Paraná, antigo Leprosário do Estado. Fundado em 11 de março de 1964, formado de migrantes, expulsos do campo e do interior, ficou caracterizado, lá no passado, como um bairro dormitório com comércio vicinal.¹ Localmente, é apontada como uma das regiões de violência deflagrada, por conta da pobreza estrutural ali instalada com a mutação residencial feita pelas famílias das pessoas em privação de liberdade que ali se estabelecem, no intuito de se manter próximo de seus parentes.

1 PARANÁ. Secretaria da Educação. *Colégio Estadual Vila Macedo*. Disponível em: <<http://www.pqamacedo.seed.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=12>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

A cidade possui uma população em torno de 105 mil habitantes², mas tem números bastante precários de desenvolvimento social, ostentando elevados índices de violência, inclusive, contra a mulher. As altas taxas de assassinatos³ em Piraquara⁴ — como as do Paraná, em geral — têm ocupado o topo de diversos documentos estatísticos desvelando não apenas os números em si, como também as fraturas sociais, o parco investimento no âmbito das políticas públicas e a situação da população local cuja renda *per capita* coloca-a na 398ª posição dos 399 municípios do Paraná.⁵

A escolha da cidade de Piraquara, nesse sentido, não é aleatória: dentre as cidades do Paraná, que ostentam altas taxas de assassinatos, dentre os quais o de mulheres, Piraquara já esteve no 2º lugar nacional. Associada a isso, a ocorrência das demais formas de violência doméstica e familiar contra a mulher⁶. As fraturas sociais — representadas pela baixa taxa de empregabilidade, por não existirem indústrias no local, grandes comércios ou política desenvolvimentista, com geração da política do pleno emprego, escolarização formal de qualidade e atendimento à saúde — convergem numa espécie de epicentro de violências.

A inexistência de referida política pública em Piraquara, com recorte de gênero, evidencia a fragilidade de uma interação horizontal, especialmente, entre os Poderes Executivo e Judiciário, como também vertical, em relação ao repasse de verbas e à exigência de observância da política pública de gênero prevista na Lei n.º 11.340/2006, desatendendo ao seu escopo tanto no que concerne à atenção à mulher em situação de violência⁷ quanto no âmbito da responsabilização pela autoria dos delitos.

2. BREVE ESCORÇO NORMATIVO A RESPEITO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A impressão positiva acerca da existência de normativa específica em favor dos direitos das mulheres e contra as violências específicas que as acometem não é, de fato, uma unanimidade; nem entre atores e operadores das políticas nelas estabelecidas, nem entre as mulheres que necessitam utilizar de tais políticas. Tal percepção pode restar nublada, inclusive, no contraponto entre existência *versus* efetividade, como também na adoção, muitas vezes prioritária, de medidas unicamente de natureza penal.

Um dos pontos mais frágeis, no contraponto entre ter ou não uma legislação especial, em termos pátrios, passa pela

constatação de que as mulheres no Brasil ainda enfrentam um déficit em termos de reconhecimento social do seu pleno direito à justiça e que interfere com as práticas discriminatórias que prevalecem nas

2 PARANÁ. Prefeitura Municipal de Piraquara. *Perfil*. Disponível em: <<http://www.piraquara.pr.gov.br/PERFIL-1-39.shtml>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

3 A justificativa pela escolha do termo “assassinato” e não dos termos “homicídio” ou “feminicídio” encontra-se no item 2.1 e 5.1. adiante.

4 Piraquara ocupa o 11º lugar entre os municípios com relação as taxas mais elevadas de homicídios com vítimas jovens entre 15 a 19 anos, no período 2009/2011 (por 100 mil) entre os 584 municípios, com mais de 5.000 jovens em 2011, com uma taxa de 226,8. WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência – 2014: homicídios e juventude no Brasil*. 2014. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org/pdf2014/Mapa2014_AtualizacaoHomicidios.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

5 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico de 2010*. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/panorama>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

6 Piraquara ocupa o 36º entre os municípios com mais de 10.000 habitantes do sexo feminino, com as maiores taxas médias de homicídio de mulheres (por 100 mil), de 13,6, no período compreendido entre 2009-2013. WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência - 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 2016. p. 24. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2018.

7 O presente artigo adotará a nomenclatura “mulher em situação de violência” e não “mulher vítima de violência”. PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200407&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018; CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 143-172.

instituições policiais e judiciais.⁸

Mas também a inexistência, operacionalidade precária ou despreparo de agentes públicos constitui fator que compromete a percepção social e a garantia ao efetivo acesso das mulheres.⁹

Parece inegável, de outro lado, a partir do âmbito internacional, que a nomeação da violência e a afirmação de sua existência com a proposição de políticas públicas em seu favor fez com que a temática ganhasse não apenas visibilidade como também trouxesse à lume o fato de que a violência contra as mulheres soergue-se como prática estrutural de muitos arranjos sociais.¹⁰

2.1. A posição normativa internacional em face da violência contra a mulher

O Ano Internacional da Mulher e a realização da 1ª Conferência Mundial sobre a Mulher no México (1975), que aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), a qual foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1979, marcariam, no âmbito internacional no século XX, uma nova posição em relação à temática da violência contra a mulher. A CEDAW, ratificada pelo Brasil em 1981, teve 168 Estados-Partes como signatários, apresentando uma das maiores adesões em termos de instrumentos internacionais e trazendo modificações com substancial impacto, tanto no âmbito social quanto político e jurídico¹¹. Todavia, foi também um dos que mais teve reservas, comprometendo seu sentido e extensão; o Brasil retirou as suas somente no ano de 1994.¹²

Cumprir pontuar, em virtude do objeto do presente artigo, que o *locus* de realização da referida 1ª. Conferência no México restaria justificado pelos assombrosos índices de violência letal contra as mulheres, fato que eclodiria quase uma década depois em Ciudad Juarez, sendo o centro de análise de muitas pesquisas sobre assassinato de mulheres. Esses dados ensejaram, inclusive, uma reformulação do termo feminicídio¹³ para femicídio, na proposição de Marcela Lagarde,¹⁴ e na pesquisa produzida por Rita Laura Segato que viriam a ser chamados de femigenocídio¹⁵, em determinadas circunstâncias¹⁶. A propósito, cumpre notar, que Rita Laura Segato tem se posicionado no sentido de que é preciso distinguir os vários tipos de feminicídio, particularmente, nos países latinos, por conta das máfias, fratrias e do narcotráfico, pois estes saem do recorte da violência doméstica e familiar, mas também estão no influxo da questão de gênero¹⁷. Situação que pode ser muito similar no município de Piraquara, por conta do complexo penitenciário e a atuação do comércio

8 PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200407&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

9 PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200407&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

10 SEGATO, Rita Laura. *Estructuras elementares de la violencia*: ensayos sobre género entre a antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

11 GIERYCZ, Dorota. A educação em direitos humanos das mulheres como veículo de mudança. In: CLAUDE, Richard P.; ANDREOPOULUS, George (Org.). *Educação em Direitos Humanos para o século XXI*. São Paulo: EDUSP, 2007. v. 5. p. 165-193. p. 171.

12 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 194-196.

13 Diana Russel afirma que a primeira vez que encontrou a expressão “femicídio”, fora numa espécie de antologia sobre o feminicídio escrita por Carol Orlock, livro que nunca fora publicado, permanecendo o uso de um pretense “neutro” homicídio no âmbito da justiça RADFORD, Jill; RUSSEL, Diana E. H. *Femicide: the politics of woman killing*. New Yorker: Twayne Publisher, 1992.

14 SEGATO, Rita Laura. Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación. *Revista Herramienta*, Buenos Aires, n. 49, 2012. Disponível em: <<http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-49/femigenocidio-y-feminicidio-una-propuesta-de-tipificacion>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

15 SEGATO, Rita Laura. Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación. *Revista Herramienta*, Buenos Aires, n. 49, 2012. Disponível em: <<http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-49/femigenocidio-y-feminicidio-una-propuesta-de-tipificacion>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

16 SEGATO, Rita Laura. Território, soberania e crimes de segundo Estado: a escritura nos corpos das mulheres de Ciudad Juárez. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 265-285, maio/ago. 2005. p. 265-285.

17 SEGATO, Rita Laura. Cinco debates feministas: temas para una reflexión divergente sobre la violencia contra las mujeres. In: SEGATO, Rita Laura. *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de sueños, 2016. p. 153-175.

de drogas, em que as mortes mais se relacionam a fraturas mais amplas envolvendo a questão estrutural da violência contra as mulheres, mesmo fora do ambiente doméstico.

A Organização das Nações Unidas afirmaria, anos mais tarde, que a violência doméstica seria a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos de idade e que 23% das mulheres brasileiras estão sujeitas a esse tipo de violência. Ao lado destas, muitas estatísticas evidenciariam o quadro sistemático de violência contra as mulheres, no âmbito de muitos países. A violência contra as mulheres passou a ser contada em segundos: a cada 15 segundos, uma mulher é agredida no Brasil¹⁸.

Mas o uso do termo “violência” só viria com a aprovação, em 1993, da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres (Convenção de Belém do Pará). Esse instrumento era ao mesmo tempo a afirmação expressa de que as mulheres são impactadas pelo fenômeno da violência, e não apenas da discriminação, e de que as mulheres são portadoras de direitos devendo-se se efetivar um compromisso por parte dos Estados em erradicar a violência¹⁹ e estabelecer estratégias e mecanismos de responsabilização.

A postulação por uma agenda que prestigiasse políticas públicas de gênero em favor das mulheres também se deu em outros espaços, em

Encontros e conferências mundiais, como a ECO-92, sobre Meio Ambiente; a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 1993; a Conferência sobre População e Desenvolvimento, em 1994; a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, em 1995; a Conferência Mundial sobre a Mulher, em 1995²⁰; e o Fórum Social Mundial, de 2001 a 2003.²¹

Viriam compor o quadro normativo internacional outros instrumentos, assinalando-se que, a partir da Declaração de Viena, atingiu-se um patamar relevante pela erradicação da violência contra a mulher e na consolidação da efetivação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.²²

Uma série de outras ações e instrumentos internacionais culminaria com a aprovação, na Assembleia Geral da ONU de 2010, de um órgão específico e próprio para a questão das mulheres: a ONU Mulheres que começou a funcionar no ano de 2011. Essa organização atua nos diversos países signatários do tratado que reconhece a ONU como organismo internacional, com escritórios regionais, encaminhando representantes, emitindo notas, dentre uma série de outras ações.²³

2.2. A posição nacional em face da violência contra a mulher

No âmbito normativo interno, o espaço temporal de análise será a aprovação da Lei n.º 11.340/2006, dada a sua importância e especificidade na temática proposta²⁴. Mas pode-se dizer que o Plano Nacional

18 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS et. al. *Cartilha Direitos da Mulher: prevenção à violência e ao HIV/AIDS*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/Direitos_da_mulher_-_Prevencao_a_violencia_e_ao_HIV-AIDS.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

19 SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; FERREIRA, Natália Neves Alves Ferreira. Políticas de intervenção no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 2, n. 1, p. 246-267, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/298/pdf_1>. Acesso em: 10 fev. 2018.

20 PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200407&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

21 FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 47-71, jan./abr. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2004000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

22 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 198-199.

23 Site oficial: <http://www.onumulheres.org.br/>

24 Uma análise ampliada da temática encontra-se em: FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 47-71, jan./abr. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_

para as Mulheres, elaborado após a Primeira Conferência Nacional para as Mulheres, em 2004, pela Secretaria de Políticas para as Mulheres e pelo Conselho Nacional de Direitos da Mulher, marca o nascedouro da posição política oficial de atenção ao tema, mesmo antes da Lei de 2006.

Tendo como escopo a temática específica de violência contra as mulheres e a atenção ao campo normativo referente à intervenção criminal, assinala-se a produção de alterações legislativas no âmbito do Código Penal²⁵, especificamente no delito de lesões corporais — Art. 129 — criando modalidades quando praticados “em situação de violência doméstica e familiar”. No entanto, a redação pode ser compreendida sob dois aspectos: a) uma tentativa de evitar distorções de compreensão e de atuação por conta de dispositivos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que será objeto de item específico na sequência, prevendo o aumento das penas máximas abstratamente previstas; b) uma tentativa de afirmar que se estava — legislativamente — atendendo à questão da violência contra a mulher.²⁶

A leniência do estado brasileiro, tanto em sua política legislativa quanto na atuação dos órgãos do executivo e do sistema de justiça, no que se refere à violência contra a mulher, seria marcada, nacional e internacionalmente, com o emblemático caso de Maria da Penha Fernandes. A violência doméstica e familiar a que estava submetida Maria da Penha, cujo ápice resultou em duas tentativas de assassinato, da qual saiu com paraplegia, foi objeto de demanda perante o Sistema Regional de Direitos Humanos, instância que determinou ao Brasil, em 2001, que produzisse normativa específica e autônoma em relação à violência contra a mulher e instrumentalizasse uma política pública de atendimento às mulheres em tal situação, em especial:

- a) capacitação e sensibilização de policiais e servidores da Justiça; b) simplificação dos procedimentos judiciais penais para promover celeridade; c) estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rapidez e efetividade na solução de conflitos intrafamiliares; d) multiplicação de delegacias de mulheres; e) inclusão da temática nos planos pedagógicos.²⁷

Resulta dessa condenação, entre outras medidas, a elaboração da Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, que marcaria, portanto, uma política pública de atenção prioritária à mulher em situação de violência — inclusive, no âmbito do sistema penal — de modo não somente a garantir um tratamento diferenciado como também a assegurar a efetivação de medidas para ver cessar ou reparar a agressão e responsabilizar o autor dos fatos.

Vale assinalar, que, no que toca à questão criminal — foco do presente artigo — que a legislação em análise não criou propriamente nenhum tipo penal novo, mas nomeou uma figura no âmbito do próprio Código Penal, como também estabeleceu medidas diferenciadas no âmbito processual, com reflexo penal, e, parte delas, de forma conflitiva com outros dispositivos, em especial, a legislação dos JECrims, objeto de consideração na sequência. Não se olvida que referida legislação foi e é alvo de críticas, em diversos aspectos, inclusive por poder reproduzir o modelo do qual se queria distanciar²⁸.

arttext&pid=S0104-026X2004000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

25 § 9º. Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006). Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1 o a 3 o deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9 o deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço). (Incluído pela Lei nº 10.886, de 2004).

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006).

26 SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Os riscos da violência institucional na violência de gênero: uma necessária contribuição da teoria crítica dos direitos humanos. In: BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo Gaudêncio (Org.). *A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos*. Brasília: AMAGIS-DF, 2016. p. 199-218. p. 215.

27 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Caso 12.051, Relatório 54, 2001*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

28 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. A Lei Maria da Penha e a administração judicial de conflitos de gênero: inovação ou reforço do modelo penal tradicional. *Dilemas*, v. 5, n. 4, p. 549-568, out./dez. 2012. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7405/5954>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Naquilo que interessa, especificamente ao presente artigo, ressalta-se que o recorte proposto se situa no âmbito do sistema penal. Assim, desde logo, unidades de atendimento médico ou psicossocial ou conselhos de direitos não serão considerados para análise. Não é objeto do presente artigo, também, a criação de segmentos nas Guardas Municipais ou na Polícia Militar, ou a existência de postos das Defensorias Públicas ou do Ministério Público, tampouco a atuação da Advocacia Dativa, por meio de convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil, e mesmo dos aparelhos de acolhimento.

O objeto específico do presente artigo é a determinação de criação de Delegacias Específicas para o atendimento de mulheres em situação de violência e Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, como forma de uma política pública de gênero. Tal escolha se dá porque, dentre os motivos determinantes da nova lei, está o trato específico para tais modalidades de violência, sendo as Delegacias — normalmente — o primeiro órgão do sistema penal a ser procurado e os Juizados a esfera final para decisão e julgamento de tais casos.

3. DE UMA LEI GERAL A UMA LEI ESPECIAL: DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS AOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A criação dos Juizados Especiais Criminais, por meio da Lei n. 9.099/95, que facilitou o acesso à justiça por parte da população, permitiu conhecer a realidade dos inúmeros casos de violência contra a mulher, cujos índices espantosos eram, até então, desconhecidos ou ignorados pela sociedade brasileira. Por outro lado, para muitos, os Juizados Criminais, com suas medidas despenalizadoras, não atenderam a natureza própria da violência doméstica, não considerando a histórica relação hierarquizada e de poder vivenciada por muitas mulheres no espaço doméstico e familiar. A Lei Maria da Penha apareceu no cenário jurídico nacional, a um só tempo, como uma “solução” para acabar com os problemas de violência de gênero contra a mulher, como uma resposta política para conter as críticas por parte da mídia e as demandas por parte dos movimentos sociais e feministas por ações mais incisivas para conter a criminalidade doméstica.²⁹

A questão da violência doméstica no âmbito dos JECrims se constitui num dos exemplos mais evidentes de que a instauração de um modelo potencialmente “novo” de justiça precisaria estar atento às singularidades dos conflitos que abarca. Os conflitos do âmbito de atuação dos JECrims tinham um limitador abstrato a partir da pena máxima; ou seja, caberiam aos JECrims as infrações de menor potencial ofensivo³⁰, cujo vetor abstrato não levava em consideração particularidades. Nesse sentido, o exemplo que aqui se quer marcar é o das lesões corporais leves e ameaça, que compõem um rol sistemático de casos que envolvem situações de violência familiar e doméstica contra a mulher, mas que — a partir de 1995 — passariam à competência dos JECrims, além de — no caso de lesão corporal leve — exigir-se a representação da vítima para o início da ação penal pública.

O que se quer dizer com isso é que — dada a tradição punitivista, aliada ao despreparo dos atores do sistema de justiça para reconhecer a mulher em situação de violência doméstica como protagonista de seu próprio destino — a solução não punitiva dos JECrims, ao menos não em sua versão típica (com privação de liberdade), passou a ser entendida como impunidade para os agressores diante do quadro grave da violência doméstica e familiar que foi visibilizado.

A violência contra as mulheres vem ocupando com destaque a pauta dos movimentos feministas brasileiros desde a década de 1970. A estratégia usada pelas militantes feministas foi a de denunciar e publicizar a

29 MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 233.

30 Sobre os Juizados Especiais Criminais importante anotar que se caracterizam — quanto a sua competência material — pelas denominadas infrações de menor potencial ofensivo, que, segundo a definição da própria da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, em sua redação atual, são as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima prevista em lei não seja superior a dois anos.

violência que as mulheres vinham sofrendo, reivindicavam também a punição para os violadores, tendo em vista que a impunidade era frequente. Um dos reflexos dessa estratégia foi a criação de delegacias de defesa dos direitos das mulheres.

Se, de um lado, os grupos de pressão — diante da historicidade do marco de violência doméstica e familiar e a sua comprovação em números — reivindicavam a atuação do sistema de justiça criminal; de outro lado, numa percepção um tanto mais generalista, especialmente, pós Lei de Crimes Hediondos, a Lei n. 9.099/95 era considerada um avanço.

Esse paradoxo, entretanto, pode ser compreendido com base na perspectiva de que tal lei teve como paradigma a conduta masculina, ou seja, a conduta de um homem contra outro homem, esquecendo a questão de gênero, mostrando-se, assim, inadequada para tratar dos conflitos desse recorte³¹.

Com a finalidade de atender aos reclamos por uma legislação que propiciasse a responsabilização dos agressores em face dos casos de violência contra a mulher, a Lei n.º 11.340/2006 adotou medidas de restrição, tais como proibiu o uso das medidas despenalizadoras e de algumas penas substitutivas da pena privativa de liberdade, adicionando circunstâncias agravantes ao Código Penal, ampliando “o rol de situações passíveis de prisões preventivas e aparentemente preferiu a regra de ação penal incondicionada”³².

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424 de 09/02/2012, por exemplo, apoiado por grande parte de ativistas e movimentos feministas, afastou a exigência da representação criminal afirmando ser incondicionada a iniciativa do Ministério Público para o exercício da ação penal, em caso de lesões corporais, afastando a redação do Art. 16 da Lei n.º 11.340/2006.

Essa posição, no entanto, segundo as próprias mulheres, inclusive, as que já sofreram violência doméstica e familiar, conjugando-se diversos fatores como idade, renda, ocupação, ter filhos ou não, região e raça, faz com que 67% delas deixe de denunciar o agressor pelo fato específico de não poder “retirar a queixa na delegacia”³³. Embora 97% delas opinem que, mesmo contra a vontade da mulher, o agressor deve ser processado.³⁴

Salienta-se, ainda, que outro clamor dos movimentos de mulheres e grupos feministas contra a Lei dos Juizados Especiais Criminais era o de endurecimento da tratativa da violência doméstica e familiar contra a mulher, considerando que muitos casos eram resolvidos “com cesta básica”, a Lei n.º 11.340/2006 indicou contrariedade para essa solução jurídica, fato referendado pela Súmula 536 do STJ, que proibiu a aplicação das medidas despenalizadoras (suspensão condicional do processo e transação penal) para os delitos sujeitos ao rito da Lei n.º 11.340/2006.

Apenas como nota, a respeito da política judicial de gênero que será tratada em tópico adiante, vale dizer que a capacitação deficiente de profissionais que atuam a partir de novos paradigmas legais, em questões sociais complexas, como a violência doméstica e familiar contra a mulher, torna inócuas políticas legislativas de atenção prioritária. Isso, aliás, tem como clássico exemplo os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto sediada no âmbito dos JECrims:

31 CAMPOS, Carmen Hein de. *Juizados especiais e seu déficit teórico*. 2003. p. 155-170. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2003000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 20 fev. 2017.

32 MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 217. Sobre a mesma temática, conferir: SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; FERREIRA, Natália Neves Alves Ferreira. Políticas de intervenção no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 2. n. 1, p. 246-267, jan./jun. 2016. p. 250. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/298/pdf_1>. Acesso em: 10 fev. 2018.

33 A nomenclatura “retirar a queixa” é usada no próprio questionário do DataSenado, embora tecnicamente inadequada. Para maiores detalhes: BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*: pesquisa DataSenado. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

34 BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*: pesquisa DataSenado. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

Por sua vez, o Poder Judiciário jamais possuiu profissionais capacitados para compreender as relações de gênero na sociedade brasileira. Em certo sentido, sua atuação reproduz a relação patriarcal que hierarquiza a relação conjugal. Segundo conclusões de um debate ocorrido em 2001, sobre a Lei n. 9.099/95, promovido por ONGs dedicadas às questões de gênero, o judiciário ‘tanto no que se refere à sua estrutura preponderantemente masculina quanto à mentalidade de juízes e desembargadores’, ainda não se mostra capaz de enfrentar satisfatoriamente esses problemas³⁵.

Não fosse o exemplo do despreparo para lidar com conflitos complexos, como os que envolvem a violência contra a mulher (que não raro, encontram no âmbito do Poder Judiciário, um reforço da violência sofrida externamente, pois ali também se veem reproduzidos o patriarcado, a heteronormatividade e as deficiências de formação), o sistema de justiça criminal tem enormes dificuldades em construir soluções individuais, justificando tal opção, ambigualmente, no princípio da igualdade ou mesmo na indeclinabilidade da jurisdição.

Diante do quadro então evidenciado, definido por alguns como “desastroso”³⁶ e com vistas a mudar a competência dos JECrims, a atuação do chamado “Consórcio Feminista”, em 2002, cujo objetivo era elaborar anteprojeto de lei específico sobre o tema, tinha como propostas:

a) conceituação da violência doméstica contra a mulher, com base na Convenção de Belém do Pará, incluindo a violência patrimonial e moral; b) criação de uma política nacional de combate à violência contra a mulher; c) medidas de proteção e prevenção às vítimas; d) medidas cautelares referentes aos autores de violência; e) criação de serviços públicos de atendimento multidisciplinar; f) assistência jurídica gratuita para mulheres; g) criação de um juízo único com competência cível e criminal através de varas especializadas, para julgar casos de violência contra as mulheres; h) não aplicação da Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais Criminais) nos casos de violência doméstica contra as mulheres.³⁷

Tal anteprojeto, tendo como norte o marcador de especificidade de uma lei própria para a regência dos conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive, com a ocorrência de crimes e o seu trato no âmbito do sistema criminal, viria a ser contemplado no bojo da Lei 11.340/2006, com as restrições legais já indicadas e a posição jurisprudencial prestigiaria a solução de responsabilização penal.

Lembre-se, outrossim, que a previsão legislativa especial, notadamente, no estabelecimento de sua política penal não encontra unanimidade, como também a percepção acerca da resistência na adoção e implementação efetiva de uma política pública de gênero por parte das instituições.

4. DA POLÍTICA PÚBLICA DE GÊNERO: DAS ESTRUTURAS GERAIS ÀS ESPECIALIZADAS.

A nomenclatura “política pública de gênero” parece permitir uma amplitude de análise a partir da dicotomia do feminino e do masculino, inclusive, nas disputas travadas no arranjo institucional que elege suas ações e dentre elas a implementação ou não de determinadas políticas públicas em favor das mulheres.³⁸

Tais políticas públicas de gênero poderiam ser definidas levando em conta três fatores: sua amplitude (incorporando a questão de gênero, tendo as mulheres como beneficiárias diretas ou indiretas), seu modelo

35 PASTANA, Debora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo*: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009. p. 201. Ver também: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. A Lei Maria da Penha e a administração judicial de conflitos de gênero: inovação ou reforço do modelo penal tradicional. *Dilemas*, v. 5, n. 4, p. 549-568, out./dez. 2012. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7405/5954>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

36 SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; FERREIRA, Natália Neves Alves Ferreira. Políticas de intervenção no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 2, n. 1, p. 246-267, jan./jun. 2016. p. 251. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/298/pdf_1>. Acesso em: 10 fev. 2018.

37 MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins. *A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil*. Brasília, 2015. [versão preliminar]. p. 07.

38 FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 47-71, jan./abr. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2004000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

de formulação (em que as mulheres sejam apenas destinatárias ou atuem na formulação e execução) e seu propósito (emancipatório ou conservador)³⁹. Da mesma forma, observar a perspectiva da descentralização e da transversalização, propiciando a identificação do problema, a formação da agenda e a sua avaliação visando a sua sustentabilidade e integração.⁴⁰

Nesse ponto, em que pese não seja objeto de atenção do presente artigo, deve-se registrar a importância do debate e das atuações dos grupos de pressão, representados por movimentos de mulheres e feministas que, desde as décadas de 70 e 80, no caso brasileiro, atuavam nessa esfera.⁴¹ Ponto em que, também, cada vez mais, os dilemas entre igualdade e diferença fazem-se presentes nos movimentos de mulheres e grupos feministas que tem reformulado suas perspectivas e admitido que entrem em cena temas controversos⁴², a partir de uma pauta interseccional⁴³, como a violência contra as mulheres trans ou as profissionais do sexo⁴⁴, assim como o elevado índice de assassinatos e estupros das mulheres negras⁴⁵, além das intercorrências de classe.⁴⁶

39 NASCIMENTO, Janaína Xavier do. Políticas públicas e desigualdade de gênero na sociedade brasileira: considerações sobre os campos do trabalho, da política e da ciência. *Mediações – Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 21, n. 1, p. 317-337, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/20885>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

40 GERVASONI, Tamiris Alessandra; COSTA, Marli Marlene Moraes da. A (RE) articulação das políticas públicas de gênero no Brasil com base no princípio jurídico da subsidiariedade e da descentralização. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 116-132, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4485/pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

41 NASCIMENTO, Janaína Xavier do. Políticas públicas e desigualdade de gênero na sociedade brasileira: considerações sobre os campos do trabalho, da política e da ciência. *Mediações – Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 21, n. 1, p. 317-337, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/20885>>. Acesso em: 23 fev. 2018. p. 323; SÃO PAULO. Prefeitura Municipal. *Políticas públicas e igualdade de gênero*. In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia (Org.). São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. Construir a igualdade combatendo a discriminação, p. 55. Com um destaque para o levante em diversos países, em especial, acerca da atuação dos movimentos de mulheres e feministas, quanto à violência conjugal, pode-se dizer que, embora não seja única forma de violência – na perspectiva ampla que o conceito estabelecida pela normativa internacional e adotada pela Lei Maria da Penha – justifica sua especial atenção, tanto pela nomenclatura adotada pela legislação nacional, quanto pelo fato de que a violência operada por companheiros e ex-companheiros, inclusive, letal, tem patamares bastante elevados. Tendo casos emblemáticos, particularmente, no momento em que eclodiam as lutas feministas nas décadas de 70 e 80, com os casos de Doca Street (1976) e Lindomar Castilho (1981). SOUZA, Lídio de; CORTEZ, Mirian Beccheri. A Delegacia da Mulher perante as normas e leis para o enfrentamento da violência contra a mulher: um estudo de caso. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 621-639, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018. Nesse âmbito, a declaração de mulheres que indicam o marido, companheiro ou namorado como agressor é de 41%. BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*: pesquisa DataSenado. 2017. p. 12. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

42 SEGATO, Rita Laura. Cinco debates feministas: temas para una reflexión divergente sobre la violencia contra las mujeres. In: SEGATO, Rita Laura. *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de sueños, 2016. p. 153-175.

43 Numa proposta de apartamento da matriz anglo-saxã e pensando nos feminismos do sul. MATOS, Marlise. Movimento e teoria feminista: é possível reconstruir a teoria feminista a partir do Sul global? *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 67-92, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 abr. 2018.

44 MIGUEL, Luís Felipe. A identidade e a diferença. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Org.). *Feminismo e política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 79-92.

45 Nesse sentido, o relatório do DataSenado de junho de 2017 aponta que o percentual de mulheres negras (pretas e pardas) que sofre violência física é de 74% em comparação com as mulheres brancas que é de 57% BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*: pesquisa DataSenado. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em: 16 fev. 2018. A preocupação com a questão das mulheres negras e as violências de que padecem é evidenciada também no debate acerca das políticas públicas. CARNEIRO, Sueli. Mulheres negras, violência e pobreza. In: CAMARGO, Márcia (Org.). *Programa de prevenção, assistência e combate à violência contra a mulher – plano nacional: diálogos sobre violência doméstica e de gênero: construindo políticas públicas*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2003. Mas já vinha ressaltada há muito: DAVIS, Angela. *Mulheres, cultura e política*. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 25-52. Sobre a atualidade do debate dos feminismos negros: COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a outsider within: a significação sociológica do pensamento feminista negro. *Revista Sociedade e Estado*, v. 3, n. 1, p. 99-127, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v31n1/0102-6992-se-31-01-00099.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018. Particularmente, quando aborda três temas chaves para o pensamento feminista negro, os dois paradigmas sociológicos e, em suas conclusões, ressalta a criatividade na postura e a sabedoria das ações dos movimentos de mulheres negras, a partir desse lugar de *outsider within*. Da mesma autora: COLLINS, Patricia Hill. O que é um nome? Mulherismo, feminismo negro e além disso. *Cadernos Pagu*, v. 51, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/18094449201700510018>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

46 SAFFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1976.

O vetor de análise do presente texto, como já ressaltado, é o da letalidade de mulheres, o qual também é utilizado em outros países, onde tal incidência é expressiva e já conta com atenção internacional na temática, como o México, a fim de avaliar a questão das políticas públicas de gênero.⁴⁷ Ainda no marco internacional, pondera-se que, mesmo em países onde há implementação efetiva de políticas públicas de atendimento, outros fatores (como traços patriarcalistas, questões de imigração ou grandes distâncias geográficas) entram em cena para discutir o acesso efetivo de mulheres em face da “violência conjugal”, como no caso do Canadá, país em que as taxas de assassinatos de mulheres — embora não tão altas se comparadas ao Brasil ou México, preocupam as autoridades.⁴⁸

A proposta legislativa, tanto no âmbito internacional quanto nacional, do que seja uma “política pública de gênero”, com atenção específica às mulheres em situação de violência pode ser tomada em sentido amplo:

O principal objetivo deste eixo é disponibilizar a toda a sociedade informações acerca das ações governamentais voltadas ao enfrentamento das desigualdades de gênero e à garantia dos direitos e da autonomia das mulheres. O intuito é possibilitar que gestoras e gestores públicos e a sociedade civil organizada acompanhem as atividades de avaliação e monitoramento do II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (II PNPM) e que o resultado dessas atividades subsidie a Administração na formulação de novas políticas e no aperfeiçoamento das já existentes. O Observatório também acompanhará a implementação de planos e políticas para as mulheres nos estados e municípios.⁴⁹

Dentro desse eixo, há uma multiplicidade de órgãos e entidades com escopo direto de atenção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, mas, como já assinalado, o objeto de análise do presente texto são as Delegacias Especializadas da Mulher e os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher⁵⁰, especialmente, na cidade de Piraquara – Paraná. Entendidos tais como órgãos de intervenção no âmbito do sistema penal com desempenho relevante no que se refere à prevenção e à responsabilização de atos de violência contra as mulheres.

4.1. Das Delegacias Especializadas da Mulher

As Delegacias de Polícia Civil são órgãos que compõem o chamado sistema de polícia judiciária, em que a atribuição constitucional de seus atores (Delegados, Agentes, Investigadores e Escrivães) é a chamada polícia de investigação (Art. 144, CR/88), que subsidia, por meio de elementos, a avaliação para a futura persecução penal em juízo, como também a adoção de medidas cautelares pessoais e reais, desde essa fase preliminar. Nos diversos estados brasileiros, dada a autonomia constitucional, a organização local das Polícias Cíveis tem distintas conformidades, como também é diversificada a composição das carreiras, embora haja diretrizes tanto constitucionais quanto no âmbito da legislação infraconstitucional que orientam tal atividade.

47 Também a partir do marco do feminicídio, encontra-se a análise a respeito das políticas públicas de gênero no México como vetor fundamental para contrapor as múltiplas violências de que padecem as mulheres, trazendo após a narrativa dos instrumentos internacionais acima comentados, as normas internas do país, inclusive, com especificidades de que nem todos os estados especificam a categoria de delitos contra as mulheres, inclusive, informando o gasto específico para cada órgão da rede: AVALOS, Angélica Oceguera; BARBA, Ismael Ortiz. Violencia hacia la mujer en México: políticas públicas para su prevención, sanción e erradicación. *Acta Republicana. Política y Sociedad*, ano 12, n. 12, p. 45-55, 2013. Disponível em: <<http://148.202.18.157/sitios/publicacionesite/period/republicana/pdf/ActaRep12/5.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

48 VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. O tratamento judicial da violência conjugal no Canadá: resposta punitiva, marcadores sociais e expectativas das vítimas. *Confluências. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 16, n. 3, p. 173-195, 2014. p. 174-175. Disponível em: <<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/viewFile/382/309>>. Acesso em: 19 abr. 2018. A autora aponta o fato de que as taxas de mortes de mulheres apresentam uma diminuição entre as décadas de 1970 e 2000, mas a partir daí seguem de forma estável (v. Nota 16, p. 188).

49 OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO. *Políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.observatorio-degenero.gov.br/eixo/politicas-publicas>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

50 Importante também destacar as decorrências para a atuação dos Juizados a partir do trabalho das Delegacias. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. A Lei Maria da Penha e a administração judicial de conflitos de gênero: inovação ou reforço do modelo penal tradicional. *Dilemas*, v. 5, n. 4, p. 549-568, out./dez. 2012. Disponível em: <<https://revistas.ufrjr.br/index.php/dilemas/article/view/7405/5954>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

No espectro particular do presente artigo, embora seu recorte temporal — como já assinalado — seja a edição da Lei n. 11.340/2006 — vale citar que a demanda dos grupos de pressão por órgãos de atenção específica para a questão das mulheres, situada nos anos 70 e 80, culminaria na criação da 1ª. Delegacia da Mulher, no ano de 1985, na cidade de São Paulo, com a nomenclatura Delegacia de Defesa da Mulher. Nesse mesmo ano, foram instaladas outras seis delegacias, todas elas em capitais: Belo Horizonte (MG), Cuiabá (MT), Curitiba (PR), Florianópolis (SC), Recife (PE) e Vitória (ES).⁵¹ Assim:

As Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres (Deams) são um marco na luta feminista: elas materializam o reconhecimento da violência contra mulheres como um crime e implicam a responsabilização do Estado no que se refere à implantação de políticas que permitam o combate a esse fenômeno.⁵²

Nesse ponto, cumpre lembrar o que foi trazido anteriormente a respeito dos JECrims em que, nos casos mais recorrentes de violência e doméstica familiar contra as mulheres, em vez dos Boletins de Ocorrência, que dariam ensejo aos inquéritos policiais, procedia-se à feitura de Termos Circunstanciado. Fato modificado, como também assinalado no mesmo tópico, com as decisões proferidas pelas Cortes Superiores. Um dos itens bastante controvertidos, nesse tema em específico, era o fato de que a violência contra a mulher passaria a ser mediada e não investigada.⁵³ Ainda seria possível identificar práticas que extrapolariam as atribuições legais da Polícia Civil, fato que implicaria um descontentamento por parte dos próprios policiais que entendiam estar fazendo um trabalho “extrapolicial”.⁵⁴

De acordo com a normativa do Ministério da Justiça, por meio da Norma Técnica de Padronização das DEAMS, tais Delegacias deveriam adotar algumas posturas:

1) Profissionalização (de todo o grupo gestor e operacional), 2) Prevenção (abarcando o sentido final de prevenir o delito, “seja por dissuasão, eficiência e eficácia do método investigativo, seja pelo papel proativo de interlocução”), 3) Educação e cidadania (“especialmente pela correta audição do público atendido”) e 4) Investigação (ação investigativa em que polícia civil, militar e outros órgãos e serviços responsáveis mantenham relações “de solidariedade ética e técnica”, favorecendo o ciclo de ações do sistema).⁵⁵

Assim, além da própria criação da Delegacia Especializada da Mulher, com estrutura própria e autônoma, seriam necessárias outras providências com o intuito de que essa política pública de gênero pudesse se

51 SOUZA, Lídio de; CORTEZ, Mirian Beccheri. A Delegacia da Mulher perante as normas e leis para o enfrentamento da violência contra a mulher: um estudo de caso. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 621-639, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

52 SOUZA, Lídio de; CORTEZ, Mirian Beccheri. A Delegacia da Mulher perante as normas e leis para o enfrentamento da violência contra a mulher: um estudo de caso. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 621-639, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

53 SOUZA, Lídio de; CORTEZ, Mirian Beccheri. A Delegacia da Mulher perante as normas e leis para o enfrentamento da violência contra a mulher: um estudo de caso. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 621-639, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018. Uma nota específica cabe no emblemático caso do México, acerca das atribuições e condições da polícia de investigação em casos de violência contra as mulheres. GARRIDO, Elena Azaola; TORRES, Miquel Àngel Ruiz. Investigadores de papel. El papel de la policial judicial en la investigación de los delitos en la Ciudad de México. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, v. 80, p. 324-345, set/out. 2009.

54 NOBRE, Maria Teresa; BARREIRA, César. Controle Social e Mediação de Conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 20, p. 138-163, dez. 2008. p. 141-142. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222008000200007&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 23 fev. 2018. Tal perspectiva não será objeto de maiores considerações no presente texto, mas passaria por uma indagação feita nesse texto, em torno da representação social que se tem das funções da polícia como também do enfrentamento da violência contra a mulher com enfoque no âmbito do direito penal e processual penal. NOBRE, Maria Teresa; BARREIRA, César. Controle social e mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 20, p. 138-163, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222008000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

55 SOUZA, Lídio de; CORTEZ, Mirian Beccheri. A Delegacia da Mulher perante as normas e leis para o enfrentamento da violência contra a mulher: um estudo de caso. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 621-639, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

tornar efetiva, como o preparo e a capacitação dos policiais que ali iriam atuar⁵⁶. Parece possível, portanto, afirmar que a sua criação e atuação plenas passa por uma decisão de Estado, particularmente, no âmbito dos governos estaduais que têm a gestão sobre a Polícia Civil, sediada na pasta da segurança pública.

Em estudo feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, verifica-se ainda a frágil implantação de DEAMs, combinadas, em alguns estados, com os Núcleos de Atendimento à Mulher nas Delegacias Comuns⁵⁷.

A decisão parece, não raro, estar orientada para o prestígio da instalação nas grandes cidades, mas não necessariamente, como se verá adiante, em lugares onde a violência contra as mulheres ostenta números expressivos e indica, por isso, a potencialidade do uso do serviço.

4.2. Dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

A disposição legal, acerca de uma unidade do sistema judiciário direcionada exclusivamente para o trato da violência contra as mulheres no contexto doméstico e familiar, recomenda que os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal criem Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, conferindo-lhes a estrutura necessária para a competência “civil e criminal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher” (Art. 14, Lei nº 11.340/2006).

A existência desses Juizados no âmbito do sistema de justiça dos estados e do Distrito Federal, da mesma forma que as Delegacias da Mulher, finca-se numa posição política, agora no âmbito do Poder Judiciário e não mais do Executivo. Na pesquisa “O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha”, o Conselho Nacional de Justiça apurou que, no cenário nacional, até 2012, havia somente 60 Juizados especiais.⁵⁸ Nesse âmbito, o de uma política judicial de gênero, também foram incluídas outras previsões, como o Fórum de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID) e a Coordenadoria Estadual das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar (CEVID).⁵⁹

No âmbito dos Juizados, além da especificidade de julgamento, a legislação prevê a atuação de equipes multidisciplinares, para uma compreensão mais alargada do contexto da violência (Art. 30, Lei 11.340/2006).

A criação dessas unidades jurisdicionais, além da previsão da própria lei específica, está admitida pela normativa geral acerca da competência no âmbito do Código de Processo Penal, que remete aos Tribunais de Justiça a disposição a respeito da organização interna de suas unidades atribuindo-lhes competência normalmente sob a rubrica de “varas especializadas”.

Em estudo promovido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), verifica-se ainda a tímida atuação do Poder Judiciário em criar unidades judiciárias especializadas:

Considerando tanto as varas e juizados especializados exclusivos como os não exclusivos para o processamento dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, há atualmente (dados de 2013) no Brasil 117 unidades judiciárias especializadas no processamento de ações referentes à violência doméstica e familiar contra a mulher, o que corresponde a 1,04% do total dos municípios brasileiros.⁶⁰

56 PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200407&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

57 MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins. *A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil*. Brasília, 2015. [versão preliminar]. p. 19-21.

58 SCIAMMARELLA, Ana Paula de Oliveira; FRAGALE FILHO, Roberto. (Des)constituindo gênero no poder judiciário. *Ex aequo*, Lisboa, n. 31, p. 45-60, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

59 SCIAMMARELLA, Ana Paula de Oliveira; FRAGALE FILHO, Roberto. (Des)constituindo gênero no poder judiciário. *Ex aequo*, Lisboa, n. 31, p. 45-60, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

60 MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins. *A institucionalização das políticas públi-*

No ano de 2016, em que a Lei 11.340/2006, completava uma década, o Conselho Nacional de Justiça divulgou que tramitavam:

Mais de um milhão de processos referentes à violência doméstica contra a mulher, o que corresponde, em média, a 1 processo para cada 100 mulheres brasileiras. Destes, pelo menos 13,5 mil são casos de feminicídio.⁶¹

A respeito da organização e do funcionamento dos Tribunais, no que toca à temática, a Portaria CNJ n.º 15/2017, instituída em 8 de março de 2017, estabelece:

[...] obrigações aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal quanto ao enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. Entre as medidas estão o incentivo à criação e estruturação de unidades judiciárias especializadas no processamento de causas cíveis e criminais; a promoção de cursos para aperfeiçoamento de servidores e magistrados; o aperfeiçoamento dos sistemas informatizados do Poder Judiciário para viabilizar o fornecimento de dados estatísticos sobre a aplicação da Lei Maria da Penha, o processamento e o julgamento de ações cujo objeto seja feminicídio e das demais causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.⁶²

A mesma Portaria previu detalhes sobre como a Justiça estadual deve buscar o alcance de metas que impactem, positivamente, os índices doméstica e familiar contra a mulher.

No influxo de uma política pública de gênero, além da atuação do Poder Executivo na criação das Delegacias Especializadas da Mulher, está a política judicial de gênero para — não apenas para prever, mas como também restou observado, no ambiente das polícias — aparelhar em termos materiais e humanos a operacionalidade e efetividade de tais unidades judiciais.

5. O CASO DE PIRAQUARA: A POTENCIALIDADE DO USO DO SERVIÇO E SUA INEXISTÊNCIA

A cidade de Piraquara não dispõe de uma Delegacia Especializada da Mulher e nem de um Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Não há posição oficial, nem da Secretaria de Segurança Pública (gestora da Polícia Civil), nem do Poder Judiciário do Estado do Paraná, de que tais serviços sequer seriam implementados em tal localidade.

Com algumas de suas características gerais anteriormente indicadas, o município que fica na região metropolitana de Curitiba, no Paraná tem índices de violência contra a mulher bastante elevados, especialmente o número de assassinatos.

A partir, portanto, da perspectiva de que a potencialidade de uso do serviço, ou seja, sua demanda potencial,⁶³ possa ser o indicador de que ele deve ser efetivamente implementado, poderia ser apontada uma falha de decisão institucional quanto ao referido local.

cas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil. Brasília, 2015. [versão preliminar]. p. 23.

61 O número exato de processos é: 1.199.116 (p. 29). Conforme nota 8 do relatório: A quantidade de processos que tramitaram é dada pela soma do total de casos baixados em 2016 e o total de casos pendentes em 31/12/2016. Foram contabilizadas, nessa soma, tanto as ações penais (de procedimento ordinário e sumário), quanto as medidas protetivas de urgência. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ divulga dados do Judiciário sobre violência contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contra-a-mulher-no-judiciario>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

62 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

63 O filtro é o mesmo proposto pela análise descritiva feita pelo IPEA, no que concerne à distribuição dos serviços especializados para atendimento de violência doméstica. MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins. *A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil*. Brasília, 2015. [versão preliminar]. p. 26-30. A correlação entre mortalidade de mulheres e histórico de violência doméstica e familiar também foi feita por: GARCIA, Leila Posenato; FREITAS, Lúcia Rolim Santana de; HÖFELMANN, Doroteia Aparecida. Avaliação do impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões no Brasil, 2001-2011. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 383-394, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://scielo.iec.gov.br/pdf/ess/v22n3/v22n3a03.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

5.1. Alguns números sobre a violência contra a mulher no Paraná e em Piraquara

Ainda que se possa discutir a metodologia de coleta de dados e a análise desses dados com a produção de relatórios, alguns deles, tais como os do DataSenado, IPEA (Atlas da Violência) e Instituto Sangari (Mapa da Violência), na temática de violência contra a mulher, têm sido referenciados em diversos trabalhos sobre violência, em geral, ou no recorte de gênero.

O Paraná, numa perspectiva geral, que apresentou, entre 1980 e 1992, taxas de homicídio bastava baixas e inferiores à média nacional, passou a experimentar um crescimento acelerado, a ponto de em 2004 ultrapassar a média nacional (em 13 pontos aproximados), com elevada concentração na região metropolitana de Curitiba. Apenas na capital os índices praticamente dobraram em uma década⁶⁴. Os destaques ficam nas cidades de Pinhais e Piraquara⁶⁵. Chegou a ser considerado entre os 10 estados com as maiores taxas de homicídio, ficando em 9º lugar⁶⁶.

No recorte proposto (o da letalidade de mulheres), o Paraná figurava como o terceiro estado entre aqueles com as taxas mais elevadas, com uma taxa de 6,3 mulheres assassinadas por 100 mil habitantes femininas, superando a média nacional. Naquela ocasião, em 4,4 mortes de mulheres por grupo de 100 mil. Atrás apenas de Espírito Santo e Alagoas. Embora a capital ocupasse uma das últimas posições, ficando em 21º lugar, entre as capitais.⁶⁷

Piraquara, por sua vez, figurava no 2º lugar (atrás somente de Paragominas, no Pará) do *ranking* entre as 50 cidades (com mais de 26 mil habitantes femininas) com o maior número de mulheres assassinadas: com 11 mulheres vítimas de assassinato e taxa de 24,4 por 100 mil habitantes do sexo feminino.⁶⁸ Posteriormente (considerando os municípios com mais de 10 mil habitantes femininas e não a partir de 26 mil habitantes), Piraquara ficaria em 36º lugar.⁶⁹

Também, em 2015, a edição do Mapa da Violência, que trabalha com dados até 2013, situou o Brasil no 12º lugar entre os países com os piores índices de morte de mulheres⁷⁰. O mesmo Mapa da Violência de 2015 demonstra que, mesmo após a Lei 11.340/2006, a taxa de morte de mulheres somente experimentou um decréscimo em 2007, mas de 2008 até o ano de 2013, o aumento foi progressivo, alcançando a taxa de 4,8 em 100 mil.⁷¹

Não obstante isso, curiosamente — após a edição de alteração legislativa que introduziu a figura do feminicídio, como forma qualificada de homicídio — verifica-se que o Paraná ostenta índices baixíssimos de processos de conhecimento com essa tipificação jurídica, encontrando-se quase nos últimos lugares em número de processos. Embora figure reiteradamente entre as primeiras posições no assassinato de mulheres: 0,2 processos de feminicídio por 100 mil mulheres (taxa de 2016, a partir da existência da figura jurídica),

64 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência – 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

65 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência – 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

66 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência – 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

67 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência – 2012: caderno complementar 1: homicídio de mulheres no Brasil*. 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

68 As outras cidades paranaenses da lista são Araucária (22º lugar), Fazenda Rio Grande (32º lugar), Telêmaco Borba (39º) e União da Vitória (46º). WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência – 2012: caderno complementar 1: homicídio de mulheres no Brasil*. 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

69 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência - 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 2016. p.24. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2018.

70 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência - 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 2016. p.24. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2018.

71 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência - 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 2016. p.24. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2018.

ao passo que a taxa de assassinato de mulheres era de 5,2 por 100 mil habitantes (considerando dados de 2013).⁷²

Embora este não seja o objeto do presente artigo, poderia ser lançada como dúvida o fato de que a definição legal de feminicídio (inserção feita em 2015, no § 2º, do Art. 121, do Código Penal) tem sido criticada por sua definição, em certa medida, limitada ao exigir que haja “razões de condição do sexo feminino”, o que somente seria indicado restando demonstrada situação de violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher⁷³. Por isso, como já apontado anteriormente, o presente artigo adota a nomenclatura “assassinato” para se referir às mortes violentas de mulheres, estejam categorizadas como “feminicídio” ou “homicídio”.

5.2. Alguns números sobre as estruturas especializadas de atendimento no Paraná

O Paraná dispõe de 18 delegacias da mulher (Apucarana, Araucária, Campo Mourão, Cascavel, Curitiba, com sede própria e também na Casa da Mulher Brasileira, Foz do Iguaçu, Francisco Beltrão, Guarapuava, Jacarezinho, Londrina, Maringá, Paranavaí, Pato Branco, Ponta Grossa, São José dos Pinhais, Toledo, Umuarama e União da Vitória), sob a orientação de uma Coordenadoria das Delegacias da Mulher (CODEM).⁷⁴

Ainda que se refira aos dados dos tribunais estaduais, o relatório do CNJ de 2017, em relação ao ano de 2016, indica que ingressaram no Paraná 7.677 novos inquéritos policiais, 16.591 terminaram o ano pendentes e 3.753 foram arquivados, todos relativos a casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.⁷⁵

Já no que se refere aos números de unidades de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, o Paraná ocupa a penúltima posição nacional.⁷⁶

Em 2012 a Justiça Estadual paranaense possuía apenas uma Vara Exclusiva em violência doméstica e familiar localizada em Curitiba (1.893.997 habitantes e uma densidade populacional de 4.027,04 hab./km²). No levantamento de 2017, o TJPR declarou não possuir Vara exclusiva, mas sete Juizados Especializados em violência doméstica e familiar contra a mulher, de um total de 547 Varas em todo o estado.

Um desses Juizados fica na capital e os outros seis localizam-se em Cascavel (316.226 habitantes), Foz do Iguaçu (263.915 habitantes), Londrina (553.393 habitantes), Maringá (403.063 habitantes), Ponta Grossa (341.130 habitantes) e São José dos Pinhais (302.759 habitantes).

O TJPR contemplou as seguintes cidades indicadas para sediar Varas especializadas no diagnóstico realizado em 2013: Cascavel, Maringá e Londrina.⁷⁷

72 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017. De todo modo, o Ministério Público estadual divulgou no ano de 2017 que O Paraná está, novamente, está entre os estados que melhor cumpriram a meta da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP para a redução do número de inquéritos de feminicídio. O indicador considera a proporção do número de denúncias ofertadas e o percentual de resolução do total de casos. De março de 2016 a março deste ano, o MPPR registrou 137 inquéritos de feminicídio, 111 denúncias oferecidas à Justiça, cinco arquivamentos e 21 investigações em curso. (...) No Paraná, a baixa, no período avaliado, foi de 84,67% dos processos (a média nacional foi de 56,85%). FUNDAÇÃO ESCOLA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Paraná cumpre meta da Estratégia Nacional no combate ao feminicídio*. Disponível em: <<http://fempapr.org.br/site/2017/05/18/parana-cumprer-meta-da-estrategia-nacional-no-combate-ao-feminicidio>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

73 Os equívocos que se poderia ter na apreciação da letalidade de mulheres e sua correlação com hipóteses de violência de gênero, tomando por base o *nomen iuris* do feminicídio pode ser encontrada em: GARCIA, Leila Posenato; SILVA, Gabriela Drummond Marques da. *Mortalidade de mulheres por agressões no Brasil*: perfil e estimativas corrigidas (2011-2013). Brasília: IPEA, 2016. p. 19-21. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6260/1/td_2179.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

74 PARANÁ. Polícia Civil do Estado do Paraná. *Delegacia da Mulher*. Disponível em: <<http://www.policiacivil.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=9>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

75 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. p.26. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

76 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. p.47. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

77 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. p.64. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

Ao se comparar os dados das DEAMs com os JEVs, verifica-se certa conformidade entre a instalação da política pública no âmbito do Poder Executivo e do Poder Judiciário, com o prestígio à instalação em cidades grandes, o que está em descompasso com as cidades em que, efetivamente, a violência contra a mulher, na modalidade de assassinato, encontra-se presente ou que apresenta índices bastante altos, como Piraquara. Nesse sentido, vale a observação sobre as altas taxas de assassinatos de mulheres feita no Mapa da Violência:

O grande problema é que os municípios com as maiores taxas de assassinato de mulheres são os de pequeno porte, muito espalhados ao longo do território nacional.

Considerando o universo dos 5.565 municípios, os 100 municípios com as maiores taxas médias no quinquênio foram responsáveis por 429 homicídios femininos, do total de 22.252 registrados no período de 2009 a 2013. Isto é, menos de 2% desses homicídios aconteceram nos 100 municípios com as maiores taxas.⁷⁸

Crítérios que não se encontram publicizados, acerca da decisão institucional sobre a instalação do serviço, parecem levar em conta a demografia da população local, o que normalmente se amoldaria ao fato de que, na cidade, já há uma Delegacia Geral, entendendo-se desnecessária a instalação de uma DEAM ou Núcleo de Atendimento especializado. Como também o fato de que, na organização do Poder Judiciário, se estaria ao menos tratando de uma Comarca de entrância intermediária ou final que já tem um escopo de varas, não havendo, então, o Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar. Unidades em que, em alguns casos, atenderiam também, crianças, adolescentes e idosos. A população geral sem os recortes particulares, porém, não parece ser um indicativo que implica num número mais expressivo de casos de violência doméstica e familiar, menos ainda, os índices de mortes.

5.3. Espaço Mulher: uma sala cor-de-rosa

Mesmo com os dados recorrentes sobre a alta letalidade de mulheres, indicados em distintos instrumentos de coleta e respectivos relatórios, a cidade de Piraquara ainda não dispõe nem de Delegacia da Mulher e nem de Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Embora, haja indicadores de outras unidades de atendimento à mulher em situação de violência em Piraquara, inclusive, sendo um dos treze municípios paranaenses que aderiu ao Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e ao Programa “Mulher, Viver sem Violência”.⁷⁹

No ano de 2009, o então Delegado da Polícia Civil, titular da única Delegacia da cidade de Piraquara, a partir do atendimento de uma mulher em situação de violência doméstica que teria se sentido incomodada com o fato de ser ouvida por homens, adotou uma iniciativa inusitada e criou o “espaço mulher”: “uma sala decorada de rosa, com um ambiente que deixa as mulheres à vontade. A sala também é usada para o atendimento de crianças e adolescentes”.⁸⁰

Segundo o mesmo Delegado da Polícia Civil, em relação aos aproximados 1.500 inquéritos policiais que tramitavam na unidade, naquele ano, cerca de 400 tratavam de violência doméstica e familiar e o atendimento às mulheres, após a implantação da sala, triplicou. Atendimento que passou a ser feito por duas estagiárias supervisionadas pelo próprio Delegado.⁸¹

Em evento promovido sobre educação popular para mulheres, numa universidade da capital paranaense,

cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017.

78 WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência - 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 2016. p.24. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2018.

79 PARANÁ. Prefeitura Municipal de Piraquara. “*Mulher, Viver sem Violência*.” Disponível em: <<http://www.piraquara.pr.gov.br/Piraquara-aderiu-ao-programa-Mulher-Viver-sem-Violencia-4-1102.shtml>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

80 PARANÁ. Polícia Civil do Estado do Paraná. *Espaço da Mulher na delegacia de Piraquara triplicatendimentos*. Disponível em: <<http://www.policiacivil.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=1045>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

81 PARANÁ. Polícia Civil do Estado do Paraná. *Espaço da Mulher na delegacia de Piraquara triplicatendimentos*. Disponível em: <<http://www.policiacivil.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=1045>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

uma participante, residente em Piraquara, narrou que, após as seguidas agressões de seu companheiro, contou que ouviu dele próprio: quer ir na Delegacia da Mulher, bate naquela porta cor-de-rosa, então”!

Já no ano de 2012, a Prefeitura da cidade reuniu-se com o Delegado-Geral da Polícia Civil e outros gestores públicos a fim de pleitear a implantação de uma Delegacia da Mulher, considerando os altos índices de violência contra a mulher divulgados na ocasião pelo Instituto Sangari (o Mapa da Violência). Na posição oficial da Polícia Civil, à época, chama a atenção um detalhe que quase passaria despercebido: a afirmação de que uma parte dos casos envolvendo a morte de mulheres em Piraquara estaria relacionado com o tráfico de drogas.⁸² Esse fato pode nublur o espectro geral de uma violência de gênero, pela correlação que as mulheres assassinadas pudessem ter com a questão das drogas, ainda que em relações intrafamiliares, conjugais ou de afetividade.

No âmbito do Poder Judiciário, não há sequer a previsão em sua normativa mais recente a respeito do tema, a Resolução 93/2013, editada pelo Órgão Especial de referido Tribunal de Justiça, de que seria instalado lá um Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A falta de políticas públicas de gênero – DEAM e JEV – na cidade de Piraquara permitiria afirmar que a demanda potencial pelo uso do serviço não tem sido considerada para a sua implementação. Da mesma forma, que o silêncio oficial das administrações a quem as compete é um indicador bastante razoável de uma percepção descolada da realidade local. Realidade esta evidenciada pelo alto índice de letalidade de mulheres que, conforme exposto, parece guardar relação com recorrentes e anteriores casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ao menos em parte.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu, após rememorar instrumentos normativos do âmbito internacional acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher, e o seu marcador especializado interno (a Lei 11.340/2006), reforçar a importância das políticas públicas de gênero, em particular, das Delegacias Especializadas da Mulher e dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Tendo em conta que — a questão de uma abordagem generalista — foi um dos pontos mais significativos para a mutação legislativa da Lei n. 9.099/95 para a Lei 11.340/2006, com a expectativa de que o marcador de especialidade propiciaria uma viragem no atendimento dos serviços policial e judicial, entre outros.

Ainda que muitas pesquisas indiquem que as mulheres, inclusive, as que já se depararam com uma situação de violência doméstica e familiar, conheçam a Lei Maria da Penha, esses mesmos instrumentos demonstram a sua baixa confiança no serviço especializado ou a sua descrença na referida lei como fator de proteção.⁸³

82 PARANÁ. Prefeitura Municipal de Piraquara. *Prefeito de Piraquara trabalha pela diminuição da violência contra a mulher*. Disponível em: <<http://piraquara.visionnaire.com.br/Prefeito-de-Piraquara-trabalha-pela-diminuicao-da-violencia-contra-a-mulher-4-466.shtml>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

83 Menos de 27% acredita na Lei Maria da Penha como fator de proteção, as respostas somente em parte ou não, chegam ao patamar médio de 70%. BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: pesquisa DataSenado*. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em: 16 fev. 2018. A procura das DEAMs aparece somente em terceiro lugar, a família e a igreja ocupam, respectivamente, o primeiro e segundo lugares. BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: pesquisa DataSenado*. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em: 16 fev. 2018. Cumpre notar, todavia, que mesmo em serviços especializados e relativamente consolidados, como no caso do Canadá, nota-se um percentual baixo de confiabilidade no serviço policial, com registro ainda de queda anual. VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. O tratamento judicial da violência conjugal no Canadá: resposta punitiva, marcadores sociais e expectativas das vítimas. *Confluências. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 16, n. 3, p. 173-195, 2014. p. 188. Disponível em: <<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/viewFile/382/309>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

A demanda potencial do uso do serviço, tendo em conta o índice de violências representado, no caso proposto pela alta taxa de homicídios, indica que a decisão institucional, seja no âmbito do Poder Judiciário ou do Executivo do Estado do Paraná não estaria a levar em conta tais fatores quanto à cidade de Piraquara. Os desafios da ordem institucional, diante de uma política estatal de gênero e uma política judicial de gênero, buscam compreender o critério de decisão que, normalmente, está fixado nas cidades com maior densidade populacional e não, necessariamente, naquelas em que as violências são mais recorrentes.

O caso de Piraquara com seu breve desenho geral e a particularidade de suas violências, muitas vezes associada de forma geral e discursiva com o sistema penitenciário e o comércio de drogas, pode ser o véu que encobre a inexistência do serviço no local, mesmo diante de indicadores de seu uso potencial.

Embora se saiba que a perspectiva preventiva da mera existência do serviço como fator de inibição de violências nem sempre dá ensaios de concretude, parece possível afirmar que a ocorrência de violência contra a mulher, em sua forma letal, caracterizada ou não como feminicídio (em seus termos estritamente legais), raramente encontra-se desacompanhada de histórico anterior, de agressões e ameaças.

A disponibilização do serviço, que viria acompanhada de uma rede (não obstante em outro momento fosse necessário discutir sua capacitação, formação continuada e estrutura material, por exemplo) que se coloca à disposição de mulheres em situação de violência doméstica e familiar apresenta-se como uma das formas de alcançar os objetivos preconizados pela Lei 11.340/2006.

A inexistência no caso de Piraquara poderia ser pensada como um fator de permanências dos elevados índices de violência letal contra as mulheres frustrando, portanto, a política pública de gênero em tal *locus*.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. A Lei Maria da Penha e a administração judicial de conflitos de gênero: inovação ou reforço do modelo penal tradicional. *Dilemas*, v. 5, n. 4, p. 549-568, out./dez. 2012. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7405/5954>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O poder judiciário na aplicação da lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: pesquisa DataSenado*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Juízados especiais e seu déficit teórico*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2003000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 143-172.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres negras, violência e pobreza. In: CAMARGO, Márcia (Org.). *Programa de prevenção, assistência e combate à violência contra a mulher: plano nacional: diálogos sobre violência doméstica e de gênero: construindo políticas públicas*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2003.

COLLINS, Patrícia Hill. Aprendendo com a outsider within: a significação sociológica do pensamento feminista negro. *Revista Sociedade e Estado*, v. 3, n. 1, p. 99-127, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www>

- scielo.br/pdf/se/v31n1/0102-6992-se-31-01-00099.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- COLLINS, Patrícia Hill. O que é um nome? Mulherismo, feminismo negro e além disso. *Cadernos Pagu*, v. 51, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/18094449201700510018>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, cultura e política*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 47-71, jan./abr. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2004000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.
- GARCIA, Leila Posenato; FREITAS, Lúcia Rolim Santana de; HÖFELMANN, Doroteia Aparecida. Avaliação do impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões no Brasil, 2001-2011. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 383-394, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://scielo.iec.gov.br/pdf/ess/v22n3/v22n3a03.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- GARCIA, Leila Posenato; SILVA, Gabriela Drummond Marques da. *Mortalidade de mulheres por agressões no Brasil: perfil e estimativas corrigidas: 2011-2013*. Brasília: IPEA, 2016. p. 19-21. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6260/1/td_2179.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- GERVASONI, Tamiris Alessandra; COSTA, Marli Marlene Moraes da. A (RE) articulação das políticas públicas de gênero no Brasil com base no princípio jurídico da subsidiariedade e da descentralização. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 116-132, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4485/pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.
- GIERYCZ, Dorota. A educação em direitos humanos das mulheres como veículo de mudança. In: CLAUDE, Richard P.; ANDREOPOULUS, George (Org.). *Educação em direitos humanos para o século XXI*. São Paulo: EDUSP, 2007. v. 5. p. 165-193.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico de 2010*. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/panorama>>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins. *A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil*. Brasília, 2015. [versão preliminar].
- MATOS, Marlise. Movimento e teoria feminista: é possível reconstruir a teoria feminista a partir do Sul global? *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 67-92, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- MIGUEL, Luís Felipe. A identidade e a diferença. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Org.). *Feminismo e política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 79-92.
- MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- NASCIMENTO, Janaína Xavier do. Políticas públicas e desigualdade de gênero na sociedade brasileira: considerações sobre os campos do trabalho, da política e da ciência. *Mediações: Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 21, n. 1, p. 317-337, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/20885>>. Acesso em: 23 fev. 2018.
- NOBRE, Maria Teresa; BARREIRA, César. Controle social e mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 20, p. 138-163, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222008000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.
- OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO. *Políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/politicas-publicas>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS et. al. *Cartilha Direitos da Mulher: prevenção à violência e ao HIV/AIDS*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/Direitos_da_mulher_-_Prevencao_a_violencia_e_ao_HIV-AIDS.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Caso 12.051, Relatório 54, 2001*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

PARANÁ. Polícia Civil do Estado do Paraná. *Delegacia da mulher*. Disponível em: <<http://www.policiaivil.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=9>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

PARANÁ. Prefeitura Municipal de Piraquara. *“Mulher, viver sem violência.”* Disponível em: <<http://www.piraquara.pr.gov.br/Piraquara-aderiu-ao-programa-Mulher-Viver-sem-Violencia-4-1102.shtml>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

PARANÁ. Prefeitura Municipal de Piraquara. *Perfil*. Disponível em: <<http://www.piraquara.pr.gov.br/PERFIL-1-39.shtml>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

PARANÁ. Prefeitura Municipal de Piraquara. *Prefeito de Piraquara trabalha pela diminuição da violência contra a mulher*. Disponível em: <<http://piraquara.visionnaire.com.br/Prefeito-de-Piraquara-trabalha-pela-diminuicao-da-violencia-contra-a-mulher-4-466.shtml>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

PARANÁ. Secretaria da Educação. *Colégio Estadual Vila Macedo*. Disponível em: <<http://www.pqamacedo.seed.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=12>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200407&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

PASTANA, Debora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo*: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RADFORD, Jill; RUSSEL, Diana E. H. *Femicide: the politics of woman killing*. New Yorker: Twayne Publisher, 1992.

SAFFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes*: mito e realidade. Petrópolis: Vozes, 1976.

SÃO PAULO. Prefeitura Municipal. *Políticas públicas e igualdade de gênero*. In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia (Org.). São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.

SCIAMMARELLA, Ana Paula de Oliveira; FRAGALE FILHO, Roberto. (Des)constituindo gênero no poder judiciário. *Ex aequo*, Lisboa, n. 31, p. 45-60, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

SEGATO, Rita Laura. Cinco debates feministas: temas para una reflexión divergente sobre la violencia contra las mujeres. In: SEGATO, Rita Laura. *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de sueños, 2016. p. 153-175.

SEGATO, Rita Laura. *Estructuras elementares de la violencia*: ensayos sobre género entre a antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

SEGATO, Rita Laura. Femicídio e feminicídio: uma proposta de tipificação. *Revista Herramienta*, Buenos Aires, n. 49, 2012. Disponível em: <<http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-49/femicidio-y-feminicidio-una-propuesta-de-tipificacion>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

SEGATO, Rita Laura. Território, soberania e crimes de segundo Estado: a escritura nos corpos das mulhe-

res de Ciudad Juárez. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 265-285, maio/ago. 2005.

SOUZA, Lídio de; CORTEZ, Mirian Beccheri. A delegacia da mulher perante as normas e leis para o enfrentamento da violência contra a mulher: um estudo de caso. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 621-639, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Os riscos da violência institucional na violência de gênero: uma necessária contribuição da teoria crítica dos direitos humanos. In: BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo Gaudêncio (Org.). *A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos*. Brasília: AMAGIS-DF, 2016. p. 199-218.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; FERREIRA, Natália Neves Alves Ferreira. Políticas de intervenção no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 2. n. 1, p. 246-267, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/298/pdf_1>. Acesso em: 10 fev. 2018.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. O tratamento judicial da violência conjugal no Canadá: resposta punitiva, marcadores sociais e expectativas das vítimas. *Confluências. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 16, n. 3, p. 173-195, 2014. Disponível em: <<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/viewFile/382/309>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência – 2012: caderno complementar 1: homicídio de mulheres no Brasil*. 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência – 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência – 2014: homicídios e juventude no Brasil*. 2014. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org/pdf2014/Mapa2014_AtualizacaoHomicidios.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência - 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 2016. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A prática da mistanásia nas prisões femininas brasileiras ante à omissão do direito à saúde e a negação da dignidade humana

Mistanasia of incarcerated women in brazil omissions of the right to healthcare and the denial of their dignity

Elias Jacob de Menezes Neto

Tiago José de Souza Lima Bezerra

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

A prática da mistanásia nas prisões femininas brasileiras ante à omissão do direito à saúde e a negação da dignidade humana*

Mistanasia of incarcerated women in brazil omissions of the right to healthcare and the denial of their dignity

Elias Jacob de Menezes Neto**

Tiago José de Souza Lima Bezerra***

RESUMO

Este artigo desenvolve uma análise sobre o direito à saúde nas prisões femininas brasileiras sob a perspectiva da Bioética, por meio do conceito de *mistanásia*, neologismo introduzido pelo bioeticista brasileiro Márcio Fabri dos Anjos em 1989. Verifica-se que há poucos estudos que tratam, especificamente, sobre mulheres encarceradas e, quando se trata sobre o direito à saúde dessas mulheres, essa quantidade é ainda menor. As pesquisas existentes demonstram que existe uma colossal omissão estatal em concretizar os direitos sociais nos estabelecimentos prisionais, especialmente quando se trata de mulheres presas. Pretende-se, portanto, analisar a negação do direito à saúde dessas mulheres sob a perspectiva da mistanásia. Para tanto, é primordial partir da visão de Ingo Sarlet sobre a dignidade da pessoa humana, conceito-chave para compreender a importância da concretização do direito à saúde, contrapondo-se à Teoria da Fissão Nuclear da Dignidade Humana, apresentada de forma inédita nesta obra. Conclui-se que o Estado pratica a mistanásia de mulheres presas, provocando a morte social e física por meio da negação dos direitos fundamentais mais básicos, como o direito à saúde. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica, com base na doutrina, legislação e jurisprudência do STF. Em especial, recorreu-se ao Portal de Periódicos do CAPES/MEC na busca por artigos e teses em Língua Estrangeira, especialmente diante da escassez da quantidade de obras que tratam do tema no Brasil.

Palavras-chave: Mistanásia. Prisões femininas. Direito à saúde. Morte social. Bioética.

ABSTRACT

This paper develops an analysis about the right to health in Brazilian women's prisons from the perspective of Bioethics, through the concept of *mistanásia*, neologism introduced by the Brazilian bioethicist Márcio Fabri dos Anjos in 1989. There are few studies dealing specifically with incarceration

* Recebido em 06/02/2018
Aprovado em 07/03/2018

** Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor adjunto do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, campus de Caicó/RN. Coordenador do Laboratório de Governança Pública da UFRN. E-mail: eliasjacob@ceres.ufrn.br

*** Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN/CERES). Monitor e bolsista de Iniciação Científica do Laboratório de Governança Pública da UFRN. E-mail: tiagojose.ufrn@gmail.com

ted women, and when it comes to women's right to health, that number is even smaller. Existing research shows that there is a colossal state omission to enforce social rights in prisons, especially when it comes to women prisoners. It is intended, therefore, to analyze the denial of the right to health of these women from the perspective of *mistanásia*. It is essential to bring Sarlet's vision on the dignity of the human person, a key concept to understand the importance of materializing the right to health, in opposition to the theory of the nuclear fission of human dignity, presented unprecedentedly in this paper. It is concluded that the State really practices the *mistanásia* of women prisoners, provoking social and physical death through the denial of the most basic fundamental rights, such as the right to health. Bibliographic research has been used, based on the doctrine, the legislation and the jurisprudence of the STF. The Portal of Periodicals of CAPES/MEC has been essential to search for articles and theses in foreign language, especially in view of the scarcity of the number of works that deal with the theme in Brazil.

Keywords: *Mistanásia*. Women's prisons. Rights to health. Social death. Bioethics.

1. INTRODUÇÃO

O início do ano de 2017 foi marcado por sangue na história do sistema penitenciário brasileiro. Vários meios de comunicação divulgaram imagens de rebeliões, massacres e verdadeiras guerras entre facções existentes nos presídios de mais de seis estados brasileiros.

Presídios localizados no Amazonas, Roraima, Rio Grande do Norte, Santa Catarina e São Paulo foram palcos de um massacre que resultou em 131 mortes, conseguindo ultrapassar até mesmo o número de mortos no massacre do Carandiru (111 presos mortos em 2 de outubro de 1992)¹.

Os fatos acima relatados trouxeram à tona a situação real em que os presídios brasileiros vivem, contrastando, ironicamente, o grande aparato legislativo que garante direitos fundamentais aos presos, como a Lei de Execução Penal e a própria Constituição da República de 1988, além dos tratados de direito internacional, *e.g.* a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Foi neste cenário que surgiu este artigo, abordando os aspectos jurídicos da negação de direitos (especificamente o direito à saúde) nas prisões femininas brasileiras, por meio de uma visão da Bioética e do Biodireito com o conceito de *mistanásia*, neologismo introduzido pelo bioeticista brasileiro Márcio Fabri dos Anjos em 1989.

Este artigo analisará a omissão do Estado em garantir o direito à saúde a mulheres que cumprem penas privativas de liberdade, provocando situações degradantes e indignas. Mesmo existindo um conjunto de normas que as protegem e garantem seus direitos minimamente, ignoram a existência daquelas pessoas e ocasionam mortes sociais e, conseqüentemente, a morte do corpo físico, de forma miserável e precoce — *mistanásia*.

Para tanto, será realizada uma pesquisa bibliográfica, por meio de consulta à doutrina, legislação e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O Portal de Periódicos do CAPES/MEC será essencial para buscar artigos e teses em língua estrangeira, especialmente diante da escassez da quantidade de obras que tratam do tema no Brasil.

Busca-se a ampliação do conceito de *mistanásia*, aplicado inicialmente à Bioética e associado à eutanásia, ao ser abordado, neste trabalho, em um tema que, geralmente, é estudado, exclusivamente, sob a ótica do

1 MORTES em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Direito Penal, do Direito Constitucional ou da Medicina. Aqui, será feita uma associação entre todas essas áreas, além de referenciar importantes conceitos da Bioética aplicada à Execução Penal e à Criminologia, com o objetivo de buscar soluções para um grave problema do sistema carcerário brasileiro.

Ao digitar o termo “mistanásia” no Portal de Periódicos CAPES/MEC, há apenas seis resultados, dos quais apenas um trata de fato sobre o tema. Percebe-se, assim, a pouca quantidade de obras que tratam desse assunto, sendo este artigo pioneiro ao abordar o direito à saúde de mulheres presas sob a perspectiva da mistanásia.

Será apresentado o conceito de mistanásia, baseando-se nos estudos de Pessini e Ricci (2017) e demonstrando sua aplicação prática. Esse conceito tem ampla aplicação no Brasil, principalmente pelo fato de ter sido desenvolvido por um brasileiro que, certamente, conhecia a realidade da desigualdade social e injustiças do País. Nessa seção, também serão apresentados os princípios da Bioética, elaborados por uma comissão formada pelo Governo norte-americano (*The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*) em 1978. Será feita, ainda, uma reflexão sobre a proteção da dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva de Sarlet (2006).

Finalmente, explorar-se-á o direito à saúde no sistema prisional feminino brasileiro, demonstrando as situações mistanásicas e degradantes pelas quais as mulheres presas passam por terem o direito à saúde negado pelo Estado, especialmente na falta de higiene adequada e na violência obstétrica praticada contra detentas grávidas. Diante da escassez de pesquisas nacionais sobre a discussão de gênero nas prisões, os trabalhos de Taylor (2004) e Antony (2007) serão essenciais para a realização desta pesquisa. Pretende-se, ainda, analisar os resultados da pesquisa realizada por Leal *et al.* (2016), sobre a gestação de detentas grávidas. Finalmente, será discutida a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal sobre o direito penitenciário, especialmente no que se refere à possibilidade de se responsabilizar o Estado por danos causados aos presos e por mortes destes.

2. O conceito de mistanásia e a proteção da dignidade humana

A expressão “mistanásia” foi utilizada, pela primeira vez, em 1989, pelo bioeticista brasileiro Márcio Fabri dos Anjos, diante da imensa desigualdade social existente e da situação de abandono socioeconômico, violência e negligência política a que se submetiam pessoas cujas vidas não eram valorizadas, ocasionando mortes evitáveis, precoces e infelizes².

Pessini e Ricci explicitam como as desigualdades sociais causadas por sistemas e estruturas presentes em uma “cultura da morte que gera novas formas de exposição à morte, invisível e subtraída do olhar” ocasionam a morte sociopolítica antes da morte física de pessoas sujeitas a “instrumentos de reprodução sistêmica de desigualdades e exclusão”³. Esse fenômeno (mistanásia), muito próximo do antigo instituto da morte civil, tem características próprias e peculiares, superando o conceito de “eutanásia social”, utilizado pelo jesuíta francês Patrick Verspieren, a partir da década de 1984, para designar o mesmo fenômeno associado especialmente, na época, às experiências eugênicas realizadas pelos nazistas para a “eliminação direta e deliberada de indivíduos considerados inferiores ou deficientes para melhorar a raça ou para economizar os recursos públicos”⁴.

O instituto da morte civil, comum na Europa Medieval, fazia com que o indivíduo condenado, apesar de não ser morto fisicamente ou mantido preso, perdesse todos os seus direitos civis e políticos, “cessando por

2 PESSINI, Leo; RICCI, Luiz Antônio Lopes. O que entender por Mistanásia? In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado Brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.

3 PESSINI, Leo; RICCI, Luiz Antônio Lopes. O que entender por Mistanásia? In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado Brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 169.

4 RICCI, Luiz Antônio Lopes. *A morte social: mistanásia e bioética*. São Paulo: Paulus, 2017. p. 43.

completo sua participação na vida política e civil da comunidade”⁵. Esse instituto é muito semelhante à mistanásia, entretanto, nesta não há um pronunciamento oficial estatal declarando a morte social. Essa morte social ocorre de forma oculta, silenciosa e não oficial, gerando uma situação de desigualdade, iniquidade e negligência tão grande, que o indivíduo acaba morrendo fisicamente. É o que ocorre, por exemplo, com as pessoas que passam anos esperando a realização de exames e procedimentos médicos na fila dos hospitais públicos, e acabam morrendo por não terem acesso ao direito à saúde em tempo adequado.

É importante destacar que a mistanásia não se limita aos casos de espera em filas de hospitais públicos. Também abrange todas as situações, atuais ou potenciais, que são capazes de gerar a morte (primeiro, social; depois, física) de pessoas em situação de vulnerabilidade, que são esquecidas pelos sistemas e estruturas hegemônicas, sendo-lhes negado não somente o direito à saúde, mas também à dignidade, à vida, à igualdade, e à alimentação, como é comum ocorrer com moradores de rua; presos; garotas (os) de programa; travestis e transexuais expulsas de casa; mulheres vítimas de violência doméstica que não recebem medidas protetivas adequadas; dependentes químicos; crianças e adolescentes abandonados; pessoas que passam fome; pessoas com transtornos e doenças mentais que não recebem tratamento psiquiátrico adequado; pessoas que não têm acesso à água potável; entre outros.

Segundo Cabette a mistanásia significa “morrer como um rato”, representando “o abandono social, econômico, sanitário, higiênico, educacional, de saúde e segurança” a que essas pessoas são submetidas⁶. Há, então, três hipóteses da mistanásia, segundo o autor: 1) quando o indivíduo não se torna paciente por não conseguir ingressar no sistema de saúde vigente, devido a fatores geográficos, políticos e sociais, como é o caso dos moradores de rua; 2) quando o indivíduo consegue ingressar no sistema de saúde, porém, não é atendido em virtude do grande número de pacientes e à falta de estrutura adequada e 3) quando o indivíduo é atendido, porém, morre em consequência de erro médico, por imprudência ou negligência.⁷ A principal causa da mistanásia seria, então, a omissão do Poder Público na concretização dos direitos relacionados à saúde e à vida das pessoas consideradas hierarquicamente “inferiores” na sociedade.

Lima aponta como fatores da mistanásia a desigualdade social; a violência social; e os preconceitos decorrentes de raça/etnia/classe/gênero, “que inferiorizam categorias de pessoas”⁸. São fatores que dificultam o acesso de pessoas com menos recursos financeiros a direitos fundamentais, especialmente direitos sociais, como é o caso do direito à saúde. O fator dos preconceitos decorrentes de gênero será abordado em um tópico próprio ao tratar da mistanásia de detentas nas prisões brasileiras e da omissão do direito à saúde.

A mistanásia não deve ser associada à eutanásia, por tratar de um fenômeno totalmente díspar. Segundo Villas-Bôas, a eutanásia (*eu*, do grego, bom, belo, tranquilo; e *thanatos*, morte) trata da antecipação ou provocação da morte em pacientes terminais, motivada por piedade para com o sofrimento da vítima, afastando-se de institutos eugênicos ou utilitaristas.⁹ A expressão “eutanásia social” é, portanto, inadequada, pois a eutanásia, ao significar “boa morte”, “não se coaduna com a noção de ‘morte prematura’ e infeliz, caracterizadora da realidade que configura a morte miserável — a Mistanásia”¹⁰.

Assim, conforme Pessini e Ricci, “a mistanásia é geralmente a morte do pobre, resultado de uma vida

5 FARAH, Flávio. A morte civil dos brasileiros. *Revista JusNavigandi*, Teresina, ano 14, n. 2285, out. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13613/a-morte-civil-dos-brasileiros>>. Acesso em: 14 out. 2017.

6 CABETTE apud CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat *et al.* Mistanásia: os matizes da “morte miserável”. In: _____; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.). *Mistanásia: a morte miserável*. Rio de Janeiro: Brasil Multicultural, 2016.

7 CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat *et al.* Mistanásia: os matizes da “morte miserável”. In: _____; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.). *Mistanásia: a morte miserável*. Rio de Janeiro: Brasil Multicultural, 2016.

8 LIMA, Walber Cunha. *Bioética, mistanásia e direitos humanos: morte social e perspectivas para o seu enfrentamento*. 2017. 236f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/23511>>. Acesso em: 15 out. 2017.

9 VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.

10 CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Introdução. In: _____; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.). *Mistanásia: a morte miserável*. Rio de Janeiro: Brasil Multicultural, 2016.

precária e com pouca ou nenhuma qualidade [...], causada pelo abandono, omissão ou negligência social e pessoal”¹¹. Os autores demonstram, ainda, a importância de se conceituar e definir o termo para que haja a devida responsabilização e penalização dos seus agentes causadores quando oportuno.

Caso o Estado não seja capaz de garantir a vida íntegra e as condições mínimas de existência dessas pessoas, vítimas de uma vida de abandono e desprezo causados por sistemas e estruturas hierarquicamente superiores, ocasionando, eventualmente, a mistanásia, haverá a violação de todos os direitos fundamentais, como a liberdade, a igualdade, a autonomia, e a dignidade. Para Sarlet,

o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.¹²

Ora, nenhum lugar é mais propício para se falar da ausência de liberdade, autonomia, igualdade, direitos fundamentais e, até mesmo, dignidade, do que uma prisão. Reticamente, questiona-se: a realidade das prisões brasileiras condiz com a dignidade da pessoa humana? Quando se trata, especificamente, de prisões femininas, onde ainda há relatos de violência contra a mulher (inclusive contra gestantes), qual realidade prevalece? Se não há as condições mínimas para a existência digna dos apenados, certamente também não haverá limitação ao Poder Estatal de punir, e essas pessoas que cumprem pena passarão a ser objeto de injustiças e abusos.

A discussão da mistanásia está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e à previsão de princípios bioéticos nos ordenamentos jurídicos internacionais e nacional. Leite aponta que a Bioética surgiu como um ramo do saber ante à “preocupação com a vida humana e com a conduta daqueles que lidam, direta ou indiretamente, com o referido valor”¹³, tendo a expressão sido usada, pela primeira vez, pelo oncolologista Van Rensselaer Potter, em um artigo publicado em 1970 nos Estados Unidos.

Aqueles princípios foram elaborados, nos Estados Unidos, por uma comissão formada pelo Governo norte-americano (*The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*) em resposta às denúncias de experiências científicas em seres humanos¹⁴, as quais não tinham o mínimo de compromisso ético ou respeito à dignidade da pessoa humana. Como resultado da formação dessa comissão, foi produzido o Relatório Belmont (*The Belmont Report*), em 1978, identificando três princípios bioéticos: *respect for persons; beneficence; and justice* (respeito pelas pessoas; beneficência; e justiça)¹⁵.

11 PESSINI, Leo; RICCI, Luiz Antônio Lopes. O que entender por Mistanásia? In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado Brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 182.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 59.

13 LEITE, George Salomão. Bioética Constitucional. In: _____; GODINHO, Adriano Marteleto; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.

14 Leite exemplifica algumas dessas experiências: “Nos Estados Unidos da América, berço da bioética principialista, alguns casos específicos despertaram a opinião pública, o que suscitou uma reação do Governo ante os seguintes acontecimentos, são eles: a) em 1963, no Hospital Israelita de doenças crônicas de Nova York, foram injetadas células cancerosas vivas em pacientes idosos; b) entre 1950 e 1970, no Hospital de Willowbrook, Nova York, injetaram hepatite viral em crianças portadoras da Síndrome de Down; d) desde os anos 40, no Estado do Alabama, no caso Estudo Tuskegee, 400 negros sífilíticos foram deixados sem tratamentos para pesquisar o curso natural da doença, embora a penicilina já tivesse sido descoberta.” LEITE, George Salomão. Bioética Constitucional. In: _____; GODINHO, Adriano Marteleto; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.

15 THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BE-

Em síntese, os três princípios previstos no Relatório Belmont foram inspirados em alguns padrões criados pelo Código de Nuremberg¹⁶ para a condução de experimentos biomédicos que envolvessem seres humanos.

O respeito pelas pessoas envolve a autonomia, dando liberdade de escolha para que o paciente seja capaz de deliberar sobre as ações médicas, e tenha conhecimento suficiente para julgar necessária ou não a intervenção, mediante suas crenças pessoais. A beneficência consiste no fato de que as pessoas devem ser tratadas de maneira ética, tendo suas decisões respeitadas e sendo protegidas de qualquer mal, devendo o agente da saúde promover o bem-estar do paciente como uma obrigação, e não somente como um ato de bondade ou caridade (resume-se em não fazer o mal; maximizar os benefícios; e minimizar os malefícios). Por último, o princípio da justiça consiste em tratar, igualmente, as pessoas, especialmente no que diz respeito aos benefícios das pesquisas e à distribuição de tratamentos.¹⁷

Sarlet caracteriza a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, sendo irrenunciável e inalienável, podendo e devendo “ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”¹⁸. Dessa forma, quando o Estado pratica atos mistanásicos, que comprometem a saúde e a vida de pessoas esquecidas pela sociedade e por sua condição social, provocando a morte precoce e social, ele também está violando a dignidade da pessoa humana. É da dignidade que decorrem todos os outros princípios, inclusive os de natureza ética, como aqueles declarados no Relatório Belmont e consagrados pela Bioética. A dignidade é, portanto, anterior a qualquer codificação ou manifestação estatal referente à proteção do ser humano. Ela já existe na essência do próprio homem¹⁹. Sem embargo, conforme aponta o autor, o Direito tem um importante papel para a proteção e a promoção da dignidade, devendo cada ordenamento jurídico se compor de todos os meios possíveis para garanti-la.

Ao tratar da dignidade como característica inerente do ser humano, Sarlet aborda também o sujeito de estudo deste trabalho: pessoas em situação de cárcere. Assim,

Além disso, como já frisado, 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

HAVIORAL RESEARCH. *The Belmont Report: Ethical Principals and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*. Washington, D.C., 1978.

16 Lopes, ao tratar da História da Bioética, explica que “No final da década de 40, o mundo ocidental ainda tentava se recuperar do pesadelo que fora a Segunda Guerra Mundial, quando o Tribunal de Nuremberg, responsável pelo julgamento de criminosos de guerra, traz à tona a monstruosidade de alguns experimentos realizados em seres humanos vulneráveis, na Alemanha nazista. Mais grave ainda, a humanidade, perplexa, vê, assentados no banco dos réus, 23 pessoas acusadas de crimes de guerra e contra a humanidade, e entre eles 20 são médicos. Desses 23, 16 são declarados culpados, sendo sete condenados à morte. Esse contexto evidencia que a ética profissional dos médicos, em princípio beneficente, não é sempre confiável, tampouco a consciência moral do investigador é suficiente como limite seguro para o controle da experimentação. Abalam-se, simultaneamente, o paternalismo médico e a suposta neutralidade da ciência. Em agosto de 1947, o mesmo tribunal divulga as suas sentenças e elabora um documento histórico chamado Código de Nuremberg. Nele são propostas recomendações éticas a serem observadas nas pesquisas que envolvam seres humanos. O primeiro artigo prescreve que, para a experimentação humana, é imprescindível o consentimento voluntário do envolvido. No ano seguinte, 1948, mais um documento histórico: a Declaração Universal dos Direitos do Homem [...]” LOPES, José Agostinho. Bioética: uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979). *Revista Médica de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 262-273, 2014.

17 THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *The Belmont Report: Ethical Principals and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*. Washington, D.C., 1978.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

19 “Assim, vale lembrar que a dignidade, evidentemente, não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa. Todavia, importa não olvidar que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem fundamento que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 42

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. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana — na esteira do que lembra José Afonso da Silva — como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir — no sentido aqui acolhido — atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”, preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou — após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade deste século — as premissas basilares da doutrina kantiana.²⁰

Por se tratar de um fenômeno que age de forma oculta e dissimulada, é difícil revelar a mistanásia na prática, pois a entidade que a provoca é a mesma que garante, em um texto dotado de supremacia constitucional, os direitos à vida; à saúde; à alimentação; ao trabalho; à segurança; à dignidade; à liberdade; e à igualdade. Portanto, é essencial que a sociedade civil e o Poder Público fiscalizem, verifiquem, e deem espaço para que as pessoas consideradas marginalizadas tenham acesso, de fato, à garantia desses direitos. Uma das formas de o Estado combater a mistanásia é justamente a partir de políticas públicas que promovam esses direitos na prática, com projetos que envolvam a participação social e garantam a integração entre os diferentes grupos sociais, ajudando, assim, a minimizar as diferenças sociais e os preconceitos que criam forma e “matam” pessoas de forma violenta e miserável.

3. O DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL FEMININO BRASILEIRO ANTE À MISTANÁSIA

Estudos mostram que o Brasil enfrenta um grave problema de superlotação de presídios. De acordo com o *Human Rights Watch*, “o número de adultos atrás das grades aumentou 85 por cento de 2004 a 2014 e ultrapassa 622.000 pessoas, quantidade 67 por cento acima da capacidade oficial das prisões, segundo os últimos dados do Ministério da Justiça”²¹.

A capacidade de produção da população carcerária é muito inferior comparada à sua capacidade de consumo. Logo, o Estado tem que manter e arcar com uma população que não produz, mas que praticamente apenas consome. Não é difícil perceber a falta de interesse do Estado em investir, massivamente, na saúde da população carcerária. Afinal, quanto maior a quantidade de detentos doentes, maior é a chance de haver mortes, e, assim, o Estado encontraria, rapidamente, uma “solução” para o problema da superlotação dos presídios. Quanto menos detentos, menos gastos para o Estado. Este é um dos vários aspectos mistanásicos do direito à saúde existente no Brasil. Enfim, em um país onde 46% das pessoas aceitam a pena de morte, e 51% são a favor da prisão perpétua²², quem irá questionar o tratamento à saúde que o Estado dá a quem cumpre execução penal?

20 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 43-44.

21 HUMAN RIGHTS WATCH. *Relatório Mundial 2017*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766#237f70>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

22 Em 2011, o Estadão publicou uma pesquisa CNI/Ibope segundo a qual 83% dos entrevistados acreditam que penas mais severas reduziram a criminalidade. Mais da metade (51%) apoia totalmente a prisão perpétua, inexistente no Brasil. Um percentual significativo – 31% – defende a adoção da pena de morte e outros 15% acham que pode ser justificada em alguns casos. 75% dos entrevistados defendem a redução da maioria para 16 anos e o mesmo número acredita que adolescente quem comente crimes violentos deveriam ser punidos como adultos. 53% são favoráveis à privatização dos presídios. PARAGUASSU, Lisandra. No Brasil, 46% aceitam pena de morte e 51%, prisão perpétua. *O Estadão*. São Paulo, 19 out. 2011. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-46-aceitam-pena-de-morte-e-51-prisao-perpetua,787757>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

Segre e Ferraz criticam o conceito de *saúde*, definido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) “como não apenas a ausência de doenças, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social”, por considerarem o perfeito bem-estar uma utopia²³. Citam até mesmo Freud (1908 e 1930), ao “mostrar como a perfeita felicidade de um indivíduo dentro da civilização constitui algo impossível”.

A crítica dos autores interessa a este trabalho justamente por se defender a ideia de que nunca será possível atingir, integralmente, o perfeito bem-estar físico, mental e social. Não obstante, o Estado tem a obrigação de garantir a todos um mínimo existencial relativo ao direito à saúde, conforme será demonstrado a seguir²⁴.

Júnior e Silva, ao abordarem os alvos prioritários no orçamento público, definem o mínimo existencial como “as condições materiais mínimas de existência que refletem os elementos basilares da ideia de dignidade humana e transparecem aquele mínimo sobre o qual abaixo dele qualquer um repousaria em uma situação de indignidade [...]”²⁵. Esse conceito está intrinsecamente relacionado à ideia de dignidade humana exposta por Sarlet (2006), podendo-se concluir que a ausência dessas condições, de forma habitual e coletiva, conduz à mistanásia.

As normas relativas ao Direito Penitenciário estão previstas na Constituição Federal; na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984); no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941); no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940); e em algumas leis específicas regulando situações especiais, como o uso de algemas; amamentação na prisão; e prisão domiciliar.

A maioria dessas leis preveem normas gerais que foram feitas para serem aplicadas em presídios masculinos, esquecendo e ignorando as peculiaridades do corpo, da saúde e do comportamento das mulheres em situação de cárcere.

O sistema prisional não pode se impor, da mesma forma, para homens e mulheres por uma questão muito simples e óbvia: biologicamente, o corpo humano do homem e da mulher tem necessidades muito diferenciadas e, quando se trata do corpo dessa última, existem peculiaridades que não podem ser ignoradas em uma prisão, tais como acompanhamento ginecológico e obstétrico; exames preventivos; mudanças de humor por alterações hormonais; gravidezes indesejadas e de risco; ciclo menstrual irregular; entre outras questões.

É preciso, portanto, discutir a questão de gênero nas prisões, inclusive, no que se refere à discussão dos papéis sociais impostos aos homens e mulheres na sociedade atual. Segundo Antony, “*es necesario incluir un enfoque de género en las políticas penales y penitenciarias*”²⁶. Os casos relatados de violência e omissão de assistência à saúde nas prisões femininas demonstram o quanto a falta da discussão da questão de gênero tem um impacto na realidade da vida das mulheres que cumprem pena, especialmente nos países subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento. Essa omissão, todavia, é relatada de forma menos expressiva nas prisões masculinas, diante da simplicidade da maioria dos casos clínicos que envolvem homens e da própria organização da estrutura do sistema carcerário, que foi feito e pensado, originalmente, para abrigar homens.

Essa questão pode ser evidenciada na pequena quantidade de trabalhos e normas existentes no Brasil que abordam especificamente o sistema prisional feminino. Do material existente, há um foco para as prisões masculinas, ignorando as questões de gênero e as peculiaridades da saúde da mulher. Ao realizar uma busca

23 SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016&lng=en&nrn=i>. Acesso em: 03 nov. 2017.

24 O artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

25 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Hélio Varela de; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. A concretização do direito fundamental à saúde no Brasil a partir da sua estrutura prioritária na Constituição Federal de 1988. In: XAVIER, Yanko Marcus de Alencar *et al.* *Concretização de direitos fundamentais na Argentina, Brasil e Espanha: direito à saúde, proteção ao trabalhador e ao idoso*. Natal: EDUFRN, 2015.

26 ANTONY, Carmen. Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina. *Nueva Sociedad*, n. 208, 2007. Disponível em: <<http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/artpma/mujeres%20delinquentes.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

no Portal de Periódicos do CAPES/MEC com os termos “sistema prisional”, há 531 resultados, havendo um foco para as questões do sistema prisional masculino; com os termos “sistema prisional masculino”, há 106 resultados, verificando-se que grande parte das pesquisas nessa área já se incluem no item anterior; e, com os termos “sistema prisional feminino”, há 107 resultados, os quais tratam, na maioria, de estudos de casos específicos em prisões relacionados ao controle de doenças como Tuberculose, Hepatite e Aids. Segundo Antony, uma das explicações para a falta de estudos dessa população seria:

La falta de literatura penal y criminológica sobre las mujeres no es, desde nuestro punto de vista, atribuible solamente a la tasa de delincuencia femenina, que es inferior a la masculina. Creemos que la delincuencia femenina no había sido objeto de estudio porque muchas investigaciones partieron de estereotipos sobre la mujer que solo contribuyeron a distorsionar la realidad.

Falta, por lo tanto, una política criminal con perspectiva de género. Ésta es la causa por la cual las necesidades de los hombres que se encuentran en prisión se privilegian frente a las necesidades de las mujeres, lo cual se traduce en la inexistencia de una arquitectura carcelaria adecuada y en la falta de recursos. [...] ²⁷

A falta da discussão de gênero nas prisões e a interferência dos papéis sociais que homens e mulheres exercem na sociedade influenciam, até mesmo, a divisão do trabalho nas prisões femininas, e a qualificação profissional e a busca por oportunidades no mercado de trabalho no final do cumprimento da pena. A maioria dos trabalhos ofertados nas prisões femininas são associados a atividades domésticas, que não darão possibilidades de a mulher viver por conta própria ao sair da prisão. Conforme Antony,

El objetivo de los regímenes penitenciarios es devolverla a la sociedad como una <<verdadera mujer>>, para lo cual se recurre a las técnicas tradicionales de socialización. Los trabajos y la supuesta formación profesional impartida en la cárcel están dirigidos a aprender a coser, planchar, cocinar, limpiar, confeccionar pequeñas artesanías y tomar cursos de modistería. Esto traduce una total despreocupación por el mercado laboral que les espera cuando salgan en libertad, pues pocas de estas actividades les permitirán subsistir de manera independiente.

Este modelo social traza una equivalencia entre lo femenino y lo maternal y reproduce vínculos que maternalizan e infantilizan a las mujeres. La condición femenina es definida, entonces, por un modelo social y cultural que se caracteriza por la dependencia, la falta de poder, la inferioridad física, la sumisión y hasta el sacrificio. ²⁸

A Constituição Federal prevê que não haverá penas cruéis (artigo 5º, XLVII, “e”), devendo a pena ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade, e o sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII). O direito à saúde daqueles que cumprem pena está previsto no inciso seguinte, que prevê que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (artigo 5º, inciso XLIX). Especificamente em relação às mulheres presas, a Constituição dispõe no artigo 5º, inciso L, que serão asseguradas condições para que elas possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Conforme será demonstrado, todas essas normas têm sido violadas.

Uma das questões que mais causa problemas na prática em relação ao direito à saúde das mulheres em situação de cárcere é a gravidez e a violência obstétrica decorrente dos abusos praticados contra essas mulheres. É contra a população carcerária feminina que possui filhos ou engravida (antes ou durante o cumprimento da pena) que a mistanásia mais se manifesta quando se trata desse público. Destaca-se a pesquisa “Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil”, realizado pela Fundação Oswaldo Cruz entre os anos de 2012 e 2014, que estudou a população encarcerada feminina das capitais e regiões metropolitanas do Brasil, focando nas condições da gestação e parto durante o encarceramento ²⁹.

27 ANTONY, Carmen. Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina. *Nueva Sociedad*, n. 208, 2007. Disponível em: <<http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/artpma/mujeres%20delincuentes.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016. p. 74.

28 ANTONY, Carmen. Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina. *Nueva Sociedad*, n. 208, 2007. Disponível em: <<http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/artpma/mujeres%20delincuentes.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016. p. 76-77.

29 LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2061-2070, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702061&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 nov. 2017.

A referida pesquisa estudou 241 mães encarceradas em unidades prisionais das capitais e regiões metropolitanas do Brasil. Foi possível traçar um perfil sociodemográfico dessas mulheres, apontando que elas eram “majoritariamente jovens, pardas, de baixo nível de escolaridade, com alta paridade e estavam grávidas quando foram presas. A assistência pré-natal se iniciou tardiamente e foi inadequada quanto ao número de consultas”³⁰. Percebe-se a morte social dessas mulheres e os indícios da mistanásia quando se traça o perfil social. São mulheres que não tiveram acesso à educação, jovens, negras, estatisticamente de classe inferior; esquecidas pelo Estado e pela sociedade, cuja morte social ocorreu a partir do seu nascimento e imersão em um universo de desigualdade provocada por sistemas e estruturas hegemônicos.

Observam-se os dados da tabela com as características sociodemográficas das entrevistadas:

Tabela 1 – Perfil sociodemográfico das entrevistadas

Tabela 1. Características sociodemográficas de 241 mães de menores de um ano encarceradas em unidades prisionais das capitais e regiões metropolitanas do Brasil.		
	N [*]	%
Idade		
18 e 19	12	5,0
20 a 24	97	40,2
25 a 29	65	27,0
30 a 34	54	22,4
35 e mais	13	5,4
Cor da pele		
Branca	68	28,3
Parda	137	57,1
Preta	31	12,9
Amarela	3	1,2
Indígena	2	0,8
Escolaridade (n = 240)		
Sem instrução	12	5,0
1 a 4 anos de estudo	34	14,2
5 a 7 anos de estudo	82	34,2
8 ou mais anos de estudo	112	47,6
Situação conjugal (n = 238)		
Com companheiro	104	44,4
Sem companheiro	134	55,6
Chefe da família		
A própria	73	30,3
Companheiro	59	24,5
Mãe	56	23,2
Outros	53	22,0
Número de vezes que foi presa**		
1 ^o vez	137	56,8
2 ^o vez	56	23,2
3 ^o vez ou mais	48	19,9
Tempo de prisão atual		
Até 3 meses	11	4,6
3 a 6 meses	37	15,4
6 a 12 meses	106	44,0
12 a 24 meses	65	27,0
24 meses ou mais	22	9,1

*N variável de acordo com o número de observações ignoradas. **incluindo prisão atual.

Fonte: LEAL, *et al.*³¹

30 LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2061-2070, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702061&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 nov. 2017. p. 2066.

31 LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2061-2070, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-

Ainda sobre o perfil sociodemográfico, a pesquisa demonstra que as mulheres encarceradas estão em uma situação ainda pior que as mulheres livres que fazem uso do SUS:

[...] Grande parte da população prisional se origina de grupos com pior condição socioeconômica, o que foi observado neste estudo pela alta prevalência de mulheres com baixa escolaridade. Além do fator de risco inerente a essa baixa condição socioeconômica, as mulheres que passam pela gestação e parto em uma prisão são ainda mais vulneráveis. A atenção à gestação deveria ser iniciada desde a admissão da mulher na prisão, com a oferta do teste de gravidez durante o exame de ingressantes, como previsto pelas normas nacionais e internacionais, o que levaria a um maior benefício com o cuidado pré-natal. No entanto, apenas 35% das mulheres encarceradas tiveram um pré-natal adequado e esse percentual foi duas vezes menor que o encontrado na pesquisa “Nascer no Brasil”, onde 76% das mulheres tiveram início precoce e 73% ao menos seis consultas de PN. Para as gestantes atendidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) esses valores foram de 73% e 68%, respectivamente, o que mostra a desvantagem das mulheres encarceradas mesmo quando comparadas às usuárias do SUS, que têm condições sociais semelhantes.³²

A pesquisa realizada ainda pode constatar que houve relatos de violência verbal e psicológica durante a estadia nas maternidades. 35,7% das mulheres relataram que houve utilização de algemas em algum momento na internação, inclusive, durante o parto³³.

Como forma de mitigar o problema e demonstrar a atuação estatal no combate à violência obstétrica, o Estado de Santa Catarina publicou a Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017, dispondo sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica naquele Estado. Essa lei tem caráter informativo, abordando ações que configuram violência obstétrica. Aplica-se, portanto, também às mulheres que estão em situação de cárcere. O artigo 2º da Lei define violência obstétrica como “todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período puerpério”. O inciso XIV do artigo 3º considera como uma das formas de ofensa física o uso de algemas em detentas em trabalho de parto³⁴.

Sobre a utilização de algemas, o STF já havia publicado, em 2008, a Súmula Vinculante nº 11³⁵, restringindo seu uso a casos de resistência e de fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. Em abril de 2017, foi sancionada a Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017, que acrescenta o parágrafo único ao artigo 292 do Código de Processo Penal³⁶, para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. É difícil imaginar que uma mulher grávida ou em trabalho de parto teria resistência suficiente a ponto de causar perigo ou fundado receio de fuga. Infelizmente, as normas ora citadas demonstram o atraso do Brasil não somente quanto à realidade social, mas quanto ao respeito pela dignidade humana.

81232016000702061&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 nov. 2017. p. 2065.

32 LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2061-2070, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702061&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 nov. 2017. p. 2066.

33 LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2061-2070, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702061&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 nov. 2017.

34 SANTA CATARINA. *Lei Estadual n. 17.097, de 17 de janeiro de 2017*. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_Lei.html> Acesso em: 11 nov. 2017.

35 Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n.11*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

36 Art. 292, parágrafo único, Código de Processo Penal: É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

A Lei nº 13.434/2017 foi um dos resultados das Regras de Banguecoque, “regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras”³⁷, observando questões de gênero nas prisões femininas e na execução penal. Essas regras representam um marco internacional no reconhecimento e na luta dos direitos das mulheres em situação de cárcere, tendo esse documento sido emitido pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2010.

Entre as Regras de Banguecoque, destacam-se a número 4, que recomenda que as mulheres presas permaneçam em prisões próximas ao seu meio familiar; a número 5, que trata da higiene pessoal e prevê a existência de instalações com materiais exigidos para a satisfação da higiene específica das mulheres, como absorventes gratuitos e suprimento regular de água; e a número 6, que prevê a realização de exame médico de ingresso, avaliando a existência de doenças sexualmente transmissíveis, necessidade de cuidados com a saúde mental, histórico da saúde reprodutiva da mulher, existência de dependência de drogas, e abuso sexual ou outras formas de violência que ela possa ter sofrido³⁸.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), por sua vez, prevê a assistência à saúde do preso como um dever do Estado (artigos 10 e 11, II); a assistência material, consistindo no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (artigo 12); a assistência à saúde com caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico (artigo 14); o acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-natal, extensivo ao recém-nascido (artigo 14, § 3º); a assistência social, amparando o preso para prepará-lo para o retorno à liberdade (artigo 22); as precauções relativas à segurança e à higiene na organização e métodos de trabalho (artigo 28, § 1º); e o direito à integridade física e moral, incluindo alimentação suficiente e vestuário, assistência material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (artigos 40 e 41)³⁹.

Uma pesquisa realizada por Taylor demonstrou que “women prisoners in particular suffer from poor physical and mental health — often at a rate and severity far exceeding that affecting either male prisoners or the civilian population”⁴⁰. É importante discutir essas condições físicas e mentais que atingem mais mulheres presas do que homens presos ou a população em liberdade. Percebe-se, por meio das estatísticas⁴¹ levantadas pela autora (e ela demonstra isso a partir de dados oficiais em diversos países, incluindo o Brasil), a necessidade de se abordar questões de gênero e feminismo no sistema prisional atual.

Taylor aponta que, no Reino Unido, há uma maior incidência de as mulheres presas sofrerem de asma, epilepsia, pressão alta, ansiedade, depressão, gastrite, problemas menstruais, dificuldades na visão e audição, e problemas nos rins e na bexiga. Nos Estados Unidos, a autora descobriu que as presas ainda estão mais sujeitas a doenças infecciosas, incluindo tuberculose, doenças sexualmente transmissíveis, hepatite B e C, e HIV. A pesquisa também destacou um estudo da *Human Rights Watch* sobre prisões femininas no Brasil, apontando que existe uma grande ameaça à saúde das mulheres que cumprem pena, havendo uma incidência de doenças muito maior em mulheres presas do que em homens, e que 20% das mulheres presas que fizeram

37 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

38 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

39 BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

40 TAYLOR, Rachel. *Women in prison and children of imprisoned mothers*: preliminary research paper. 2004. Disponível em: <http://www.quino.org/sites/default/files/resources/Preliminary%20Research%20Paper_women%20in%20prison%20and%20children%20of%20imprisoned%20mothers.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017. p. 7.

41 “Studies in the UK have found that ‘Female prisoners consult doctors about 20 times a year. This is five times more frequently than women of equivalent age in the community’ and a survey of prisoners revealed that ‘60% of women rated their own health as fair, poor or very poor.’” TAYLOR, Rachel. *Women in prison and children of imprisoned mothers*: preliminary research paper. 2004. Disponível em: <http://www.quino.org/sites/default/files/resources/Preliminary%20Research%20Paper_women%20in%20prison%20and%20children%20of%20imprisoned%20mothers.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017. p. 55

teste do vírus da AIDS na Penitenciária Feminina de São Paulo foram diagnosticadas com HIV positivo.⁴²

A falta de recursos nas prisões femininas também é explorada na pesquisa de Howard (2003), citado por Taylor. Notou-se que há, no Brasil,

Chronic shortage of medical staff and medical supplies for women with HIV, TB and epilepsy. Pre-trial facilities are particular bad, with a doctor attending once a week if at all, no equipped infirmary and no full-time nurse. Prisoners administer medications themselves and select which prisoners are sick enough to see doctor. Follow up consultations are rare... Women have higher levels of HIV, STDs as well as other sexual health care needs, but no state programme exists to deal with this. For example, infrequent blood tests for pregnant women lead to the possibility of passing on HIV through breast-feeding. No smear testing or breast screening available.⁴³

A realidade demonstrada acima é comum e continua presente nas prisões femininas, havendo diversas omissões do Estado quanto à realização do direito à saúde das mulheres que cumprem pena privativa de liberdade no Brasil.

A situação das mulheres presas no Brasil ganhou destaque na literatura nacional no ano de 2017. Varella, médico da Penitenciária Feminina de São Paulo, retrata a rotina do seu dia de trabalho naquele lugar, falando sobre algumas consultas; a história de vida de algumas detentas; a presença de facções criminosas na penitenciária; e o dia a dia na prisão. Apesar de abordar pouquíssimas questões relativas ao direito à saúde das presas (o que frustra as expectativas do leitor já que, pelo fato de o autor ser médico e atuar como tal no estabelecimento, seria natural esperar um maior destaque para a situação real da saúde das mulheres), é possível visualizar a negação do direito à saúde e o perfil da saúde (inclusive mental) das presas em alguns trechos:

Os problemas de saúde eram muito diferentes daqueles que eu havia enfrentado nas prisões masculinas. Em vez de feridas mal cicatrizadas, sarna, furúnculos, tuberculose, micoses e as infecções respiratórias dos homens, elas se queixavam de cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acne, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes, suspeita de gravidez. Afastado da ginecologia desde os tempos de estudante, eu não estava à altura daquelas necessidades.⁴⁴

[...]

Queixou-se de que estava exausta, não suportava mais tanto estresse.

Tudo que acontece no pavilhão é comigo. Sou eu pra cá, eu pra lá, eu pra acolá o tempo inteiro. Ainda enlouqueço neste inferno. Cadeia foi feito pra homem, doutor, mulher não tem procedimento. Aqui elas brigam até por um lugar no varal pra pendurar a calcinha.⁴⁵

Verifica-se, nesses dois trechos, algumas das principais enfermidades enfrentadas pelas detentas na Penitenciária Feminina de São Paulo, comum também aos demais presídios brasileiros que abrigam mulheres. Os problemas de saúde são bem diversos daqueles enfrentados por detentos, estando mais relacionados à saúde mental e à sinais de estresse, além de questões únicas do corpo feminino, como afecções ginecológicas e suspeitas de gravidez.

[...]

As que chegam grávidas ou engravidam nas visitas íntimas saem da cadeia apenas para dar à luz. Voltam da maternidade com o bebê, que será amamentado e cuidado por seis meses nas celas de uma ala especial. Cumprido esse prazo, a criança é levada por um familiar que se responsabilize ou por uma

42 TAYLOR, Rachel. *Women in prison and children of imprisoned mothers*: preliminary research paper. 2004. Disponível em: <http://www.quno.org/sites/default/files/resources/Preliminary%20Research%20Paper_women%20in%20prison%20and%20children%20of%20imprisoned%20mothers.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

43 TAYLOR, Rachel. *Women in prison and children of imprisoned mothers*: preliminary research paper. 2004. Disponível em: <http://www.quno.org/sites/default/files/resources/Preliminary%20Research%20Paper_women%20in%20prison%20and%20children%20of%20imprisoned%20mothers.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017. p. 57.

44 VARELLA, Dráuzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 14.

45 VARELLA, Dráuzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 16.

assistente social que o deixará sob a guarda do Conselho Tutelar. A retirada do bebê do colo da mãe ainda com leite nos seios é uma experiência especialmente dolorosa.

Quando cheguei à penitenciária, as mulheres ficavam apenas dois meses com a criança, contraposição injustificável às diretrizes do Ministério da Saúde, que recomenda pelo menos seis meses de amamentação exclusiva. Quando a Justiça se deu conta da injustiça que é punir um bebê pelos erros cometidos pela mãe, o período de seis meses passou a ser respeitado.⁴⁶

A obra retrata alguns casos de violência obstétrica, especialmente aos tipos relacionados ao pós-parto, quando há a separação da mãe e da criança ainda em estado de amamentação, antes do período indicado pela Medicina. O trecho que relata que as grávidas somente saem da cadeia para dar à luz demonstra, também, que existe, provavelmente, um acompanhamento pré-natal deficitário, ante à falta de estrutura adequada e até mesmo de equipe hospitalar especializada para fazer esse acompanhamento dentro do presídio.

[...]

Mulheres que não trabalham nem sempre conseguem o suficiente para o mínimo. Atendi uma senhora de idade indefinida, presa havia mais de dez anos, com uma micose extensa que começava nas regiões inguinais e descia até o meio das coxas. Prescrevi um creme antimicótico e recomendei que mantivesse a região bem seca.

Não consigo, só tenho uma calcinha. Lavo, torço e visto outra vez.

Todos os meses, cada mulher recebe dois rolos de papel higiênico, dois pacotes com dez absorventes íntimos, dois sabonetes, dois sabões em pedra e dois tubos de pasta de dente. Qualquer necessidade fora dessa lista corre por conta dela. Xampus, condicionadores, cremes de corpo, batons, esmaltes e outros itens essenciais aos cuidados femininos são comercializados no mercado negro.⁴⁷

A falta de higiene é nítida com a escassez de produtos de limpeza e higiene pessoal que são distribuídos nas prisões femininas. Essa situação de negligência gera o adoecimento das detentas, que estão mais suscetíveis a contrair infecções e atrair insetos e agentes patogênicos, como baratas, ratos, moscas e mosquitos.

Nana Queiroz, jornalista e ativista dos direitos das mulheres, publicou um livro contendo várias entrevistas com mulheres que foram presas e (literalmente) tratadas como homens em um sistema prisional que não foi construído para abrigá-las com dignidade. A autora é mais incisiva, relatando, especialmente, casos de violência obstétrica, sexual e de gênero no sistema prisional. Vide alguns trechos da obra, comentados a seguir:

Logo depois dessa inspeccionada rápida, Gardênia foi algemada à cama novamente. O procedimento é comum para presas que dão à luz. A ativista Heidi Cerneka, uma americana de português quase impecável e fala pausada, que há treze anos trabalha com a causa da mulher presa no Brasil na Pastoral Carcerária, faz brincadeira com esse protocolo:

Tem mulher que até dá a luz algemada na cama. Como se ela pudesse levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse levantar, qualquer policial com uma perna só andaria mais rápido que ela.⁴⁸

Esta obra retrata muitos casos de violência obstétrica, mostrando como essa prática é comum nas prisões femininas e extensiva ao SUS, quando os partos acontecem fora das prisões, em hospitais públicos. Muitas detentas grávidas são algemadas antes, durante e depois do parto, sob a alegação de “risco de fuga”, contrariando não somente a Súmula Vinculante nº 11 do STF, mas o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, existe, também, o preconceito praticado pela equipe médica contra a detenta, que é tratada de forma discriminatória durante o parto, por sua condição de pessoa privada de liberdade.

Os trechos seguintes demonstram a falta de estrutura adequada nas prisões para abrigarem presas grávi-

46 VARELLA, Dráuzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 46.

47 VARELLA, Dráuzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 95-96.

48 QUEIROZ, Nana. *Presas que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 73.

das, o que é uma porta de entrada para situações que ocasionam violência obstétrica e a omissão do direito à saúde. Infelizmente, há uma transferência da pena da mãe condenada para o filho (que, talvez, ainda nem nascera), o qual arcará com o ônus de ter que suportar a falta de recursos adequados e dignos ao seu desenvolvimento embrionário e nascimento, demonstrando clara violação ao princípio penal da personalidade da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLV⁴⁹, da Constituição Federal.

[...]

O berçário tinha 110 mulheres num espaço de quarenta e poucas. Tinha mãe que havia acabado de chegar do hospital, assim, pariu hoje de manhã, já recebeu alta no mesmo dia, e estava ali, dormindo no chão. E o bebê no chão junto com ela, claro.⁵⁰

[...]

A maioria das detentas grávidas já chega grávida na cadeia. Algumas, já no fim da gestação, nunca passaram por um obstetra pois eram pobres e desinformadas demais. Como em todo o país só existem 39 unidades de saúde e 288 leitos para gestantes e lactantes privadas de liberdade, na maioria dos presídios e cadeias públicas, elas ficam misturadas com a população carcerária e, quando chega a hora do parto, *geralmente* alguém leva para o hospital. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou — ou não se importou — que ela estava com as dores de parto. Aconteceu, em alguns casos, conta Heidi, de as próprias presas fazerem o parto, ou a enfermeira do presídio.⁵¹

[...]

As poucas detentas para quem Carol revela que sou jornalista se amontoam ao meu redor pra contar histórias horríveis em cochicho. Falam de grávidas que viveram as angústias do parto em celas úmidas e depois viram seus bebês nascerem presos porque ninguém se importou de levá-las a um hospital para dar à luz. Na capital de nosso país. Falam da frieza dos carcereiros que permitem que muitas cheguem ao desespero do suicídio sem nunca encaminhá-las a um psiquiatra. Falam das jovens meninas que vão e voltam com frequência da cadeia, por não acharem outra vida possível quando saem livres. Falam dos horrores da comida que é entregue crua, fria e, às vezes, com cabelos e insetos. Quando olho a quentinha do dia, não tenho coragem de comer.⁵²

Esses relatos trazidos pela literatura são, apenas, um reflexo da realidade do sistema prisional brasileiro, o qual, como já foi mostrado, não foi criado para abrigar mulheres, e ignora a discussão de gênero, o que reflete, negativamente, o direito à saúde dessas pessoas.

A negação do direito à saúde nas prisões femininas, gerado pelo abandono social do Estado, gera a morte social e miserável dessas mulheres, definida pela Bioética como Mistanásia.

É louvável mencionar que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 841526 (RE 841526), o Supremo Tribunal Federal reconheceu, com repercussão geral, a responsabilidade civil do Estado por morte de detento, com base nos artigos 5º, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal⁵³. Essa responsabilidade se baseia na Teoria do Risco Administrativo, e no fato de que existe um nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a omissão ou ação do Estado ao praticar a conduta diante do seu dever legal de evitar um resultado danoso. No caso ora estudado, a omissão do Estado em fornecer adequadamente o direito à saúde e o tra-

49 Art. 5º, XLV, CF: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

50 QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 73-74.

51 QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 74.

52 QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 89-90.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 841526 RS*. Tribunal Pleno Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de março de 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322889158/recurso-extraordinario-re-841526-rs-rio-grande-do-sul-0017569-2420118217000>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

tamento digno às presas, gerando situações de morte miserável (mesmo que em potencial), são capazes de gerar a responsabilidade que o STF entende estar dentro do espectro indenizável.

O Supremo Tribunal Federal, também, julgou em 2017, com repercussão geral, o Recurso Extraordinário nº 580.252 (RE 580.252), reconhecendo o dever do Estado de ressarcir detentos em estabelecimentos carcerários, por danos pessoais, inclusive morais, decorrentes de violação a direitos fundamentais, com fundamentação no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal⁵⁴. O acórdão cita o dever de guarda e segurança do Estado pelas pessoas submetidas a cárcere, as quais têm direito a padrões mínimos de humanidade, devendo a reparação dos danos ocorrer em pecúnia, e não em redução da pena.

Ao proferir seu voto no RE 580.252, a Ministra Cármen Lúcia relembrou o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF nº 347), quando o STF caracterizou o sistema penitenciário nacional de “estado de coisas inconstitucional”, e o Ministro Marco Aurélio denunciou as condições indignas às quais os presos são submetidos e tratados como “lixo”⁵⁵.

No julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, o Ministro Marco Aurélio enumerou várias situações degradantes às quais os detentos estão sujeitos, como superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, falta de produtos higiênicos básicos; e trouxe à tona a denúncia da Clínica UERJ, que relatou que, na Cadeia Pública Feminina de São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual porque o Estado não fornece os materiais de higiene básico, como papel higiênico, escova de dentes e absorvente íntimo⁵⁶.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho abordou o conceito de mistanásia, definida pelo bioeticista brasileiro Márcio Fabri dos Anjos como a morte social, miserável e precoce, causada por estruturas e sistemas hegemônicos que causam

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 580252 MS*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 11 de maio de 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/463958194/recurso-extraordinario-re-580252-ms-mato-grosso-do-sul>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 347 MC/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

56 Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no Julgamento da ADPF nº 347: “Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais’.” Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Também a legislação interna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, a chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo a cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 347 MC/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

desigualdades sociais e ignoram a realidade de pessoas que vivem em situações de esquecimento e extrema indignidade pela sociedade. Esse conceito foi abordado para se aplicar, neste artigo, à omissão do Estado na concretização do direito à saúde no sistema prisional feminino, demonstrando como a inadequada aplicação desse direito social tem gerado a morte social de detentas e, conseqüentemente, a mistanásia.

A mistanásia é um fenômeno complexo, oculto e que se manifesta de formas obscuras e dissimuladas. É preciso ultrapassar o conceito de morte biológica para compreendê-la e relembrar o antigo instituto da morte civil.

Associar a morte apenas ao conceito biológico é esquecer que existem pessoas que vivem em situações de extrema exclusão social e indignidade (causadas, muitas vezes, pelo próprio Estado), e é nesse aspecto que age a mistanásia. A principal forma da mistanásia se manifesta por meio do silêncio e do esquecimento. É a morte de pessoas que são esquecidas pela sociedade por não terem recursos financeiros e representatividade política; por terem seus direitos políticos suspensos, como é o caso dos presos condenados por sentença transitada em julgado; das pessoas que não apresentam índices de produtividade para o Estado diante do contexto capitalista em que se vive, como mendigos, deficientes, presos, garotas de programa, e toda a massa social julgada (socialmente) inferior.

Na “extinta” morte civil, havia uma declaração estatal oficial que condenava o indivíduo à exclusão e perda dos seus direitos. No século XXI, esse aspecto é presente na mistanásia com apenas uma simples diferença: nesse último fenômeno, o Estado não tem a “coragem” e necessidade de assumir, oficialmente, e declarar, de ofício, a morte social e civil do indivíduo sujeito a essa pena, agindo, silenciosamente, por meio das suas estruturas. Pode-se considerar, inclusive, como uma sanção, de caráter punitivo. A naturalização, banalização e aceitação social perante a pobreza e as desigualdades sociais tornou normal ignorar a realidade da vida daquelas pessoas que não demonstram valor perante a sociedade capitalista, sendo a mortes destas um fenômeno que deixou de causar espanto, publicidade e cobrança social por justiça.

Existem, assim, formas de vida muito piores do que a própria morte biológica. Essas pessoas que sofrem o fenômeno acima descrito já são mortas socialmente antes do momento da morte do corpo físico. Existe uma condenação social, muitas vezes, até mesmo antes do nascimento, como ocorre com os nascituros de detentas grávidas, que não recebem atendimento médico pré-natal adequado durante o período do cárcere, estando sujeito a complicações durante e após o parto.

Questiona-se, portanto, a alocação da dignidade da pessoa humana, considerada por alguns doutrinadores como “superprincípio”. Verifica-se que o estado de violação se tornou tão frequente para determinados grupos, que a teoria de Ingo Sarlet, segundo a qual a dignidade humana é intrínseca ao ser humano, não podendo ser retirada ou destruída (apesar de violada), se torna falha no contexto da mistanásia.

Para explicar a mencionada falha, será feita uma comparação entre a dignidade da pessoa humana e um átomo, mais especificamente entre a destruição da dignidade humana e o fenômeno de fissão nuclear⁵⁷.

57 “Um átomo é composto por um núcleo e pelos elétrons que ocupam a região ao redor do núcleo, que são muito leves e têm carga elétrica negativa. Dentro do núcleo, há dois tipos de partículas, os prótons e os nêutrons. O número de prótons é sempre igual ao número de elétrons, num átomo eletricamente neutro, mas sua carga é positiva. Os nêutrons variam em número sendo mais numerosos quanto mais pesado for o átomo, e são eletricamente neutros. No urânio presente na natureza são encontrados átomos, que têm em seu núcleo 92 prótons e 143 nêutrons (cuja soma é 235), átomos com 92 prótons e 142 nêutrons (234) e outros ainda, com 92 prótons e 146 nêutrons (238). Como o número de prótons e elétrons é sempre igual (92), pode-se dizer que esses são quimicamente iguais e são chamados de isótopos do mesmo elemento. Para diferenciá-los, usa-se o símbolo químico do elemento e no canto esquerdo um número, de acordo com seu peso atômico, da seguinte forma ${}^Z\text{U}$, onde Z é a soma do número de prótons e o número de nêutrons. No caso do Urânio: ${}^{234}\text{U}$, ${}^{235}\text{U}$ e ${}^{238}\text{U}$. O choque de um nêutron livre com o isótopo ${}^{235}\text{U}$ causa a divisão do núcleo desse isótopo em duas partes, e ocasiona uma liberação relativamente alta de energia. Dá-se a esse fenômeno o nome de fissão nuclear. Fissão nuclear é a quebra do núcleo de um átomo, geralmente de grande massa atômica, em dois núcleos menores e mais leves, normalmente seguidas da emissão de partículas (nêutrons, alfa, beta) e radiação gama.” CERCONI, Claudinei; MELQUÍADES, Fábio Luiz; TOMINAGA, Tânia Toyomi. Energia nuclear, o que é necessário saber? *Revista Ciências Exatas e Naturais*, Paraná, v. 11, n. 1, p. 24, jan./jun. 2009.

O núcleo do átomo é formado por prótons e nêutrons. Ao seu redor, há camadas formadas por elétrons. A fissão nuclear é a quebra do núcleo, em dois núcleos menores, pelo bombardeio de partículas atômicas, liberando grande quantidade de energia⁵⁸.

A seguinte situação hipotética exemplifica a comparação mencionada acima:

O átomo seria o ser humano; o núcleo, a dignidade humana; os elétrons, os demais direitos fundamentais (liberdade, igualdade, vida, saúde, lazer etc.). Percebe-se que esses direitos complementam a dignidade humana, servindo de “camada” para que ela esteja protegida no ser humano. As constantes violações desses direitos são tão fortes e poderosas, que a dignidade (o núcleo) fica exposta, chegando a um ponto em que, quando atingida, ocorre sua fissão, liberando, em vez de energia, os direitos fundamentais do indivíduo violado, deixando-o exposto e destruído, matando-o social e fatalmente. Mais difícil, ainda, é imaginar o processo reverso de recuperação, em que esse indivíduo, cuja dignidade (um núcleo de proporções atômicas) foi destruída, tentará recuperá-la após perder tudo. Os demais direitos fundamentais, certamente, já estão sendo destruídos através de uma reação em cadeia. A recuperação, notadamente, parece impossível.

O Estado que garante na Constituição Federal o direito fundamental à saúde, e veda a aplicação de penas cruéis e tratamento desumano a presos, diante de abusos nas prisões, é o mesmo Estado que silencia, permitindo que casos de violência obstétrica ocorram; que detentas grávidas deem à luz algemadas; que mulheres tenham que usar miolo de pão como absorvente íntimo; que doenças físicas e mentais sejam ignoradas nas prisões e conduzam à morte social e física — mistanásia. A violação à dignidade humana é nítida. A mistanásia, por sua vez, é *oblíqua e dissimulada*.

O problema do sistema carcerário brasileiro não está na legislação. Ao contrário, existem muitas leis com conteúdo normativo capaz de proporcionar o princípio da dignidade da pessoa humana e garantir todos os outros direitos fundamentais. As convenções internacionais em que o Brasil é signatário demonstram o poder dessas normas. O próprio “guardião da Constituição”, o Supremo Tribunal Federal, já reconheceu, em sede de controle concentrado de constitucionalidade e em matéria de repercussão geral, o estado de coisa inconstitucional dos presídios brasileiros, possibilitando a responsabilidade do Estado pelos danos causados aos presos.

Percebe-se, então, que o problema possui um aspecto institucional. Vive-se um “estado de coisas inconstitucional”, em que essas “coisas” são justamente as instituições brasileiras, falidas e obsoletas. Cumprir a legislação e concretizar os direitos humanos tornou-se um favor na terra onde mulheres têm que dar à luz algemadas ou no chão, cujas “médicas” são as próprias detentas, por falta de equipe de saúde nos estabelecimentos prisionais. Além disso, essas instituições são dotadas, desde a construção do Estado Brasileiro, de um poder machista e patriarcal que, historicamente deu, às mulheres, um papel secundário, oprimido e subsidiário na sociedade, inclusive, no que se refere à fruição de direitos e políticas públicas sociais.

A omissão e negação do direito à saúde no sistema prisional ocasiona, ainda, outro problema seríssimo na realidade brasileira — a judicialização da saúde —, transferindo para o Poder Judiciário a obrigação de decidir, concretizar e fazer o que os demais Poderes não o fazem por negligência, imprudência, imperícia (ou seria por puro dolo?).

Dessa maneira, pode-se verificar, por meio dos dados obtidos, de omissão do direito à saúde de detentas (falta de alimentação adequada; de materiais de higiene; superlotação das celas; violência obstétrica; tratamento desconsiderando as questões de gênero e idade), que, no Brasil, há a mistanásia de mulheres em situação de cárcere, sendo necessária não somente a intervenção judicial para que haja a real concretização dos direitos fundamentais, preferencialmente em caráter preventivo, mas de toda a sociedade, que deve estar atenta aos sinais da morte miserável e social.

58 CERCONI, Claudinei; MELQUIADES, Fábio Luiz; TOMINAGA, Tânia Toyomi. Energia nuclear, o que é necessário saber? *Revista Ciências Exatas e Naturais*, Paraná, v. 11, n. 1, jan./jun. 2009.

Chega-se a um embate. De quem é a culpa desse problema? Quem deve resolvê-lo? O Brasil possui um excelente acervo legislativo com proteção constitucional. Logo, o problema não está na falta de leis. O Poder Judiciário tem sua atuação quando provocado, especialmente nas demandas envolvendo o direito à saúde. Apesar da morosidade processual, não se pode esperar do Judiciário a solução de um problema que não foi criado unicamente por ele, e que está além do seu controle. O Poder Executivo tem suas falhas, especialmente em relação à aplicação orçamentária, porém, sua atuação é limitada pelas delimitações do Legislativo, e sujeita a controle pelo Judiciário. Sobre, então, a sociedade. Seria o problema da mistanásia e da omissão do direito à saúde culpa da sociedade? Faria a sociedade, então, o papel simultâneo de *médico e monstro*, como no romance de Robert Louis Stevenson?

Muitos desses questionamentos continuarão sem resposta durante um bom tempo, até que a sociedade perceba, de fato, o que está acontecendo. Não é o momento de se buscar a autoria dos fatos, mas de buscar indícios de materialidade de sua existência. É preciso, especialmente no meio acadêmico, demonstrar que a mistanásia existe e está presente na sociedade, e não muito distante dos nossos olhos. A partir daí, quando houver o amplo debate e a desmistificação de que esse problema é real e existe no Brasil, será possível começar a se pensar nos nomes de seus algozes.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Hélio Varela de; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. A concretização do direito fundamental à saúde no Brasil a partir da sua estrutura prioritária na Constituição Federal de 1988. In: XAVIER, Yanko Marcius de Alencar *et al.* *Concretização de direitos fundamentais na Argentina, Brasil e Espanha: direito à saúde, proteção ao trabalhador e ao idoso*. Natal: EDUFRN, 2015.

ANTONY, Carmen. Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina. *Nueva Sociedad*, n. 208, 2007. Disponível em: <<http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/artpma/mujeres%20delincentes.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13434-12-abril-2017-784610-publicacaooriginal-152355-pl.html>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 347 MC/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 580252 MS*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 11 de maio de 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/ju->

- risprudencia/463958194/recurso-extraordinario-re-580252-ms-mato-grosso-do-sul>. Acesso em: 19 mar. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 841526 RS*. Tribunal Pleno Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de março de 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322889158/recurso-extraordinario-re-841526-rs-rio-grande-do-sul-0017569-2420118217000>>. Acesso em: 19 mar. 2016.
- CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat *et al.* Mistanásia: os matizes da “morte miserável”. In: _____; ZAGANELLI, Margareth Vetis (Org.). *Mistanásia: a morte miserável*. Rio de Janeiro: Brasil Multicultural, 2016.
- CERCONI, Claudinei; MELQUÍADES, Fábio Luiz; TOMINAGA, Tânia Toyomi. Energia nuclear, o que é necessário saber? *Revista Ciências Exatas e Naturais*, Paraná, v. 11, n. 1, jan./jun. 2009.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FARAH, Flávio. A morte civil dos brasileiros. *Revista JusNavigandi*, Teresina, ano 14, n. 2285, out. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13613/a-morte-civil-dos-brasileiros>>. Acesso em: 14 out. 2017.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Relatório Mundial 2017*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766#237f70>>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2061-2070, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702061&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>.
- LEITE, George Salomão. Bioética Constitucional. In: _____; GODINHO, Adriano Marteleto; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.
- LIMA, Walber Cunha. *Bioética, mistanásia e direitos humanos: morte social e perspectivas para o seu enfrentamento*. 2017. 236f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/23511>>. Acesso em: 15 out. 2017.
- LOPES, José Agostinho. Bioética: uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979). *Revista Médica de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 262-273, 2014.
- MORTES em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- PARAGUASSU, Lisandra. No Brasil, 46% aceitam pena de morte e 51%, prisão perpétua. *O Estadão*. São Paulo, 19 out. 2011. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-46-aceitam-pena-de-morte-e-51-prisao-perpetua,787757>>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- PESSINI, Leo; RICCI, Luiz Antônio Lopes. O que entender por Mistanásia? In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado Brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.
- QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.
- RICCI, Luiz Antônio Lopes. *A morte social: mistanásia e bioética*. São Paulo: Paulus, 2017.
- SANTA CATARINA. *Lei Estadual n. 17.097, de 17 de janeiro de 2017*. Disponível em: <<http://leis.alesc.sc.gov>>.

br/html/2017/17097_2017_Lei.html> Acesso em: 11 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>.

TAYLOR, Rachel. *Women in prison and children of imprisoned mothers*: preliminary research paper. 2004. Disponível em: <http://www.quno.org/sites/default/files/resources/Preliminary%20Research%20Paper_women%20in%20prison%20and%20children%20of%20imprisoned%20mothers.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *The Belmont Report: Ethical Principals and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*. Washington, D.C., 1978.

VARELLA, Dráuzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Representações sociais no sistema de justiça criminal: proteção normativa e políticas públicas para o apenado LGBT

Social representations in the criminal justice system: legal protection and public policies for the LGBT prisoner

Mariana Dionísio de Andrade

Marina Andrade Cartaxo

Daniel Camurça Correia

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Representações sociais no sistema de justiça criminal: proteção normativa e políticas públicas para o apenado LGBT*

Social representations in the criminal justice system: legal protection and public policies for the LGBT prisoner

Mariana Dionísio de Andrade**

Marina Andrade Cartaxo***

Daniel Camurça Correia****

* Recebido em 19/02/2018
Aprovado em 12/03/2018

** Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito e Processo Constitucionais e da disciplina Teoria Geral do Processo Civil no Curso de Graduação em Direito na Universidade de Fortaleza. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos Quantitativos pela UERJ. Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Pesquisadora do Multidoor Courthouse System. Advogada. E-mail: mariana.dionisio@unifor.br

*** Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora das disciplinas Direito Constitucional e Direito Internacional no Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Assessora Pedagógica do Curso de graduação em Direito – UNIFOR. E-mail: mcartaxo@gmail.com

**** Pós-doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em História pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em História Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor das disciplinas Ciência Política e Filosofia do Direito no Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Líder do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito (Cnpq/UNIFOR). Avaliador nacional e internacional do Conselho Nacional e Internacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). E-mail: daniel.camurca@unifor.br

RESUMO

O artigo possui como objetivo geral analisar o seguinte problema de pesquisa: é possível concretizar a proteção normativa aos apenados LGBT como mecanismo de realização de direitos humanos? Como objetivos específicos, o artigo busca esclarecer o conceito de políticas públicas para o sistema carcerário e identificar o tema quantitativamente. Para responder ao problema de pesquisa, é necessário compreender as circunstâncias de vulnerabilidade vivenciadas pelos presos, conhecer as iniciativas legislativas e políticas públicas voltadas ao preso LGBT e, principalmente, identificar possíveis soluções para o problema, sob a perspectiva de que combater violações aos direitos dos homossexuais implica resgatar a cidadania e a realização de direitos humanos. A abordagem é qualitativa, com suporte em revisão de literatura e análise descritiva dos fenômenos pesquisados, além da consulta da legislação sobre o tema. A contribuição é original e inédita. Conclui-se que as unidades prisionais brasileiras ainda não possuem condições estruturais e logísticas para a adequação normativa proposta pela Resolução Conjunta nº 1/2014, impactando o reconhecimento da cidadania de apenados LGBT e o acesso aos direitos humanos.

Palavras-chave: Sistema carcerário brasileiro. Representação de justiça criminal. Políticas Públicas LGBT.

ABSTRACT

The article proposes to analyze the following research problem: is it possible to materialize the normative protection for the LGBT inmates as a mechanism for realizing human rights? As specific objectives, the article seeks to clarify the concept of public policies for the prison system and identify the issue quantitatively. In order to respond the research problem, it is necessary to understand the circumstances of vulnerability experienced by the prisoners, to know the legislative proposals and public policies aimed at the LGBT prisoner and, mainly, to identify possible solutions to the problem,

under the perspective that combating violations of homosexual rights implies rescuing citizenship and the realization of human rights. The approach is qualitative, with support in literature review and descriptive analysis of the phenomena researched, in addition to consulting the legislation on the subject. The contribution is original and unpublished. We concluded that the Brazilian prison units do not yet have structural and logistic conditions for the normative adequacy proposed by Joint Resolution n° 1/2014, impacting the recognition of the citizenship of the LGBT inmates people and the access to human rights.

Keywords: Brazilian prison system. Criminal justice representation. LGBT Public Policies.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar o seguinte problema de pesquisa: é possível concretizar a proteção normativa aos apenados LGBT como mecanismo de realização de direitos humanos?

Parte-se do suposto que a introdução da Resolução Conjunta n° 1 de 2014 representou um marco normativo na condução de iniciativas direcionadas à proteção de uma parcela vulnerável da população carcerária, e que, como texto legal, tende a gerar transformações no panorama da atenção penitenciária nacional.

Como objetivos específicos, o artigo propõe a definição de políticas públicas para o sistema carcerário, apresentando a polissemia típica do conceito e ilustrando o posicionamento de diferentes autores sobre o assunto; além de identificar o tema quantitativamente, a partir da coleta de dados e demonstração de informações presentes no Relatório Infopen.

O artigo se divide em três tópicos. O primeiro tópico aborda a condição do apenado no sistema prisional brasileiro, a problemática da aceitação social e as dificuldades presentes para presos provisórios e definitivos.

O segundo tópico se refere às políticas públicas para proteção do apenado Brasil, aspectos normativos e demais perspectivas sobre a matéria. O terceiro capítulo se destina à análise dos dados sobre o assunto, e possui especial enfoque sobre a condição do apenado LGBT no Brasil: a proteção normativa é real.

A presente pesquisa possui abordagem qualitativa, que consiste na análise interpretativa dos conceitos expostos, correlacionando-os ao fenômeno estudado e possibilitando a avaliação com foco no caráter subjetivo do objeto, averiguando a dimensão de suas particularidades. O marco teórico é composto, principalmente, por autores como Maria Eugenia Bunchaft, Lucie Cviklová e John Kingdon.

A ideia de utilizar a abordagem qualitativa como método de investigação científica para a construção da tese parte da reunião entre as necessidades próprias do estudo e da disponibilidade das fontes de pesquisa, eminentemente teóricas.

A escolha da pesquisa qualitativa como metodologia de investigação se sustenta na necessidade de avaliar teorias polissêmicas e definições cruciais para o tema em desenvolvimento. Assim, é possível conferir suporte teórico, documental e doutrinário para as proposições, permitindo a construção de inferências válidas a partir da análise acurada de textos com balizamento científico, propiciando dessa maneira um importante caminho para o acesso às informações desejadas e conseqüente fortalecimento do conhecimento acadêmico.

O estudo possui relevância teórica porque oferece uma importante contribuição para a literatura sobre o tema que envolve as políticas voltadas à população carcerária LGBT, possibilitando uma perspectiva mais específica e atualizada. Ainda, possui relevância prática porque aborda uma temática de imperiosa preocupação social e jurídica; a condição dos apenados em situação de vulnerabilidade.

2. A CONDIÇÃO DO APENADO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A opressão e vulnerabilidade são elementos característicos de quase todas as unidades prisionais brasileiras que, não raro, evidenciam condições precárias de higiene, saúde, proteção social e, principalmente, invisibilidade dos detentos.

Nesse ambiente, apenados por diferentes condutas são reunidos em um contexto único, com tratamento equivalente em razão da escassez de recursos orçamentários, falta de preparo humano de alguns agentes e comprometimento de alguns funcionários.

A condição de encarceramento nem sempre é proporcional ao ilícito cometido, e o sistema prisional brasileiro tem se demonstrado reconhecidamente ineficiente no processo de ressocialização, muito embora a Lei de Execução Penal, em seu art. 1º, seja clara ao identificar que “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”. Ainda, o curso dos processos é lento e muitos presos provisórios acabam vivenciando as mesmas condições dos presos definitivos.

As dinâmicas de organização do espaço prisional nem sempre oferecem ambientes de coexistência possível entre grupos diversos, e há formas internas de identificação e diferenciação entre presos em razão do gênero ou sexualidade, gerando segregação entre detentos e a perpetuação da exclusão e alijamento de direitos fundamentais.

A violência é uma constante em muitas unidades prisionais e os abusos, uma realidade vivenciada pelos presos homossexuais, cujos direitos e identidade individual não são reconhecidos em integralidade. “A experiência de não ser reconhecido inspira a vulnerabilidade de determinados indivíduos e a injustiça pode se converter na base motivacional da luta social”¹.

As situações de risco são experimentadas pelos apenados em condições afetivas diferentes, o que exige um tratamento também diferenciado para assegurar a saúde, integridade física e psicológica dos detentos em situação de vulnerabilidade.

Com uma população carcerária crescente, é fundamental que haja mecanismos de proteção eficientes para a garantia de direitos do indivíduo preso, seja qual for a circunstância delitiva que o fez ingressar no sistema carcerário, ou condição afetiva em que estiver inserido.

A superpopulação de presos que são tutelados pelo Estado deve ser resguardada pela norma jurídica, para evitar que a experiência da prisão seja desproporcional à privação de liberdade, ultrapassando a pena devida.

De acordo com dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça² em 2017, a população carcerária do Brasil é de 654.372 indivíduos, dos quais 221.054 são provisórios e 31.610 são réus presos por crimes dolosos contra a vida.

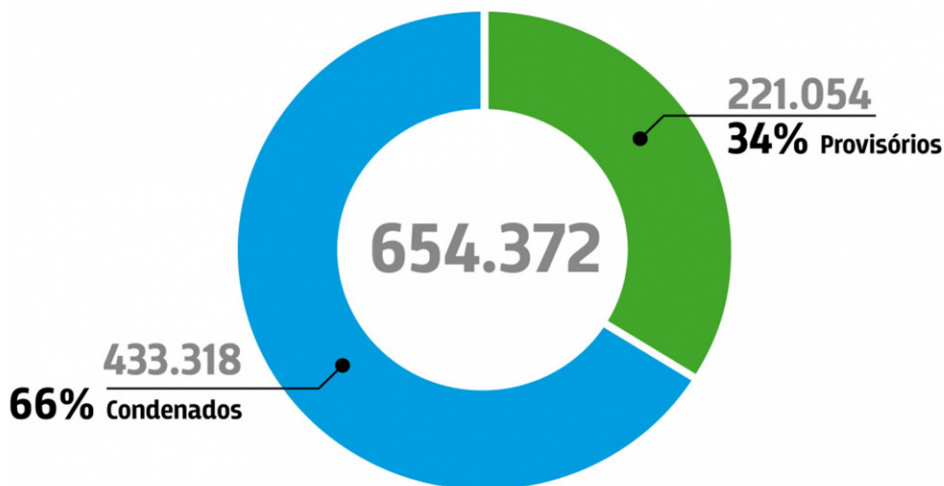
De acordo com o levantamento, o percentual de presos provisórios por unidade da federação oscila entre 15% a 82%; com tempo médio de prisão provisória entre 172 dias a 974 dias. Os crimes de tráfico de drogas representaram 29% dos processos que envolvem réus presos; crime de roubo, 26%; homicídio, 13%; crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, 8%; furto, 7%; e receptação, 4%.

A figura 1 representa o panorama quanto ao número de presos no Brasil, identificando o quantitativo de detentos em situação provisória e definitiva.

1 BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, p. 215-243, 2016. p. 222.

2 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais, 2017*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

Figura 1 – Panorama do número de presos no Brasil



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2017, *on line*.

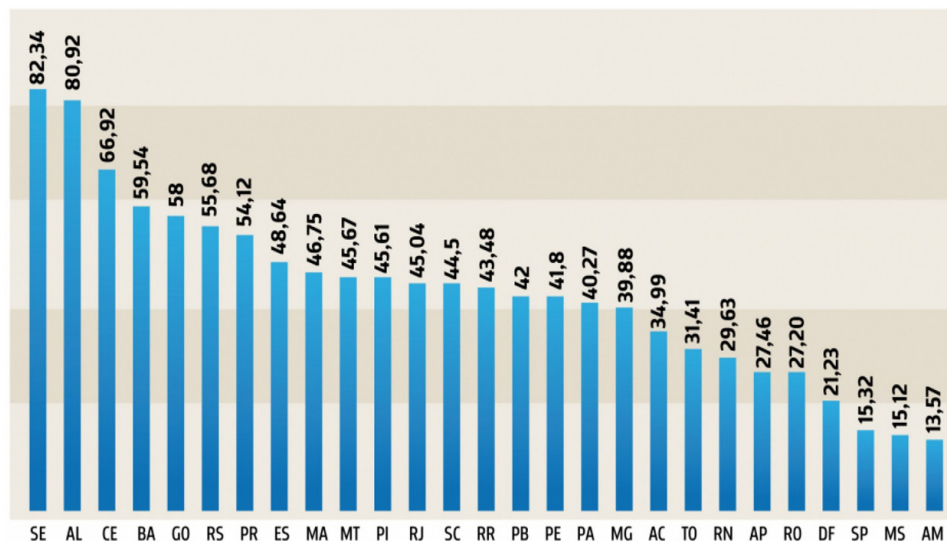
Pelos dados compilados pelo Conselho Nacional de Justiça, no período entre janeiro de 2014 a janeiro de 2017, é possível perceber que há um quantitativo inferior de presos provisórios em relação aos apenados cuja sentença já transitou em julgado, o que evidencia um ainda significativo contingente populacional de indivíduos que ocupam o sistema carcerário em condição de trânsito do processo penal.

Considerando que a regra do sistema de justiça criminal no Brasil é o cumprimento da pena em liberdade até que se tenha uma sentença condenatória definitiva de mérito, é preocupante a realidade em que muitos presos provisórios aguardam indefinidamente o julgamento nas prisões.

Ademais, a Lei de Execução Penal identifica que presos provisórios e presos definitivos, cuja sentença já transitou em julgado, devem ficar separados; entretanto, nem sempre há fiscalização eficiente para o controle dessa condição essencial. O art. 84 do referido dispositivo preconiza que “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”.

A figura 2 se refere ao percentual de presos provisórios em relação ao total de presos por unidade federativa, exibindo um panorama mais amplo sobre a condição dos apenados em território nacional:

Figura 2 – Percentual de presos provisórios em relação ao total de presos por unidade federativa



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2017, *on line*.

Verifica-se que há um contingente significativo de presos provisórios nas unidades de detenção, e que não necessariamente estão separados dos demais presos definitivos. Se não há garantias concretas de que um dispositivo objetivo da Lei de Execução Penal seja cumprido em sua integralidade, é necessário refletir sobre os riscos de não cumprimento de normas mais recentes que tentam proteger os apenados LGBT.

3. DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROTEÇÃO DO APENADO BRASIL: REPRESENTAÇÃO SOCIAL DOS GRUPOS LGBT

A representação social de grupos consiste na consolidação da identidade coletiva, e tende a construir uma rede de diálogo sobre o reconhecimento de demandas pontuais para um conjunto de pessoas em situação semelhante.

O processo de reconhecimento da identidade em um conjunto de indivíduos exige a identificação do perfil, a compreensão sobre os problemas enfrentados e o conhecimento sobre a realidade social de um grupo.

O sentido da representação está na identificação e proteção de um grupo de pessoas em circunstância de vulnerabilidade, na tentativa de promover a voz e os anseios dessa coletividade e a resposta às principais demandas.

No caso das populações carcerárias LGBT, é inegável a existência de necessidades coletivas, como o respeito aos direitos humanos, reconhecimento institucional da identidade, proteção à integridade física e psicológica, cuidados em saúde e assistência psicossocial.

Assim, é imperioso construir iniciativas capazes de resgatar esse reconhecimento e promover a proteção; o que pode se realizar por meio da elaboração e implementação de políticas públicas, cujo processo de elaboração envolve a inclusão de temas na agenda política e a necessária reflexão sobre demandas e valores das massas³.

O ato de identificar problemas e aplicar possíveis soluções, envolve um processo de compatibilização de objetivos, em dimensão técnica e política, verificando-se limitações e potencialidades de cada ideia⁴.

Inserir problemas na agenda governamental exige a visibilidade de questões e o reconhecimento social e político quanto a sua importância. Entretanto, ao lidar com questões tradicionalmente rejeitadas como os direitos humanos da população carcerária; ainda, quanto à proteção dos apenados LGBT, há de se enfrentar a situação sensível do tema.

Incluir na agenda política o cuidado e atenção aos homossexuais constitui tarefa das mais complexas, razão pela qual é fundamental desenvolver iniciativas capazes de reconhecer a identidade e a cidadania, assegurar direitos inerentes à condição humana e promover o combate ao preconceito social – o que pode ocorrer por meio da implementação e desenvolvimento de políticas públicas.

A ideia de políticas públicas envolve a busca explícita de objetivos socialmente relevantes por meio da alocação de recursos e utilização razoável de equipamentos para a produção de consequências positivas que alcancem populações vulneráveis⁵.

As políticas públicas tentam reconhecer o público-alvo e suas necessidades, com o intuito de construir

3 BRASIL, Felipe Gonçalves; CAPELLA, Ana Cláudia N. Subsistemas, comunidades e redes para a análise da participação no processo de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 66-80, 2014.

4 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas, uma abordagem integral*. 3. ed. Tradução: Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

5 SILVA, Leandro José da. Controle judicial das políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 191-218, 2011.

uma articulação política e social capaz de desenvolver soluções e impactar positivamente a realidade vivenciada pelos grupos vulneráveis. “O termo ‘reconhecer’ se refere ao processo através do qual, a partir das relações intersubjetivas nas quais um sujeito se impõe e se contrapõe a outro, identidades individuais e coletivas são afirmadas”⁶.

O conceito de políticas públicas é polissêmico e envolve fatores variados e diferentes atores políticos e institucionais que, juntos, compõem fluxos de decisões cujo objetivo se concentra no equilíbrio social⁷.

Para elaborar políticas públicas, é necessária uma divisão clara entre decisão política, formulação e implementação, existência de relações hierárquicas, implementação como tradução de objetivos bem definidos e pré-estabelecidos e, como elemento essencial, o apoio estatal; que às vezes é manifestado por previsão em lei, resolução, portaria ou ato normativo.

As atividades previstas pela política pública devem ser definidas (não há como estudar políticas públicas se não há atividades que já estejam previamente descritas, visto que a ausência de previsão inviabiliza a análise), e possuir objetivos claros e consistentes.

Além disso, os implementadores devem estar comprometidos e profissionalizados (não basta elaborar políticas públicas com pretensão de eficiência. É essencial que todos os atores envolvidos possuam pleno comprometimento com a ideia), contando com o apoio dos grupos de interesse e público-alvo bem definidos.

É preciso fazer um exercício de reconhecimento de um problema como tal e ter a dimensão de suas consequências para a sociedade, justamente para que as circunstâncias sejam consideradas relevantes para compor a agenda governamental⁸, concentrando uma atenção política anteriormente inexistente.

Para apresentar e discutir modelos teóricos que sejam hábeis a contribuir para a compreensão do processo de construção de políticas públicas, faz-se necessária a abordagem sobre o processo de formação de agendas políticas, justamente porque os modelos de políticas públicas a serem formulados dependem de interesses políticos, momento adequado e objetivos estratégicos bem desenhados para que seja possível conjecturar sua implementação.

“Para a formulação de políticas está ínsita a ideia de planejamento e construção de estratégias, assim como resta evidente que sua manutenção depende de articulações que consigam justificar politicamente a permanência”⁹, o que significa aduzir que o processo de elaboração de políticas públicas exige a presença de uma parcela específica de indivíduos cuja prestação dos direitos é ineficiente e a justificativa para sua continuidade, como a necessidade de assegurar o cumprimento dos direitos humanos.

A ideia de conceber direitos humanos como um instrumento de proteção internacionalmente reconhecido não exclui da análise a percepção de que essa ordem de direitos se encontra um lugar pouco adequado no texto legal, na medida em que ainda é discurso jurídico positivado sob uma ótica monolítica e padronizada, que talvez não alcance a realidade individual, violando a perspectiva de justiça material universalizante¹⁰.

A amplitude dos direitos humanos requer a convicção de que igualdade e dignidade humana são elementos essenciais para o desenvolvimento social. “A eficácia jurídica e social desses direitos se apresenta como desafio para o Brasil, assim como para outros países de sistema democrático recente”¹¹.

6 CORTES, Soraya Vargas. Sociologia e políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Unesp; Fiocruz, 2013. p. 49.

7 SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

8 KINGDON, John. 2003. *Agendas, Alternatives and Public Policies*. 3. ed. New York: Harper Collins, 2003.

9 ANDRADE, Mariana Dionísio de; REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Políticas públicas e escolha racional: o caso do Centro Urbano de Cultura, Arte, Ciência e Esporte de Fortaleza, Estado do Ceará. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 2, p. 248-264, 2017, p. 252.

10 DOUZINAS, Costas. *The end of human rights*. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

11 ANDRADE, Mariana Dionísio de. Direitos humanos das pessoas com deficiência mental: tratamento institucional no contexto brasileiro. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, 2017. p. 1227.

O conteúdo dos direitos humanos deve superar o âmbito normativo e se inserir no plano da concretude, porque, se não é aplicado, deixa de existir. Se a aplicação dos direitos humanos não observa demandas individuais, atingindo sujeitos com problemas em diferentes dimensões, pode perder o efeito pela cristalização de propostas normativas meramente simbólicas. “A essência dos direitos humanos está no ato de deter direitos, tornando efetivas ações e opiniões que revelem o conteúdo da luta humana pela defesa de suas prerrogativas”¹².

O sistema carcerário brasileiro convive com a marginalização, violação da dignidade humana e desigualdade social, motivo pelo qual “não é possível considerar o cumprimento e valoração de direitos humanos na mesma medida de ponderação que os demais Estados-membros signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos”¹³.

Essa realidade impõe a reflexão sobre a extensão dos efeitos de políticas públicas, que devem ser pensadas com especial atenção quando o público-alvo está aprisionado em sistema não tão adequado à ressocialização.

Muito embora haja previsão sobre o tratamento de detentos na Lei de Execução Penal, há ainda uma considerável lacuna quanto à descrição normativa e a realidade do sistema carcerário nacional.

Ao pensar em políticas públicas para a comunidade LGBT, especialmente para a população carcerária, há desafios culturais e sociais que não podem ser olvidados. Avançar no reconhecimento dos direitos para todos os seres humanos, indistintamente, exige o desenvolvimento de iniciativas inclusivas, o aumento da representação e o combate ao preconceito, que pode ser manifestado de diversas formas.

Há padrões morais equivocados e que estão profundamente enraizados na sociedade brasileira, especialmente no que diz respeito às populações carcerárias, já tradicionalmente alijadas e cuja preocupação institucional com a ressocialização parece pouco relevante. Negar a identidade do apenado LGBT é retirar-lhe a cidadania e condená-lo duplamente; porque além da privação da liberdade física, pune-se com o preconceito dentro do sistema carcerário e com a vulnerabilidade ante as situações de violência e redução dos direitos humanos.

De acordo com informações do Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, cuja versão mais recente data de 2013, há um número crescente de denúncias por casos de violação contra direitos humanos envolvendo homossexuais. Foram destacados no relatório 3.034 registros de denúncias, envolvendo 4.851 vítimas e 4.784 suspeitos.

Os dados foram coletados durante os anos de 2011 e 2012, evidenciando o panorama do aumento da violência contra a população homossexual em todo o país, em diferentes categorias que se dividem em denúncias, violações, número de vítimas e de suspeitos.

Tabela 1 – Panorama da violência contra homossexuais (2011-2012)

Categoria	Número de denúncias 2011	Número de denúncias 2012	Percentual de aumento
Denúncias	1.159	3.084	166,09%
Violações	6.809	9.982	46,6%
Vítimas	1.713	4.851	183,19%
Suspeitos	2.275	4.784	110,29%

Fonte: Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (2013, *on line*, p. 18)

As denúncias mais recorrentes envolvem violência psicológica, discriminação, violações físicas e sexuais. O Relatório também evidenciou uma mudança no comportamento dos denunciantes. Enquanto em 2011, o total de 41,9% dos registros foram realizados pela própria vítima, em 2012 o total de 47,3% das denúncias

12 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 98.

13 ANDRADE, Mariana Dionísio de. Direitos humanos das pessoas com deficiência mental: tratamento institucional no contexto brasileiro. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, 2017. p. 1229.

foi realizada por terceiros.

De acordo com o Relatório Grupo gay da Bahia¹⁴, 343 pessoas LGBT foram assassinadas no Brasil em 2016 e, em 2017, os indicadores alcançaram o número de 445 pessoas, o que evidencia um crescimento considerável de mortes registradas.

Tabela 2 – Número de homicídios registrados contra pessoas LGBT em território nacional (2000-2017)

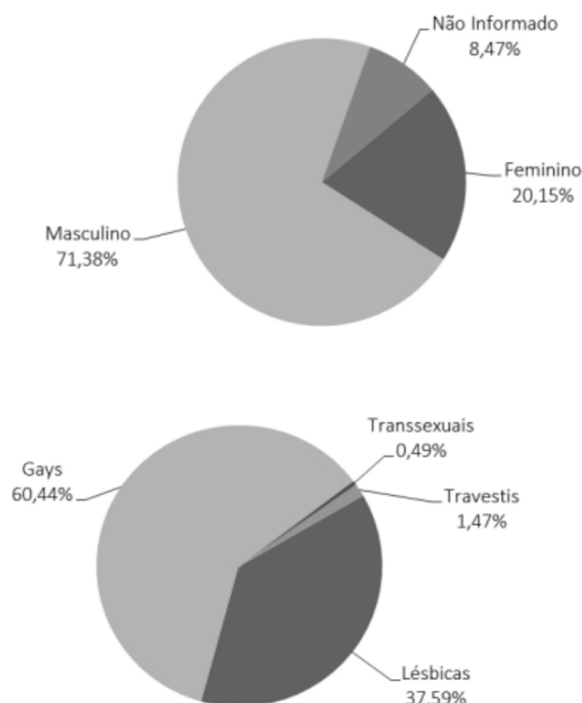
Ano	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Número de homicídios	130	132	126	127	158	135	112	142	163
Ano	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Número de homicídios	199	260	266	338	314	320	325	343	445

Fonte: Elaboração própria, com base do Relatório Grupo Gay da Bahia 2017 (2017, *on line*).

Para além do crescente número de homicídios, é urgente conhecer os casos, entender as causas da violência. Para isso, o perfil das vítimas também deve ser conhecido, justamente para que seja possível elaborar iniciativas de combate mais adequadas ao tipo de violação cometida. São gays, travestis e indivíduos que tentam afirmar sua identidade de gênero.

Segundo relatório da Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual da Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, a identidade de gênero supõe “percepção íntima que uma pessoa tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independente do sexo biológico”¹⁵. Sobre o tema, cumpre destacar:

Figura 3 – Identificação do sexo biológico e identidade de gênero das vítimas



Fonte: Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil, elaborado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. (2013, *on line*, p. 22)

14 GGB. *Relatório grupo gay da Bahia 2017*. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso: 12 fev. 2018.

15 GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório da coordenação de políticas para a diversidade sexual da secretaria da justiça e defesa da cidadania*. São Paulo: SJDC/SP, 2014. p. 13.

De acordo com o Relatório Mundial de 2017¹⁶, elaborado pelo *Human Rights Watch*, a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos recebeu o total de 725 denúncias de violência, discriminação e outros abusos contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros apenas no primeiro semestre de 2017.

Pessoas LGBT experimentam formas de violência de maneiras diferentes, dependendo da sua posição social, inclusive porque as possibilidades financeiras e o *status* social da vítima podem ser determinantes para o combate e visibilidade do delito. Assim, é possível perceber que as questões associadas à homofobia devem ser examinadas através de uma lente intersetorial.

É inegável a existência de uma condição de vulnerabilidade, não apenas pelos indicadores crescentes de violência, mas pela ainda insuficiente atuação institucional para coibir os delitos. A própria falta de reconhecimento sobre a identidade configura uma forma de violação de direitos.

Ao reconhecer essa parcela da população como cidadãos, incluindo-os na agenda governamental e nos processos decisórios para o desenvolvimento de políticas públicas, verifica-se uma possibilidade de institucionalizar a proteção e ampliar o alcance do acolhimento.

Ademais, segregar indivíduos por sua condição afetiva pode resultar em violação ao direito fundamental à autodeterminação, que consiste em pressuposto para a paridade de participação¹⁷.

Refletir sobre a criação e desenvolvimento de políticas públicas para o apenado LGBT não implica a construção de novos direitos, mas a proteção de direitos humanos de maneira universalizante. Trata-se de uma tentativa de resgate de direitos fundamentais e dignidade humana, que devem ser defendidos e resguardados.

Como exemplo de práticas voltadas ao enfrentamento da violência e sofrimento pelo impacto da discriminação, é possível traçar um panorama nacional exemplificativo, com propostas normativas para garantir a consolidação de iniciativas que promovam a cidadania das pessoas em situação social e historicamente vulnerável:

Tabela 3 – Iniciativas legislativas em defesa dos direitos LGBT

Iniciativa legislativa	Teor	Autoria	Tramitação
Lei Estadual nº 10.948/01	Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências	Deputado Renato Simões (PT/SP)	Vigente desde 2001
Lei Estadual nº 7309/2003	Proíbe a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual e da identidade de gênero no Estado da Paraíba.	Deputado Anísio Maia (PT/PB)	Vigente desde 2003

16 HUMAN RIGHTS WATCH. *Relatório mundial 2017*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313303>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

17 BUNCHAFI, Maria Eugénia. Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, p. 215-243, 2016.

Iniciativa legislativa	Teor	Autoria	Tramitação
PL nº 122/2006	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT) para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Estabelece as tipificações e delimita as responsabilidades do ato e dos agentes.	Deputada Iara Bernardi (PT/SP)	Arquivada ao final da Legislatura – 26/12/2014
Portaria nº 1.707/2008	Institui diretrizes nacionais para o processo transexualizador no SUS.	Ministério da Saúde – Governo Federal	Vigente desde 2008
Portaria nº 513/2010	Reconhece as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo para assegurar-lhes igual tratamento a seus dependentes para fins previdenciários.	Ministério da Previdência Social – Governo Federal	Vigente desde 2010
Resolução nº 4/2011	Estabelece recomendações aos Departamentos Penitenciários Estaduais, garantindo o direito à visita íntima para casais homossexuais.	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária	Vigente desde 2011
Portaria nº 2.803/2013	Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).	Ministério da Saúde – Governo Federal	Vigente desde 2013
PL nº 7582/2014	Lei anti-homofobia. Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e <i>caput</i> do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências.	Maria do Rosário (PT/RS)	Aguardando designação de Relator na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) – 06/06/2017
Resolução Conjunta nº 1/2014	Estabelece os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil.	Herbert Jose Almeida Carneiro - Presidente do CNPCP e Gustavo Bernardes - Presidente do CNCN/LGBT	Vigente desde 2014
Lei Estadual nº 7041/2015	Estabelece penalidades administrativas aos estabelecimentos e agentes públicos que discriminem as pessoas por preconceito de sexo e orientação sexual e dá outras providências.	Deputado Carlos Minc (PT/RJ)	Vigente desde 2015

Fonte: Elaboração própria, com base nas informações disponibilizadas pela Atividade Legislativa do Senado (2018, *on line*).

Um dos maiores desafios contemporâneos em relação à elaboração de normas de direitos humanos consiste em definir a proteção contra a discriminação baseada na condição afetiva, identidade e expressão de gênero¹⁸. Se a norma jurídica reflete a conduta social, não pode se afastar de um movimento crescente

18 CVIKLOVÁ, Lucie. Advancement of human rights standards for LGBT people through the perspective of international hu-

de proteção universalizante dos direitos humanos, o que implica em pensar na cidadania material e abrigo jurídico de todos, indistintamente.

A condição afetiva não é explicitamente declarada como motivo de discriminação no art. 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, entretanto, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas estabeleceu que tal dispositivo também inclui pessoas lésbicas, gays e bissexuais.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU enfatizou em 2009 que tanto a orientação sexual como a identidade de gênero foram cobertos pela proteção contra a discriminação no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

É possível perceber que a proteção aos direitos humanos de forma universalizante é uma máxima seguida por diversos diplomas normativos, mas nem sempre atinge a dimensão da eficácia da norma jurídica, o que exige a intervenção de iniciativas pontuais e políticas públicas.

No âmbito das iniciativas para a população LGBT que cumpre pena privativa de liberdade, é necessário ressaltar o número ainda pouco representativo de políticas públicas voltadas à proteção e reconhecimento de direitos individuais.

O Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015 do Ministério da Justiça¹⁹ destaca como demandas principais assegurar as visitas íntimas para a população carcerária LGBT; a proteção quanto à violência física e psicológica contra a população LGBT nas unidades prisionais; e a implementação da Resolução conjunta nº 01, de 2014, do CNPCP e CNCD (Conselho Nacional de Combate à Discriminação), que estabelece parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade. Entretanto, ainda não há mecanismos numericamente hábeis à fiscalização das medidas propostas.

Ao elaborar políticas públicas, é necessário pensar demandas individuais e ouvir os principais problemas para construir ideias de abrangência coletiva. Não é possível modificar a sociedade, extinguir o discurso de ódio e evitar reações homofóbicas e discriminatórias; mas é necessário refletir sobre maneiras de coibir atos ilícitos e promover a igualdade na realização de direitos.

A 14ª Edição Nacional do Prêmio Innovare, que identifica, divulga e premia práticas capazes de contribuir com o aperfeiçoamento da Justiça e do Poder Judiciário no Brasil, reconheceu em 2017, na Categoria Justiça e Cidadania, o “Projeto Meninas que Encantam”, que venceu na categoria Justiça e Cidadania.

O projeto foi criado em 2014 pela Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado (Sejus-CE), apresentado por Francisca Aline Cabral das Neves Aragão e Marcus Aurélio de Medeiros Karbage, desenvolvido na Casa de Privação Provisória de Liberdade Professor José Jucá Neto (CPPL3) e ampliado pela construção da Unidade Prisional Irmã Imelda Lima Pontes, no município de Aquiráz, Estado do Ceará.

A iniciativa busca combater a discriminação contra gays, bissexuais, transexuais e travestis que cumprem pena na instituição, por meio do tratamento humanizado, utilização do nome social e uso de roupas femininas; o que na realidade apenas torna real as diretrizes da Resolução Conjunta nº 1/2014.

A partir da ideia, os internos foram apresentados a uma rotina de introdução a espaços de diálogo com profissionais de saúde, receberam atenção direcionada e ganharam atividades como teatro, leitura e dança, transformando um ambiente tipicamente opressor em um espaço voltado à ressocialização, afastando os riscos de abusos e violações por sua condição.

Os prisioneiros que vivenciam a condição afetiva de gays, bissexuais, transexuais e travestis (LGBT) estão entre os que correm maior risco de abuso e assédio sexual. Uma das principais prioridades das políticas

man rights law. *Journal of Comparative Research in Anthropology and Sociology*, v. 3, n. 2, p. 45-60, 2012.

19 BRASIL. Ministério da Justiça. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

públicas voltadas à proteção dessa população é garantir a segurança e a dignidade dos prisioneiros LGBT - e combater as atitudes nocivas que colocam pessoas em situação de risco.

Cumprido destacar que a Unidade Prisional Irmã Imelda Lima Pontes no Estado do Ceará foi construída com o propósito de evitar casos de violência e discriminação, e utiliza práticas como o uso do nome social, vedação do corte de cabelo obrigatório, uso de roupas adequadas à identidade assumida, ambulatório dedicado ao público LGBT para atendimento de saúde humanizado, promoção de ambientes de integração e ressocialização, além da assistência jurídica da Defensoria Pública Estadual, que dá entrada em pedidos de reconhecimento da identidade de gênero.

Inaugurada como uma unidade prisional voltada exclusivamente para a população carcerária LGBT, a prisão abriga condenados de baixa periculosidade e possui capacidade para duzentos detentos, que se propõe a promover o respeito à identidade de gênero e suas diversas expressões.

O sexismo, a homofobia e a transfobia são graves manifestações do preconceito que também ocorrem dentro do cárcere. Nas instalações masculinas, por exemplo, é comum que funcionários e prisioneiros acreditem que homens gays, mulheres transgêneros e qualquer pessoa que seja percebida como feminina deve esperar ser abusada sexualmente.

Mesmo nas prisões femininas, lésbicas e mulheres heterossexuais podem se destacar pelo abuso e punição sexual da equipe, como mecanismo de superioridade social. Não raro, agentes e funcionários tendem a responder com indiferença ou hostilidade aos relatos de vítimas de LGBT, inclusive em situações de abuso sexual.

As pessoas LGBT alojadas em prisões enfrentam problemas graves relacionados à sua sexualidade e identidade de gênero, o que prejudica a ressocialização, os priva de empregos, educação e outras programações que podem reduzir a pena e facilitar o processo de integração. Os prisioneiros transgêneros também enfrentam sérios problemas na obtenção de hormônios e outros cuidados médicos, e correm o risco de serem agredidos sexualmente pela equipe ou outros presos²⁰.

A organização não-governamental *World Professional Association for Transgender Health* (WPATH)²¹ reconhece que, para a condição de saúde física e mental adequada, as pessoas devem ter a liberdade de expressar livremente sua identidade de gênero, independente dessa identidade estar ou não conforme as expectativas dos demais. A organização reconhece ainda o direito de todas as pessoas ao acesso a documentos de identidade consistentes com sua identidade de gênero, incluindo os documentos que conferem *status* legal do gênero escolhido.

A organização não-governamental *Just Detention International* (JDI), que atua com a missão de promover a saúde e divulgar direitos humanos, além de acabar com o abuso sexual em todas as formas de detenção; define os abusos como qualquer contato sexual involuntário com outro preso ou ameaça sexual; qualquer contato sexual cometido por um “preso, agente carcerário ou funcionário, independente de penetração e do gênero do agressor ou da vítima”.²²

A JDI também identifica que pessoas presas em condição afetiva LGBT têm 15 vezes mais probabilidade de sofrer abusos sexuais no cárcere que condenados heterossexuais. As consequências físicas e psicológicas são únicas para cada vítima, mas a vergonha, o trauma e o estigma associados ao estupro na prisão são comuns, o que identifica urgência na tomada de decisões sobre políticas carcerárias mais eficientes contra abusos.

20 MEYER, Doug. An Intersectional Analysis of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender (LGBT) People's Evaluations of Anti-Queer Violence. *Gender & Society*, v.26, n. 6, p. 849-873, 2012.

21 WORLD Professional Association for Transgender Health. Disponível em: <<https://tgeu.org/>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

22 JUST Detention International: rape is not part of the penalty, 2017. Disponível em: <<https://justdetention.org/who-we-are/our-mission/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

Tais abusos representam um intolerável desrespeito aos direitos humanos, especialmente porque a proteção sobre a integridade física do apenado também é dever do Estado, que deve identificar agressores, responsabilizar os funcionários por violação de prisioneiros; promover atitudes públicas que valorizem a dignidade e a segurança das pessoas em detenção; e garantir que os sobreviventes desta violência recebam a ajuda de que precisam e evitar novos abusos.

Segundo o art. 84, § 4º da Lei de Execução Penal, o “preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio”, o que identifica a atenção normativa com a situação de qualquer indivíduo sob a tutela do Estado que vivencie uma condição de vulnerabilidade no cárcere.

Espera-se que as prisões sejam coordenadas por líderes comprometidos, que implementem boas políticas e práticas sólidas que possam manter as pessoas seguras, assegurando os direitos humanos básicos de todas as pessoas em situação de detenção.

Quando o Estado aplica a pena restritiva de liberdade, assume a responsabilidade absoluta de manter a integridade do apenado. Não importa o crime que alguém tenha cometido, a violação sexual não faz parte da penalidade.

4. ANÁLISE DE DADOS SOBRE A SITUAÇÃO DO APENADO LGBT NO BRASIL: A PROTEÇÃO NORMATIVA É REAL?

Para responder ao problema de pesquisa, importa não apenas interpretar a literatura sobre o tema, mas analisar os dados coletados para robustecer as inferências. A pesquisa é relevante quando faz com que o diálogo entre teoria e dados avance para além do estado atual da disciplina, quando se destina a abordar problemas sociais, quando é capaz de chamar a atenção de cidadãos e *policymakers* sobre os problemas, e oferecer soluções²³.

A condição do apenado LGBT no sistema prisional brasileiro é reconhecidamente difícil, muito embora haja um número considerável de iniciativas políticas voltadas à proteção da pessoa presa (*v.g.* Mutirão Carcerário do Conselho Nacional de Justiça, Programa Nacional de Direitos Humanos do Governo Federal, Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra LGBT e de Promoção da Cidadania Homossexual “Brasil Sem Homofobia (BSH)”, Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – PNDCDH/LGBT etc.).

Um marco normativo para a proteção do preso LGBT se consubstanciou pela Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, assinalando a união entre Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e Conselho Nacional de Combate à Discriminação CNCD/LGBT, para o acolhimento à população mais vulnerável, determinando novos parâmetros para a proteção de pessoas do grupo LGBT (gays, bissexuais, travestis e transexuais) em privação de liberdade no Brasil.

A Resolução Conjunta nº 1 / 2014, publicada no Diário Oficial da União, seção 1, nº 74, quinta-feira, 17 de abril de 2014, que além de outras providências estabelece os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil, determina em seu art. 3º que às “travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos”.

Estabelece-se, assim, que unidades prisionais devem reunir esforços para destinar alas específicas para o cumprimento de pena de presos homoafetivos, assegurando dessa forma a integridade física, psicológica e

23 GERRING, John; YESNOWITZ, Joshua. A Normative Turn in Political Science? *Polity*, v. 38, n. 1, p. 101-133, 2006.

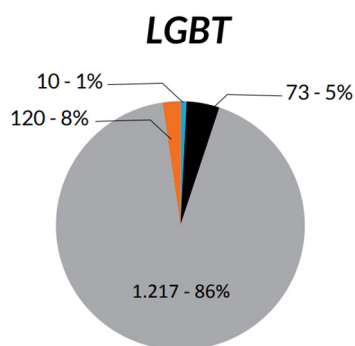
a plena expressão de identidade individual.

A ideia de separar detentos LGBT não consiste em um mecanismo de segregação, mas sim, como meio de proteção para indivíduos que, em razão de sua condição afetiva, são alijados dos direitos fundamentais e se encontram em situação de vulnerabilidade²⁴.

Não que se pretenda uma classificação em um bloco único de sexualidade e condição afetiva, mas sim, preservar um conjunto de pessoas que são negligenciadas, muitas vezes, por não pertencerem a um modelo tradicional de heteronormalidade. Para isso, é necessário pensar em estratégias que enfatizem a constante vigilância e a profunda sensibilidade às necessidades de indivíduos socialmente vulneráveis.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN – de junho de 2014, coordenado pelo Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional, das 1.217 unidades prisionais consultadas em território nacional, apenas 65 apresentam celas ou alas destinadas, apenas, à população LGBT, o que corresponde a 5,34% do total das amostras verificadas.

Figura 4 – Unidades com ala ou cela destinada exclusivamente a grupos LGBT



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2014, p. 35, *on line*)

É preciso salientar que o levantamento mais recente corresponde a uma coleta realizada em 2014, portanto, ainda há possibilidade de que a realidade tenha sido alterada pela introdução da Resolução Conjunta nº 1 / 2014, pelo menos em termos estruturais e logísticos.

A despeito da determinação legal, nem todas as casas de privação de liberdade possuem estrutura física, recursos humanos ou aparato logístico para fornecer espaços destinados especificamente à população carcerária LGBT. A tabela a seguir evidencia o panorama dos presídios brasileiros e a relação sensível entre determinação normativa e realidade fática:

Tabela 5 - Unidades prisionais diferenciadas por condição LGBT no Brasil

Região	UF	Orientação normativa	Ala LGBT	Unidade Prisional com ala LGBT
Norte	AC	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	AP	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	AM	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	PA	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	RO	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	RR	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	TO	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-

24 VALENTIM, Silvani dos Santos; FRÓIS, Frederico de Freitas. A ala LGBT em presídios brasileiros: possibilidades ou controvérsias? SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO 11 & 13TH WOMEN'S WORLDS CONGRESS. *Anais Eletrônicos*. Florianópolis, 2017.

Região	UF	Orientação normativa	Ala LGBT	Unidade Prisional com ala LGBT
Nordeste	AL	Plano Estadual de Direitos LGBT de 15 de dezembro de 2016 e Portaria Estadual nº 202 de 2017	Não	-
	BA	Resolução Conjunta nº01/2014	Sim	Cadeia Pública do Complexo da Mata Escura e Presídio de Feira de Santana
	CE	Deceto nº 32.188 de 07 de abril de 2017	Sim (150 detentos)	Casa de Privação Provisória de Liberdade Professor José Jucá Neto (CPPL3) e Unidade Prisional Irmã Imelda Lima Pontes
	MA	Portaria Estadual nº 41 de 12 de maio de 2014	Não	-
	PB	Resolução Conjunta nº01/2014	Sim	Penitenciária Flósculo da Nóbrega (Presídio do Róger), Penitenciária Dr. Romeu Gonçalves de Abrantes (PB1) e Penitenciária Regional Raimundo Asfora (Complexo do Serrotão)
	PE	Resolução Conjunta nº01/2014	Sim	Presídio de Igarassu, Presídio Professor Aníbal Bruno (Complexo do Curado), Penitenciária Dr. Edvaldo Gomes, Presídio Advogado Brito Alves, Presídio Regional de Salgueiro, Centro de Ressocialização do Agreste, Penitenciária Juiz Plácido de Souza, Presídio Desembargador Augusto Duque e Penitenciária Dr. Ênio Pessoa Guerra
	PI	Recomendação Conjunta nº 003/2017 (MPPI)	Não	-
	RN	Resolução Conjunta nº01/2014	Sim	Cadeia Pública de Mossoró e Complexo Penitenciário Agrícola Mário Negócio
	SE	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
Centro-Oeste	DFT	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	GO	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	MT	Instrução Normativa nº 001/2017/GAB-SEJUDH	Sim	Unidades penitenciárias regionais de Água Boa e Sinop, Centro de Ressocialização de Cuiabá, Penitenciária Major Eldo Sá Corrêa
	MS	Resolução Conjunta nº01/2014	Sim	Estabelecimento Penal Feminino “Irmã Irma Zorzi” (EPFIIZ)
Sul	PR	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	SC	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	RS	Resolução Conjunta nº01/2014	Sim	Presídio Central de Porto Alegre (PCPA)

Região	UF	Orientação normativa	Ala LGBT	Unidade Prisional com ala LGBT
Sudeste	SP	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-
	RJ	Resolução SEAP nº 558 de 29 de maio de 2015	Não	-
	MG	Resolução Conjunta nº01/2014	Sim	Presídio de São Joaquim de Bicas e Presídio de Vespasiano
	ES	Resolução Conjunta nº01/2014	Não	-

Fonte: Elaboração própria com base nas informações disponibilizadas por consulta às Secretarias Estaduais de Administração Penitenciária.

Pelo quadro acima, é possível perceber que há um número ainda limitado de unidades prisionais com espaços destinados especificamente para as populações carcerárias LGBT, o que sugere duas circunstâncias pontuais; a primeira, que a Resolução Conjunta nº 01 de 2014, muito embora tenha sido um marco na proteção aos direitos humanos, não gerou impacto na integralidade das penitenciárias nacionais, uma vez que os dados coletados e as fontes consultadas (Secretarias Administrativas Penitenciárias, Secretarias de Justiça, Secretarias Estaduais de Direitos Humanos) evidenciam lacunas de ordem logística para a adoção de medidas como a criação de alas separadas pela condição afetiva LGBT. A segunda, que há um longo caminho a ser percorrido no que se refere ao combate à discriminação.

A discriminação possui muitas expressões e, no ambiente do cárcere, parece ainda mais grave. As unidades penitenciárias brasileiras ainda estão afastadas da proteção à cidadania material e do pleno cumprimento dos direitos humanos, conforme disposição constitucional.

Além da preocupação pontual com o cumprimento da pena e responsabilidade sobre a integridade dos apenados e respeito aos direitos humanos, há de se refletir sobre a viabilidade de soluções possíveis e menos onerosas para amenizar a vulnerabilidade e a violência contra homossexuais na prisão.

Podem ser exemplificadas as seguintes propostas: (a) triagem e classificação dos custodiados; (b) separação de presos por nível de periculosidade; (c) análise psicológica de todos os agentes penitenciários e detentos para identificação de propensão ao cometimento violência sexual; (d) elaboração e implementação de programas de treinamento para agentes carcerários; (e) investigação dos abusos e consequente punição dos agressores; (f) coleta de dados sobre o perfil social das vítimas para reunir informações estatísticas sobre crimes cometidos contra pessoas LGBT.

Tratam-se de propostas de baixo custo de planejamento e execução, que demandam mais esforços direcionados à capacitação dos profissionais e agentes penitenciários do que ônus ao erário público.

A triagem e classificação dos custodiados é uma condição essencial para a alocação dos apenados, o que deve ocorrer, inclusive, em razão da idade, presença de enfermidades cujo tratamento demanda medidas mais específicas, portadores de deficiência física, nacionalidade etc. Uma triagem eficiente e que permita a identificação espontânea por parte do apenado, poderia reduzir a condição de vulnerabilidade no cárcere.

A separação de presos por nível de periculosidade se justifica pela necessidade de separar os detentos mais violentos dos demais, garantindo-lhes assim maior proteção contra possíveis agressões físicas e psicológicas. Essa separação tende a evitar o domínio por facções e o comportamento opressor, que prejudica a ressocialização.

A análise psicológica de agentes penitenciários deve ser realizada periodicamente para assegurar que o perfil de conduta do servidor público se mantenha adequado às exigências do ambiente penitenciário, assim como o acompanhamento psicológico dos detentos deve ser realizado para identificar se há propensão ao cometimento violência sexual.

Tal análise exige a atuação interdisciplinar de profissionais de áreas correlatas, que podem contribuir para a pesquisa e acompanhamento dos casos. Conhecer o perfil de agentes e dos detentos é fundamental para a adequada correção, para a ordem no ambiente prisional e para o equilíbrio das relações.

A elaboração e implementação de programas de treinamento para agentes carcerários pode ser realizada por uma ação conjunta entre Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Justiça e Secretarias Estaduais de Justiça e Cidadania, utilizando-se a carga horária obtida inclusive como mecanismo de progressão funcional. O aprendizado e capacitação dos profissionais que atuam em presídios deve ser uma constante para o aprimoramento individual.

Ainda, a investigação dos abusos e consequente punição dos agressores consiste em dever do Estado, na medida em que se torna responsável pela administração e cumprimento proporcional das penas privativas de liberdade, coibindo excessos e zelando pela integridade física e psicológica de apenados.

A coleta de dados para a construção do perfil social das vítimas, reunindo informações estatísticas sobre crimes cometidos contra pessoas LGBT, é útil para reconhecer o problema em dimensão individual, além de ser relevante para a elaboração de políticas direcionadas.

Além de ser conveniente para a abordagem quantitativa do fenômeno, a análise e tratamento dos dados pode ser realizada gratuitamente por instituições de ensino superior e/ou laboratórios de matemática e estatística vinculados à esfera governamental, sem custos para o Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise teórica e observação dos dados coletados, é possível perceber que a concretização da proteção normativa aos apenados homoafetivos como mecanismo de realização de direitos humanos ainda não se realizou em todo o território nacional, evidenciando gravíssimo problema para a condução de políticas públicas voltadas à população carcerária e, principalmente, a existência de problemas estruturais e logísticos para o cumprimento da Resolução Conjunta nº 1 de 2014.

Há exemplos de sucesso como a criação de alas LGBT em unidades prisionais no Estado de Minas Gerais, Mato Grosso, Pernambuco, Paraíba e, principalmente, Estado do Ceará, com a construção da Unidade Prisional Irmã Imelda Marques, inaugurada para atender a população LGBT e promover o resgate dos direitos humanos como condição para a ressocialização. Porém, são exemplos pontuais, que não refletem a integralidade da realidade carcerária nacional no que diz respeito à proteção de presos LGBT.

A pesquisa possui relevância teórica porque oferece contribuição aos estudos já realizados sobre o tema, tornando o assunto mais acessível e evidenciando a necessidade pela contínua reflexão acerca dos problemas que envolvem a realização de direitos. Em termos práticos, o estudo fornece um olhar específico sobre a problemática, demonstrando um panorama quantitativo sobre o assunto.

Para a análise qualitativa realizada, importa a avaliação das teorias e dos dados coletados, além de seu desenvolvimento, já que a relevância do estudo está na possibilidade da incerteza quanto a seus resultados, ajudando a chegar a uma melhor compreensão dos fenômenos estudados teórica ou empiricamente.

A discriminação com base na condição afetiva e identidade de gênero viola o princípio básico de igual valor e a igualdade de direitos para todas as pessoas, o que se agrava quando o ambiente social é restrito e hostil, como nas unidades prisionais.

Há muitas razões pelas quais os indivíduos podem não querer divulgar sua condição afetiva ou identidade de gênero na prisão, como incidentes de homofobia, abusos, discriminação e violação contumaz de direitos.

Tal realidade indica uma maior propensão e vulnerabilidade à violência baseada na orientação sexual no

ambiente de encarceramento, exigindo não apenas o ingresso do tema da agenda de elaboração de políticas públicas de proteção, como a necessidade por iniciativas legislativas que reconheçam a cidadania das vítimas.

Por essa razão, é fundamental a existência de estudos que evidenciem essa realidade para promover o reconhecimento e a defesa de direitos humanos para pessoas que, em razão de sua condição afetiva, são muitas vezes alijadas da proteção institucional, o que se potencializa no ambiente prisional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de. Direitos humanos das pessoas com deficiência mental: tratamento institucional no contexto brasileiro. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1226-1243, 2017.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Políticas públicas e escolha racional: o caso do Centro Urbano de Cultura, Arte, Ciência e Esporte de Fortaleza, Estado do Ceará. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 2, p. 248-264, 2017.

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

BRASIL, Felipe Gonçalves; CAPELLA, Ana Cláudia N. Subsistemas, comunidades e redes para a análise da participação no processo de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, 2014, p. 66-80.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Brasília: Senado Federal, 1984.

BRASIL. Resolução conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 abr. 2014.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Brasília: Senado Federal, 1992.

BRASIL. *Atividade legislativa*: Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade-de/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012*. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: INFOPEN. jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2015*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Transexualidade e o “direito dos banheiros” no STF: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, p. 215-243, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CORTES, Soraya Vargas. Sociologia e políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Unesp; Fiocruz, 2013.

CVIKLOVÁ, Lucie. Advancement of human rights standards for LGBT people through the perspective of international human rights law. *Journal of Comparative Research in Anthropology and Sociology*, v. 3, n. 2, p. 45-60, 2012.

DOUZINAS, Costas. *The end of human rights*. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GERRING, John; YESNOWITZ, Joshua. A Normative Turn in Political Science? *Polity*, v. 38, n. 1, p. 101-133, 2006.

GGB. *Relatório Grupo Gay da Bahia 2017*. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso: 12 fev. 2018.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório da Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual da Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania*. São Paulo: SJDC/SP, 2014.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas, uma abordagem integral*. 3. ed. Tradução: Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Relatório mundial 2017*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313303>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

JUST Detention International: rape is not part of the penalty, 2017. Disponível em: <<https://justdetention.org/who-we-are/our-mission/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

KINGDON, John. *Agendas, Alternatives and Public Policies*. 3. ed. New York: Harper Collins, 2003.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. *Cadernos Pagu*, n. 39, p. 403-429, 2012.

MEYER, Doug. An Intersectional Analysis of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender (LGBT) People's Evaluations of Anti-Queer Violence. *Gender & Society*, v. 26, n. 6, p. 849-873, 2012.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SILVA, Leandro José da. Controle judicial das políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 191-218, 2011.

VALENTIM, Silvani dos Santos; FRÓIS, Frederico de Freitas. A ala LGBT em presídios brasileiros: possibilidades ou controvérsias? SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO 11 & 13TH WOMEN'S WORLDS CONGRESS, 2017, Florianópolis. *Anais Eletrônicos*. Florianópolis, 2017.

WORLD Professional Association for Transgender Health. Disponível em: <<https://tgeu.org/>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Calons: redefinindo as fronteiras
Dos direitos humanos e do
sistema de justiça penal

Calons: redefining the borders
of human rights and the criminal
justice system

Phillipe Cupertino Salloum e Silva

Marcos José de Oliveira Lima Filho

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Calons: redefinindo as fronteiras Dos direitos humanos e do sistema de justiça penal*

Calons: redefining the borders of human rights and the criminal justice system

Phillipe Cupertino Salloum e Silva**

Marcos José de Oliveira Lima Filho***

RESUMO

A persistência do preconceito contra as populações ciganas no Brasil e em outros lugares do mundo, no século XXI, e a possibilidade de redefinição das fronteiras dos direitos humanos indicam a necessidade de se romper com invisibilidade dessa questão na esfera acadêmica, assim como no âmbito das políticas públicas. Este trabalho científico pretende, com base em quatro situações concretas acompanhadas pelos autores, refletir o racismo institucionalizado e o sistema de justiça penal, diante da realidade vivenciada pelos ciganos. Objetiva-se, ao mesmo tempo, refletir as teorias críticas descoloniais, aliadas à crítica ao racismo, situando os povos ciganos enquanto sujeitos dos direitos humanos. Do ponto de vista metodológico, esse texto intercala os relatos e a experiência do projeto de extensão “Assessoria Universitária Jurídica Popular, Povos Tradicionais e Direitos Humanos” a uma revisão de bibliografia voltada para a compreensão da realidade brasileira juntamente à questão cigana. Conclui-se que a necessidade de uma análise descolonizadora e crítica sobre o racismo e a questão cigana implica considerar que esse fenômeno social é estruturante para a reprodução do capitalismo. Entretanto, apontar a seletividade do direito penal, as contradições do sistema de justiça e a ineficiência dos direitos humanos em face da questão cigana é uma medida ainda inicial e será limitada, caso não esteja atrelada à organização dos povos ciganos em torno da luta por emancipação humana.

Palavras-chave: Questão cigana. Seletividade do direito penal. Relações étnico-raciais.

* Recebido em 23/02/2018
Aprovado em 29/03/2018

** Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz. E-mail: phillipecupertino@gmail.com

*** Doutor e mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: mjolf13@hotmail.com

ABSTRACT

The persistence of prejudice against gypsies populations in Brazil and other places in the world, in the 21st century, and the possibility of redefining the borders of human rights indicate the need of breakoing the invisibility that of this issue creates in the scientific sphere as well as in the public policy. The presente article intends, from the concrete situations accompanied by the authors, to reflect the institutionalized racism and the criminal justice system, faced with the reality experienced by the gypsies. At the same time, it also reflects the critical theories of decolonization, allied to the criticism of racism, it places the gypsies as subjects of human rights. From

a methodological point of view, this text interweaves the reports and the experience of the project “Assessoria Universitária Jurídica Popular, Povos Tradicionais e Direitos Humanos” to a bibliographical revision aimed at understanding the Brazilian reality together with the gypsy question. It is concluded the need of a decolonizing and critical analysis on racism and the gypsy question considering that this social phenomenon is structuring for the reproduction of capitalismo. However, to point out the selectivity of criminal law, the contradictions of the justice system and the inefficiency of human rights in face of the gypsy question is a first and importante step, although it could be insufficient in case of not be tied to the organization of the gypsy people around the struggle for human emancipation.

Keywords: Gypsy question. Selectivity of criminal law. Ethnic-racial relations.

1. INTRODUÇÃO

A persistência do preconceito contra as populações ciganas no Brasil e em outros lugares do mundo, no século XXI, e a possibilidade de redefinição das fronteiras dos direitos humanos assumem uma urgência que não pode ser ignorada. Embora o racismo alcance a generalidade dos povos ciganos, o presente artigo destaca que as mulheres ciganas se encontram em situação duplamente vulnerável, seja pelas sociedades majoritárias e em face das próprias comunidades. Diante desse cenário, romper com a invisibilidade no âmbito acadêmico, político e social constitui um dos principais e primordiais desafios apontados pelos movimentos ciganos em sua luta pelo direito de viver com dignidade e de se autodeterminar.

Este trabalho científico pretende, com base em quatro situações concretas acompanhadas pelos autores, refletir o racismo institucionalizado e o sistema de justiça penal, diante da realidade vivenciada pelos ciganos em situações cotidianas, quando circulam pelos centros das cidades e/ou na busca por trabalho. Visa-se compreender o papel do Estado, quando este atua em face de episódios que envolvem pessoas etnicamente identificadas como cigana, buscando identificar possíveis violações de direitos e se há alguma omissão da burocracia estatal quando se demanda proteção. Para desenvolver este estudo, é necessário refletir as teorias críticas descoloniais, aliadas à crítica ao racismo, situando os povos ciganos enquanto sujeitos dos direitos humanos. Um sujeito não mais abstrato, mas concreto, diverso, que vive da sua força de trabalho, exposto a diferentes violências, criminalizações e vitimizações.

Do ponto de vista metodológico, este texto intercala os relatos e a experiência do projeto de extensão “Assessoria Universitária Jurídica Popular, Povos Tradicionais e Direitos Humanos”¹ a uma revisão de bibliografia voltada para a compreensão da realidade brasileira conjuntamente com a questão cigana. Além disso, busca-se, com base nas contribuições de mulheres ciganas, acadêmicas e ativistas, debater a ineficácia protetiva dos direitos humanos no contexto brasileiro e pós-colonial em face dos povos ciganos.

Este artigo está dividido em três tópicos. O primeiro narra três situações em que o Ministério Público Federal foi provocado a averiguar a ocorrência do crime de preconceito contra os ciganos. Em seguida, é exposto um episódio envolvendo jovens de uma comunidade cigana e a polícia civil, a fim de refletir a essência e a seletividade do direito penal no Brasil. A partir de uma perspectiva interseccional que articula as categorias gênero, raça, classe e território, o terceiro tópico debate e aponta as bases para o desenvolvimento de uma teoria dos direitos humanos voltada para uma prática libertadora, de modo a vislumbrar os povos ciganos enquanto sujeitos de direitos, de dignidade e detentor do direito de forjar sua própria história.

1 O projeto de extensão é vinculado ao curso de Direito das Faculdades Integradas de Patos (FIP), sendo formado por estudantes da graduação, sob a orientação de um professor da instituição, que escreve este artigo. Tem como objetivo principal estabelecer um contato dialógico entre os extensionistas e a comunidade tradicional, inspirados pelos ensinamentos de Paulo Freire sobre educação popular. Os extensionistas e os povos ciganos, na condição de educadores e educando, utilizam da relação entre Assessoria Jurídica Popular e a comunidade *calon* de Condado para pensar e ensaiar um novo modelo de educação direcionado para a emancipação humana.

2. O CRIME DE PRECONCEITO E A SUA INSIGNIFICÂNCIA PENAL

Dona Suzana², mulher cigana da etnia *calon*³, há aproximadamente cinco décadas percorre as cidades do interior do Nordeste em busca de trabalho e renda. Embora sedentarizada num pequeno município desde o início da década de 1990, as viagens para outras cidades continuaram parte do seu cotidiano. Ao circular pelos centros comerciais dessas localidades, oferece as demais pessoas a leitura de mão ou o jogo de cartas. Nos últimos meses, contudo, intensificou-se a intolerância em face da sua simples presença nos espaços públicos. Os insultos, vindos especialmente dos taxistas, objetivavam alertar os pedestres a não permitir que Dona Suzana realizasse seu trabalho, acusando-a de mentirosa, ladra e perigosa.

Em meados do mês de novembro 2017, um blog de ampla repercussão regional divulgou uma reportagem intitulada “baiana pede para ler mão das pessoas no centro e depois faz ameaças e as persegue”⁴. A ‘baiana’ descrita no texto publicado se refere a dona Suzana. A notícia traz informações de forma unilateral, emitindo no próprio título uma condenação, sem prévia investigação ou provas concretas. Após esse fato, dona Suzana deixou de trabalhar nas ruas e localidades em que, nos últimos anos, costumou frequentar.

É importante recordar que foi realizada uma audiência pública em março de 2017⁵, organizada pelo MPF, espaço em que estiveram reunidos setores da burocracia estatal e da sociedade civil, voltado para discutir a situação dos povos ciganos *calons* que habitavam a região. Entre as demandas e queixas, as mulheres ciganas presentes, em sua maioria idosas, exigiram que fossem extintas as abordagens policiais e a hostilidade da população *juron*⁶ em face das *calins* que trabalham nas ruas das cidades oferecendo a leitura de mãos.

A reportagem, ao atribuir as supostas condutas a uma “baiana”, ainda que se tratasse de uma *calin*⁷, reforça pejorativos associados às mulheres negras ou não brancas, de religiões africanas ou simplesmente não cristãs. Rea destaca que os preconceitos e estereótipos racistas e ciganofóbicos aos quais essas mulheres são submetidas “são sempre coproduzidos por marcas de gênero e por conotações fortemente sexualizadas (cigana misteriosa e identificada como uma bruxa)”⁸, debate aprofundado no terceiro tópico deste artigo.

A referida publicação motivou o projeto de extensão que acompanha a comunidade de Dona Suzana a noticiar o fato ao MPF, por identificar a ocorrência do crime de preconceito praticada pelo portal de notícias e nos comentários. O órgão, por sua vez, discordou da assessoria jurídica universitária popular e encaminhou o caso para o arquivamento⁹, argumentando que o blog apenas noticiou um fato jornalístico e que não houve o intuito de gerar preconceito contra a comunidade cigana, que, tradicionalmente, é identificada com a leitura de mãos. Utilizou-se do princípio da ponderação para fundamentar a decisão pelo arquivamento da notícia de fato, em que a liberdade de expressão e imprensa prevalecem sobre uma ‘imaginária incitação à discriminação dos povos e tradições ciganas’.

O MPF classifica o episódio noticiado ao órgão como uma ‘imaginária incitação’ ao preconceito, no entanto, a publicação atraiu uma série de comentários de leitores ao suposto fato jornalístico reproduzido no

2 Adota-se um pseudônimo que não compromete a história relatada.

3 Trata-se de uma etnia cigana com forte presença no Nordeste.

4 Disponível em: <<http://www.folhapatoense.com/2017/11/24/baiana-pede-para-ler-a-mao-das-pessoas-no-centro-de-patos-e-depois-faz-ameacas-e-as-persegue/#.WpAytee1vIU>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

5 A audiência pública contou com a presença de representantes de todos entes da federação, inclusive do município onde ocorreu o fato noticiado pelo blog, em que se anunciou uma série de medidas para promover a inclusão e combater o preconceito contra o povo cigano.

6 Significa pessoa não cigana na língua falada pelo povo *calon*.

7 Significa mulher cigana na linguagem *calon*.

8 REA, Caterina Alessandra. Redefinindo as fronteiras do pós-colonial: o feminismo cigano no século XXI. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 25, n. 1, p. 31-50, fev. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/39583>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

9 Trata-se do arquivamento da notícia de fato nº 1.24.003.000306/2017-03, procedimento que ocorreu em 19 de dezembro de 2017.

blog, que atribuíam a leitura de mãos à ‘trapaça’ e à ‘coisa de macumbeira’, adjetivando a ‘baiana’ de ‘pilantra’ e ‘louca’ ou propondo que se deveria ‘ter dado um murro na cara dela’. O órgão admite que se tratam de externalizações exageradas de preconceitos arraigados e indicou que há uma causa para essas repercussões tão negativas: o ‘déficit de educação’, notadamente, voltada para ‘os direitos humanos dos povos tradicionais’. Contudo, sustenta que não cabe responsabilização penal para o que considera se tratar de uma ‘falta de educação para tratar com a diferença’, sendo mais uma ‘ignorância completa’ que com ‘o cerne do discurso de ódio, que é a agressão ao diferente por ser diferente’.

Ainda que não esteja presente o dolo do autor da publicação em incitar o preconceito, as repercussões em tons odiosos e preconceituosos são, de alguma forma, responsabilidades do portal de notícias, elemento que não foi suficiente para que o MPF adotasse medidas mais concretas em relação ao fato noticiado, como exigir uma veiculação de uma reportagem que trouxesse esclarecimentos sobre a cultura da leitura de mãos e uma advertência direta aos autores dos comentários que fazem apologia ao ódio e a violência.

O referido órgão propõe, abstratamente, a necessidade de inclusão das tradições ciganas nos currículos escolares das escolas municipais, contudo, não indica como deve proceder com essa demanda, que é urgente. Essa pauta já é de conhecimento do MPF, que organizou uma audiência pública realizada, em março de 2017, para discutir a realidade dos ciganos e buscar soluções para as demandas reivindicativas das comunidades *calon* da região. Percebe-se que poucos avanços e esforços foram realizados em face aos compromissos assumidos pelas autoridades e representantes dos órgãos que estavam presentes.

Este não é o único episódio envolvendo a imprensa que o MPF entende não ser necessário formalizar uma denúncia. Não há pretensões, neste artigo, de fazer juízos de valores em relação as posições do Ministério Público Federal, que, não obstante as constatações aqui levantadas, trata-se de um dos principais órgãos estatais que ainda dão apoio e visibilidade ao reconhecimento da dignidade humana dos povos e comunidades tradicionais. Objetiva-se, por sua vez, refletir um comportamento que é comum em diferentes procuradorias do órgão, relevar as condutas preconceituosas, tratando-as como fatos dignos da aplicação do princípio da insignificância penal.

Em 12 de dezembro de 2017, um portal de notícias da rede social Instagram publicou uma foto de duas mulheres trajando roupas típicas ciganas acompanhadas da seguinte legenda: ‘Atenção! Ciganas foram flagradas no Shopping na tarde dessa segunda. Já estão tentando faturar o 13º’. Essa publicação obteve uma ampla repercussão na rede social¹⁰, inclusive entre comentários de pessoas que se demonstravam incomodados em relação ao preconceito manifestado. Entretanto, predominaram mensagens que reproduziam uma perspectiva racista e higienista, insinuando que as pessoas ciganas, em geral, são desonestas, sujas e perigosas, e que, por isso, deveriam ser expulsas do shopping.

O que há de relevante, para fins jornalísticos, no fato de duas mulheres, visivelmente ciganas, caminharem num shopping? Talvez a surpresa dos autores da publicação e dos comentários seria motivada pelo fato de pessoas ciganas, vistas como exóticas e presumidamente perigosas, frequentando espaços abertos ao público como um shopping, idealizado para trazer conforto e proteção para seu público-alvo. A foto e a legenda, ao adotar o temo ‘atenção’, somado às expressões ‘Ciganas foram flagradas’ e ‘faturar o 13º’, reproduzem e induzem o preconceito étnico e a intolerância, incitando outras pessoas, mediante comentários de natureza odiosa, a corroborarem a perspectiva racista que motivou a publicação.

A procuradoria do Ministério Público Federal, para onde se encaminhou a representação, realizou uma reunião na data de 25 de janeiro de 2018, ocasião em que foi celebrado o Termo de Ajustamento de Conduta¹¹ com o responsável pelo perfil autor da postagem. Essa retratação esteve condicionada à publicação de uma mensagem produzida pelo MPF, em forma de esclarecimento sobre os povos ciganos e o preconceito

10 Até a realização da representação ao Ministério Público Federal para noticiar o fato relatado, a publicação alcançou 769 curtidas e 160 comentários.

11 Trata-se do Procedimento de Arquivamento nº 19/2018 da Notícia de Fato nº 1.24.001.000009/2018-51.

vivenciado por essa etnia, e a exclusão da postagem originária. Ocorre que, havendo o crime de preconceito, que exige uma ação pública incondicionada, não é cabível retratação ou outra composição cível. Não se trata de uma injúria racial, visto que a ofensa ocorrida não ocorreu em face da honra subjetiva das mulheres expostas na publicação do perfil de rede social, mas, genericamente, ao grupo étnico reconhecido como cigano.

Frisa-se que foi apresentado um recurso ao procedimento de arquivamento, alegando que não oferecer denúncia corresponde a uma conduta antijurídica, pois viola direitos fundamentais e a norma infraconstitucional que regulamenta a punição e a responsabilização penal dos autores do crime de preconceito. Além disso, indica-se que o arquivamento constitui uma forma de condenação da lei nº 7.716/1989 à condição de letra morta¹², em outras palavras, inaplicável no sistema de justiça brasileiro. Ignora-se a condição das pessoas ciganas enquanto sujeitos de proteção dos direitos humanos. Percebe-se que o racismo “como forma de consciência grupal, não parece mais como racismo e, até mesmo, se nega como tal. É essa característica de poder se negar a si mesmo que lhe confere tal plasticidade e resistência aos esforços de mudança”¹³.

Para a conclusão desse primeiro tópico, cabe relatar um episódio que envolve o ex-senador, empresário do ramo das comunicações e colunista Assunção Muller¹⁴, que foi autor do texto intitulado ‘Os Três Mosqueteiros’¹⁵, publicado em julho de 2015. O texto consiste numa opinião pessoal do colunista em relação ao cenário político e a corrupção no Brasil, que classifica como ‘os três mosqueteiros da cena contemporânea brasileira’ o procurador federal Rodrigo Janot, o juiz federal Sérgio Moro e o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa’. O autor do texto afirma que a operação lava jato ‘culminará, em futuro próximo, no expurgo dos ciganos mercenários — gente que só se aproxima do povo às vésperas das eleições, comprando lideranças para carimbar cargos para si e para seu clã’ e clama pelo fim ‘dessa ciganagem caloteiral’. Ou seja, refere-se aos ciganos, de forma ampla e irrestrita, em um substantivo equivalente aos piores e mais chulos dos xingamentos possíveis da Língua Portuguesa.

Ainda que presentes elementos para ser redigida a denúncia, por se tratar de uma conduta preconceituosa em face da generalidade dos povos ciganos, o órgão provocado decidiu pelo arquivamento da representação¹⁶, sob a justificativa de que o autor das ofensas aos ciganos emitiu uma nota de retratação divulgada no mesmo portal sob o título ‘minhas desculpas’¹⁷. Nesse texto, Assunção Muller responsabiliza a Língua Portuguesa e o seu dicionário da Houaiss pelo uso inapropriado do termo ‘cigano’ e ‘ciganagem’ e que sua intenção foi ‘rechaçar os muitos vivos, burlões, impostores, intrujões, trapaceiros que vivem a enganar a nação’. Em outras palavras, Assunção Muller admite que o simples bom senso de uma pessoa como ele, empresário, jornalista e ex-senador, no século XXI, não é suficiente para evitar o emprego da palavra cigano em sentido pejorativo¹⁸.

Percebe-se que os autores de condutas preconceituosas são tratados como figuras inimputáveis penalmente, não passível de culpa. Ao contrário, em situações envolvendo racismo, as procuradorias do MPF analisados neste estudo adotam uma postura demasiadamente branda em relação aos autores de ofensas preconceituosas, indicando, por exemplo, a responsabilidade do estado, de forma abstrata, por não fornecer

12 Segundo Abade, “os juristas brasileiros ignoram o crime de racismo. E os juízes não veem o crime de racismo [...] porque não aceitam o fato de que há racismo no país. Muitas vezes as agressões são entendidas como brincadeiras. Não existe a menor sensibilidade da Justiça para o quanto isso é doloroso para quem sofre o preconceito”. ABADE, Luciana. Uma justiça cega para o racismo. *Jornal do Brasil*, São Paulo, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2009/09/30/uma-justicacega-para-o-racismo/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

13 MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade*: novas bases epistemológicas para entender o racismo. Belo Horizonte: Mazza, 2007.

14 Adota-se um nome fictício, por entender não comprometer a pretensão do presente artigo.

15 O texto jornalístico encontra-se acessível em diversos websites, que podem ser encontrados com uma simples busca na plataforma do Google. Disponível em: <<http://www.maispb.com.br/115723/os-tres-mosqueteiros.html>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

16 Trata-se da Promoção de Arquivamento nº 75/2015 do Procedimento Preparatório nº 1.24.003.000193/2015-76.

17 Disponível em: <<http://correiodaparaiba.com.br/colunas/minhas-desculpas/>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

18 O problema é que o bom senso da nossa sociabilidade indica o uso do termo cigano em sentido pejorativo como algo adequado. Daí também, a dificuldade em utilizar o penalismo para esses casos.

uma educação voltada para diversidade. Em vez da responsabilização, aposta-se na mediação, opta-se pela imbecilização do sujeito preconceituoso que utiliza da plataforma das redes sociais e da imprensa para reproduzir e alimentar o racismo. É possível afirmar que “a reprodução ampliada das desigualdades raciais no Brasil coexiste com a suavização crescente das atitudes e dos comportamentos racistas”¹⁹.

Importa destacar que Assunção Muller, uma espécie de porta voz das elites brasileiras, defende a severidade do Sistema de Justiça, exaltando a operação Lava Jato, símbolo da tentativa moralização da política protagonizado pelo Ministério Público Federal²⁰. Contudo, a mesma disposição em combater o crime e promover uma moralização do cenário político não ocorre quando se vem à tona condutas racistas, denúncias de crime de preconceito. Revela-se a seletividade do Sistema de justiça e do direito penal²¹, idealizados e criados para a proteção dos interesses das classes dominantes, isto é, promover o controle social, perseguir as minorias, os excluídos, e não protegê-los²². O combate e a responsabilização de práticas racistas mostram-se uma retórica conveniente para um estado que se autodenomina democrático e de direito.

O próximo tópico aborda, para o aprofundamento da análise acerca do racismo institucionalizado e da seletividade do direito penal, um caso concreto em que pessoas da etnia calon são alvos de investigação.

3. OS CIGANOS COMO CLIENTELAS DO DIREITO PENAL

Em janeiro de 2017, jovens *calons* da comunidade acompanhada pela assessoria jurídica universitária popular foram intimados a comparecer à Delegacia da Polícia Civil da região. A convocação deu-se pelo fato de esses jovens terem se envolvido numa briga com outros jovens da cidade por conta de divergências quanto ao uso do campo de futebol que é público. Ocorre que, para evitar justamente brigas, há uma delimitação de horários específicos para os ciganos e outros horários para os não ciganos. A briga, por meio de trocas de murros e pontapés, teria começado pelo fato de um jovem *calon* ter se dirigido ao bebedouro da quadra a fim de usá-lo e um outro jovem, *juron*, ter gritado que ‘nesse bebedouro cigano nenhum pode beber’.

Frisa-se que a demarcação de horários para o uso do campo de futebol, estabelecido a partir de um critério étnico, é de conhecimento da gestão municipal onde está situada a quadra. Ou seja, legitima-se a segregação, uma espécie de atualização do *apartheid*, a fim de conter um conflito, em vez de se buscar formas de promover a integração entre os jovens *calons* e *jurons*. A inércia desse município é regra e não questão isolada, ao passo que apenas 13 % dos municípios brasileiros que possuem população cigana afirmaram desenvolver políticas públicas específicas para esse povo tradicional²³.

19 GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Preconceito de cor e racismo no Brasil. *Rev. Antropol.*, São Paulo, v. 47, n. 1, p. 9-43, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012004000100001&lng=en&nrm=i>.

20 Essa forma de ativismo, segundo Engelmann, “posiciona simbolicamente os magistrados e promotores de justiça (representantes do Rule of Law) contra os políticos eleitos e extrapola o mero controle da legalidade de atos ilícitos ampliando-se para uma cruzada “moralização da política” que inclui o apoio de ONGs, da Imprensa e de setores sociais deslegitimados eleitoralmente”. ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. *Rev. Conjuntura Austral*, Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 09-16, ago./set. 2016.

21 De acordo com Kilduff, “apesar do conceito liberal de igualdade ante a lei estar fortemente enraizado na sociedade, a profunda seletividade que percorre as diferenças desde o acesso, passando pela aplicação e chegando à instância da execução penal, permite-nos desmistificar a ideia burguesa de serem “todos iguais” perante a lei”. KILDUFF, Fernanda. O controle da pobreza operado através do sistema penal. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 240-249, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802010000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.

22 Para Rodrigues, “o Direito, sempre foi utilizado como mecanismo de controle social. Por essa razão o Direito Penal não é isento de ideologias, já que faz parte de uma realidade política”. RODRIGUES, Vinicius Gonçalves. Direito penal do inimigo como instrumento de controle social. *Argumenta*, Jacarezinho, n. 12, 2010. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/167>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

23 BRASIL. Secretaria de Política de Promoção de Igualdade Racial. Secretária de Políticas para Comunidade Tradicional. *Guia de Políticas Públicas para povos ciganos*. Brasília: Seppir, 2013.

Estudantes do 8º e 9º período do curso de direito, que também fazem parte da AJUP, acompanharam os jovens *calons* intimidados a comparecer na delegacia da polícia civil, tendo em vista o receio dos membros da família que a situação vivenciada pudesse resultar numa prisão. Em outras ocasiões, na tentativa de intermediação do referido caso por telefone, a autoridade policial insistia que os ciganos são pessoas que ‘dão trabalho’ e que se metem em ‘frequentes confusões’. A própria intimação destacou em negrito e em caixa alta nas qualificações dos intimados a condição de cigano dos respectivos jovens.

Os acadêmicos do curso de direito relataram, em reunião da AJUP, que perceberam haver um tratamento distinto em relação aos jovens ciganos a partir do momento em que aqueles se integraram à reunião com a autoridade policial. Segundo o delegado do caso, as vítimas das supostas agressões desistiram de levar o caso à frente, seguindo-se o arquivamento da questão. Contudo, a autoridade insistiu em chamar os jovens ciganos para repreendê-los a não se envolverem em brigas, aplicar-lhes um ‘puxão de orelha’, expressão marcante para denominar a medida aplicada aos jovens, percebida pelos estudantes de direito.

Se o caso já estava arquivado, não havia por que os jovens serem dirigidos a delegacia e ainda ser aplicada uma advertência, que, em outras áreas, como no direito administrativo, corresponde a uma sanção, mesmo que de caráter disciplinar. A autoridade policial dependia da iniciativa, isto é, a representação das vítimas para dar continuidade à investigação, já que se tratava de uma suposta lesão corporal leve. O delegado, por sua vez, atuou como se fosse a própria lei. Criou, aplicou e executou uma pena aos jovens.

Diferentemente dos acontecimentos narrados no primeiro tópico, em que era necessário ser averiguado a existência do crime de preconceito pelas procuradorias do MPF, que arquivaram os casos, no episódio, aqui exposto, envolvendo os jovens *calons*, percebe-se um interesse muito maior, por parte da polícia civil, em levar adiante casos insignificantes e aplicar alguma punição. Uma punição moral, acima da lei, não prevista no direito penal, que intensifica sua essência punitivista e controladora quando se depara com sujeitos que são historicamente reconhecidos como perigosos à sociedade. Como adverte Raúl Zaffaroni, no percurso histórico do controle penal, a identificação de determinados sujeitos ou grupos sociais como merecedores de uma punição diferenciada, nomeadamente mais rigorosa, não constitui relevante novidade²⁴.

Campos levanta o seguinte dilema existente na criminologia brasileira e latino-americana: a necessidade da denúncia da deslegitimação do sistema penal e da negação de qualquer possibilidade de utilização do controle penal contraria algumas perspectivas políticas dos movimentos feministas e antiracistas, que insistem na discussão sobre segurança cidadã, no acesso à justiça e reforma do sistema de justiça, na elaboração e execução de políticas públicas para a contenção da violência de gênero e racial²⁵. Não cabe a negação de qualquer possibilidade do controle penal, mas utilizá-lo com bastante parcimônia e razoabilidade em todas situações, e não apenas quando se depara com episódios de preconceito.

Ainda que não seja comum casos de lesão corporal leve resultar em prisão preventiva, o receio da família dos jovens intimidados faz sentido. Os relatos realizados durante a audiência pública convocada pelo Ministério Público Federal, ocorrida no município de atuação da AJUP, em 28 de março de 2017, indicam que as mulheres ciganas continuam sendo alvos de detenções pelas forças policiais, atuantes em alguns municípios sertanejos, por praticarem a leitura de cartas e mãos. E os homens são habitualmente abordados e detidos para averiguação pela polícia, mesmo sem haver crime em flagrante ou condenação transitada em julgado, quando circulam em busca de trabalho e renda²⁶.

O Sistema Penal contribui para a criminalização da identidade cigana, que tem por consequência a sua

24 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los “extraños”. In: *Dogmática y criminología: dos versiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reys Echandia*. Bogotá: Legis, 2005.

25 CAMPOS, Carmen Hein de. *Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil*. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

26 MINISTÉRIO Público Federal discute demandas de ciganos de Sousa (PB). *Ministério Público Federal*, João Pessoa, 31 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.prpb.mpf.mp.br/news/mpf-discute-demandas-de-ciganos-de-sousa-pb>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

negação por parte de seus membros, mantendo invisibilizados os povos colonizados e semicolonizados. Embora em diferentes proporções, a lógica do racismo institucionalizado, que leva o encarceramento em massa de jovens negros, pobres e favelados, enquanto traficantes, por portarem pequenas quantidades de drogas ilícitas, é a mesma que motivou o delegado, citado no início desse tópico, a intimar os jovens *calons* sem respaldo legal. Os circuitos da violência e do campo penal no Brasil, conforme destaca Carvalho²⁷,

[...] reproduzem sistematicamente os fenômenos políticos da exclusão (invisibilidade) e da vitimação (humilhação social) de amplos segmentos populacionais, na medida em que o sistema penal expõe diversos grupos sociais à desonra e ao desrespeito cultural, todos eles ligados pela experiência invencível da exposição ao sofrimento da dominação.

Batista, ao refletir sobre o processo de criminalização por drogas, ressalta a seletividade de classe em relação à aplicação da lei penal à condição socioeconômica do réu: “Aos jovens consumidores das classes média e alta se aplica o paradigma médico, enquanto aos jovens moradores de favela e bairros pobres se aplica o paradigma criminal”²⁸. É válido citar os emblemáticos episódios do filho de uma desembargadora que foi flagrado, em 2017, com 129 quilos de maconha e 270 munições, que, em vez de ser preso, foi internado numa clínica psiquiátrica²⁹; e o caso do helicóptero de um senador da república apreendido, em 2013, com 450 quilos de cocaína³⁰. O estado de exceção é a regra no Brasil, em que o cumprimento da lei constitui mera retórica.

Acredita-se que a igualdade de todos os cidadãos ante a lei em geral e a lei penal em particular é um mito liberal e burguês. A essa questão Marx estabelece uma relevante análise na obra “Crítica do programa de Gotha” (1985) quando reflete o direito burguês como direito desigual³¹. Embora o conceito liberal de igualdade ante a lei estar esteja intensamente consolidado na sociedade, a profunda seletividade que percorre as diferenças desde o acesso, passando pela aplicação e chegando à instância da execução penal, autoriza-nos a desmistificar a noção burguesa de serem “todos iguais” perante a lei, princípio que não foi idealizado para abarcar os setores populacionais historicamente subalternizados, como os povos ciganos, indígenas, negros e negras.

O que, também, deve ser criticado aqui é o mito da suposta generalidade da proteção jurídica. O sujeito de Direito, em sua essência, é o membro da sociedade burguesa, o indivíduo pertencente às classes mais abastadas da sociedade. A afirmação histórica dos Direitos Humanos individuais, políticos e civis, foi feita nas Revoluções burguesas, pelos burgueses e para os membros dessa sociedade. Os despossuídos são um excesso populacional não integrado na sociabilidade de troca de mercadorias. Em razão disso, precisam de alguma solução para a sua exclusão. A resposta da nossa sociedade é o sistema penal genocida que elimina ou deposita ainda em vida esse contingente populacional excessivo não humano, para nossa sociedade de mercadores, nas valas comuns das penitenciárias brasileiras.

O terceiro e último tópico aponta elementos para redefinir as fronteiras dos direitos humanos em face da questão cigana no Brasil, a partir de uma perspectiva interseccional e aliada às proposições teóricas dos pensadores pós-coloniais e descoloniais da América Latina, assim como das feministas ciganas e acadêmicas europeias.

27 CARVALHO, Thiago Fabres de. O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 25, jan./mar. 2007.

28 BATISTA, V. M. S. W. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

29 Disponível em: <<https://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/filho-de-desembargadora-entendia-perfeitamente-o-carater-criminoso-diz-laudo.ghtml>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

30 Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/11/25/pf-apreende-450-kg-de-cocaina-em-helicoptero-da-familia-perrella.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

31 MARX, Karl. *Crítica del Programa de Gotha*. Moscú: Progreso, 1977.

4. A DESCOLONIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA QUESTÃO CIGANA

O mais antigo documento sobre a entrada de ciganos no Brasil é um alvará de D. Sebastião, de 1574, comutando em degredo de pena o galês cigano português João Torres³². A partir desse fato, outros ciganos foram deportados para o Brasil, sendo citados na Carta de Lei, escrita por Dom João VI, em 1815, como pessoas que deveriam ser banidas para a colônia brasileira portuguesa “por seu escandaloso procedimento neste reino”³³.

Se, por um lado, as leis seculares e eclesiásticas atribuíram a simples existência cigana e suas práticas a condição de crimes e pecados, na contemporaneidade, essas normas não são mais necessárias. O direito moderno e o estado burguês, ao estabelecerem normas abstratas e genéricas, centrado no indivíduo, não mais positivam normas que criminalizam diretamente os ciganos³⁴. Contudo, o modo operante da burocracia estatal, revertido pela suposta neutralidade no manejo dos conflitos sociais e étnicos, vem impondo aos ciganos e ciganas o papel de clientela habitual do direito penal, assim como ocorre com a população negra e pobre no Brasil³⁵.

A questão cigana no Brasil carece de estudos específicos em que se possa intercalar as categorias raça, gênero, sexualidade, território e classe, de modo a compreender e ao mesmo tempo pautar a efetivação dos direitos humanos. A invisibilidade, conforme aponta Godoy, caracteriza a realidade dos povos ciganos, tanto no âmbito acadêmico, como também no campo das políticas públicas³⁶. Esse cenário permite questionar e refletir se o legado da modernidade — e consequentemente dos direitos humanos —, em algum momento, idealizou os ciganos, assim como outros setores historicamente oprimidos na história, enquanto sujeitos de direitos. A afirmação histórica dos Direitos Humanos é feita pelo indivíduo burguês para os membros integrados nessa sociedade. A sua universalização é apenas ideologia para dominação social.

Em formações econômicas e sociais geradas a partir do escravismo colonial, como a formação social brasileira, o problema do racismo é ainda mais consolidado nas estruturas de poder da sociedade. Para Florestan Fernandes, a expansão capitalista e as possibilidades de classificação social do negro na sociedade brasileira não contribuíram para extinguir as avaliações raciais “arcaicas”; o capitalismo dependente necessitou excluir e sacrificar alguns grupos sociais para que outros tivessem viabilidade e pudessem se expandir³⁷.

A situação dos povos ciganos no Brasil não foi objeto de análise de Florestan Fernandes no livro “A Integração do negro na sociedade de classes: o legado da raça branca”. Contudo, essa obra apresenta provocações teóricas que permitem impulsionar reflexões sobre de que modo os ciganos se encontram — ou não — inseridos na sociedade brasileira, quando afirma, por exemplo, que a ascensão social dos negros não garantiu plena equiparação social com o branco, pois o racismo interferiu — e ainda interfere — diretamente e nos mecanismos de integração à ordem social³⁸. Da mesma forma, os ciganos, no imaginário social, permanecem sendo tudo aquilo que nós, “os outros”, não devemos ser³⁹.

32 CHINA, José B. Oliveira. Os ciganos do Brasil. *Revista do Museu Paulista*, v. 21, 1936.

33 GOODWIN JÚNIOR, J. W. Império do Brasil: nesta nação nem todo mundo é cidadão. *Caderno de Filosofia e Ciências Humanas*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, out. 1997.

34 CUPERTINO, Philippe Salloum e Silva. Questão cigana e Direitos Humanos: relatos de uma assessoria jurídica popular no sertão paraibano. In: DIEHL, Diego Augusto; CORREIA, Liziane Pinto (Orgs.). *Anais do VI Seminário Direito, Pesquisa e Movimentos Sociais*. Brasília: IPDMS, 2016.

35 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o Sistema Penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

36 GODOY, Priscila Paz. *O povo invisível: os ciganos e a emergência de um direito libertador*. Belo Horizonte: Dplácido, 2016.

37 FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes: o legado da raça branca*. São Paulo: Ática, 1975.

38 FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes: o legado da raça branca*. São Paulo: Ática, 1975.

39 CUNHA, Jamilly Rodrigues da et al. Processos associativistas entre ciganos: discutindo o projeto político de uma família cigana em Condado-PB. In: *29ª Reunião Brasileira de Antropologia*, Natal, 2014. Disponível em: <http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402019615_ARQUIVO_ArtigoJamillyCu%20nhaUFPE.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2017.

A partir da Constituição de 1988, alguns povos originários e quilombolas conquistaram, formalmente, o direito de constituir-se como cidadãos etnicamente diferenciados, evidenciando assim a possibilidade de existência de um Estado pluriétnico. Porém, a letra da lei não foi — assim como não é — suficiente para garantir a efetiva inclusão das comunidades étnicas nas políticas públicas de desenvolvimento, em que estas possam exercer plenamente seus direitos⁴⁰. Além disso, outras minorias, como é caso dos povos ciganos, permanecem sem espaço, ainda à margem da discussão nacional sobre políticas afirmativas⁴¹.

O paradigma liberal, que fundamenta os direitos humanos, é inaplicável à realidade dos povos ciganos, assim como de outras minorias sociais e políticas. Trata-se de indivíduos concretos, que possuem classe, gênero e etnia. A condição de cigano, e especialmente de mulher cigana, se depara com barreiras que impõem limitações ao exercício de direitos básicos, como o exercer sua cultura, trabalhar, circular pelo espaço. Fronteiras que insistem em permanecer no Brasil do século XXI. Para Teresa Martín Palomo, esse cenário constitui um fenômeno universal — a identidade étnica, o outro são fronteiras criadas a partir das relações de sociais e de poder, que intensifica o controle social em face de grupos étnicos⁴², como os ciganos. Percebe-se esse cenário em diversas partes do mundo, principalmente nos países mais ricos da Europa, uma barreira social e política que separa os não-ciganos dos ciganos.

A ideia de nação brasileira, firmada entre os séculos XIX e XX, via imagem celebrativa do país, povo pacífico, ordeiro, generoso, alegre e sensual, ou ainda como um país sem preconceitos⁴³, buscou caracterizar o Brasil como um caso “único de miscigenação racial”, para em seguida entendê-lo como uma democracia racial⁴⁴. Todavia, a sociedade brasileira se formou marcada pela negação das diferenças, pelo racismo, do mesmo modo que outras sociedades latino-americanas submetidas ao colonialismo.

A colonialidade formou por um lado a ideia de que os não europeus têm não somente uma estrutura biológica diferente da europeia, mas que, acima de tudo, pertencem a um tipo ou nível inferior; por outro lado a ideia de que as diferenças culturais estão associadas a tais desigualdades biológicas e não são, portanto, produto da história das relações entre as pessoas e estas com o universo⁴⁵. Naturalizou-se a ideia de que os ciganos são trapaceiros, violentos e perigosos, no caso dos homens, feiticeiras, sensuais e por isso imorais, no caso das mulheres⁴⁶. Essas noções foram e estão incorporadas ao sistema penal brasileiro como pressupostos absolutos, seja na aplicação — arbitrária — ou quando se descarta a lei para proteger os ciganos.

Frisa-se que o processo de naturalização da sociedade moderna liberal ocorreu, principalmente, pela a instituição do critério de raça como mais uma forma de separação e hierarquização, cumprindo a função de legitimar a dominação ao indicar a superioridade branca em oposição à inferioridade negra, indígena⁴⁷ e cigana. Segundo esse autor, a ideia de raça — primeira categoria social da modernidade — surgiu no bojo do processo de destruição e apagamento de sociedades e povos, impondo aos seus sobreviventes, de forma a naturalizá-las, as novas relações de poder que se forjavam no mundo colonial. Com isso, temos uma formulação em que se entende que “os dominados são o que são, não como vítimas de um conflito de poder,

40 ATHIAS, Renato. *A noção de identidade étnica na antropologia brasileira: de Roquette Pinto a Roberto Cardoso de Oliveira*. Recife: UFPE, 2007.

41 GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes. *O “tempo de atrás”: um estudo da identidade cigana em Sousa*. 2004. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2004.

42 PALOMO, T. Martín. Mujeres gitanas y el sistema penal. *Revista de Estudios de Género*. La Ventana, 2002. Disponible em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88411126009>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

43 CHAUI, Marilena. *Brasil, mito fundador e sociedade autoritária*. 4. ed. São Paulo: Fund. Perseu Abramo, 2001.

44 SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

45 QUIJANO, A. “Raza”, “etnia” y “nación” en Mariátegui: cuestiones abiertas. In: FORGUES, Roland (Org.). *José Carlos Mariátegui y Europa: la otra cara del descubrimiento*. Lima: Amauta, 1992.

46 GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes. Nômades e peregrinos: o passado como elemento identitário entre os ciganos calons na cidade de Sousa-PB. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 19, n. 19, p. 165-172, 2010.

47 QUIJANO, A. Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World-systems Research*, Santa Cruz/Califórnia, v. 2, p. 342-386, 2000. Disponível em: <<http://jwsr.ucr.edu/archive/vol6/number2/pdf/jwsr-v6n2.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

mas sim enquanto inferiores em sua natureza material e, por isso, em sua capacidade de produção histórico-cultural⁴⁸.

Os valores capitalistas, tais como individualismo, propriedade, segurança, produzem grandes contingentes de excluídos, oprimidos, explorados, para os quais a materialidade desse sistema de eticidade liberal nega a sua existência, pois nega suas formas próprias de desenvolvimento cultural e a retrospectiva identificação com essa história. É o que acontece com os negros, os indígenas e os ciganos, sob a estrutura do racismo, com toda a classe trabalhadora, sob o capitalismo, com as mulheres, no sistema de dominação patriarcal.

No caso das mulheres ciganas, nos deparamos com uma realidade de intensa vulnerabilidade. Segundo Ravnbøl, as mulheres ciganas são representativas de múltiplas discriminações que muitas mulheres pertencentes a grupos minoritários experimentam em sociedade, discriminação como minoria étnica, como mulher, e para algumas mulheres também em grupos de pobreza⁴⁹. A autora, que também é ativista do movimento cigano na Europa, propõe análises científicas que promovam a inter-relação de diferentes formas de discriminação por motivo de gênero, raça, classe etc.⁵⁰

O racismo e a ciganofobia experimentados pelas mulheres ciganas — *calins* — não são sempre idênticos ao experimentados pelos homens, pois estão profundamente articulados com estereótipos e formas de opressão em função do gênero⁵¹. No entanto, Oprea acrescenta que “há uma quantidade de estereótipos que é sim compartilhada com os homens ciganos: homens e mulheres cigan@s são representados como preguiços@s, briguent@s, vulgares, suj@s e criminos@s”⁵². Esses estereótipos justificam o tratamento brutal que atualmente lhe são reservados e que foi vivenciado por Dona Suzana, ao realizar o seu trabalho de leitura de mãos, que precisou se afastar das ruas onde costumava frequentar, após a divulgação de uma reportagem em blog, caso narrado no primeiro tópico.

A convocação de audiências públicas pelo MPF com o objetivo de ouvir as demandas dos povos ciganos e exigir ações concretas dos entes federados constitui, de certo modo, importante iniciativa a fim de reverter o quadro de exclusão vivenciado por essa comunidade tradicional. Após séculos de perseguições e omissão do Estado, a realização de um espaço em que se possa dialogar com povo cigano representa um marco histórico que é, na verdade, resultado da insistência dos grupos de ciganos, que, nas últimas duas décadas, vêm se organizando em torno da luta por direitos e por inclusão.

Entretanto, ainda que seja relevante a realização de audiências públicas pelo MPF, não basta identificar os problemas e as reivindicações — moradia, educação inclusiva, trabalho formal, fim do preconceito, incentivo a difusão cultural etc. — desassociado de ações concretas adotadas pelos entes federativos. Ocorre que o próprio órgão que convoca essas audiências deixa de conduzir, diante de situações concretas, as denúncias de crimes de preconceito contra o povo cigano ou deixa de cobrar, exigir dos entes federativos que cumpram com os compromissos assumidos em audiência.

Se, por um lado, o racismo existente na sociedade brasileira não permitiu que as comunidades ciganas participassem dos processos formais de construção do Direito, esse cenário de negações possibilita hoje que tal grupo oprimido se movimente e se organize em torno da questão étnica, diante do anseio de ter o

48 QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Quijano.rtf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

49 Trecho original: “the romani women are representative of the multiple discrimination that many minority women experience in society; discrimination as minority, as a woman, and for some women also on grounds of poverty” (Tradução nossa). RAVNBØL, Camilla Ida. The Human Rights of minority women: romani women’s rights from a perspective on international Human Rights law and politics. *International Journal on Minority and Group Rights*, Nijhoff, v. 17, n. 1, p. 1-45, 2010.

50 Trecho original: “the interrelation of diferente forms of discriminatinon on grounds of the person’s gender, race, class, etc” (Tradução nossa). RAVNBØL, Camilla Ida. The Human Rights of minority women: romani women’s rights from a perspective on international Human Rights law and politics. *International Journal on Minority and Group Rights*, Nijhoff, v. 17, n. 1, p. 1-45, 2010.

51 OPREA, Alexandra. Romani feminism in reactionary times. *Signs*, Chicago, v. 38, n. 1, p. 11-21, 2012.

52 OPREA, Alexandra. Romani feminism in reactionary times. *Signs*, Chicago, v. 38, n. 1, p. 11-21, 2012.

reconhecimento dos seus direitos — e dentre esses está o de possuir uma identidade — sendo uma realidade que se impõe no mundo como algo primordial⁵³.

Cabe descartar a ideia de que o cumprimento da lei, a responsabilização penal dos autores de condutas preconceituosas ou a posituação de direitos são as únicas ou as principais estratégias para enfrentar o racismo contra os ciganos. Romper com a seletividade do direito penal, descolonizar o saber e os poderes hegemônicos, enfrentar o racismo institucionalizado demandam esforços e ações que não podem ser dependentes do provimento e intervenção estatal. No entanto, não se pode também ignorar o potencial que o aparato estatal — mediante captação de recursos, editais, políticas públicas — tem na melhoria das condições concretas de vida dos ciganos, buscando atender necessidades imediatas e, ao mesmo tempo, incentivando a organização desses grupos étnicos em torno da luta por direitos, criando condições para pautar a emancipação de todos seres humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mito da superioridade branca e masculina, que fundaram a modernidade e permanece no contexto pós-colonial, encontra no Estado, no Sistema de Justiça e no direito liberal o suporte que reforça e ao mesmo tempo é indiferente às discriminações e opressões vivenciadas pelos povos ciganos, e, especialmente, pelas mulheres ciganas. Na medida em que os órgãos estatais descartam o cumprimento da lei, quando estão diante de denúncias da ocorrência de racismo, ou atuam acima da lei, quando se tem a oportunidade de criminalizar grupos socialmente vulneráveis em contraposição à política de tolerância zero adotada contra as populações negras e pobres das periferias urbanas, bem como a rigorosidade do sistema penal estatal para com os grupos e movimentos sociais populares do campo e da cidade, percebe-se a seletiva inefetividade material dos direitos humanos, sobretudo para os ciganos. É indispensável que os movimentos sociais, ciganos ou não, denunciem esse cenário e transformem-no em combustível para impulsionar as lutas por transformação social.

A necessidade de uma análise descolonizadora e crítica sobre o racismo e a questão cigana implica considerar que esse fenômeno social é estruturante para a reprodução do capitalismo. O racismo não se trata apenas de um problema psicológico, uma questão moral, uma deficiência de educação formal voltada para diversidade e tampouco é algo conjuntural. Tratar do racismo significa enfrentar, no plano da política, de ações concretas, a questão da estrutura e da superestrutura política, jurídica e ideológica num dado momento histórico. Não se espera, por outro lado, que a iniciativa desse enfrentamento emergja das instituições e dos órgãos do estado que foram pensados para manter e administrar as contradições e desigualdades sociais.

Os três casos narrados no primeiro tópico, ainda que se manifestem de formas diferentes, revelam que a prática, a incitação ou a indução do preconceito contra os povos ciganos é dificilmente investigada pelos órgãos de controle competentes. São arquivados, aceita-se transações, mesmo quando é obrigatória a proposição de ação penal. A crítica do presente estudo não pretende fortalecer a essência do atual sistema penal e a lógica de encarceramento em massa que, acima de tudo, é racista. Se o Estado brasileiro faz uma opção pela tipificação penal de certas condutas, da venda de drogas à prática de racismo, mas aplica o direito penal, institucionalmente, de forma seletiva, preferindo a abstenção em situações envolvendo acusação do crime de preconceito, é possível afirmar que o Sistema de Justiça Penal se constitui, essencialmente, como um instrumento legitimador do projeto capitalista de controle social das populações indesejadas e a exclusão desse excedente populacional.

O excesso policial, descrito no segundo tópico, caracterizado e, sobretudo, motivado pelo racismo, faz

53 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: EdUnesp, 2006.

parte da essência do Estado. A exceção é regra, quando se estar diante do outro, de pessoas etnicamente identificadas como ciganas, por exemplo. Contudo, não basta, apenas, expor as contradições do aparelho estatal, como também explorar essas contradições, de modo a despertar e incentivar a mobilização dos povos tradicionais ciganos em torno de pautas coletivas antiracistas, inclusivas e protetivas, assim como demais questões que girem em torno das lutas por direitos. A possibilidade de responsabilização de práticas classificadas como preconceito cumpre muito mais uma função de agitação política, por denunciar, publicamente que o racismo contra os ciganos existe, e que por se tratar de um problema social, deve ser combatido por toda sociedade.

Em vez da exclusão, a alteridade reclama outro tipo de subjetividade humana aberta ao outro, intersubjetiva, comunitária, que admite a emergência do sujeito cigano e cigana diante da exterioridade, e que considera as suas experiências culturais e o seu percurso histórico. Apontar a seletividade do direito penal, as contradições do sistema de justiça e a ineficiência dos direitos humanos em face da questão cigana, constitui medida ainda inicial e será limitada, caso não esteja atrelada à organização dos povos ciganos em torno da luta por emancipação humana.

REFERÊNCIAS

- ABADE, Luciana. Uma justiça cega para o racismo. *Jornal do Brasil*, São Paulo, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2009/09/30/uma-justicacega-para-o-racismo/>>. Acesso em: 21 maio 2017.
- ATHIAS, Renato. *A noção de identidade étnica na antropologia brasileira: de Roquette Pinto a Roberto Cardoso de Oliveira*. Recife: UFPE, 2007.
- BATISTA, V. M. S. W. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.
- BRASIL. Secretaria de Política de Promoção de Igualdade Racial. Secretaria de Políticas para Comunidade Tradicional. *Guia de Políticas Públicas para povos ciganos*. Brasília: Seppir, 2013.
- CAMPOS, Carmen Hein de. *Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil*. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.
- CARVALHO, Thiago Fabres de. O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 25, jan./mar. 2007.
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. 4. ed. São Paulo: Fund. Perseu Abramo, 2001.
- CHINA, José B. Oliveira. Os ciganos do Brasil. *Revista do Museu Paulista*, v. 21, 1936.
- CUPERTINO, Phillipe Salloum e Silva. Questão cigana e Direitos Humanos: relatos de uma assessoria jurídica popular no sertão paraibano. In: DIEHL, Diego Augusto; CORREIA, Liziane Pinto (Orgs.). *Anais do VI Seminário Direito, Pesquisa e Movimentos Sociais*. Brasília: IPDMS, 2016.
- CUNHA, Jamilly Rodrigues da et al. Processos associativistas entre ciganos: discutindo o projeto político de uma família cigana em Condado-PB. In: *29ª Reunião Brasileira de Antropologia*, Natal, 2014. Disponível em: <http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402019615_ARQUIVO_ArtigoJamillyCunhaUFPE.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2017.
- DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciên-*

- cias sociais: perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D1200.dir/5_Dussel.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.
- ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. *Rev. Conjuntura Austral*, Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 09-16, ago./set. 2016.
- FERNANDES, Florestan. *A Integração do negro na sociedade de classes*: o legado da raça branca. São Paulo: Ática, 1975.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o Sistema Penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes. *O “tempo de atrás”*: um estudo da identidade cigana em Sousa. 2004. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2004.
- GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes. Nômades e peregrinos: o passado como elemento identitário entre os ciganos calons na cidade de Sousa-PB. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 19, n. 19, p. 165-172, 2010.
- GODOY, Priscila Paz. *O povo invisível*: os ciganos e a emergência de um direito libertador. Belo Horizonte: Dplácido, 2016.
- GOODWIN JÚNIOR, J. W. Império do Brasil: nesta nação nem todo mundo é cidadão. *Caderno de Filosofia e Ciências Humanas*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, out. 1997.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Preconceito de cor e racismo no Brasil. *Rev. Antropol.*, São Paulo, v. 47, n. 1, p. 9-43, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012004000100001&lng=en&nrm=iso>.
- LANDER, Edgardo. Marxismo, eurocentrismo e colonialismo. In: *A teoria marxista hoje*: problemas e perspectivas. Buenos Aires: CLACSO, 2006. p. 222-260. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/formacion-virtual/20100715080042/cap8.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2016.
- KILDUFF, Fernanda. O controle da pobreza operado através do sistema penal. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 240-249, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802010000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 fev. 2018.
- MAIS de 60% dos presos no Brasil são negros. *Carta Capital*, São Paulo, 26 maio 2016. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/formacion-virtual/20100715080042/cap8.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2016.
- MARTINS, Vinícius. Guerra às drogas e encarceramento em massa revelam racismo estrutural brasileiro. *Almapreta.com*, Bauru, 09 nov. 2017. Disponível em: <<http://almapreta.com/editorias/realidade/guerra-as-drogas-e-encarceramento-em-massa-revelam-racismo-brasileiro>>. Acesso em: 01 fev. 2018.
- MARX, Karl. *Crítica del Programa de Gotha*. Moscú: Progreso, 1977.
- MINISTÉRIO Público Federal discute demandas de ciganos de Sousa (PB). *Ministério Público Federal*, João Pessoa, 31 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.prpb.mpf.mp.br/news/mpf-discute-demandas-de-ciganos-de-sousa-pb>>. Acesso em: 27 jun. 2017.
- MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade*: novas bases epistemológicas para entender o racismo. Belo Horizonte: Mazza, 2007.
- OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Caminhos da identidade*: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo. São Paulo: EdUnesp, 2006.
- OPREA, Alexandra. Romani feminism in reactionary times. *Signs*, Chicago, v. 38, n. 1, p. 11-21, 2012.

PALOMO, T. Martín. Mujeres gitanas y el sistema penal. *Revista de Estudios de Género*. La Ventana, 2002. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88411126009>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

QUIJANO, A. “Raza”, “etnia” y “nación” en Mariategui: cuestiones abiertas. In: FORGUES, Roland (Org.). *José Carlos Mariátegui y Europa: la otra cara del descubrimiento*. Lima: Amauta, 1992.

QUIJANO, A. Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World-systems Research*, Santa Cruz/Califórnia, v. 2, p. 342-386, 2000. Semestral. Disponível em: <<http://jwsr.ucr.edu/archive/vol6/number2/pdf/jwsr-v6n2.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Quijano.rtf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

RAVNBØL, Camilla Ida. The Human Rights of minority women: romani women’s rights from a perspective on international Human Rights law and politics. *International Journal on Minority and Group Rights*, Nijhoff, v. 17, n. 1, p. 1-45, 2010.

REA, Caterina Alessandra. Redefinindo as fronteiras do póscolonial. O feminismo cigano no século XXI. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 25, n. 1, p. 31-50, fev. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/39583>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

RODRIGUES, Vinicius Gonçalves. Direito penal do inimigo como instrumento de controle social. *Argumenta*, Jacarezinho, n. 12, 2010. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/167>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los “extraños”. In: *Dogmática y criminología: dos versiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reys Echandia*. Bogotá: Legis, 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

As audiências de custódia no Brasil: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial

Custody hearings in Brazil: possibilities for improving the external control of police activity

Carolina Costa Ferreira

Gabriel Antinolfi Divan

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

As audiências de custódia no Brasil: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial*

Custody hearings in Brazil: possibilities for improving the external control of police activity

Carolina Costa Ferreira**

Gabriel Antinolfi Divan***

RESUMO

As audiências de custódia são um procedimento cuja implementação é recente no processo penal brasileiro. Apesar de previstas no ordenamento jurídico desde 1992, estas, ainda, não possuem definição em lei específica, cabendo ao Conselho Nacional de Justiça a definição de protocolos de atuação. O presente trabalho tem por objetivo discutir resultados de pesquisas realizadas em 2016 e 2017 sobre a implementação das audiências de custódia no Distrito Federal, especialmente no que se refere à necessidade de melhora dos procedimentos conduzidos pelo Ministério Público para a realização do controle externo da atividade policial, além de apresentar dados coletados em 2017 sobre relatos de pessoas presas em audiências de custódia que informaram práticas de maus tratos e tortura no Distrito Federal. Tal pesquisa, que se encontra em fase de conclusão, é original na região analisada. A compreensão das duas pesquisas já concluídas e da terceira, em fase de conclusão, podem indicar ações para que o Ministério Público, responsável exclusivo pelo controle da atividade policial, possa refletir sobre boas práticas para a melhora desta que é uma de suas mais importantes funções institucionais.

Palavras-chave: Audiências de custódia. Tortura. Controle externo da atividade policial. Política Criminal.

ABSTRACT

Custody hearings are a recent procedure in Brazilian criminal proceedings. Although they have been envisaged in the legal system since 1992, only in 2015 the National Council of Justice defined protocols for them. This paper discusses the results of three researches, conducted in 2016 and 2017, about the implementation of custody hearings in the Federal District. The final part of the research, which is still in development, is original in the analyzed region. The two first researches will help to understand the context of external control of police activity in the Federal District and may be useful to contribute to good practices for the improvement of this important function to society.

Keywords: Criminal policy. Custody hearings. Torture. External control of police activity.

* Recebido em 24/02/2018
Aprovado em 16/04/2018

** Doutora em Direito, Estado e Constituição (UnB). Líder do Grupo de Pesquisa “Criminologia do Enfrentamento”. Professora do Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Professora de Criminologia, Direito Penal e Processual Penal (UNI-CEUB). Email: carolinacosta@gmail.com

*** Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Professor do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo-RS. Coordenador do Projeto de Pesquisa “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e Crítica Jurídica: horizontes de uma nova política” (UPF/RS). Email: divan.gabriel@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

As audiências de custódia consistem em um ato processual componente da fase preliminar de investigação criminal, em que a pessoa presa em flagrante é apresentada a uma autoridade judicial competente para: (i) analisar o auto de prisão em flagrante e verificar a sua regularidade, decidindo pela homologação do auto ou pelo relaxamento da prisão; (ii) analisar a prisão em flagrante, seus requisitos legais e decidir pela concessão de liberdade provisória (com ou sem medidas cautelares) ou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; e (iii) perguntar à pessoa presa sobre as condições de sua prisão — se houve algum abuso policial ou algum fato que possa ser investigado como crime de tortura —, para que seja possível a investigação da conduta de tais policiais¹.

Alguns trabalhos têm sido realizados sobre diversas questões relacionadas às audiências de custódia: a seletividade do sistema de justiça criminal, o levantamento de dados sobre o uso (excessivo) das prisões preventivas como resposta repressiva a crimes cujos bens jurídicos tutelados demandariam outra solução; a falta de estrutura do Poder Judiciário para o atendimento às demandas oriundas da audiência de custódia — como o encaminhamento a setores de atendimento psicossocial, além da fiscalização de medidas cautelares alternativas e anteriores à prisão —, a resistência de atores do sistema de justiça criminal, quando apresentados a novos institutos pretensamente descarcerizadores².

No entanto, a respeito da terceira finalidade da audiência de custódia, um aspecto merece destaque: a abertura de um espaço de fala para a pessoa presa relatar se sofreu maus tratos ou tortura por parte dos responsáveis pela sua prisão é, sem dúvida, algo positivo. Tornar a sala de audiências um espaço de escuta qualificada e, sobretudo, uma janela de encaminhamento e fiscalização da atividade policial é, ainda, um desafio cujo caminho merece ser trilhado. O objetivo deste artigo, nesse sentido, é contribuir para o desenvolvimento de “boas práticas” no sistema de justiça criminal, especialmente no que se refere aos desafios de aperfeiçoamento dos mecanismos de controle externo da atividade policial, função institucional atribuída exclusivamente ao Ministério Público, nos termos do art. 129, VII da Constituição Federal³.

Para cumprir com tal objetivo, o presente artigo dividir-se-á em três partes: a primeira trará uma breve análise do processo de implementação das audiências de custódia no Brasil — que ganhou condições institucionais para se realizar, em âmbito nacional, após o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional”, resultante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347, a despeito de sua correlação com institutos fundamentais do processo penal, como o *Habeas Corpus*, e da previsão do direito de apresentação da pessoa presa a uma autoridade judicial, em prazo razoável, para a decisão sobre sua prisão, já definidos em Pactos Internacionais ratificados pelo Brasil. A segunda parte da pesquisa apresenta dados ainda inéditos sobre o encaminhamento dos relatos de tortura registrados no Núcleo de Audiências de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a fim de refletir sobre as formas de aprimoramento da investigação dos crimes de tortura após a implementação das audiências de custódia. Assim, tal instrumento é uma “janela”, que pode ser utilizada para a reflexão sobre o controle externo da atividade policial.

O desenvolvimento do tema se justifica em muitos sentidos: o primeiro consiste na própria situação de encarceramento em massa, realidade há muito conhecida e vivida no Brasil, o que demanda a reflexão sobre alternativas viáveis, institucionalmente, para a redução desse quadro tão dramático; a segunda se refere à

1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>.

2 A título de introdução, sobre o assunto, ver: BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018; MASI, Carlos Velho. *A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento*. *Revista dos Tribunais*, 2015, v. 960, p. 77-120, e LEMBRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia; MUSUMECI, Leonarda; BENCE, Maíza; BRANDO, Caio. *Liberdade mais que tardia: as audiências de custódia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: CeSec/ISER, 2016.

3 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

necessidade de se combater, confiando nos meios institucionais adequados, as práticas de tortura frequentemente denunciadas e, infelizmente, ainda pouco processadas pelo sistema de justiça criminal⁴. Também se deve mencionar um terceiro sentido: a necessidade de se envolver a pesquisa em Direito — sobretudo aquela com aportes empíricos, que aposta em observação de audiências, análise de fluxos e de comportamento de atores do sistema de justiça criminal — de forma colaborativa e propositiva. Desvelar o (seletivo) funcionamento do sistema de justiça criminal é tarefa de todo pesquisador que se identifica com as Criminologias Críticas; no entanto, a crítica, por si só, não contribui para a redução do quadro de encarceramento em massa e de tortura em que vivemos. Analisar os institutos que diariamente são aplicados para promover ou não políticas criminais de cunho repressivo é tarefa dos grupos de pesquisa, das professoras e dos professores comprometidas/os com a reflexão teórica e empírica, pensando em seu constante aprimoramento.

2. O PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A definição básica das audiências de custódia reside na necessidade de realização de um ato presencial de apresentação a ser inserido no fluxo procedimental do auto de prisão em flagrante e seu deslinde. Para além de uma qualificação dos trâmites, com a ampliação de espaços de oralidade e possibilidades de maior respeito formal ao contraditório e à ampla defesa — recomendável a todo ato de persecução e imputação penal —, suas manifestas finalidades são: (i) analisar o auto de prisão em flagrante e verificar a sua regularidade, decidindo pela homologação deste ou pelo relaxamento da prisão; (ii) analisar a prisão em flagrante, seus requisitos legais e decidir pela concessão de liberdade provisória (com ou sem medidas cautelares) ou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; e (iii) perguntar à pessoa presa sobre as condições de sua prisão — se houve algum abuso policial ou algum fato que possa ser investigado como crime de tortura —, para que seja possível a investigação da conduta de tais policiais⁵.

Importante salientar que, para além de uma abordagem que focalize tanto um refúgio de controle eminentemente criminológico e/ou estatístico da medida (a averiguação de eventuais abusos), ou de uma recomendação adequada convencionalmente aos tratados firmados pelo Brasil (referidos, *infra*), da existência de uma instância de apresentação ou custódia, nesses moldes, não se pode dizer que se trata de uma experiência ou um procedimento inovador, tampouco inédito. Diz, inclusive, para com as próprias raízes da motivação de existência do instituto jurídico-político que tem a mais elementar e íntima ligação com a custódia e a tutela democrática da liberdade, o habeas corpus, e sua função inicial: a necessidade de fiscalização política do exercício do poder de cautela em relação à liberdade de outrem⁶, calcada em uma verificação e um poder decisório factuais e presenciais (a título de urgência ou presteza).

Historicamente, como assevera Maria Thereza Rocha de Assis Moura⁷, mesmo a etimologia do *writ* de habeas corpus não é mais do que um mandado expresso para que a autoridade superior àquela que decretou uma constrição “tomasse o corpo” do(a) custodiado(a) em apresentação seguida de decisão presencial quanto à legitimidade da ordem inferior. Assim, a raiz da fiscalização de entrecruza política e jurídica, tão essencial, vivificada no instituto, remete à ideia de que não bastaria, simplesmente, uma decisão em grau de revisão (em sentido amplo) sobre a liberdade tolhida ou afrontada, mas que é precípua a (literal) audiência da pessoa custodiada para que exiba suas razões e predicados.

4 Sobre o assunto, ver: JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathercia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência do crime de tortura nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/97>>.

5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>.

6 BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of england*. St. Paul: West Publishing Co., 1897. p. 42.

7 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001. p. 139-140.

Igualmente, era admitido no Direito Inglês arcaico (sob a égide do *Habeas Corpus Act* de 1679⁸) um conjunto sortido de *writs* em que se destacavam, na toada, o *writ* de *odio et adia* — legítima conferência administrativa superior reclamada pela pessoa constricta, para avaliação da alegação de que tal constrição ocorrida se deu por motivo torpe ou por má-intenção, desamparada legalmente, por parte da autoridade que ordenou a custódia. Mesmo outros antecedentes históricos registrados (tais como o interdito romano *Homine Libero Exhibendo*, os influxos ainda que implícitos do conjunto da *Magna Charta* inglesa de 1215, ou como pelo ancestral instituto aragonês de *Manifestación de Personas*⁹) evidenciam que o habeas corpus advém, diretamente, da necessidade de haver um binômio entre mecanismo de questionamento de uma constrição/ameaça e possibilidade de uma avaliação presencial a partir da possibilidade física de uma apresentação perante a autoridade avaliadora.

Não por outro motivo, a configuração hoje trivial de um *writ* de habeas corpus como uma ação mandamental na forma de um remédio constitucional ainda guarda esse caráter¹⁰. Afinal, inegável que carrega igualmente um tom de medida político-administrativa de avaliação ou fiscalização da decisão que fere, ou tangencia afronta, à liberdade de ir e vir (o que também impede sua caracterização tal uma espécie de recurso relativo às decisões da custódia cautelar, natureza que também por esse fator não possui). A legitimidade da incursão desse momento de discussão oral e presencial no curso procedimental que culmina com o decreto prisional cautelar ou com o estabelecimento/manutenção da liberdade paga, portanto, tributo às configurações históricas mais básicas sobre a possibilidade de exercício do contraditório e do próprio direito de defesa de um modo amplo.

Inegável, porém, que nem mesmo a ligação histórica evidente com essas ritualísticas ancestrais tem mais força para reposicionar, atualmente, a discussão do que as premissas relativas tanto a uma necessidade de filtragem dos aparelhos repressivos e prisionais, quanto ao caráter de direito fundamental que assumem com base nas premissas constitucionais e nos pactos internacionais firmados modernamente.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, em seus artigos 9.3 e 9.4, já estabelecia o direito de uma pessoa presa preventivamente ou encarcerada ser apresentada “sem demora” a uma autoridade judicial que tenha a legitimidade de decidir por sua liberdade¹¹. No mesmo sentido, é o texto do artigo 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)¹².

Importante salientar (mesmo que seja uma discussão que não ganhará aqui todos os aportes possíveis, dados os limites da temática) que o supracitado documento legal cumpre à risca a exigência de parâmetro para a incorporação, no patamar constitucional, de texto de tratado internacional versando sobre questão de direitos humanos¹³. Antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, a limitação era anteposta pelo texto do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição¹⁴, que exigia tanto (materialmente) a sintonia do conteúdo do tratado firmado com aquele determinado pela própria Constituição e seu núcleo axiológico quanto (formalmente) a

8 Cf. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959. v.2.

9 GARCIA, Rafael de Deus. A audiência de custódia e o sentido histórico e político jurídico do habeas corpus. In: *Encontro nacional do conpedi*, 26, 2017, Florianópolis. Anais do XXVI Encontro Nacional do Conpedi. VASCONCELOS, Fernando Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Coord.) Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/9t8274u3/7D6jrNRVTrHY4NW.pdf>>.

10 DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015b.

11 BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992: pacto internacional sobre direitos civis e políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

12 BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992: convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

13 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

14 “§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>.

existência de ratificação interna do texto do tratado — havendo coadunação também com o predisposto no parágrafo 1º do mesmo artigo¹⁵ e a questão da aplicabilidade direta das normas que tutelem protetivamente direitos humanos¹⁶.

O rito qualificado, acrescido pelo então novel parágrafo 3º do mesmo artigo¹⁷ (pós-2004), não pode ser gerador de limitação *ex ante*, senão por força de uma espécie de critério apaziguador que visa acomodar as flagrantes inconstitucionalidades resultantes da não observação do texto do pacto, ratificado e constitucionalmente incorporado (entre elas, a observância do Artigo 7.5 acima disposto). Há, no mínimo, de haver um escalonamento (regimes jurídicos diversos) priorizando a incorporação dos pactos que ampliem o tom protetivo dos direitos humanos constitucionalmente reconhecidos, pois não se discute que um tratado ratificado antes de 2004, e materialmente alinhado com as irradiações constitucionais na matéria de direitos humanos, é incorporado, de forma prioritária e diferenciada, em relação a tratados de diversos estofos ou que tutelem matéria alheia. É a opinião de Piovesan¹⁸ que reverbera o voto vencido do Min. Celso de Mello no paradigmático voto vencido no Acórdão do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP¹⁹. Desse modo, percebe-se, plenamente, constitucionalizado o teor ratificado pelo ordenamento interno, mormente quanto à necessidade de se ter uma prática como a audiência de custódia incorporada à linha de direito fundamental nessa ordem.

Apesar da recepção (ora defendida e justificada), desde 1992, da Convenção acima citada, a falta de previsão legal expressa desse procedimento no Código de Processo Penal brasileiro impediu a implementação das audiências de custódia por um longo tempo. Não se pode considerar, no entanto, a ausência desse requisito formal como o único fator impeditivo à implementação das audiências de custódia no Brasil. O país vive e reproduz uma cultura de encarceramento em massa, observada desde o início dos anos 2000, intensificada em 2006, com o advento, no mesmo ano, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), de julgamentos promovidos pelo Supremo Tribunal Federal que impactaram o sistema penitenciário (como é o caso do Habeas Corpus nº 82.959/SP) e a intensificação das facções criminosas²⁰. Digna de nota, do mesmo modo, uma ausência total de compromisso relativo à estruturação de políticas públicas de impacto direto ou mediato na densidade carcerária, para além de uma pura e simples inflação legislativa penal como pedra de toque no trato com a questão²¹.

Os últimos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – InfoPen revelam que 40,2% da população carcerária brasileira é composta por pessoas presas provisoriamente²². Assim, desde o início dos anos 2010, organizações de defesa de direitos humanos têm se mobilizado, mencionando precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)²³, no sentido da implementação das audiên-

15 “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

16 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993. p. 30-31 e PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 166-168.

17 “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

18 PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 168.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 466.343-1*: prisão civil de depositário infiel, do tribunal de justiça do estado de São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

20 Sobre o assunto, ver NUNES DIAS, Camila. Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões. *Tempo Social* [online], 2011, v. 23, n. 2, p. 213-233. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v23n2/v23n2a09.pdf>>.

21 FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, ano. 25, p. 137-180, mar. 2017.

22 BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias: atualização em junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>.

23 Podemos citar como exemplos de precedentes da CIDH os casos *Acosta Calderón vs. Equador* 24/06/2005, § 78. *López Álvarez*

cias de custódia no Brasil. Em tais casos, conforme destaca Caio Paiva²⁴, a CIDH decidiu que o procedimento das audiências de custódia é “essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar a proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”²⁵. Referida Corte também decidiu que

o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou outra autoridade competente²⁶.

O primeiro reflexo dessa movimentação consiste na aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, que pretende, dentre outras alterações, a inserção das audiências de custódia no processo penal brasileiro, com a alteração do art. 306, §1º do Código de Processo Penal, para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso a uma autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante²⁷. Referida proposta de alteração legislativa foi aprovada em sessão plenária no Senado Federal e foi apensada, na Câmara dos Deputados, ao Projeto de Lei nº 8045/2010, que discutirá a reforma de todo o Código de Processo Penal brasileiro²⁸.

A questão de uma adequação em face de políticas públicas refletidas em uma ideia (ou conjunto de ideias) político-criminal encontra, no campo procedimental (processual), um limite que passa, diretamente, por dois fatores: um (a) é a própria adequação legislativa e dogmática dos mecanismos no sistema e na coadunação deste, tributária de sintonia constitucional — que faz com que substituições e implementações de grande calibre não possam ser feitas de um modo singelo e pontual. Outro (b) é a complexa relação entre o eixo que vai da proposta política ao resultado prático — que não pode ser analisado na esfera criminal sem a discussão sobre a eficiência e a estrita relação entre fins e meios, na esteira do que trazem, por todos, Suxberger e Lima²⁹.

Algumas Unidades da Federação já estavam, em 2015, realizando as audiências de custódia, mas ainda de forma localizada, restrita ou pouco articulada. Tome-se como exemplo o Estado de São Paulo, que, desde fevereiro do mesmo ano, já realizava as audiências de custódia em sua capital³⁰. O procedimento se baseava no Provimento Conjunto nº 3/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo³¹. Tal expediente foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil. Na inicial, entendia-se que o instituto da audiência de custódia carecia de previsão em lei ordinária e, considerando-se a competência privativa da União para legislar em matéria processual penal, o provimento que autorizava a realização das audiências, em São Paulo, deveria ser declarado inconstitucional³². Por maioria, o Plenário do STF, em 20 de agosto de 2016, julgou improcedente a ação proposta, declarando que o instituto das audiências de custódia é constitucional.

Em sentido oposto, diante da demora da aprovação do Projeto de Lei — que ainda pende de análise pela Câmara dos Deputados —, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), partindo de representação formulada

vs. Honduras. 01/02/2006, § 87; Palamara Iribarne vs. Chile. 22/11/2005, § 221; Tibi vs. Equador. 07/09/2004, § 118.

24 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. São Paulo: CEI, 2015.

25 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. São Paulo: CEI, 2015.

26 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. São Paulo: CEI, 2015.

27 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei do Senado nº 554, de 2011*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>.

28 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara nº 8.045, de 2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>.

29 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 7, n. 1, p. 289-290, 2017.

30 Para mais informações sobre as audiências de custódia em São Paulo, ver: INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD. *Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo*: pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. São Paulo: IDDD/ Open Society Foundation, 2016.

31 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Provimento conjunto nº 3/2015*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062>.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.240*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>.

pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, a qual, dentre outros pedidos, requereu o reconhecimento do chamado “Estado de Coisas Inconstitucional” e a realização imediata das audiências de custódia em todo o país, como medida de descarcerização³³. Por “descarcerização” entende-se o movimento de diminuição da aplicação de penas privativas de liberdade, para que se diminua a população carcerária brasileira³⁴. São exemplos de propostas de descarcerização a aplicação de penas e medidas alternativas como restritivas de direito (nos termos do artigo 44 do Código Penal) e a imposição de medidas cautelares anteriores e alternativas à prisão provisória.

A inicial da ADPF nº 347 traz oito pedidos em sede de cautelar e dez em matéria definitiva (sendo um deles a confirmação de todos aqueles referidos na cautelar)³⁵. Os signatários da ADPF entenderam adequado o uso de uma expressão originalmente utilizada pela Corte Constitucional Colombiana para explicar a atual situação penitenciária brasileira. A superlotação, a ausência de políticas públicas adequadas para as pessoas presas, em total descumprimento à Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), não revelam uma inconstitucionalidade da norma, e sim uma inconstitucionalidade da situação de não aplicação das normas. A petição inicial resgata o conceito de “Estado de Coisas Inconstitucional”, utilizado pela Corte Constitucional da Colômbia para a discussão de violações a direitos fundamentais, em um primeiro caso, em relação ao direito à educação e, posteriormente, utilizado para outras temáticas³⁶.

Em 9 de setembro de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a Medida Cautelar na ADPF nº 347, reconhecendo a aplicação do “Estado de Coisas Inconstitucional” ao sistema carcerário brasileiro, além de determinar o chamado “descontingenciamento” do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) — significando, em breves palavras, a desburocratização do acesso, pelas Unidades da Federação, do orçamento reservado pela União para a realização de políticas públicas penitenciárias — e, especialmente o que interessa a este trabalho, instituiu as audiências de custódia em todo o Brasil.

Assim, considerando-se a decisão do STF, os tribunais de todo o Brasil se organizaram para cumpri-la no prazo de 90 (noventa) dias, conforme estipulado no acórdão³⁷. O Distrito Federal foi a última Unidade da Federação a implementar as audiências de custódia, e o fez em 14 de outubro de 2015³⁸. Diferentemente das demais Unidades da Federação, o Núcleo de Audiências de Custódia do Distrito Federal (NAC), instalado atualmente no Complexo da Polícia Civil do Distrito Federal e operado em parceria com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, recebe pessoas presas em flagrante em todo o Distrito Federal, sendo, até o momento, a única Unidade da Federação que conseguiu incorporar o procedimento a todos os presos³⁹.

Após o julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, que “dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas”⁴⁰. Enquanto não há lei federal regulamentando as audiências de

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>.

34 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas legais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, n. 18, 2004, p. 39-48.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>.

38 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *TJDFT institui audiência de custódia*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/outubro/tjdft-institui-a-audiencia-de-custodia>>.

39 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *TJDFT institui audiência de custódia*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/outubro/tjdft-institui-a-audiencia-de-custodia>>.

40 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>.

custódia, os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais Federais têm utilizado a resolução como orientação para os protocolos das audiências.

Caso a pessoa presa em flagrante informe à autoridade judicial que foi vítima de tortura ou de maus tratos, ou que a própria autoridade judicial entenda estarem presentes indícios de autoria e de materialidade de um desses crimes, esta determinará, também, de acordo com a Resolução CNJ n° 213/2015, as medidas cabíveis para a investigação das condutas, além de qualquer outra medida necessária para preservar a segurança física e psicológica da pessoa presa⁴¹.

Considerando-se, desse modo, que as audiências de custódia estão previstas em diplomas legais brasileiros há quase 25 anos (ainda que com o devido *status* ou estratificação constitucional negligenciada, conforme já se referiu brevemente), e que há uma decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal determinando a sua realização — além de uma decisão de mérito em Ação Direta de Inconstitucionalidade no sentido de declarar a audiência de custódia como um instituto que guarda plena conformidade com a Constituição —, trata-se de um procedimento muito relevante para o cumprimento de uma norma fundamental do sistema processual brasileiro, que se diz acusatório: a prisão deverá ser considerada exceção, sendo a liberdade individual a regra (naquilo que, para Nereu Giacomoli⁴², não é apenas uma manifestação normativa resultante da hermenêutica de dispositivos como os do art. 5º, LXVI CF/88, mas sim de uma leitura eminentemente democrática da prisão, em sentido amplo, como medida de *extrema ratio*).

3. AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO DISTRITO FEDERAL: VISÕES SOBRE O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL A PARTIR DE DUAS PESQUISAS EMPÍRICAS

Duas pesquisas empíricas já realizadas trazem dados sobre as audiências de custódia no Distrito Federal. A primeira foi realizada entre os meses de janeiro e março de 2016⁴³ — ou seja, em momento recente à implementação das audiências de custódia — e a segunda, em dezembro de 2016⁴⁴, após um ano de consolidação do instituto e de algumas práticas.

No primeiro período analisado, a equipe de pesquisa acompanhou as audiências no Distrito Federal ao longo de 29 dias (de 25 a 31 de janeiro de 2016; de 22 a 28 de fevereiro de 2016, e de 1º a 5 de março de 2016), e foi composta por 14 pesquisadores. A equipe de pesquisa preencheu formulários correspondentes às decisões sobre a situação processual de 455 (quatrocentas e cinquenta e cinco) pessoas apresentadas em audiências de custódia⁴⁵. Importante ressaltar que foi preenchido um formulário para cada pessoa apresentada em audiência de custódia. Em 331 casos desse universo (72,7%), apenas uma pessoa foi apresentada em audiência; em 72 audiências, duas pessoas foram apresentadas ao mesmo tempo (15,8% do total de audiências); em 25 audiências (5,5% dos casos), 3 pessoas foram apresentadas, ao mesmo tempo, na audiência de custódia; em 22 casos, 4 pessoas foram apresentadas (4,8% dos casos) e, por último, em apenas 5 casos, a audiência de custódia contou com mais de 4 pessoas presas. Em todas essas situações, a equipe de pesquisa

41 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n° 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>.

42 GIACOMOLI, Nereu José. *O devido processo legal: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 357-359.

43 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD. *Audiências de custódia: panorama nacional*. São Paulo: IDDD / Open Society Foundation, 2017. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>.

44 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028dfaa4f60f22dd1a2333.pdf>>.

45 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD. *Audiências de custódia: panorama nacional*. São Paulo: IDDD / Open Society Foundation, 2017. p. 12. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>.

preencheu um formulário para cada pessoa apresentada, já que, num sistema processual de natureza acusatória, é necessário que a decisão judicial em audiência de custódia seja individualizada.

Na segunda pesquisa, a coleta de dados aconteceu de 6 a 16 de dezembro de 2016, contando com a participação de 7 (sete) pesquisadores, que preencheram 164 (cento e sessenta e quatro) formulários contendo informações sobre as pessoas presas em audiências de custódia. Durante o período pesquisado, foram observadas, em média, 32 (trinta e duas) audiências por dia⁴⁶.

No Núcleo de Audiências de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (NAC), as audiências acontecem de segundas-feiras às sextas-feiras, com base nas 9 horas, e aos sábados, domingos e feriados, a partir das 14 horas. O NAC é composto por uma secretaria, que realiza as atividades cartorárias (recebimento dos autos de prisão em flagrante, pesquisa prévia dos antecedentes criminais dos presos, assim como a elaboração da pauta, a divisão e o encaminhamento dos autos às salas de audiência), um setor de atendimento psicossocial, realizado por uma equipe multidisciplinar, e duas salas de audiência. As equipes das salas 1 e 2 são compostas, de segundas às sextas-feiras, pelo mesmo juiz, mesmo promotor, mesmo defensor e mesmo analista processual. Aos finais de semana, todo o NAC funciona em regime de plantão — desde os servidores responsáveis pela segurança do Tribunal até o magistrado que conduzirá as audiências. As equipes que trabalham durante a semana — quer seja as de segurança do TJDF, da Polícia Civil, dos servidores do NAC e nas salas de audiência são, em grande parte do tempo, as mesmas. Aos finais de semana, as equipes mudam completamente, a cada novo dia de plantão — por exemplo, um juiz que conduz as audiências no sábado, em uma das duas salas, não é o mesmo no domingo, assim como a equipe de segurança, os servidores do Tribunal etc.

Cabe destacar o papel da Defensoria Pública nas audiências de custódia: na primeira pesquisa, as duas advogadas mais frequentes nas audiências, representando tal instituição, eram chamadas de “advogadas colaboradoras” — não pertencentes às carreiras da Defensoria Pública do Distrito Federal, recém-formadas, que recebem certidão de comprovação de tempo de atividade jurídica para que sejam habilitadas em concursos públicos tradicionais do campo jurídico. Os defensores públicos efetivos estavam mais presentes apenas nas audiências aos finais de semana⁴⁷. Na segunda etapa da pesquisa, a presença de defensores públicos se intensificou durante os dias de semana⁴⁸.

A pesquisa guarda alguns achados: a seletividade do controle promovido pela polícia, tão desvendada pela Criminologia Crítica e pela Sociologia da Violência desde os anos 1970, consistente na prisão de pessoas negras, jovens e pobres, confirmada pela “sazonalidade do controle penal” realizado pela polícia — a equipe de pesquisa percebeu a incidência dos mesmos tipos de crimes ao longo do decorrer da semana: às segundas e terças-feiras, os casos de violência doméstica e embriaguez ao volante eram mais comuns; às quartas e quintas, os crimes patrimoniais e aqueles referentes ao tráfico de drogas tomavam maior espaço nas audiências; às sextas e aos finais de semana, os crimes patrimoniais disputavam lugar com lesões corporais em contexto de violência doméstica e embriaguez, novamente⁴⁹. Outros pontos identificados foram: a falta de defesa adequada às pessoas presas em flagrante, quer por defensores públicos ou por advogados privados, especialmente porque esses atores confundiam o procedimento da audiência de custódia com o da audiência

46 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. p. 169. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028d4faa4f60f22dd1a2333.pdf>>.

47 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD. *Audiências de custódia: panorama nacional*. São Paulo: IDDD / Open Society Foundation, 2017.

48 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028d4faa4f60f22dd1a2333.pdf>>.

49 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028d4faa4f60f22dd1a2333.pdf>>.

de instrução criminal; a propagação da cultura punitiva em pequenos detalhes (como na manutenção das algemas, até o fim da audiência, a pessoas presas que tiveram a concessão de liberdade provisória), dentre outras questões.

Inegável, pois, a fonte de considerações que colocam a pesquisa e o material obtido numa linha propositiva e eminentemente crítica também no vértice teórico: os dados permitem especular quanto à ideia de que o procedimento traz a lume uma reivindicação já datada, mas sempre necessária — qual seja, aquela de acoplagem procedimental imprescindível de saberes e noções advindas do panteão criminológico para o trabalho com os dados e com as propostas legislativas atinentes.

Não seria necessário discorrer neste artigo, longamente, sobre o fracasso manifesto dos objetivos declarados do aparelho jurídico-penal (e mormente da plenitude constitucional seus estamentos procedimentais), em oposição diametral ao sucesso de objetivos ou resquícios encobertos pela própria seletividade penal, cujo enfrentamento é tão caro à propositura aqui estudada. Nesse sentido, é sempre válido o alerta quanto ao caráter nocivo, tanto da falsa ideia de impermeabilidade do constructo processual-procedimental aos influxos de cunho criminológico, quanto àquela incorporação (falsária, do mesmo modo), tal uma assimilação tranquilizante enquanto menção formal que não permeabiliza nem efetivamente influi. Existe, aliás, farta literatura processualista que paga tributo ao arcabouço criminológico e ao discurso de análise politizada da temática como ornamento preambular, sem assumir, verdadeiramente, qualquer possibilidade de diálogo disciplinar ou mesmo a flagrante necessidade de discussão conjunta dos conceitos, dados e premissas⁵⁰.

Nesse ponto, o contato se abre com base em uma ideia de que a Criminologia (Crítica) pode (ou deve) ser, inclusive, assumida como *topos* hermenêutico dos conceitos dogmáticos (e das práticas sistemáticas) para que não se constitua pura e simplesmente em discurso especulativo ou em acúmulo subutilizado de dados empíricos⁵¹.

Necessário, por isso, frisar o tom impreterível de que hajam imersões criminológicas em verdadeiros espaços de vácuo em meio a essa aparelhagem procedimental, para que se possa — decididamente — politizar esses ditos espaços. À moda do que sugerem Hassemer e Muñoz Conde⁵², urge que essa tomada propositiva e criminológica deixe de hesitar em participar, ativamente, das construções de sentido e das ideias políticas, tanto das instituições dogmáticas quanto dos planos políticos que animam a práxis. Não se perde, pois, o compromisso de politização na ideia de que há um acentuado tom de “fiscalização” que, também, é criminológico-crítica no sentido da defesa da implementação e da lisura das audiências de custódia, bem como para o monitoramento de sua efetividade em relação às finalidades dispostas na Resolução nº 213/2015 do CNJ e da atuação dos seus protagonistas.

Nessa esteira, o objetivo do trabalho (ainda em curso) procurará desenvolver uma questão advinda da análise qualitativa, inspirada por pesquisa semelhante desenvolvida pela organização Conectas Direitos Humanos, em São Paulo⁵³: investigar como se dá, após um relato de tortura ou maus tratos praticados por policiais, o processamento da investigação — administrativa e criminal — de policiais acusados de tortura e abusos policiais no Distrito Federal.

50 DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa causa para a ação penal e suas possibilidades criminológicas: criminologia(s) no processo penal: hipótese preliminar. *Revista eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v.3, n.1, p. 83-94, 2015a.

51 ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito Penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2010. p. 131-136.

52 HASSEMER, Winfried; MUNÖZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989. p. 28.

53 CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>.

4. A ESCUTA DE RELATOS DE TORTURA EM AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E O PROCESSAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES ADMINISTRATIVAS E CRIMINAIS NO DISTRITO FEDERAL

A Resolução CNJ nº 213/2015 determina os procedimentos adotados por todos os magistrados do Brasil para a apuração de tortura em prisões em flagrante. O protocolo II de referida resolução estabelece, até mesmo, a forma como as perguntas devem ser feitas, a fim de que a pessoa presa compreenda que a audiência de custódia é o momento adequado para informar qualquer violação a direitos humanos ocorrida no momento da prisão⁵⁴.

A presente pesquisa, que ainda está em fase de discussão dos resultados, tem por objetivos apontar o fluxo da investigação dos casos de tortura e abusos policiais informados, em audiências de custódia, pelas pessoas presas. com base na observação das audiências, a equipe de pesquisa percebeu que tal investigação pode acontecer de duas formas: administrativa (com a apuração de responsabilidade funcional dos policiais envolvidos nas práticas de tortura e maus tratos, por meio da expedição de ofício à Corregedoria de Polícia respectiva) e criminal (instauração de inquérito ou de procedimento conduzido diretamente pelo Ministério Público para investigar a prática do crime de tortura). Quando os relatos de tortura foram mais “robustos” — a pessoa presa apresentava marcas, hematomas ou lesões muito aparentes —, juízes encaminhavam ofícios às Corregedorias competentes. No caso de lesões não aparentes ou relatos verbais, não havia nenhum tipo de encaminhamento da questão — quer seja do ponto de vista administrativo ou criminal.

Dados quantitativos referentes à amostra de audiências de custódia do primeiro trimestre de 2016 apontam que, em relação a um universo de 455 formulários preenchidos, em 22,9% dos casos, as pessoas presas reportaram tortura ou maus tratos no momento da prisão. Nesses casos — 101, ao total —, 72,3% reportaram as práticas a policiais militares, 16,8% a policiais civis e 13,9% a “outros” — os “populares”, civis que contiveram as pessoas presas em flagrante até a chegada dos policiais. Índices semelhantes — na casa do 20% de registros de relatos de tortura — foram constatados em pesquisas realizadas em outras Unidades da Federação⁵⁵, contrariando as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, por meio do registro das audiências no Sistema de Audiências de Custódia – SISTAC, que informam que, até o mês de junho de 2017, em todo o Brasil, houve 12.665 casos registrados como “alegação de violência no ato de prisão”, totalizando 4,90% do universo de audiências realizadas de 2015 a 2017⁵⁶.

Assim, como forma de estruturar a pesquisa, foi solicitado ao Núcleo de Audiências de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios a relação de ofícios expedidos às Corregedorias de Polícia Civil e Militar, além dos ofícios encaminhados ao Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ligado ao Núcleo de Direitos Humanos. Tal solicitação se mostrou simples e complexa ao mesmo tempo. Nos termos do Protocolo II da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, diante de um relato de tortura, a autoridade judiciária deve, dentre outros procedimentos, (i) preocupar-se com o atendimento integral da pessoa vítima de tortura, permitindo que esta tenha acesso a um atendimento de saúde e (ii) encaminhar cópia dos documentos necessários à apuração da conduta ao Ministério Público e à respectiva Corregedoria ou Ouvidoria do órgão a que o agente público

54 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>.

55 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD. *Audiências de custódia: panorama nacional*. São Paulo: IDDD / Open Society Foundation, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028d1a2333.pdf>>.

56 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028d1a2333.pdf>>.

responsável pela prisão seja ligado⁵⁷.

Durante as observações das audiências de custódia, as equipes de pesquisa perceberam que, quando a pessoa presa apresentava lesões corporais evidentes — tais como hematomas, manchas de sangue etc. —, juízes e juízas se debruçam mais sobre a questão da tortura. As perguntas sobre o que teria ocorrido durante a prisão são mais intensas e diretas, mantendo perguntas simples e respeitando a escuta da pessoa presa, em estrito cumprimento ao Protocolo II de referida Resolução. No momento da audiência, o laudo realizado pelo Instituto Médico-Legal não está à disposição no auto de prisão em flagrante, o que pode dificultar — ou fazer com que se perca o interesse na — a investigação. Porém, tais questionamentos não ficam claros no registro da ata de audiência, registrando-se, apenas, o encaminhamento de ofícios às Corregedorias de Polícia (Civil ou Militar) e ao Ministério Público.

Maiores informações sobre tortura ou maus tratos praticados em um caso concreto somente poderão ser consultadas, no processo, caso alguma parte — Ministério Público, Defensoria Pública ou advogado/a particular — consiga acessar o áudio da audiência de custódia, que, em regra, acompanha o processo, quando este for encaminhado ao juízo natural para o prosseguimento do feito.

A partir da expedição de ofício pelo NAC, Corregedorias das Polícias Civil e Militar do Distrito Federal, além do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, podem instaurar as devidas investigações para a apuração dos fatos, já que a investigação do processo criminal, no juízo natural, não atrai a competência para eventual investigação do crime de tortura, sendo necessária a instauração de novo procedimento criminal. A proposta de encaminhar os ofícios a um setor especializado do MPDFT é uma sistemática que privilegiaria a concentração das investigações em uma equipe somente, que conseguiria, nesse sentido, identificar os locais de maior ocorrência de relatos de tortura no Distrito Federal.

A solicitação dos ofícios ao NAC compreendeu, nessa segunda parte da pesquisa, todo o ano de 2016, e não apenas os meses de janeiro, fevereiro, março e dezembro, em que as audiências foram observadas pelas equipes de pesquisa. A justificativa para esse recorte foi observar como o NAC, após a “estabilização” da audiência de custódia nas rotinas do Tribunal de Justiça, estava atuando no seu primeiro ano de funcionamento. A proposta inicial de pesquisa seria acompanhar os processos em que os relatos de tortura foram identificados para seguir suas investigações em âmbitos administrativo (nas Corregedorias) e criminal (no MPDFT, sobretudo junto ao Núcleo de Investigação e Controle Externo da Atividade Policial – NCAP⁵⁸).

Após a solicitação, o NAC informou a listagem de ofícios expedidos no ano de 2016 com os dados organizados na tabela a seguir:

Tabela 1 - OFÍCIOS EXPEDIDOS PELO NAC – CORREGEDORIAS E MPDFT (2016)

MÊS	OFÍCIOS EXPEDIDOS
Janeiro	Não informado
Fevereiro	14
Março	33
Abril	60
Mai	Não informado
Junho	46
Julho	2
Agosto	Não informado
Setembro	Não informado

57 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>.

58 DISTRITO FEDERAL. *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/nucleos-e-grupos/ncap>>.

MÊS	OFÍCIOS EXPEDIDOS
Outubro	Não informado
Novembro	35
Dezembro	59
TOTAL	249

Fonte: NAC – TJDFDT – elaboração própria

Note-se que, em relação aos dados encaminhados, nem todos os meses estão informados na lista, razão pela qual o acompanhamento anual não poderá ser realizado. Em relação aos meses em que as equipes assistiram às audiências, uma comparação entre os dados das pesquisas será possível em relação aos meses de fevereiro, março e dezembro de 2016, a fim de se acompanhar se houve a instauração dos procedimentos administrativos e/ou criminais para a apuração dos casos. A listagem fornecida pelo NAC também contém os números dos processos no TJDFDT, para a segunda parte da pesquisa: posterior acompanhamento processual dos processos principais, além de eventuais investigações criminais instauradas para a apuração de tortura. Importante ressaltar que, embora ambas as pesquisas se refiram às audiências de custódia, o monitoramento em relação ao exercício da investigação e controle da atividade policial ganha outro espaço, mais autônomo, para a avaliação dos arranjos institucionais que possibilitam ou impedem a condução de tais processos pelo órgão que é titular exclusivo do exercício de tão importante função.

Para acompanhar essa sequência da pesquisa, outro caminho também foi adotado: solicitar às Corregedorias das Polícias Civil e Militar o número de procedimentos preliminares ou processos administrativos disciplinares instaurados. Em 31 de janeiro de 2017, a Corregedoria da Polícia Militar informou, por meio de ofício-resposta à solicitação encaminhada, que, em 2016, foram registradas 102 (cento e duas) Comunicações de Ocorrências, no período entre agosto e novembro do ano corrente, oriundas de determinações do Núcleo de Audiência de Custódia (NAC/NUPLA/TJDFDT), concernentes às informações de possíveis excessos cometidos por policiais militares durante as execuções de prisões em flagrante delito. Até o presente momento, a Corregedoria da Polícia Civil do Distrito Federal não respondeu às solicitações realizadas.

Assim, percebe-se um caminho de arranjos institucionais entre o relato da pessoa presa em audiência de custódia, o encaminhamento de ofício à Corregedoria de Polícia, o registro de tal providência juntamente ao SISTAC, a elaboração de dados sobre tal controle, e a instauração de um processo administrativo na Corregedoria da Polícia Civil do Distrito Federal, para nos concentrarmos nos resultados encontrados.

Detalhando as informações contidas no material coletado juntamente ao NAC, em relação aos ofícios expedidos às Corregedorias de Polícias e ao Ministério Público, pode-se dividir os relatos de tortura por áreas no Distrito Federal por cidades-satélites:

Tabela 2

REGIÃO ADMINISTRATIVA	RELATOS DE TORTURA
BRASÍLIA	36
CEILÂNDIA	11
SANTA MARIA	11
SOBRADINHO	8
SAMAMBAIA	19
GAMA	14
TAGUATINGA	15
PARANOÁ	11
NÚCLEO BANDEIRANTE	1
RECANTO DAS EMAS	6

REGIÃO ADMINISTRATIVA	RELATOS DE TORTURA
GUARÁ	8
PLANALTINA	10
AGUAS CLARAS	1
BRAZLÂNDIA	2
TOTAL	153

Fonte: elaboração própria.

Um exercício interessante seria, também, agregar os dados de acordo com as chamadas Regiões Integradas de Segurança Pública (RISP), definidas pelo Distrito Federal como forma de definir agendas de políticas de segurança pública de acordo com a realidade de cada região. O DF é dividido em quatro regiões: Metropolitana (formada por Plano Piloto, Cruzeiro, Octogonal, Sudoeste, Guará, Setor de Indústrias e Abastecimento, SCIA, Estrutural e Lago Sul), Região Oeste (Taguatinga, Brazlândia, Ceilândia, Samambaia, Águas Claras e Vicente Pires), Sul (Riacho Fundo, Núcleo Bandeirante, Candangolândia, Park Way, Santa Maria, Jardim Botânico, Gama e Recanto das Emas) e Leste (Planaltina, Lago Norte, Varjão, Paranoá, Itapoã, São Sebastião, Sobradinho e Fercal) (DISTRITO FEDERAL, 2017).

A partir dessa classificação, os relatos de tortura estariam, assim, divididos:

Tabela 3

RISP	NÚMERO DE OCORRÊNCIAS
Metropolitana	44
Oeste	47
Sul	32
Leste	32
TOTAL	153

Fonte: elaboração própria.

Vemos, assim, uma quantidade maior de relatos na Região Oeste, sobretudo nas cidades de Samambaia e Taguatinga. Em Planaltina, na Região Leste, os relatos também são mais intensos do que em outras cidades da mesma região. Considerando-se o tamanho das regiões, percebe-se que em Brasília — ou na RISP Metropolitana — há menos relatos de tortura do que em cidades-satélites mais pobres do Distrito Federal.

Um levantamento mais acurado nos ofícios encaminhados pelo NAC pode dar um caminho, ao Ministério Público, sobre as regiões nas cidades-satélites de Taguatinga e de Samambaia, por exemplo, para que se identifique de onde vem os relatos mais frequentes, se os mesmos policiais são relatados de forma frequente, dentre outras oportunidades de consideração individual e coletiva dos registros encaminhados.

Os dados referentes à investigação de crimes de tortura, lesões corporais e maus tratos praticados por policiais militares e civis relatados em audiências de custódia foram solicitados ao NACAP, mas não foram apresentados pelo MPDFT em tempo de integrarem a presente pesquisa. Porém, em solicitação feita ao mesmo Núcleo do MPDFT, em 2015, os dados informados indicaram que, de 1997 (data de publicação da Lei nº 9.455) a 2014, houve, no Distrito Federal, o oferecimento de 40 denúncias sobre o crime de tortura, resultando, até aquele momento, em 23 absolvições, 7 condenações, 10 ações penais ainda em julgamento e 36 inquéritos policiais em andamento. Considerando-se que este era o cenário de um universo de investigação de um período de 17 anos, com o advento das audiências de custódia e a inserção, num sistema processual penal de natureza acusatória, de um espaço qualificado de fala da pessoa presa e de escuta da autoridade judicial, os dados preliminares da pesquisa indicam que o número de investigações sobre crimes de tortura somente tende a aumentar, após outubro de 2015, já que os relatos ultrapassaram 150 ocorrências em apenas um ano, após a implementação das audiências de custódia.

Percebe-se, por meio das audiências de custódia e seus espaços de escuta, fala e registro, que é possível que o Ministério Público, como responsável pelo controle externo da atividade policial, defina metas de atuação nas regiões que apresentam maior número de relatos de abusos policiais. Essa poderia ser a primeira medida para se considerar as audiências de custódia como espaço de agenda da política criminal, vista, aqui, como política pública⁵⁹.

É possível traçar uma política criminal — que dialogue com os arranjos institucionais das políticas públicas, especialmente das políticas de segurança pública —, para que essa função seja cada vez mais aprimorada. Há, certamente, que se coadunar com uma vivificação do binômio da racionalidade do funcionamento do sistema jurídico-penal com sua necessária eficiência (ou expectativa de, a título de uma “função declarada do direito penal”). Se a primeira vai escorada, axiologicamente, em princípios constitucionalizados (tal o da presunção de inocência), a segunda visa, logicamente, ao respaldo de resultados práticos que tornem útil ou descartável um plano político de ação — e aqui fins e meios novamente se entrelaçam na perspectiva de um trato com a realidade criminal que objetive alguma margem de controle e estabilidade via punição legitimada, perpassada uma aparelhagem que filtre o tipo de procedimento que poderá ou não gerar modos específicos de punição, como é o caso do controle da atividade policial.

É nessa linha que se poderia pensar que uma associação político-criminal entre direito penal (material) e direito processual penal (e seu esquema procedimental) não poderia, simplesmente, instrumentalizar o segundo em razão de objetivos do primeiro (tendo-se, aliás, que nem o primeiro e suas normas podem ser fruto de mera transposição funcional de um ideário político). A coligação não pode tomar o uso instrumentalizado do sistema sem um feixe de respeito basilar a uma série de premissas vinculadas à noção de Estado Democrático de Direito que, inclusive, existem como núcleo duro e mínimo posicionado além da esfera política da matéria, simplesmente, disponível⁶⁰. É uma consideração que as políticas e as agendas não podem, simplesmente, contornar usando o trunfo da promessa de eficiência.

Talvez, inclusive, a necessidade de implementação procedimental das audiências de custódia seja tão aguda na atual realidade justamente como resposta refratária à expansão penal ocasionada pelo *leitmotiv* eficientista, e represente, inclusive, um influxo político racionalizado diante de anos de simplificação de trato com esses vetores. Pode até mesmo ser pensada como uma medida de “eficientismo reverso”, diante da noção de eficiência como objetivo da gestão política do sistema e os equívocos que nela eventualmente são flagrantes. Assim, as audiências de custódia figuram como (mais) um instrumento frente ao rescaldo de uma política criminal buscando finalidades diretas (e nem sempre empiricamente comprovadas), geradora de um inchaço ineficaz e inoperante, um elemento procedimental que se vale de uma base de dados irrepreensível (tal como os números do encarceramento massivo no país) e de um posicionamento político (lidar com esse encarceramento e suas drásticas consequências sociais), munido de uma composição teórica sólida (crítico-criminológica). Seu uso, de acordo com as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e os protocolos até o momento propostos pelo Conselho Nacional de Justiça, propicia uma abertura ao controle externo da atividade policial que merece a atenção de todos aqueles que se comprometem com a diminuição do encarceramento em massa no Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As possíveis conclusões deste trabalho levam em conta os passos da pesquisa, que ainda está em fase de desenvolvimento e compilação de dados, mas, sobretudo, o que se indica em seu título: se bem investigados,

59 FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

60 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 289-290, 2017.

os relatos colhidos em audiências de custódia podem ser uma janela para o aprimoramento do controle externo da atividade policial, tarefa institucional (e, máxime) constitucional deste que acumula uma série de funções — e que, nas audiências de custódia, exerce um “duplo papel”: o de parte, sobretudo na ação penal eventualmente vindoura, e de “fiscal da lei” para as irregularidades na detenção, na prisão e nas práticas atinentes (sobretudo quanto aos casos de torturas e violências congêneres).

Parece claro que, nessa duplicidade de atuação que sabidamente dificulta algumas considerações mais taxativas, o papel do Ministério Público ante a realização das audiências de custódia é — ou deve ser — predominantemente o de fiscal e o de controlador externo. Naquele momento, e dada a evidente função maior da audiência de custódia, a avaliação da necessidade da constrição cautelar e o rigor na análise da própria higidez do procedimento (e a responsabilização dos agentes da lei responsáveis por arbítrios e ilegalidades) devem prevalecer sobre a vertente parcializada de acusador. Caso contrário, começa, inclusive, a perder o sentido a própria ideia-motriz. É preciso que se crie, inclusive, uma cultura de troca de vértice, uma vez que o Ministério Público não pode fazer qualquer ponderação entre a necessidade de submeter as competentes ações penais contra suspeitos de práticas delitivas e os controles externos propositivos (ex: solicitar abertura de inquéritos), com a igualmente fundamental necessidade de fiscalizar os procedimentos e de promover controles externos diretos em relação aos abusos e delitos perpetrados pelos próprios atores legais.

Não se pretende defender, neste artigo, o excessivo ajuizamento de ações penais, como forma de se “fazer justiça”. O que se deve fazer, nesse caso, é utilizar os dados extraídos do próprio NAC para pautar a atuação do MPDFT naquelas áreas que se revelam prioritárias para o aprimoramento do controle externo da atividade policial. A observação frequente das audiências de custódia permitiu às equipes de pesquisa, num primeiro momento e nas duas incursões ao campo, identificar áreas em que relatos de tortura eram mais frequentes. Assim, quando a pessoa presa dizia em que local morava, já se antevia eventual relato. Se tal identificação foi possível pela observação cotidiana das audiências, é importante aproveitar-se, positivamente, da estrutura do NAC — que permite que um mesmo juiz trabalhe sempre com um mesmo promotor de justiça, por exemplo — para que ambos compartilhem suas impressões sobre as práticas de tortura, de modo que esse membro do Ministério Público possa, ele próprio, acompanhar as investigações sobre tortura relatadas em audiências de custódia ou que fique responsável por municiar seus colegas de instituição com elementos de prova importantes à investigação desse crime hediondo.

Por outro lado, os dados da primeira fase de pesquisa demonstram que há lacunas de diversos tipos: (i) institucionais, sob o ponto de vista da produção de dados, quer por parte da magistratura quer por parte do Ministério Público; (ii) administrativas, diante da ausência do acompanhamento do laudo do Instituto Médico-Legal, na audiência de custódia, para que o juiz se sinta municiado para fazer perguntas à pessoa presa sobre a tortura que esta possa ter sofrido; e (iii) político-criminais, diante da dificuldade, comprovada pela subnotificação dos dados sobre os relatos de tortura escutados em audiências de custódia e os registros oficiais sobre os encaminhamentos de ofícios às Corregedorias e ao Ministério Público, o que nos leva a apontar para uma seletividade no fluxo que se monta, institucionalmente, para investigar a tortura, criminal ou administrativamente.

Se as audiências de custódia são uma possibilidade formalmente adequada para estimular a investigação da tortura no Brasil, na realidade da justiça do Distrito Federal, deve-se evitar que se trate de mais uma janela que, construída, não venha a ser aberta.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*: uma fundamentação para o direito Penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2010.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959. v. 2.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas legais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, n. 18, p. 39-48, 2004.

BARATTA, Alessandro. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad (1982). In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2006. p. 357-375.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of england*. St. Paul: West Publishing Co., 1897.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei da Câmara nº 8.045, de 2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*: pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.ht>.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*: convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Implementação das audiências de custódia no Brasil*: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: atualização em junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei do Senado nº 554, de 2011*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.240*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 466.343-1*: prisão civil de depositário infiel, do tribunal de justiça do estado de São Paulo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares*: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028dfaa4f60f22dd1a2333.pdf>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/48d1666d3cfc32e3449857c6f0a0b312.pdf>>.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>.

DISTRITO FEDERAL. *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/nucleos-e-grupos/ncap>>.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado da Segurança Pública e da Paz Social. *Estatísticas*: acompanhamento mensal. Disponível em: <<http://www.ssp.df.gov.br/estatisticas/estatisticas-oficiais/acompanhamento-mensal.html>>.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Portaria Conjunta nº 101, de 7 de outubro de 2015*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2015/portaria-conjunta-101-de-30-09-2015>>.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *TJDFT institui audiência de custódia*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/outubro/tjdft-institui-a-audiencia-de-custodia>>.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa causa para a ação penal e suas possibilidades criminológicas: criminologia(s) no processo penal: hipótese preliminar. *Revista eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 3, n. 1, p. 83-94, 2015a.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal*: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015b.

FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, ano 25, p. 137-180, mar. 2017.

FORTES, Pedro Rubim Borges. Direitos e restos humanos: uma hipótese para o enfrentamento jurídico-penal da tortura no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 28-45, jan. 2014.

GARCIA, Rafael de Deus. A audiência de custódia e o sentido histórico e político jurídico do habeas corpus. In: Encontro nacional do conpedi, 26, 2017, Florianópolis. *Anais do XXVI Encontro Nacional do Conpedi*. VASCONCELOS, Fernando Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Coord.) Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/9t8274u3/7D6jrNRVTtrHY4NW.pdf>>.

GIACOMOLI, Nereu José. *O devido processo legal*: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD. *Audiências de custódia*: panorama nacional. São Paulo: IDDD/Open Society Foundation, 2017. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - IDDD. *Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo*: pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. São Paulo: IDDD/ Open Society Foundation, 2016.

LEMBRUBER, Julita et al. *Liberdade mais que tardia*: as audiências de custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CeSec/ISER, 2016.

MASI, Carlos Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais*, v. 960,

p. 77-120, 2015.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. São Paulo: CEI, 2015.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Provimento conjunto nº 3/2015*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062>.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 289-290, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A atuação do agente
penitenciário como burocrata
de nível de rua:** para além da
discricionariedade

**Prison officer as a street-level
bureaucrat:** beyond discretion

Thaís Pereira Martins

Camila Caldeira Nunes Dias

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

A atuação do agente penitenciário como burocrata de nível de rua: para além da discricionariedade*

Prison officer as a street-level bureaucrat: beyond discretion

Thaís Pereira Martins**

Camila Caldeira Nunes Dias***

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a atuação de Agentes de Segurança Penitenciária (ASPs) no trato às pessoas presas. Com base no enfoque teórico sobre a burocracia de nível de rua, buscou-se compreender quais são os fatores que influenciam o exercício de discricionariedade por esses agentes e em que medida isto contribui para a garantia ou supressão dos direitos humanos das pessoas em situação de privação de liberdade. Para a realização deste trabalho, foram realizadas entrevistas em profundidade com seis Agentes de Segurança Penitenciária e uma profissional de saúde do sistema prisional paulista, além de observação de campo em unidades prisionais para mulheres em São Paulo. Os dados e informações coletadas permitem uma análise dos aspectos que contribuem para a tomada de decisão dos ASPs enquanto implementadores de políticas públicas no contexto prisional. A conclusão alcançada é a de que a análise da atuação desses profissionais sob a ótica da burocracia de nível de rua traz importantes esclarecimentos sobre seu modo de trabalho e isso impacta, fortemente, o cotidiano das pessoas encarceradas. Além disso, percebeu-se que a relação entre ASPs e pessoas presas tem sido bastante influenciada pelo papel e atuação do Primeiro Comando da Capital nos presídios paulistas. A análise desses burocratas como implementadores de políticas públicas ainda é um tema recente nas pesquisas brasileiras, e o artigo busca contribuir com este debate.

Palavras-chave: Implementação de políticas públicas. Burocracia de nível de rua. Prisões. Agente de segurança penitenciária.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the prison officers (ASPs) work towards incarcerated persons. From the theoretic approach of the street-level bureaucracy, the intent was to comprehend which factors affect these agent's discretion and to what extent it contributes to guarantee or withdraw incarcerated person's human rights. For the purpose of this work, six prison officers were interviewed, as well as a health professional that works in prisons. Also, field observations in women's prisons on the state of São Paulo were conducted. The informations gathered allowed an analysis of the aspects

* Recebido em 24/02/2018
Aprovado em 29/03/2018

** Bacharel em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de São Paulo (2011) e mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do ABC (2016).
E-mail: thaispmartins@outlook.com

*** Graduada em Ciências Sociais (USP), mestre e doutora em Sociologia (USP), professora adjunta da UFABC e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais da UFABC. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP; pesquisadora do Laboratório de Gestão de Políticas Penais (LabGepen-Unb). Associada ao Fórum Brasileiro de Segurança Pública.
E-mail: camila.dias00@gmail.com

that contribute for decision-making of prison officers as public policy implementers. The conclusion achieved is that the analysis through this point of view enlightens characteristics of the prison officers way of working and shows that they have strong impacts on the lives of incarcerated persons. Besides, it became clear that the relation between prison officers and the incarcerated population has been strongly influenced by the role and activities of Primeiro Comando da Capital (PCC) in São Paulo state prisons. The analysis of these bureaucrats as public policy implementers is still a recent theme in Brazilian research, and the paper aims to contribute with this debate.

Keywords: Public policy implementation. Street-level bureaucracy. Prisons. Prison officers.

1. INTRODUÇÃO

Onde há regras, há discricionariedade: as regras são instrumentos limitados e por isso envolvem interpretação. [...] existe um gap entre as 'regras' e a 'prática'. É neste gap que os melhores e piores aspectos do trabalho do agente prisional podem ser encontrados.¹

Diante do contexto de encarceramento em massa e de uma realidade de escassez e miséria que assolam o sistema prisional brasileiro, em clara dissonância com os Tratados Internacionais dos quais o país é signatário e com a legislação nacional, este artigo tem como objetivo analisar a atuação da burocracia que implementa políticas públicas dentro das unidades prisionais: os/as Agentes de Segurança Penitenciária (ASPs).

O artigo é decorrente de uma pesquisa dedicada à área de estudos de implementação de políticas públicas, mais especificamente ao tema da burocracia de nível de rua, tendo como ambiente as prisões de mulheres do Estado de São Paulo e a relação estabelecida com a burocracia estatal por meio dos Agentes de Segurança Penitenciária e outros profissionais que nelas trabalham ou trabalharam. A pesquisa almejou discutir de que maneira a atuação de Agentes de Segurança Penitenciária impacta o cumprimento da pena de prisão, especialmente por mulheres presas e quais os desafios postos para a atuação desses profissionais quanto à implementação da política pública que (supostamente) deveria nortear suas práticas cotidianas.

Por meio da análise da bibliografia pertinente e das informações coletadas na pesquisa de campo, buscou-se discutir a atuação de ASPs enquanto burocratas de nível de rua, conforme a teoria de Michael Lipsky, e os desafios postos no exercício desse papel pela dinâmica das prisões paulistas, com foco nas prisões de mulheres.

Foram entrevistadas/os seis Agentes de Segurança Penitenciária, que, majoritariamente, exercem tal profissão há mais de 20 anos, sendo um deles aposentado. A exceção é uma profissional que tem sete anos na carreira. Além disso, foi entrevistada uma profissional de saúde que atua em uma unidade prisional. Essas pessoas foram entrevistadas fora de seus ambientes de trabalho e foram respeitadas as suas sugestões de local. De 6 ASPs entrevistados, três eram mulheres e três eram homens. A profissional de saúde era mulher. Como a maioria dos ASPs já está na profissão há mais de 20 anos, em seus relatos, estão presentes situações vividas antes, durante e após a expansão e consolidação do grupo autodenominado Primeiro Comando da Capital (PCC) nos presídios paulistas. De acordo com o material de pesquisa, a expansão desse grupo provocou mudanças substantivas nas dinâmicas das relações estabelecidas entre funcionários e pessoas presas, como será discutido adiante.

As entrevistas em profundidade foram planejadas e realizadas com o objetivo de ouvir as experiências, vivências, o senso comum e as ações² de Agentes de Segurança Penitenciária. Buscou-se compreender as suas trajetórias

1 Tradução livre das autoras. No original: "Where there are rules, there is discretion: rules are blunt instruments and so involve interpretation. [...] a gap exists between 'rules' and 'practice'. It is in this gap that both the best and worst aspects of prison officer work can be found". LIEBLING, Alison. Distinctions and distinctiveness in the work of prison officers: legitimacy and authority revisited. *European Journal of Criminology*, v. 8, n. 6, p. 484-499, 2011.

2 MINAYO, Maria Cecília de Souza. Análise qualitativa: teoria, passos e fidedignidade. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.

rias e as relações estabelecidas entre essas pessoas e outros profissionais, com mulheres e homens encarceradas/os e com a sociedade. A partir de suas narrativas e da bibliografia consultada, buscou-se tecer algumas interpretações sobre como as relações no cárcere influenciam o exercício de discricionariedade por esses profissionais.

O material das entrevistas foi analisado a partir do marco teórico adotado, isto é, a perspectiva da burocracia de nível de rua e seu exercício de discricionariedade; ao mesmo tempo, tal material trouxe novas discussões não selecionadas previamente no escopo da pesquisa. Todas as entrevistas foram gravadas em áudio, sendo garantidos o sigilo e anonimato em relação às informações fornecidas. Nesse sentido, devido às possíveis implicações que podem atingir tais profissionais caso sejam identificados de alguma forma, optou-se por mencioná-los em ordem numérica definida aleatoriamente³. Buscou-se, ainda, apresentar suas falas diretas em trechos em que elas foram ilustrativas das situações discutidas, mas vale ressaltar que tais narrativas estão presentes ao longo de todo o texto, conectadas e relacionadas com as discussões das bibliografias nacional e internacional consultadas.

2. AGENTES PRISIONAIS ENQUANTO BUROCRATAS DE NÍVEL DE RUA

Sykes⁴ e Liebling⁵ argumentam que as prisões são comunidades em que as relações sociais constituem um dos fatores mais importantes para o cotidiano prisional, embora não tenham sido concebidas levando esse aspecto particularmente em consideração. Nesse sentido, as relações que ocorrem entre presos e agentes prisionais são também uma dimensão importante da vida na prisão. Ao se considerar o agente prisional um burocrata de nível de rua, é possível compreender e explicar algumas características que regem essas relações.

Os burocratas de nível de rua são os funcionários estatais que atendem os cidadãos na etapa do ciclo de políticas públicas em que a política pública (solução selecionada para determinado problema) é, efetivamente, posta em prática: a implementação⁶. O estudo das burocracias de nível de rua é decorrente da linha de pesquisa sobre implementação de políticas públicas, quando se amplia a gama de atores envolvidos em comparação com outras fases do ciclo, como o da formulação da política⁷.

A etapa de implementação tem dois enfoques analíticos: *top-down* ou *bottom-up*. A primeira privilegia as decisões tomadas por lideranças políticas, gerentes e gestores de programas ou legisladores no processo de implementação, consequentemente comparando as ações planejadas com aquelas efetivamente implementadas, e os “erros” supostamente cometidos pelos burocratas de nível de rua nesse sentido. A segunda vertente dá maior atenção aos diferentes contextos e à atuação dos atores envolvidos no processo de implementação, o que, necessariamente, traz alterações e mudanças de rumo em relação à política planejada⁸. A análise da atuação da burocracia de nível de rua se encaixa, portanto, na vertente *bottom-up*.

17, n. 3, p. 621-626, 2012.

3 Foram utilizados os termos *ASP 1*; *ASP 2*; *ASP 3*; *ASP 4*; *ASP 5* e *ASP 6* para referenciar as falas de Agentes de Segurança Penitenciária e *PS1* para a profissional de saúde.

4 SYKES, Gresham M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2007.

5 LIEBLING, Alison. Prison officers, policing and the use of discretion. *Theoretical Criminology*, v. 4, n. 3, p. 333-357, 2000.

6 HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

7 LOTTI, Gabriela S. O papel das burocracias de nível de rua na implementação de políticas públicas: entre o controle e a discricionariedade. In: FARIZ, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2012. p. 20-49; HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

8 PIRES, Roberto Rocha C. Burocracias, gerentes e suas “histórias de implementação”: narrativas do sucesso e fracasso de programas federais. In: FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012. p. 182-220; LOTTI, Gabriela S. O papel das burocracias de nível de rua na implementação de políticas públicas: entre o controle e a discricionariedade. In: FARIZ, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012. p. 20-49.

Os burocratas de nível de rua são o elo entre o Estado e os cidadãos⁹. Como exemplos de profissionais desse tipo, pode-se citar policiais, professores, além dos próprios agentes prisionais, que, na opinião de Lipsky, configuram “o exemplo mais refinado da discricionariedade de burocratas de nível de rua”¹⁰. O autor, ao longo de seu livro, considerará as pessoas atendidas por burocratas de nível de rua seus “clientes”. Neste trabalho, com muitas ressalvas ao termo para o caso específico do sistema prisional¹¹, optou-se por utilizar outros termos, como ‘sujeitos’, ‘público-alvo’ ou ‘presas/os’.

O agente penitenciário atua como intermediador de todas as atividades ligadas aos presos, seu acesso (ou não) a bens e serviços, suas saídas ao mundo exterior, contato com suas famílias, entre outros aspectos, como demonstrado em diversas pesquisas¹². Argumenta-se que tais profissionais são responsáveis pelo tipo de experiência de aprisionamento que o preso terá em nível psicológico: “humana, indiferente ou brutal”¹³.

Embora as legislações e regulamentações vindas “de cima” — isto é, do contexto normativo nacional e das regras organizacionais — circunscrevam suas ações, os burocratas de nível de rua têm espaço para a tomada de decisões discricionárias: determinam a natureza, a qualidade e a quantidade dos benefícios e sanções impostos e por suas unidades de atendimento¹⁴. No contexto prisional, o exercício de discricionariedade pode proporcionar ao agente acumular diversas funções para a sua atuação:

Os custodiadores não somente têm o direito de emitir as ordens e regulamentos que devem guiar a vida do prisioneiro, mas também têm o direito de deter, julgar e punir qualquer indivíduo acusado de desobediência — uma mescla de funções legislativas, executivas e judiciais, o que tem sido considerado há muito tempo a marca da dominação completa.¹⁵

A complexidade do trabalho de burocratas de nível de rua, que requer interações humanas recorrentes e, às vezes, apresenta casos muito específicos, torna difícil reduzir a discricionariedade exercida por eles. Não é factível nortear o trabalho apenas e totalmente por meio de leis, instruções e orientações organizacionais. Outro motivo é a “dimensão humana das situações”:

[...] burocratas de nível de rua trabalham em situações que frequentemente requerem respostas à sua dimensão humana. Eles exercem discricionariedade porque as definições aceitas de suas tarefas demandam observação e julgamento sensíveis, que não são redutíveis a formatos programados.¹⁶

Além disso, a própria transformação de regras em ações é um “exercício interpretativo”, e situações particulares, muitas vezes, não podem ser resolvidas unicamente com base em regras generalizantes¹⁷. Os

9 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010.

10 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 13.

11 Lipsky justifica a utilização do termo, mas, para o caso do sistema carcerário, parece-me ainda mais deslocada a aplicação dessa terminologia. Em primeiro lugar, embora não seja trabalhado pelo autor nesse sentido, o termo “cliente” sugere, no senso comum, uma relação mercantil ou de prestação de serviços. Também parece estranha a ideia de que a população presa seja “beneficiária” da “política pública prisional”. LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 243.

12 SYKES, Gresham M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2007; VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)—Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2000; LIEBLING, Alison. Prison officers, policing and the use of discretion. *Theoretical Criminology*, v. 4, n. 3, p. 333-357, 2000; LOURENÇO, Luiz Claudio. Batendo a tranca: impactos do encarceramento em agentes penitenciários da Região Metropolitana de Belo Horizonte. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 3, n. 10, p. 11-31, out./dez. 2010; CALDERONI, Vivian. *O agente penitenciário aos olhos do judiciário paulista*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal)—Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

13 LIEBLING, Alison. Prison officers, policing and the use of discretion. *Theoretical Criminology*, v. 4, n. 3, p. 333-357, 2000. p. 347.

14 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 13.

15 SYKES, Gresham M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2007.

16 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 13.

17 LIEBLING, Alison. Prison officers, policing and the use of discretion. *Theoretical Criminology*, v. 4, n. 3, p. 333-357, 2000. p. 344.

contextos normativos, também, podem se situar em dois pontos extremos: aquele em que os objetivos da política são “genéricos, ambíguos, múltiplos às vezes e inclusive contraditórios”, e aquele em que há definição normativa excessiva, fazendo com que o burocrata possa “escolher aquela norma que mais convenha em cada momento”¹⁸.

Nesse sentido, uma profissional de saúde relatou que há situações que o controle por ASPs passa a ser exercido nos mínimos detalhes, por exemplo: “Tem alguém que vai com verde musgo e a pessoa acha que é cáqui, ou vai com aquele amarelo bem estampadinho e aquilo já entra na categoria amarelo e não pode. [...] Muito nesse achismo, ou da ordem da moral: ‘eu acho que é muito curta a sua roupa, você trabalha com preso’”¹⁹.

Trazendo essa discussão para o grupo específico dos agentes penitenciários, é preciso atentar para a complexidade do trabalho exercido e para a importância das relações estabelecidas no contexto prisional na tomada de decisão.

Uma Agente de Segurança Penitenciária entrevistada afirma que “todas as regras têm exceções” e afirma: “tudo você vai adequar do seu jeito, pra fazer da forma que você acha melhor, que pra você fica mais fácil. Na cadeia não é diferente”²⁰. Ainda segundo ela, cada unidade prisional pode apresentar contextos normativos diferentes, o que permite exercício de discricionariedade em mais aspectos. Por exemplo, “o que pode e não pode” varia entre unidades prisionais:

[...] por exemplo: não pode entrar prestobarba azul pela visita [porque a grade é azul e pode ser camuflado], mas na compra que a unidade faz do pecúlio, entra o prestobarba azul! Sabe? Tem umas coisas que eu não consigo entender. Aí o suco, não pode entrar vermelho porque elas podem simular que é sangue. Gente, você passou o pano ali, parou de sair ‘sangue’, não tá saindo sangue. Tem umas coisas que eu acho assim, totalmente desnecessário. Fruta: pela empresa entra fruta, pela visita tem que ser cortada.²¹

Dessa forma, embora as regras impactem a ação dos ASPs, as próprias regras mudam ou são confusas; além disso, suas ações, opiniões e, principalmente, as relações estabelecidas no contexto em que estão inseridos também influenciam suas decisões.

As condições de trabalho a que as burocracias de nível de rua estão sujeitas são, geralmente, similares: a) os recursos são inadequados frente às tarefas esperadas desses trabalhadores; b) a demanda por serviços tende a aumentar e alcançar a oferta, não importa o quanto a última aumente também; c) os objetivos de trabalho de suas agências tendem a ser ambíguos, vagos ou conflitantes; d) a mensuração da performance frente a esses objetivos é complexa, senão impossível; e e) o público-alvo geralmente é involuntário, o que significa dizer que eles têm pouco poder de troca frente aos burocratas²².

Em relação ao último item, é preciso fazer a ressalva de que, embora se trate de uma relação bastante desigual no contexto das prisões, isso não quer dizer que o público-alvo é completamente “indefeso” em relação aos burocratas, já que os últimos precisam que os primeiros concordem com suas decisões. Como será discutido mais adiante, a literatura clássica prisional afirma que guardas fazem acomodações com presos para obter concordância nas regras mais gerais das unidades prisionais e essa relação que caracteriza a dinâmica prisional.

Portanto, vários aspectos influenciam a discricionariedade dos burocratas de nível de rua. Podem ser fatores institucionais e organizacionais — tais como a complexidade das ações, a organização administrativa,

18 SUBIRATS, Joan. El papel de la burocracia en el proceso de determinación e implementación de las políticas públicas. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas Públicas*: coletânea. Brasília: ENAP, 2006. v. 2. p. 120.

19 PS1.

20 ASP 4.

21 ASP 4.

22 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010; LIMA, Luciana Leite; D’ASCENZI, Luciano. Implementação de políticas públicas: perspectivas analíticas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 48, p. 101-110, dez. 2013.

a quantidade de normas e regras, e o acesso a recursos; bem como fatores individuais e relacionais — como os valores e as trajetórias individuais dos profissionais, os treinamentos a que tiveram acesso, as unidades em que atuam ou atuaram, a contextualização das regras definidas para seus escopos de trabalho, e as relações estabelecidas com outros burocratas, a elite política, beneficiários, comunidades e outras instituições²³. No caso das prisões, além destes, há ainda outros elementos que são decisivos, dentre eles o caráter impositivo da restrição de liberdade e, portanto, do “cliente” desse serviço e o papel central que as facções prisionais desempenham no cotidiano dos estabelecimentos.

3. MODOS E MANEIRAS DE EXERCÍCIO DE DISCRICIONARIEDADE

Os sujeitos chegam aos burocratas de nível de rua com questões individuais, diferentes experiências de vida e personalidades. Os burocratas, por sua vez, “transformam” esses indivíduos, alocando-os em grupos específicos que desencadeiam categorias de ações que devem tomar para alcançar um nível “ótimo” de processamento de seu trabalho. Lipsky se refere a essa transformação como a “construção social” do público-alvo²⁴, e aponta quatro maneiras pelas quais os burocratas de nível de rua exercem controle sobre esse público e realizam tal construção social. Nesse sentido, propomos analisar a atuação de Agentes de Segurança Penitenciária seguindo o modelo proposto por Lipsky, buscando elencar as formas de controle exercidas mais regularmente por essas pessoas enquanto burocratas de nível de rua atuando em instituições prisionais.

3.1. Distribuição de benefícios e sanções

Regras e regulamentos não norteiam totalmente a atuação dos burocratas de nível de rua, o que demanda exercício de discricionariedade para classificar o comportamento ou os antecedentes dos sujeitos e, dessa forma, determinar sua elegibilidade a determinado benefício ou sanção²⁵.

Há vários exemplos que podem ilustrar essa situação. Lourenço aponta como a concessão de um benefício — aqui considerado “dar um jeitinho” — está ligada à classificação dos sujeitos feita pela maioria dos agentes pesquisados:

Se o agente não pode fazer o que acha melhor ou mais funcional pelas regras, ele, de alguma maneira, tem como fazer isso nas ‘entrelinhas’ da lei. Cerca de mais de 2/3 do grupo, 64,4%, declararam que tanto já havia concedido quanto demandado um “jeitinho” para alguém.²⁶

Em outro trabalho, há o relato de uma ASP sobre um episódio em que uma presa é enviada ao castigo e passa a fazer cortes na própria pele. É possível perceber o exercício da discricionariedade pela burocrata de nível de rua no sentido de conceder um benefício, podendo ser atribuído, neste caso, à “dimensão humana” da situação²⁷.

A concessão de benefícios também pode ser uma estratégia utilizada pelos agentes penitenciários para zelar por sua segurança numa eventual crise, por exemplo:

23 LOTTA, Gabriela S. O papel das burocracias de nível de rua na implementação de políticas públicas: entre o controle e a discricionariedade. In: FARIZ, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012. p. 20-49.

24 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 59.

25 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 60.

26 LOURENÇO, Luiz Claudio. Batendo a tranca: impactos do encarceramento em agentes penitenciários da Região Metropolitana de Belo Horizonte. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 3, n. 10, p. 11-31, out./dez. 2010. p. 19.

27 TAETS, Adriana R. F. *Abrindo e fechando celas: narrativas, experiências e identidades de agentes de segurança penitenciária femininas*. 2012. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)—Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 129.

O risco de indisposição entre sentenciados e trabalhadores ocorre também em pequenas práticas cotidianas, onde o ASP é solicitado a conseguir medicamentos, atendimento pela equipe interdisciplinar, inclusão de novos nomes em seu rol de visitantes ou informações sobre a progressão da sentença. Mesmo não fazendo parte do trabalho prescrito (Dejours, 1994), os trabalhadores podem executar essas funções como forma de estabelecer empatia junto aos detentos e obter ganhos secundários nessa relação, tal como proteção física, caso venha a se tornar refém numa rebelião”.²⁸

O estudo de Vasconcelos traz outro aspecto dessa dinâmica: a atuação de internos como “informantes”²⁹: “o guarda dispõe [...] de um grupo de presos informantes, que a troca de pequenas regalias lhes “entregam”, com antecedência, planos de fugas, ameaças de morte, entrada de drogas e armas na cadeia”³⁰.

Um agente penitenciário descreve seu trabalho como sendo pautado pela igualdade de condições: “A gente costuma dizer que usamos a 3ª Lei de Newton, ‘a cada ação corresponde uma reação’. O preso é uma mercadoria de trabalho. A gente costuma dar um bom tratamento e recebemos um bom tratamento, mas tem camarada que não adianta”³¹.

O contraponto a essa igualdade de condições é feito por uma mulher presa em outra pesquisa: “Elas não trata a gente de igual pra igual, com respeito, com educação, tá entendendo? Elas só exigem isso da gente. Então, às vezes a gente respeita elas, [mas] não é que a gente respeita elas, a gente tem medo ‘da caneta delas’”³².

Agentes penitenciários aparentam, ao transformar as demandas individuais em “categorias de ação”, fazer escolhas sobre o merecimento (pelo prisioneiro) de um tratamento ‘profissional’ (a que eles têm direito) ou de um tratamento ‘civil e profissional’, isto é, aquele a que o prisioneiro tem direito e “algo a mais”: esforço, consideração ou tempo³³.

Nesse sentido, as sanções que agentes penitenciários podem desencadear na forma dos comunicados de eventos ou anotações no caderno de ocorrências são motivo de preocupação entre as pessoas encarceradas, já que isso pode trazer consequências para o cumprimento de suas penas e obtenção de benefícios. A sanção disciplinar “é o argumento que modula as relações de poder entre as mulheres presas e as funcionárias do presídio”, conforme narra uma mulher encarcerada:

Tudo delas [das funcionárias] é na caneta. Então elas [...] dependendo do que você é, falam a meu respeito no final de seu dia de trabalho...[ai] vai pra um caderno...[e] no final do mês elas faz uma análise entre vocês [elas] e manda pro juiz [...] então você ferra com a minha vida. Então nós temos medo desse detalhe. [...] [se a presa] dá uma de gostosa, fica nervosa com ela [a funcionária], ela me ferra. Ela não vai me agredir fisicamente, mas ela tem o Poder da Caneta.³⁴

Dias afirma que a aplicação de sanções disciplinares é resultado das tensões inerentes às relações entre presos/as e agentes e ao ambiente prisional: “Trata-se de diálogos corriqueiros, situações banais que, na prisão, assumem dimensões maiores, carregadas de significados que só têm sentido quando referidos à estrutura das relações de poder vigentes”. Ao transcrever alguns trechos de comunicados de evento por “desacato”,

28 RUMIN, Cassiano Ricardo. Sofrimento na vigilância prisional: o trabalho e a atenção em saúde mental. *Psicologia, Ciência e Profissão*, Brasília, v. 26, n. 4, p. 570-581, dez. 2006. p. 578.

29 Ou “alcaguetes”, que são “mal vistos” pelos demais presos. VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)—Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

30 VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)—Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. p. 49.

31 VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)—Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2000. p. 51.

32 ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2004. p. 148.

33 LIEBLING, Alison. Prison officers, policing and the use of discretion. *Theoretical Criminology*, v. 4, n. 3, p. 333-357, 2000. p. 349.

34 ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2004. p. 147.

a autora traz situações que relatam que os presos não atenderam às ordens dos agentes (para voltar às celas, pararem, responderem à contagem), fizeram ofensas aos ASPs (“sem futuro”, “pilantra”, “arrombado”, entre outras), ou proferiram palavras de baixo calão³⁵.

A aplicação de mecanismos formais de punição, tal como são os comunicados de eventos, nesse sentido, pode ser considerada uma distribuição de sanções porque, segundo Dias, ela está relacionada com o contexto das relações entre agentes e presas/os em cada unidade prisional: “uma ‘boa’ relação permite o uso mais frequente de advertências verbais, avisos ou conversas, em detrimento de sanções formais previstas no regulamento institucional”³⁶. Por outro lado, quando o contexto tem “problemas estruturais ou conjunturais”, a utilização desses instrumentos é mais frequente.

Um agente de segurança penitenciária entrevistado, durante um “bate-boca” com um dos presos de sua unidade, relatou ter optado por não “enquadrar” o preso como “[tendo cometido um] desacato” porque julgou que foi “um momento de discussão” e preferiu “argumentar e deixar por ali”³⁷. Essa situação pode, portanto, ser decorrente de um contexto em que as situações de discussões corriqueiras são resolvidas por meio de outros mecanismos que não as sanções formais.

No caso de unidades prisionais de mulheres, porém, os depoimentos de dois Agentes de Segurança Penitenciária apontam para uma maior utilização de comunicados de evento para aplicar sanções. Para eles, isso acontece porque há mais agressões verbais às ASPs devido às mulheres presas, em sua opinião, terem o aspecto “emocional” mais afluído, ou serem mais “temperamentais”³⁸.

Já uma Agente de Segurança Penitenciária que atua em unidade de mulheres afirmou nunca ter aplicado comunicado de evento por desacato ao sofrer alguma agressão verbal: “quando eu tive que fazer, foi porque ela me negou ‘tranca’. Eu nunca tive problema de falar ‘essa vaca dessa presa me xingou, me cuspiu, me jogou qualquer coisa’”³⁹. Essa profissional relatou que leva em consideração a conduta corriqueira da mulher encarcerada nos casos de agressões direcionadas a ela e, quando se trata de um comportamento atípico — um comportamento agressivo de uma presa que no dia-a-dia não apresenta essa conduta —, ela acaba relevando.

Vale ressaltar, também, o papel determinante dos agentes prisionais nas ações de saúde dentro dos presídios, principalmente ao avaliar sua elegibilidade de acesso aos serviços de saúde: “Muitas vezes são os agentes de segurança penitenciária que julgam a necessidade de atendimento a partir do pedido do preso e atuam facilitando ou dificultando este acesso”⁴⁰.

Nesse sentido, o relato de um agente penitenciário ilustra essa situação. Cansado de aguardar o atendimento médico de um preso soropositivo e cadeirante, levou-o a pé, pela calçada da avenida onde ficava a unidade prisional, até um hospital. Em suas palavras: “Agora ele pode morrer. Não vai morrer comigo lá não. Primeiro porque é um ser humano. Segundo, é malandro. Conheço há mais de 20 anos. Isso não se faz com o cara”⁴¹.

Outra ASP, que já auxiliou diversos partos na unidade em que trabalha — na enfermaria, na cela e na ambulância — afirmou que sempre busca “dar um jeitinho” para atendimentos de saúde: “encaixar pra

35 DIAS, Camila Caldeira Nunes. Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, jun. 2014. p. 120.

36 DIAS, Camila Caldeira Nunes. Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, jun. 2014. p. 124.

37 ASP 1.

38 Fazendo uma comparação entre homens e mulheres presos/as, um ASP afirmou: “[Nas unidades femininas tem] muita agressão verbal, da pessoa estar ‘transtornada’, que é mais natural ver entre as mulheres do que os homens. Às vezes ele agride, tal, xinga, mas tá mais tranquilo, enquanto a mulher tá mais doída, revoltada, indignada, parece que surtada” (ASP 5). Esta percepção de ASPs quanto às mulheres encarceradas é mais aprofundada na dissertação de mestrado de que deriva este artigo.

39 ASP 4.

40 DIUANA, Vilma et al. Saúde em prisões: representações e práticas dos agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 8, p. 1887-1896, jan./ago. 2008. p. 1888.

41 ASP 2.

passar com médico, com dentista, mandar um remédio direto na mão dela, porque ela tá com uma coisa específica”⁴².

Já a profissional de saúde trouxe relatos de pessoas que chegam para atendimentos “para morrer”, isto é, já vêm sofrendo com questões de saúde há tempos e não foram levadas para atendimentos de saúde justamente por conta de crenças de que as pessoas presas “estão sempre mentindo”. Em suas palavras,

Tem uma lógica de que essas pessoas não têm direito de serem tratadas, de serem cuidadas [...] uma coisa de ir torturando, de ir deixando a pessoa sem medicação. Tem pessoas com 2 anos de tumor, se queixando, sem ser levado para lugar algum. [...] Às vezes a gente pensa as sanções mais [no caso da] sindicância, mas tem essa coisa do dia a dia, de você não permitir que o cara tenha acesso a uma consulta. Às vezes é tão mais grave, porque você tira a possibilidade que o cara seja diagnosticado, cuidado. [...] Essas formas de punir, como elas são as mais variadas, e sutis, e elaboradas. A gente não tem nem noção. [...] São sutis penalizações nesse dia a dia que são tão mais graves...quer dizer, uma bebê que é contaminada [devido à mãe ser soropositiva e não levarem prontuário] ou um feto que não é cuidado, que se tivesse tido acesso [ao pré-natal] não entraria em sofrimento.⁴³

Uma agente penitenciária afirmou que existe certa satisfação dos profissionais quanto a esse poder de distribuição de benefícios e sanções:

[...] é uma das coisas que nos vicia: apagar incêndio, tudo é muito urgente, você tá sempre numa adrenalina. [...] E aí a população fica muito dependente disso, fica dependente de que você resolva as coisas, de que você saiba disso. E eu acho que isso também, que isso vicia, porque você tem o poder, você tem o controle, você tem o conhecimento de administrar, de resolver, você é a bambambã, você é a que resolve! [...]. Eu posso, eu deixo você, eu deixo fulano te visitar. Tudo isso é um poder, não? Eu acho que o agente penitenciário gosta desse poder, não só por ele ser agente penitenciário, eu acho que qualquer um gosta de mandar⁴⁴.

Essa questão também foi ressaltada pela profissional de saúde entrevistada, que teceu críticas sobre algumas atitudes de Agentes de Segurança Penitenciária:

Vai tendo alguma coisa ali que vai pervertendo as relações, um sadismo...o maior problema é exatamente esse, desses pequenos poderes...desse poder de quem tá na ponta. ‘Eu só abro e fecho tranca, mas de repente eu me pego ali num poder, né...de mandar a mão pra trás’⁴⁵.

Dessa forma, pode-se perceber que a distribuição de benefícios e sanções pelos Agentes de Segurança Penitenciária é influenciada por diversos fatores, desde a maneira que enxergam as pessoas presas e como se relacionam com suas histórias, o tipo de tratamento que recebem das/os encarceradas/os, até estratégias pessoais de proteção de si mesmos e exercício de poder. Vê-se que o exercício de discricionariedade, nesses casos, é relatado em grande parte da literatura pesquisada e nas falas de profissionais entrevistados e impacta, diretamente, a violação ou a garantia de direitos das pessoas presas.

3.2. Determinação de contextos de interação

Burocratas de nível de rua estruturam como se dará a interação com o público de maneira que o comportamento deste seja o mais favorável possível para o exercício do trabalho daqueles⁴⁶. Eles determinam quando ocorrerão as interações com o público, com que frequência, em que circunstâncias e com quais recursos cada um contará, a fim de limitar o espectro de possibilidades de reação do público.

42 ASP 4.

43 PS1.

44 TAETS, Adriana R. F. *Abrindo e fechando celas: narrativas, experiências e identidades de agentes de segurança penitenciária femininas*. 2012. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)—Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 107.

45 PS1.

46 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 61.

No caso de Agentes de Segurança Penitenciária, percebe-se a adoção de posturas apáticas, rígidas, que induzam certos comportamentos esperados das pessoas presas, como exemplificado a seguir:

Outro procedimento defensivo consiste em fazer uso de atitudes agressivas, nas falas e nos gestos, particularmente no relacionamento com os presos. Não podemos esquecer que, trabalhando desarmados, os guardas fazem uso do próprio corpo, por meio de gestos determinados, revelando uma postura rígida, sem interferências afetivas ou emocionais. Precisam falar mais alto e mostrarem-se fortes para serem respeitados, são arredios, desconfiados e não verbalizam, a não ser entre eles, os acontecimentos diários. A desconfiança não tem motivação pessoal; tudo na unidade prisional encontra sua lógica em função das circunstâncias⁴⁷.

Além disso, os burocratas de nível de rua desenvolvem rotinas de trabalho para processar as demandas do público-alvo. Cada “agência” impõe maneiras padronizadas para maximização dos seus recursos⁴⁸. Nesse caso, cada unidade prisional pode ser considerada uma “agência” nesse sentido, pois as estratégias utilizadas também variam. Os relatos de dois Agentes de Segurança Penitenciária de prisões distintas ilustram como as variações de contexto e o perfil da população encarcerada podem influenciar a atuação profissional em cada unidade:

Aqui em Bangu IV lidamos com pessoas à margem da sociedade, condenados a 50, 60 anos de cadeia. O pessoal que está aqui são aqueles que fizeram uma rebelião na penitenciária Milton Dias, e que estavam matando 2, 3 ao dia. Embora as celas sejam mais seguras e com menos presos, o guarda não pode dar um vacilo. [...] A diferença de outras unidades pra cá é absurda. A Penitenciária Milton Dias, por exemplo, não tem a mínima condição, totalmente insalubre, abarrotada de presos, uma coisa anti-humana. O sistema de Bangu IV é bem melhor. São duas realidades distintas. O próprio preso sente isso. É mais segurança pra ele. Existe fuga, se eu falar que não existe seria hipocrisia de minha parte. O que segura o preso não é muro alto nem cadeado, o que segura o preso é a eterna vigilância. Eu digo que não existe cadeia de segurança máxima, existe cadeia de vigilância máxima⁴⁹.

Importante observar também que o contexto de interação é influenciado pelos posicionamentos e direcionamentos dados pelas diretorias gerais dos presídios, denotando a importância que a burocracia de médio escalão⁵⁰ tem na configuração das relações com os internos:

Não só em situações de crise [...], mas também em períodos normais, o tratamento dispensado aos presos pelos ASPs de uma unidade prisional vai ser determinado, na maioria das vezes, pela filosofia de trabalho imposta pela Direção.⁵¹

Nesse sentido, corrobora-se a concepção de Fisher, de que cada unidade prisional é um “feudo” e as direções têm certo grau de autonomia em relação à gestão central:

Políticas públicas mais amplas tendem a impactar de forma diferenciada cada uma das unidades, a depender das afinidades e do gosto pessoal de seus administradores locais. As redes informais de poder

47 VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)– Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2000. p. 49.

48 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 61.

49 VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)– Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2000. p. 53.

50 A burocracia de médio escalão é composta por gerentes, supervisores, dirigentes e diretores, isto é, profissionais que não se encontram na “rua” e nem no “topo” da implementação da política pública. Eles não participam ativa e efetivamente da formulação da política pública e tampouco da sua implementação diretamente, lidando com o público. Ainda assim, eles ocupam “funções importantes na transformação de objetivos sociais e políticos em programas e projetos a serem executados pelo governo”. PIRES, Roberto Rocha C. Burocracias, gerentes e suas “histórias de implementação”: narrativas do sucesso e fracasso de programas federais. In: FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012. p. 182-220. p. 186.

51 VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)– Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2000. p. 34.

que atravessam o sistema carcerário brasileiro impedem que as propostas de unificação, moralização ou humanização dessas instituições logrem êxito, formando verdadeiros enclaves de resistência a quaisquer mudanças visando a maior transparência no setor⁵².

A profissional de saúde entrevistada relatou que a unidade em que atua tem variações de acordo com a equipe de ASPs de cada plantão: “cada plantão é uma lei”. Em sua opinião:

É um lugar onde cada um faz a sua lei. Cada plantão é uma lei. [...] Sei lá, teve fases, agora tá mais tranquilo, mas assim, você chegava e trazia um iogurte. Num plantão podia. No outro, ‘tem que abrir pra gente mexer dentro pra ver’ Como que vai abrir? Você não tem máquina de raio x, não pode passar? Ou a ponto de abrir um bolo e esfaquear o bolo...e daí num plantão tudo bem...e aí num plantão você chega e não tem ninguém pra te revistar...e no outro você não só tem que ser revistada como tem que tirar, se tiver com um absorvente no bolso...eu já tive que dar pra pessoa apalpar meu absorvente. É mesmo necessário? [...] meio terra de ninguém, todo mundo pode dar um pitaco, todo mundo pode mandar...⁵³.

Assim, há alguns indícios de que o contexto de interação determinado pelos agentes penitenciários pode depender do perfil das pessoas presas, da rotina de trabalho estabelecida e, também, dos direcionamentos dados pela administração de cada unidade prisional. É preciso considerar, ainda, que as prisões são ambientes marcados pela violência, privação de direitos e pela existência de coletivos de presos, como o Primeiro Comando da Capital (PCC), o que torna muito mais complexa a relação entre agentes e presos, e também tem impactos no contexto de interação conforme veremos adiante.

3.3. Determinação do comportamento dos sujeitos

Na atividade de ASPs juntamente às mulheres presas, o controle sobre a sexualidade é um dos aspectos centrais dessa relação. Ela aparece de várias formas, por exemplo, no ato de ler as cartas da população encarcerada aos seus familiares. Nesse caso, o exercício da discricionariedade está ligado à definição da sexualidade aceitável e não aceitável, como descrito a seguir:

[...] Uma carta descrevendo um ato sexual com penetração vaginal era considerada decente, por isso, passava pela censura da guarda responsável. A descrição de sexo oral era barrada, já que era avaliado como algo indecente. O controle, desta forma, não se dá apenas sobre as ações das presas, mas também em nível mais subjetivo, em que se procura controlar o imaginário e as sensações das detentas⁵⁴.

O controle da sexualidade da mulher presa também pode ser verificado nos prontuários das décadas de 1940 e 1950 da Penitenciária Feminina da Capital, então administrada pelas Irmãs do Bom Pastor, analisados por Padovani. Nesses documentos, a autora afirma que as “faltas contra a moral”, tão presentes nas sanções disciplinares pesquisadas, se referiam às “amizades com grau exacerbado” ou ao “lesbianismo”⁵⁵. Em outro período da administração da PFC (a partir de 1985), Padovani relata que as agentes começam a utilizar o termo “desrespeito” em suas sanções disciplinares, mas, ainda, o controle estava relacionado com a sexualidade das presas, como se vê no trecho: “Parte de infração do dia 02 de abril de 1986: Despediu-se de sua companheira dando beijos na própria mão e jogando beijos. Afrontando a guarda com sinais inconvenientes.”⁵⁶.

52 FISCHER, 1989 apud DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 190.

53 PS1.

54 TAETS, Adriana R. F. *Abrindo e fechando celas: narrativas, experiências e identidades de agentes de segurança penitenciária femininas*. 2012. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)—Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 104.

55 PADOVANI, Natalia Corazza. *“Perpétuas espirais”: falas do poder e do prazer sexual em trinta anos (1979 – 2009) na história da Penitenciária Feminina da Capital*. 2010. Dissertação (Mestrado em Sociologia)—Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010. p. 61.

56 PADOVANI, Natalia Corazza. *“Perpétuas espirais”: falas do poder e do prazer sexual em trinta anos (1979 – 2009) na história da Penitenciária Feminina da Capital*. 2010. Dissertação (Mestrado em Sociologia)—Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010. p. 68.

A “docilidade” e o “dever ser” feminino das mulheres encarceradas também podem ser um aspecto da expectativa que as agentes têm do comportamento do público-alvo⁵⁷. Nesse sentido, o trabalho prisional é considerado importante tanto para as mulheres presas — devido às possibilidades de distração e remição da pena — quanto para funcionárias e autoridades, porque ele “estimula a docilidade e possibilita o exercício de maior controle sobre as presas”⁵⁸. Dessa forma, pode-se considerar o trabalho na prisão e a sua gestão pelas agentes uma dimensão da determinação do comportamento dos sujeitos apresentada por Lipsky.

Uma profissional de saúde questionou a necessidade de Agentes de Segurança Penitenciária reforçarem os comportamentos esperados dos presos ao circular nos corredores das unidades “com as mãos para trás” e “cabeça para baixo”⁵⁹, ou as normas de vestimenta das unidades, principalmente nos casos dos atendimentos de saúde que ela realizava. Em sua opinião, nesses casos, há uma “desumanização” no contato com pessoas em situações delicadas de saúde: “é a lógica da disciplina o tempo todo”. Conforme seus relatos,

[...] esses dias mesmo, estava com um paciente com uma sequela cognitiva super grave, provavelmente por um quadro neurológico [...] e ele muito desorganizado, voltando e ele teria que entrar à direita para a unidade. Tinha um ASP e eu atrás dele, eu dizendo ‘fulano, à direita, vira pra cá’, tentando com a mão, e ele indo reto. O ASP saiu e não teve dúvida, deu um empurrão nele pela lateral. [...] Uma paciente agora, recém-diagnosticada com câncer de mama gravíssimo, tá com a mama super inchada, pele necrosada, aquele momento de muita dor, de aceitar diagnóstico, de se ver desfigurada...e tá tão pesada a mama dela e ela precisa de um top. E a segurança não deixou entrar um top, porque a regra é sutiã, top não pode⁶⁰.

O ensino do comportamento das pessoas presas por ASPs era visto como “entreve” ao trabalho dessa profissional, já que se tratava de uma situação híbrida de atendimento de saúde dentro de uma unidade prisional e, para ela, deveria haver uma divisão das autoridades. Ela relatou casos em que Agentes de Segurança Penitenciária determinavam as condições para os seus atendimentos: “ó, [a/o presa/o] atrasou, você não vai mais atender”; “já deu o horário [do fim da consulta]” ou, no caso de pacientes que faltavam a um atendimento, ouvia “ela não vai mais vir pro seu atendimento”⁶¹. Para essa profissional, que também é uma burocrata de nível de rua, isso feria sua autonomia de trabalho, pois ela deveria decidir se a pessoa seria atendida ou não.

Vê-se, na literatura pesquisada e nos depoimentos coletados, que o ensino do comportamento das pessoas presas perpassa as atividades cotidianas (como a forma de circular pelos espaços prisionais e os atendimentos de saúde) e está intimamente relacionado com o estabelecimento de uma disciplina total. No caso das mulheres presas, é interessante notar que esse ensino do comportamento traz aspectos do “dever ser feminino”, de estímulo à docilidade e de controle de sua sexualidade.

3.4. Benefícios e sanções psicológicas decorrentes da interação entre burocratas e sujeitos

Na interação com o público-alvo, os burocratas de nível de rua produzem benefícios e sanções psicológicas que afetarão esse público. Essa dimensão psicológica tem dois aspectos: o primeiro está relacionado aos sentimentos e sensações desencadeados pela interação com os burocratas em si. O segundo tem a ver com as consequências da interação com a burocracia de nível de rua no plano social geral, ou seja, com o “rótulo” adquirido pelo sujeito por ter passado por essa burocracia.

Em relação ao primeiro aspecto, o autor apresenta sensações como a raiva de burocratas por um tratamento desumanizador (metódico, generalista) em hospitais e agências de serviço social, a revolta de grupos específicos

57 ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2004.

58 ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2004. p. 152.

59 No Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo, esses comportamentos esperados estariam relacionados com os incisos IX e XII do artigo 47, que apresenta as faltas de natureza leve, respectivamente: “estar indevidamente trajado” e “mostrar displicência no cumprimento do sinal convencional de recolhimento ou formação”.

60 PS1.

61 PS1.

que são mais abordados — e de forma mais violenta — pela polícia, e a influência e impactos que professores exercem sobre seus alunos quanto à sua performance, por exemplo. Lipsky sustenta que, à medida em que a frequência dessas interações aumenta, maiores são as implicações psicológicas⁶². Já em relação ao segundo aspecto, o estigma decorrente de ter interagido com determinadas burocracias de nível de rua é a sanção psicológica mais evidente. No caso do sistema prisional, uma pessoa que cumpre ou cumpriu pena de prisão, por exemplo, terá sempre os rótulos de “criminoso”, “bandido”, “presa”, “ex-presa”, “egressa”, entre outros⁶³.

A maneira que burocrata de nível de rua e/ou seus colegas de outras burocracias são tratados pelos cidadãos, bem como o modo como eles enxergam os sujeitos, são aspectos que irão determinar sua atuação frente a esses sujeitos. Dessa forma, o conhecimento prévio ou acumulado que o burocrata tem sobre determinados grupos de cidadãos ou sobre um sujeito específico influenciará a sua tomada de decisão⁶⁴. Pesquisas denotam que a variação de comportamentos dos grupos de burocratas é sentida pelos detentos, e que os ASPs têm expectativas quanto ao comportamento dos presos, como se vê nas respectivas falas:

Tem dia que a cadeia é nossa. A turma é mais legal, podemos circular mais livremente pela cadeia, temos mais liberdade e tem outras turmas que o regime é duro, ficamos trancados o dia todo⁶⁵.

O preso da facção ‘X’ é mais agradecido à pessoa, já o de facção ‘Y’ acha que o Estado tem obrigação de atender. Com a facção ‘Y’ a gente não faz mais que a obrigação. Eu digo pra eles: ‘Tenho que zelar por vocês, mas não vamos abusar também’⁶⁶.

Percebe-se, também, a tentativa de burocratas de nível de rua de provocar desencadeamentos psicológicos como a empatia ou compreensão do público-alvo, mostrando seu ponto de vista e o de sua agência⁶⁷. Isso pode ser constatado na frase “Tenho que zelar por vocês, mas não vamos abusar também” na citação anterior, ou nos discursos “não fui eu quem decidi isso, não fui eu quem escolhi, se é assim, é assim, se não pode, não pode”⁶⁸.

No caso das sanções, aplicadas quando o público não atende às expectativas de comportamento do burocrata de nível de rua, elas podem variar de acordo com a agência e possuem consequências variadas. O emprego da violência física ou o uso dos instrumentos formais de punição — a “canetada” — dependerá de elementos diversos e do tipo de interação estabelecida entre o burocrata e o preso⁶⁹. Um Agente de Segurança Penitenciária pode insinuar o uso de agressão, física e verbal, para desencadear a sensação de cautela dos presos, reprimir as atitudes indesejadas e prevenir comportamentos semelhantes no futuro:

Se demonstrar fraqueza, o interno infelizmente vai ter outra postura em relação a você [...] se aquele interno levantou a voz, xingou e desrespeitou o guarda e nada foi feito, outros vão seguir o exemplo e no final das contas você vai estar em perigo realmente⁷⁰.

62 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 66.

63 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 69.

64 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 68.

65 VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)— Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2000. P. 33.

66 DIUANA, Vilma et al. Saúde em prisões: representações e práticas dos agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 8, p. 1887-1896, jan./ago. 2008. p. 1892.

67 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 64.

68 TAETS, Adriana R. F. *Abrindo e fechando celas: narrativas, experiências e identidades de agentes de segurança penitenciária femininas*. 2012. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)—Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 169.

69 VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) — Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2000. p. 34.

70 ASP – galeria. VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária*

A maneira pela qual um ASP enxerga o preso, no entanto, pode mudar, trazendo consequências para sua prática. Por exemplo, uma profissional, após o encarceramento de seu irmão, se viu obrigada a se submeter às revistas íntimas durante as visitas que fazia a ele. Isso a fez repensar sua prática, ao mesmo tempo em que obteve benefícios decorrentes de sua interação com seu familiar preso que lhe auxiliaram em sua atuação profissional⁷¹.

Até aqui buscou-se discutir aspectos da “construção social” do público-alvo apresentada por Lipsky a partir da atuação de Agentes de Segurança Penitenciária. Foi possível fazer algumas analogias a fim de compreender melhor como se dá o exercício de discricionariedade por esses profissionais. É necessário atentar, todavia, para as possibilidades e impossibilidades de compreensão dessas experiências concretas unicamente sob a ótica da discricionariedade. Ela pode ser circunscrita por outras dinâmicas da organização social dentro da prisão, isto é, nem toda decisão tomada que não está prescrita em uma regra, nesse contexto, pode ser considerada unicamente uma ação discricionária do agente penitenciário — há outros agentes e forças nesta relação. Portanto, para completar essa análise, é necessário discutir os limites da compreensão da atuação do burocrata de nível de rua dentro da prisão sob a ótica de discricionariedade.

4. ATUAÇÃO DO BUROCRATA DE NÍVEL DE RUA NAS PRISÕES BRASILEIRAS: PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE

“A gente faz de conta que manda e eles fazem de conta que obedecem”.⁷²

O crescimento vertiginoso da população cumprindo pena de prisão no Brasil, desde a década de 1990 — de cerca de 170 mil pessoas naquele ano para mais de 720 mil em 2016⁷³ —, seguiu uma política global de encarceramento massivo. As políticas penitenciárias voltadas para esse cenário, no entanto, restringiram-se ao investimento para construção de novas unidades e, com isso, criação de mais vagas, sem que tenha havido igualmente investimentos em atividades laborais, educativas, de assistência social e/ou de saúde à população presa⁷⁴. As péssimas condições de salubridade, os serviços precários e a baixíssima oferta de trabalho e emprego que permearam esse universo desde então configuraram um novo padrão de relações sociais estabelecidos nesse ambiente⁷⁵. O número de Agentes de Segurança Penitenciária designados para atuar nas prisões é muito baixo frente ao número de presos e presas em tais locais⁷⁶.

As administrações prisionais têm perdido cada vez mais seu poder na manutenção da ordem dentro das prisões devido ao encarceramento massivo e à persistência das condições subumanas do cárcere, contribuindo para o exercício de certas “funções” — antes realizadas por servidores das prisões — pelos presos, principalmente por meio dos grupos organizados⁷⁷. Essa perda pode ser considerada fruto da “gestão parti-

no Rio de Janeiro. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)—Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2000. p. 50.

71 TAETS, Adriana R. F. *Abrindo e fechando celas: narrativas, experiências e identidades de agentes de segurança penitenciária femininas*. 2012. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)—Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 98.

72 ASP 2, sobre o domínio do PCC nas prisões paulistas.

73 Dados do Infopen 2016/Ministério da Justiça.

74 DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

75 SALLA, Fernando A. A pesquisa na prisão: labirintos. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz (Org). *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 11-26. p. 22.

76 DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013; SALLA, Fernando A. A pesquisa na prisão: labirintos. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz (Org). *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 11-26; DARKE, Sacha. Inmate Governance in Brazilian Prisons. *The Howard Journal of Criminal Justice*, v. 52, n. 3, p. 272-284, 2013.

77 SALLA, Fernando A. A pesquisa na prisão: labirintos. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz (Org). *Prisões e*

lhada” da manutenção da disciplina com os presos e da “gestão por facção consolidada”⁷⁸. Tendo em vista o cenário de escassez material em que as prisões estão inseridas, os servidores prisionais e os presos tendem a fazer adaptações, fazendo com que os presos passem a participar na manutenção do dia a dia da instituição que os mantém encarcerados⁷⁹.

O baixo contingente de funcionários fez com que, nos cárceres brasileiros, os presos ingressassem em atividades profissionais de manutenção do presídio como “equipes de apoio” ou “faxinas”. Isso porque os agentes prisionais não dão conta de todo o trabalho, especialmente nas alas, em que os presos se organizam entre si para a manutenção da ordem e provisão de bens e serviços. Nas palavras de Darke, “sob condições de falta crônica de pessoal, talvez seja inevitável que a responsabilidade sobre muito do que acontece nas prisões brasileiras passe para os presos”⁸⁰.

Há, também, nesses espaços, o papel do “representante” dos presos, responsável pelo bem-estar (colchões, divisão de alimentos, remédios e itens de higiene, contribuição para a caixinha, entre outros) dos colegas de confinamento. Um aspecto muito importante dessa configuração em que a gestão da unidade prisional é, pode-se dizer, compartilhada, é que os agentes penitenciários contam com a atuação dos presos para a manutenção da ordem. A premissa de tais arranjos é a acomodação, e não o conflito entre agentes e presos ou entre os próprios presos⁸¹.

No que diz respeito às normas e regulamentos institucionais que organizam o funcionamento da prisão, o agente prisional muitas vezes opta por não fazer com que todas as regras sejam cumpridas, para que obtenha ganhos em áreas onde o cumprimento das regras não é o mais importante, mas, sim, a estabilidade institucional⁸². A prisão é um ambiente em que funcionários e presos se relacionam numa dinâmica em que o principal objetivo é a manutenção da “ordem” possível num contexto de escassez material e sofrimento humano: “o conflito não é interesse de ninguém”⁸³.

Embora evitar o conflito seja o principal objetivo de presos e agentes, não se pode desconsiderar que esses grupos se encontram em posições opostas dentro de uma *instituição total*⁸⁴. Cabe ao internado, nos termos de Goffman, ser instruído quanto às “regras da casa” e o sistema de privilégios e castigos a elas relacionado⁸⁵.

No Brasil, o papel exercido pelas facções prisionais é um aspecto muito importante dessas relações, pois passam a exercer um controle social sobre a população presa e surgem como instâncias máximas de resolução de conflitos no universo dos encarcerados⁸⁶. O surgimento do PCC, um dos mais conhecidos coletivos de presos, que formou redes de poder que vão para além dos muros das prisões, também está relacionado com a ausência do Estado enquanto garantidor de direitos e instância de mediadora de conflitos dentro dos presídios. A função do Estado dentro das prisões se reduziu a alguns procedimentos burocráticos e a

punição no Brasil contemporâneo. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 11-26. p. 22.

78 CALDEIRA, 2005 apud SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+ a, 2008. p. 98.

79 DARKE, Sacha. Inmate Governance in Brazilian Prisons. *The Howard Journal of Criminal Justice*, v. 52, n. 3, p. 272-284, 2013. p. 5.

80 DARKE, Sacha. Inmate Governance in Brazilian Prisons. *The Howard Journal of Criminal Justice*, v. 52, n. 3, p. 272-284, 2013. p. 6.

81 DARKE, Sacha. Inmate Governance in Brazilian Prisons. *The Howard Journal of Criminal Justice*, v. 52, n. 3, p. 272-284, 2013. p. 9.

82 SYKES, Gresham M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2007; SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+ a, 2008; DIAS, Camila Caldeira Nunes. Disciplina, controle social e punição: O entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, jun. 2014.

83 DARKE, Sacha. Inmate Governance in Brazilian Prisons. *The Howard Journal of Criminal Justice*, v. 52, n. 3, p. 272-284, 2013. p. 13.

84 Termo apresentado por Erving Goffman inicialmente em 1961, definido como “um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada.” GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. 11.

85 GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. 50.

86 DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19.

violência era uma ferramenta largamente utilizada por presos que detinham algum tipo de poder em meio aos seus pares.

Para Dias, o Estado apenas se fazia presente por meio do uso da violência e das atividades corruptas da direção e de funcionários, o que não lhe deu a legitimidade necessária para exercer autoridade frente à população prisional, contribuindo, assim, para a organização atual dentro dos presídios em que o PCC acaba tendo o monopólio da violência da manutenção da ordem. A partir do momento em que o PCC conquista sua hegemonia — por meio da disseminação do medo, com eventos extremamente violentos de aniquilação de seus inimigos, de rebeliões simultâneas e ataques extramuros, entre outras estratégias — a violência, a mediação de conflitos e as punições de transgressores no convívio prisional se tornam sua prerrogativa, e isso “lhe confere um lugar privilegiado para o diálogo, acordo ou acomodação com o poder público, como quer que se denomine esta relação”⁸⁷.

A aplicação (ou não) de sindicâncias nos presídios paulistas também tem como pano de fundo as regras estabelecidas pelo PCC enquanto instância reguladora de relações sociais e mediadora de conflitos entre a população prisional. Isso se reflete na análise de sindicâncias de 2000 a 2008, em que, de um lado, verificou-se redução das apreensões de armas brancas e crack — itens proibidos pelo PCC — e, de outro, houve aumento das apreensões de celulares e chips telefônicos — equipamento central na articulação política do PCC⁸⁸. A sindicância (ou castigo disciplinar) se tornou uma ferramenta de barganha política no ambiente prisional: ela dá possibilidades para negociações diversas. Por meio da ameaça de aplicação da punição, é possível negociar o uso da mercadoria “corrupção” ou da violência física⁸⁹.

Castro e Silva atenta, ainda, para o fato de coexistirem dois tipos de normas no contexto da prisão: o ‘código da cela’⁹⁰; e ‘código oficial’. Segundo ele, o trânsito entre essas duas normas era condição de convivência tanto para agentes como para internos⁹¹. Assim, para o autor, os agentes prisionais pautavam suas ações de manutenção da ordem, disciplina e relação com os presos a partir dessa mescla normativa, legitimada pela ineficácia das regras formais e pela “funcionalidade do ato desviante”, de tal forma que ter um bom desempenho profissional significa saber agir “à margem da lei”⁹².

Da mesma forma, o “proceder”⁹³, conjunto de normas de conduta, respeito e atitudes que qualificam os presos — “ter ou não ter proceder” — sobre diversos aspectos da vida prisional⁹⁴ também parece ser utilizado como ferramenta das relações entre presos e agentes nas negociações entre esses grupos. Nesse

87 DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 173.

88 DIAS, Camila Caldeira Nunes. Disciplina, controle social e punição: O entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, jun. 2014. p. 117.

89 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+ a, 2008. p. 92.

90 Segundo o autor, trata-se de “código de ética que é partilhado pelos indivíduos que vivem ou trabalham nas unidades prisionais, englobando suas crenças sobre o ‘certo’ e o ‘errado’, bem como seus valores morais. Com base nessa ética, teria sido forjada a normatização extraoficial que, juntamente com a norma formal, regula as condutas intramuros.” SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+ a, 2008. p. 106.

91 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+ a, 2008. p. 99.

92 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+ a, 2008. p. 104.

93 MARQUES, Adalton Jose. *Crime, proceder, convívio-seguro: um experimento antropológico a partir de relações entre ladrões*. 2009. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)— Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

94 Segundo Marques, “Ao atribuírem ou não o ‘proceder’ a um sujeito, as considerações dos prisioneiros referem-se à sua disposição quanto a um ‘respeito’ específico (o modo de se pedir licença para ficar em uma determinada cela, o modo de se despedir no dia da concessão de liberdade, o modo de se portar durante os dias de visita, o modo de utilização do banheiro, a higiene da cela, a higiene pessoal, a escolha de vestimentas etc.), quanto à uma ‘conduta’ específica (na vida pregressa à prisão, nos esportes, em relação à religião, no cumprimento de acordos estabelecidos etc.) e, enfim, quanto à uma ‘atitude’ específica (para resolução de litígios e para negociações com a administração prisional)”. MARQUES, Adalton Jose. *Crime, proceder, convívio-seguro: um experimento antropológico a partir de relações entre ladrões*. 2009. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)—Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

sentido, um ASP entrevistado relata colegas que reclamam das mulheres presas por não agirem dessa forma: “a presa não tem proceder, não tem palavra”⁹⁵.

Assim como o sujeito civil sofre um processo de *mortificação do eu* e passa a ser socializado na “ética da cadeia” por meio de uma “exposição contaminadora”⁹⁶, Castro e Silva afirma que o agente custodiador também se desenvolve num “sujeito policial”⁹⁷. Sua atuação está baseada no uso da violência para resolução de conflitos e imposição da força. O autor afirma que a ideia do monopólio estatal da violência traz a legitimidade do uso da força física pelo agente ao passo que o conceito de “masculinidade” (“ser sujeito homem”) e o uso da violência no mundo do crime possibilitam a legitimação desse recurso pelos presos: “Tal como fazem os condenados no interior do coletivo, os guardas passam a recorrer à noção de ‘parada de homem’ para resolver as infrações prisionais”⁹⁸.

Essa “simbiose” entre agentes custodiadores e presos “permite o funcionamento da unidade prisional a partir da desnormalização institucional e do uso sistêmico do recurso à violência entre os ‘sujeitos homens’”⁹⁹. Isso porque os guardas detêm o ‘poder da caneta’¹⁰⁰, já que podem impugnar benefícios de progressão de regime e liberdade condicional, por exemplo, e os presos têm o ‘poder local’, visto que o Estado depende de sua colaboração para manter a unidade prisional funcionando.

Em relação a “manter a unidade prisional funcionando”, cabe retomar o caso paulista, em que se estima que mais 90% das unidades prisionais estão sob domínio do PCC¹⁰¹. A estrutura de gestão e controle dos presos, feita pelo chamado “setor” e composto pela “frente de cadeia”¹⁰², diz respeito a todos os aspectos da vida nesses ambientes¹⁰³: entrega da alimentação (“boieiros”); limpeza das áreas comuns (“faxinas”)¹⁰⁴; organização dos eventos e festas da unidade, bem como dos eventos esportivos (“setor cultural/esporte”); organização das visitas íntimas e cadastro de todos os ingressantes na unidade (“setor de imobiliária”); e comunicação de informações e “salves” vindos dos grupos hierarquicamente superiores do PCC.

Além disso, cabe aos “pilotos” e “disciplinas” a prestação de contas referente aos pagamentos pelas drogas distribuídas pelo PCC e a gestão das dívidas de drogas e suas diferentes formas de cobrança¹⁰⁵. Em relação a isso, entre outras maneiras, uma estratégia utilizada diz respeito, justamente, aos comunicados de evento aplicados pelos ASPs: quando um devedor não consegue quitar sua dívida em dinheiro, uma das práticas utilizadas é obrigá-lo a assumir a culpa por faltas cometidas por outros presos, como a posse de

95 ASP 1.

96 GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

97 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+a, 2008. p. 107.

98 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+a, 2008. p. 112.

99 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+a, 2008. p. 113.

100 ASPs entrevistadas/os nesta pesquisa também mencionaram o medo do “poder da caneta”.

101 DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

102 DIAS, Camila Caldeira Nunes. A regulação dos conflitos pelo PCC no interior das prisões paulistas: redução da violência física, interdependência e controle social. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz Rocha (Org). *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013.

103 DIAS, Camila Caldeira Nunes. A regulação dos conflitos pelo PCC no interior das prisões paulistas: redução da violência física, interdependência e controle social. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz Rocha (Org). *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 87.

104 Em relação a essas duas funções, Biondi afirma que não necessariamente são ocupadas por “irmãos”, mas, devido a alguns privilégios decorrentes de seu exercício, tal como o maior tempo fora da cela, é o que acontece geralmente. BIONDI, 2010 apud DIAS, Camila Caldeira Nunes. A regulação dos conflitos pelo PCC no interior das prisões paulistas: redução da violência física, interdependência e controle social. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz Rocha (Org). *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013.

105 DIAS, Camila Caldeira Nunes. A regulação dos conflitos pelo PCC no interior das prisões paulistas: redução da violência física, interdependência e controle social. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz Rocha (Org). *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 93.

drogas ou de celulares e chips: Segundo Dias, esta é uma dinâmica amplamente conhecida e reconhecida pelos agentes penitenciários:

De acordo com os funcionários responsáveis pelo setor [de sindicância], há um mecanismo de praxe durante as revistas nas celas (em que esses objetos são localizados) que revela a convivência e a participação direta da administração prisional na dinâmica perversa acima mencionada: ao localizarem os objetos cujo porte é proibido (principalmente celulares, drogas e bebidas), os agentes saem da cela e retornam após cinco minutos para que um nome lhes seja dado como sendo o transgressor da norma disciplinar¹⁰⁶.

Sendo assim, a maneira como as sindicâncias são investigadas nesse contexto é pautada em deliberações dos próprios presos, que discutem e apresentam um “culpado” à equipe dirigente, sem garantia de direito de contraditório e ampla defesa. Além da situação acima descrita, por exemplo, um novato pode ser pressionado a assumir a culpa, ou um preso é pressionado a assumir pelo colega que cometeu a falta, pois uma sanção implicaria ao último a perda de um benefício iminente, tal qual a progressão de regime, por exemplo¹⁰⁷. Assim, com o objetivo máximo de manutenção da ordem, os agentes penitenciários fazem “vista grossa” de tais acordos:

Acaba por se produzir uma dinâmica em que a punição se torna objeto comercializável, parte da economia ilegal da prisão. Neste sentido, as micropenalidades que atravessam o universo prisional reforçam as hierarquias e as relações de poder e de dominação existentes e produzem uma distorção que bloqueia o sentido formal da punição. (...). Permitindo a permanência destes procedimentos e o funcionamento desta engrenagem, a administração prisional compra a paz com o sistema, evitando empreender batalhas contra ele¹⁰⁸.

Um Agente de Segurança Penitenciária entrevistado afirmou que ASPs foram “perdendo espaço” nas unidades prisionais com a expansão do PCC. Exemplificou relatando uma situação em que deveria chamar presos para atendimento e, quando tentou entrar no raio, foi impedido. Seu chefe, então, lhe informou: “agora são eles que chamam”. Para ele, “foi um conflito que eu tive que eu falei ‘não vou ficar aqui’. [...] Estou fora dos raios desde 2005. Este foi um conflito de perder espaço na cadeia. O preso foi te empurrando pra fora”¹⁰⁹.

Nas unidades prisionais destinadas a mulheres, a presença do PCC também tem sido percebida pelos/as profissionais entrevistados/as, embora o domínio tenha sido mais tardio do que no caso das unidades masculinas. Para um deles, é na Penitenciária Feminina de Sant’Ana que a organização é mais atuante, mas ele ponderou que não há unidades femininas “de oposição” e “difícilmente tem mulher de outra facção”¹¹⁰. Uma ASP descreveu que os procedimentos são os mesmos das prisões masculinas. As “irmãs” ou “cunhadas”, como são chamadas as mulheres “batizadas no Comando”, também tomam decisões quanto às dívidas de drogas na unidade, “sumariam” e “verificam a caminhada”¹¹¹ das demais mulheres presas¹¹².

Outra profissional também narrou como “um tremendo incômodo” a mudança de “autoridade” nas unidades femininas, isto é, o fato de algumas resoluções de conflito passarem a ser motivo de deliberação do PCC, e não mais de ASPs. A estrutura hierárquica do PCC nas unidades femininas também foi descrita por ela como uma “perda”. Em suas palavras,

106 DIAS, Camila Caldeira Nunes. A regulação dos conflitos pelo PCC no interior das prisões paulistas: redução da violência física, interdependência e controle social. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz Rocha (Org). *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 95.

107 DIAS, Camila Caldeira Nunes. Disciplina, controle social e punição: O entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, jun. 2014. p. 118.

108 DIAS, Camila Caldeira Nunes. Disciplina, controle social e punição: O entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, jun. 2014. p. 119.

109 ASP 1.

110 ASP 5.

111 Esses dois termos, na definição de uma ASP, significam uma “acareação”, “averiguação dos fatos”.

112 ASP 4.

Elas falavam ‘a gente vai entrar em contato com a torre’. Quem é torre? É o masculino. Então, além da gente perder as relações, a gente também perdeu nas relações de gênero: não eram as mulheres que resolviam os problemas das mulheres. Eram os homens que resolviam os problemas das mulheres. [...] Aquilo causou uma certa indignação, tô aqui pra ficar olhando essas mulheres andando pra lá e pra cá, não tô resolvendo nada, não resolvo nada mais. Vê como a agente penitenciária vai perdendo esse espaço de resolver as coisas dentro do presídio¹¹³.

A existência de diretores de segurança nas unidades prisionais de mulheres, na opinião dessa profissional, também tem reforçado e fortalecido o papel do PCC nessas unidades. Para ela, os profissionais das unidades masculinas já estão mais acostumados com o papel exercido pela organização em seus locais de trabalho e trazem essa lógica para as prisões femininas: “Se uma presa comete uma falta como receber bebida alcoólica, o diretor de segurança não vai falar do RIP¹¹⁴. Ele vai falar: ‘a facção sabe? isso daí já foi sumariado?’ Veja, ele vai cobrar da presa uma postura de obediência a um sistema de facção do masculino¹¹⁵”. Isso pode ser percebido na fala anteriormente citada por outro ASP entrevistado, de colegas que criticaram o fato de as presas não terem “proceder”.

A profissional de saúde entrevistada também informou que tem percebido que as relações estão sendo pautadas a partir de uma organização interna dos presos e acredita que isso tenha relação com o PCC — em suas palavras, “alguns têm mais direitos que outros, alguns fazem coisas que outros não podem fazer... é tolerado de uns, não é tolerado de outros¹¹⁶”. Essa nova dinâmica das relações tem sido incorporada, inclusive, por colegas da área de saúde, ao buscarem negociar diretamente com “disciplinas” a necessidade de redução do fumo em algumas áreas, por exemplo.

Portanto, as dinâmicas descritas até aqui dão vários indícios de que o exercício de discricionariedade na atuação dos agentes prisionais é cerceado pelo contexto social e pela forma que são estabelecidas as relações de poder entre captores e cativos no contexto prisional brasileiro — como a existência das facções prisionais, a perda do controle estatal, e o uso da violência negociada.

Em relação ao exercício da violência na prisão, há três modalidades de uso da força pelos ASPs: *legal*, *extraoficial* e *negociada*¹¹⁷. A violência legal é aquela amparada em normas e regulamentos — que deve ser aplicada apenas em casos de legítima defesa ou ameaça à segurança —, enquanto a extraoficial é aplicada sem amparo legal e como instrumento disciplinador (as “surras exemplares” são exemplo desse tipo de uso da força física). Essa modalidade de violência, também, é largamente utilizada para fins econômicos, isto é, permite a “criação e venda da mercadoria ‘corrupção’”. Já a violência negociada é, como o nome diz, antecedida de uma negociação entre agente e preso. Ela está inserida no “código da cela” e há uma noção prévia de quais são as situações em que ela se aplica, por exemplo: tentativas de fuga, venda ou uso de drogas, ofensas à honra dos “sujeitos homens”, entre outras. Por estar no “código” e por haver uma conversa prévia (“desenrola”) entre os envolvidos, essa violência é considerada legítima¹¹⁸.

Nesse contexto, o uso da força física é, muitas vezes, preferido pelos presos, pois os instrumentos disciplinares podem ter efeitos mais nocivos à sua vida penal, como suspensão de benefícios de progressão de regime¹¹⁹. Assim como, para os agentes, a parte disciplinar é uma forma de castigar o preso muito maior

113 ASP 6.

114 SÃO PAULO (Estado). *Resolução SAP nº 144, de 29 de junho de 2010*. Disponível em: <<http://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

115 ASP 6.

116 PS1.

117 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+a, 2008. p. 114.

118 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+a, 2008. p. 119.

119 DIAS, Camila Caldeira Nunes. Disciplina, controle social e punição: O entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, jun. 2014.

do que a violência física¹²⁰. Dessa forma, vê-se que as interações ocorrem com vistas a manter a ordem e a segurança, mas a partir de uma mescla organizacional entre o que é regulamentar (parte disciplinar) e o que é “informal” (código da cela). Os agentes novatos são orientados a agir dessa forma e o guarda que não faz parte dessa organização (isto é, que não faz uso da violência negociada e opta sempre pelos mecanismos formais de punição) não pertence ao grupo — ainda não se tornou, efetivamente, um guarda¹²¹.

A prática de violência negociada ocorria nos casos em que a punição formal seria uma parte disciplinar ou mesmo a tipificação de mais um crime do código penal ao registro do apenado. Segundo o autor verificou em sua pesquisa, “nenhuma das partes tinha a menor intenção em seguir os trâmites legais”¹²², isto é, buscavam-se mecanismos de acomodação. Um ASP entrevistado também relatou tal negociação e chama isso de “inteligência da segurança”:

E aí na conversa o cara ajoelha, negocia a violência: ‘o senhor pode me quebrar de pau aqui, pode me arrebentar, eu tô errado. Só não me põe no castigo senão vai me atrasar, eu tô com a colônia ganha’. Daí o agente tenta arrancar alguma coisinha dele e arruma um ‘aliado que te deve’¹²³.

Em resumo, o agente prisional, representante último da instituição frente ao preso — burocrata de nível de rua —, por não prover todos os direitos garantidos pela legislação ao preso, também não tem legitimidade para cobrar dele todos os seus deveres. Adaptar a norma é, então, uma “forma inteligente de resolução de conflitos”, adequada à realidade daquele contexto. Porém, é preciso fazer a ressalva de que não se trata de uma atitude “altruísta” do agente custodiador. Ele também obtém vantagens em negociar o uso da força física em vez do mecanismo punitivo formal: “A solução local, além de livrar o agente estatal das malhas da burocracia e de possíveis constrangimentos nas instituições de ordem, permitiria que os acontecimentos do cárcere não interferissem em suas atividades na segurança privada (o dito ‘bico’)”¹²⁴.

Aqui, é possível retomar a ideia de Lipsky de que o burocrata de nível de rua tende a inserir as atitudes e demandas individuais apresentadas pelos sujeitos ao inseri-las em “categorias de ação” possíveis¹²⁵. Ou seja, caso o agente penitenciário verifique que é possível fazer acomodações, tais como o uso da violência negociada, frente à indisciplina do preso, ele o fará.

O uso das negociações de punição formal ou violência, por sua vez, parece estar atrelado às situações em que as condutas extraoficiais estão mais consolidadas. Quando se trata de indivíduos que fogem a essa regra geral — por exemplo, presos que os agentes consideram “criminosos acidentais”, que não estão inseridos no mundo do crime — opta-se por aplicar o mecanismo formal de punição: “com este a parte disciplinar funciona”¹²⁶. Essa mesma situação acontece com o dependente endividado para com o PCC; ao assumir as faltas de outros presos para quitar sua dívida, “livra” de sanções o preso efetivamente responsável pela comercialização de drogas ilícitas dentro da prisão que, por sua vez, mantém todos os benefícios decorrentes de seu “bom comportamento”¹²⁷.

120 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+a, 2008. p. 122.

121 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+a, 2008. p. 124.

122 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+a, 2008. p. 130.

123 ASP 2.

124 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+a, 2008. p. 136.

125 LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 60.

126 SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+a, 2008. p. 93.

127 DIAS, Camila Caldeira Nunes. A regulação dos conflitos pelo PCC no interior das prisões paulistas: redução da violência física, interdependência e controle social. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz Rocha (Orgs). *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 95.

Assim, perversamente, a punição parece mais danosa para ele, pois aquele considerado “criminoso habitual”, o “bandido”, por ter suas faltas resolvidas de outras maneiras, informais, mantém seu registro “limpo” de falta e pode deixar a prisão antes mesmo do “criminoso acidental”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Agentes de Segurança Penitenciária exercem discricionariedade e suas decisões impactam, de forma significativa, o cumprimento de pena por pessoas em situação de prisão. Porém, no contexto que permeia sua tomada de decisão há relações assimétricas de poder entre as populações presas e entre elas e os profissionais que ali atuam. As prisões paulistas possuem dinâmicas sociais perpassadas pelo monopólio do PCC na organização da vida cotidiana e na mediação dos conflitos existentes, inclusive com membros da equipe de administração prisional. Portanto, constitui-se um ambiente em que o exercício de poder por ASPs é circunscrito pelo exercício de poder pelas pessoas presas e pelas “regras informais” ali estabelecidas.

A instituição prisional reproduz as assimetrias e as relações de força que organizam o cotidiano prisional. Aliás, mais do que reproduzir, a instituição dinamiza e valida as regras próprias ao mundo do crime e confere a elas um aspecto formal, absorvendo-as como parte do sistema de prêmios e punições que constituem o marco normativo e regulamentar do funcionamento da prisão. Nesse sentido, há que se considerar que os limites postos para a implementação de políticas públicas no espaço prisional vão além de eventuais dificuldades técnicas, de gestão ou de implementação propriamente ditos: eles são constitutivos da instituição prisional em si mesma.

REFERÊNCIAS

- CALDERONI, Vivian. *O agente penitenciário aos olhos do judiciário paulista*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal)—Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- DARKE, Sacha. Inmate Governance in Brazilian Prisons. *The Howard Journal of Criminal Justice*, v. 52, n. 3, p. 272-284, 2013.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. A regulação dos conflitos pelo PCC no interior das prisões paulistas: redução da violência física, interdependência e controle social. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz Rocha (Org). *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. Disciplina, controle social e punição: O entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, jun. 2014.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIUANA, Vilma et al. Saúde em prisões: representações e práticas dos agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 8, p. 1887-1896, jan./ago. 2008.
- ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2004.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- LIEBLING, Alison. Distinctions and distinctiveness in the work of prison officers: legitimacy and authority

- revisited. *European Journal of Criminology*, v. 8, n. 6, p. 484-499, 2011.
- LIEBLING, Alison. Prison officers, policing and the use of discretion. *Theoretical Criminology*, v. 4, n. 3, p. 333-357, 2000.
- LIMA, Luciana Leite; D'ASCENZI, Luciano. Implementação de políticas públicas: perspectivas analíticas. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 48, p. 101-110, dez. 2013.
- LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russell Sage Foundation, 2010.
- LOTTA, Gabriela S. O papel das burocracias de nível de rua na implementação de políticas públicas: entre o controle e a discricionariedade. In: FARIZ, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012. p. 20-49.
- LOURENÇO, Luiz Claudio. Batendo a tranca: impactos do encarceramento em agentes penitenciários da Região Metropolitana de Belo Horizonte. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 3, n. 10, p. 11-31, out./dez. 2010.
- MARQUES, Adalton Jose. *Crime, proceder, convívio-seguro: um experimento antropológico a partir de relações entre ladrões*. 2009. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)—Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. Análise qualitativa: teoria, passos e fidedignidade. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 3, p. 621-626, 2012.
- PADOVANI, Natalia Corazza. *“Perpétuas espirais”*: falas do poder e do prazer sexual em trinta anos (1979 – 2009) na história da Penitenciária Feminina da Capital. 2010. Dissertação (Mestrado em Sociologia)—Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.
- PIRES, Roberto Rocha C. Burocracias, gerentes e suas “histórias de implementação”: narrativas do sucesso e fracasso de programas federais. In: FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012. p. 182-220.
- RUMIN, Cassiano Ricardo. Sofrimento na vigilância prisional: o trabalho e a atenção em saúde mental. *Psicologia, Ciência e Profissão*, Brasília, v. 26, n. 4, p. 570-581, dez. 2006.
- SALLA, Fernando A. A pesquisa na prisão: labirintos. In: LOURENÇO, Luiz Cláudio; ROCHA, Gerder Luiz (Org.). *Prisões e punição no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013. p. 11-26.
- SÃO PAULO (Estado). *Resolução SAP nº 144, de 29 de junho de 2010*. Disponível em: <<http://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- SILVA, Anderson Moraes Castro e. *Nos braços da lei: o uso da violência negociada no interior das prisões*. Rio de Janeiro: e+ a, 2008.
- SUBIRATS, Joan. El papel de la burocracia en el proceso de determinación e implementación de las políticas públicas. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas Públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. v. 2.
- SYKES, Gresham M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2007.
- TAETS, Adriana R. F. *Abrindo e fechando celas: narrativas, experiências e identidades de agentes de segurança penitenciária femininas*. 2012. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)—Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2012.
- VASCONCELOS, Ana Sílvia Furtado. *A saúde sob custódia: um estudo sobre agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro*. 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública)—Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2000.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Quando a luta antimanicomial mira no manicômio judiciário e produz desencarceramento: uma análise dos arranjos institucionais provocados pela defensoria pública no campo da política pública penitenciária e de saúde mental

When the brazilian anti-asylum movement aims at the judiciary sanatorium and produces de-incarceration: an analysis of the institutional arrangements provoked by the public defender's office on the interaction between criminal and mental health public policies

Patricia Carlos Magno

Luciana Boiteux

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Quando a luta antimanicomial mira no manicômio judiciário e produz desencarceramento: uma análise dos arranjos institucionais provocados pela defensoria pública no campo da política pública penitenciária e de saúde mental*

When the brazilian anti-asylum movement aims at the judiciary sanatorium and produces de-incarceration: an analysis of the institutional arrangements provoked by the public defender's office on the interaction between criminal and mental health public policies.

Patricia Carlos Magno**

Luciana Boiteux***

RESUMO

A campo da pesquisa estabelece-se a partir do encontro entre os saberes psiquiátrico e jurídico, buscando compreender *se e como* os reflexos jurídico-penais da Lei n. 10.216/01 no campo da execução das medidas de segurança *são hábeis a produzir* o afastamento da noção da periculosidade e do estigma do louco perigoso. Diante da abolição do exame de verificação da cessação da periculosidade (EVCP), paradigmaticamente substituído pelo EMPAP – exame multiprofissional e pericial de avaliação psicossocial no Estado do Rio de Janeiro, identifica-se um fenômeno de decréscimo de institucionalização. Seu objetivo do trabalho é analisar, à luz da criminologia crítica e da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, a mudança paradigmática para o EMPAP para demonstrar quais os rearranjos institucionais têm sido alinhavados na execução das medidas de segurança, no sentido de desenhar um *descontinuum* do controle formal punitivo para o controle social informal. O trabalho trata da interação entre a política pública de saúde mental e se baseia em dados da atuação concreta da Defensoria Pública em casos de medida de segurança levantados no curso da pesquisa empírica que se utilizou de metodologia da pesquisa participante, com acesso direto a fontes primárias consistentes em bancos de dados públicos de acesso restrito e a acervos de processos judiciais. As conclusões apontam para a potência das articulações interinstitucionais entre atores e atrizes do sistema de justiça e a RAPS (Rede de Atenção Psicossocial) como a chave para compreender o decréscimo do número de pessoas manicomializadas no Estado, com nenhum caso de reiteração criminosa, até o momento.

Palavras-chave: Desencarceramento. Defensoria Pública. Medida de segurança. EMPAP. Controle Social.

* Recebido em 24/02/2018
Aprovado em 14/03/2018

** Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro na linha *Sociedade, Direitos Humanos e Arte* da área de concentração Teorias Jurídicas Contemporâneas. Mestre em Direito pela UERJ. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, titular da 20ª DP do NUSPEN - Núcleo do Sistema Penitenciário. Email: contato@patriciamagno.com.br

*** Professora Associada da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela UERJ. Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP. Email: luboiteux.adufrj@gmail.com

ABSTRACT

The object of the research is set on the junction between the legal and psychiatric knowledges. It aims at understanding, on the security measures work area, if and how the criminological repercussion of the Psychiatric Reform Act (Law 10.216/01) ensures the extinction of the outdated dangerousness standards and related stigmas. In the state of Rio de Janeiro, where the Expert Examination of Dangerousness Cessation was gradually replaced by the EMPAP - Multi-professional Expert Psychosocial Evaluation - there can be clearly identified a decrease in institutionalization. The purpose of the study is to analyze the paradigmatic shift towards the EMPAP mode of examination under the standpoint of the critical criminology and of the critical theory of human rights, in order to blueprint the recent institutional rearrangements and outline a discontinuum from the formal punitive control to a more informal social control of security measures. The study approaches the interaction between mental health public policies and Rio de Janeiro's criminal system, being built upon data gathered over empirical research conducted for the doctorate's program, which includes participating research with direct access to the primary sources such as public and private databases and lawsuit archives. The findings indicate that the key to understanding the ever-decreasing number of sanatorium patients on the state - so far with zero cases of recidivism - is found in the power of inter-institutional articulations between the actors and actresses of the justice system with the Psychosocial Care Networks (RAPS).

Keywords: Discharging. Public Defender. Security Measures. EMPAP. Social Control.

1. MARCO CONTEXTUAL DO PROBLEMA

No contexto das crises impostas pelo capitalismo neoliberal, parte-se da noção de que tais crises não são excepcionais, mas sim estruturais desse modo de produção. Assim, há que se falar em projeto (e não em crise), ou, constatar que “o capitalismo é crise”¹. Inserida nesse quadro internacional está a *crise* brasileira, com todas as implicações tanto para o campo da saúde e da saúde mental² como para o sistema penitenciário.

Com 726 mil pessoas privadas de liberdade, o Brasil ocupa o nada honroso 3º lugar dentre os países que manejam mais habilmente a prisão como estratégia de contenção social³. Ao se colocar a lente analítica no Estado do Rio de Janeiro, em números absolutos, temos que o total de pessoas privadas de liberdade em 2011 era 29.468⁴ e, em 2018, ultrapassou 50 mil⁵, o que lhe garante o 4º lugar dentre os entes federativos que mais encarceram.

Entretanto, na contramão, ou melhor, na resistência sintonizada com a luta antimanicomial⁶, identifica-se um fenômeno de *decréscimo* de institucionalização, especialmente relacionado com a população com trans-

1 MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 128.

2 Análise profunda e transdisciplinar sobre a crise do capitalismo que lança tentáculos na microfísica das relações de cuidado da rede de atenção psicossocial é feita por Vasconcelos. Vide: VASCONCELOS, Eduardo Mourão. *Reforma Psiquiátrica, tempos sombrios e resistência: diálogos com o marxismo e o serviço social*. Campinas: Papel Social, 2016.

3 WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

4 Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, ano 6, 2012. p. 54, tabela 24.

5 A Secretaria de Estado e Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro tem banco de dados público de acesso restrito nominado SIPEN (sistema penitenciário) e dele se pode extrair online o número de pessoas privadas de liberdade em todas as 53 unidades penitenciárias fluminenses. O acesso em fevereiro de 2018 forneceu o número absoluto de 50.040 pessoas presas.

6 Manejamos a teoria crítica dos direitos humanos na companhia de Herrera Flores, especialmente sua tese de que os direitos humanos são processos culturais de lutas por dignidade, cfe: HERRERA FLORES, Joaquín. *A Reinvenção dos Direitos Humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

tornos mentais em conflito com a lei que está manicomializada nas unidades penitenciárias fluminenses, legalmente nominadas de Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP). Em 2011, conforme Censo coordenado por Débora Diniz⁷, eram 341 homens e mulheres e hoje são 184⁸.

O fenômeno do decréscimo de pessoas manicomializadas verificado no Rio de Janeiro deve ser investigado, especialmente diante de um cenário político-criminal punitivista que aposta no projeto do encarceramento em massa, ao mesmo tempo em que veicula o discurso de crise. Os dados estatísticos do INFOPEN 2016⁹ denunciam que, cada vez mais, corpos negros e pobres têm sido selecionados dentre as classes subalternizadas, como expressão do racismo institucional e estrutural no Brasil, país que vive — há algumas décadas — o fenômeno da feminização da pobreza e, por isso, o *projeto genocida estatal*¹⁰ ganha contornos ainda mais eficientes quando raça e classe se interseccionam com gênero¹¹.

As unidades penitenciárias manicomializadas se destinam ao internamento da loucura¹², tenha sido ela capturada pela sanção penal da medida de segurança ou se refira a episódio temporário na vida da pessoa privada de liberdade, que pode se dar por uma demanda de tratamento emergencial psiquiátrico ou por ordem judicial, ainda no curso do processo penal de conhecimento¹³. Tem-se, portanto, de um lado: as medidas de segurança e, de outro, um público que Diniz, na pesquisa já referida, chamou de “temporário” e é a denominação que manteremos neste trabalho. Antes, porém, de apresentarmos os dados colhidos e as reflexões que eles promovem, faz-se importante trazer os marcos teóricos nos quais esse estudo se sustenta.

Foucault¹⁴, buscando entender a razão, com seu método genealógico, encontra a história da loucura e o que chamou de período de *grande internamento*, para se referir ao momento histórico em que *a loucura é aprisionada como doença mental pela psiquiatria*. Assim, pensamos que falar em loucura tem o duplo sentido político de resistir ao aprisionamento de corpos, sob a falaciosa função declarada de cura, cumulado com a missão de libertar das amarras exclusivas da psiquiatria o controle sobre o *doente*, prestigiando-se a autonomia da pessoa com transtornos mentais e apostando na atenção psicossocial para aprofundamento da luta *por uma sociedade sem manicômios*, lema do Movimento Nacional da Luta Antimanicomial – MNLA¹⁵, cujas trincheiras a Defensoria Pública e tantos outros coletivos e movimentos vem ocupando¹⁶.

7 DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Universidade de Brasília, 2013.

8 Dado obtido no acervo da 20ª DP do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (NUSPEN) e mediante acesso ao banco de dados nominado SIPEN.

9 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – atualização JUNHO DE 2016*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

10 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo Negro Caído no Chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro*. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

11 DAVIS, Angela. *Mulheres, Raça e Classe*. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

12 A referência aqui é a FOUCAULT, Michel. *A História da Loucura: na idade clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2014.

13 Mais especificamente, a referência aqui é feita à internação provisória determinada com fundamento no artigo 319, VII, do CPP, que foi repositada pela Lei n. 12.403/11, com natureza jurídica de *medida cautelar alternativa à prisão*. Contudo, a aludida medida implica privação de liberdade a título de internação e não se realiza a promessa de alternatividade à prisão.

14 FOUCAULT, Michel. *A História da Loucura: na idade clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2014.

15 Vide: AMARANTE, Paulo. *Locos pela Vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

16 Diversas serão as referências a essa instituição do sistema de justiça. Por ora, é preciso estabelecer que sua missão de ser “expressão e instrumento do regime democrático” e a incumbência fundamental de promover “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” de justiça decorre de comando constitucional, cfe. Constituição Federal, art. 132. Neste estudo, propõe-se que a expressão “necessitados” da normativa interna brasileira seja interpretada de acordo com a noção de *peças em condição de vulnerabilidade* talhada pelas Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade. No aludido documento internacional, produzido pela reunião de cúpula dos presidentes das Cortes Judiciais dos estados ibero-americanos, “consideram-se *em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão de sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico*” [Regra (3)]. Optou-se por indicar que a *vulnerabilidade* se trata de *condição*, “com o que se faz referência ao estado ou situação especial em que se encontra uma pessoa” e não uma característica ou elemento dela. A pessoa humana pode estar vulnerabilizada ou em condição de vulnerabilidade, *sem jamais ver diminuídas as características intrínsecas e*

Nesse ponto, deve ser contextualizada a Lei n.10.216/01 como um dos produtos das lutas por dignidade travadas por esse movimento. E, considerando-se que a política pública que está sendo construída no Rio de Janeiro somente foi possível pelo diálogo entre saberes, articulados na perspectiva antimanicomial, algumas observações sobre o movimento social¹⁷ sob análise são fundamentais.

Diante da constatação da permanência dos muros manicomiais, também se reconhece que o conservadorismo do sistema de justiça, espetacularmente¹⁸ demonstrado pelas agências penais de repressão¹⁹, são obstáculos de remoção trabalhosa. Este é o cenário no qual se coloca toda a amplitude da proposta da luta antimanicomial, insculpida na proposta de derrubar os muros do manicômio. Ocorre que esses muros não são apenas físicos. São também internos. A luta precisa enfrentar os muros do preconceito, que a militância chama de “manicômio mental” e que se erguem no espaço do simbólico e do cultural²⁰. Não se trata, portanto, de *espaço* fixo, estático, imóvel. Ele é fluido. Está carregado de um significado de tensão permanente. Daí, a Carta de Bauru²¹ consubstanciar:

O manicômio é expressão de uma estrutura, presente nos diversos mecanismos de opressão desse tipo de sociedade. A opressão nas fábricas, nas instituições de adolescentes, nos cárceres, a discriminação contra negros, homossexuais, índios, mulheres. Lutar pelos direitos de cidadania dos doentes mentais significa incorporar-se à luta de todos os trabalhadores por seus direitos mínimos à saúde, justiça e melhores condições de vida.

Desse modo, lutar por uma sociedade sem manicômios é *lutar contra a exclusão e a discriminação*. No caso dos manicômios judiciários, espaço no qual se insere a pesquisa, lutar por uma sociedade livre de exclusão significa invocar o princípio da igualdade para que todas as pessoas com transtornos mentais tenham o direito de igual acesso ao tratamento em saúde mental: tanto as que nunca entraram em conflito com a lei quanto aquelas que foram capturadas pelo sistema punitivo. Por isso, se reivindica que a produção de efeitos da Lei n. 10.216/01 chegue ao campo penal e provoque a conseqüente (e necessária) ressignificação da execução da medida de segurança. “Todas as lutas que antecederam a construção da Lei 10.216/01 e que continuam a produzir profunda mudança de paradigma no campo da atenção psicossocial, legitimam, reivindicam e impõe a possibilidade e necessidade de sua aplicação à seara penal”²².

E o *dever de releitura*²³ da execução de medidas de segurança, conforme o *novo paradigma* de reorientação do modelo de saúde mental, coloca em xeque o mito da periculosidade e o estigma do *louco perigoso*. Afinal, “a questão deixa de ser focada unicamente sob o prisma da *segurança pública* e é acolhida definitivamente pelos serviços de *saúde pública*”²⁴.

extrínsecas de sua humanidade.

17 Aqui se utiliza a denominação no sentido e perspectiva que Gohn no estudo: GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e redes de Mobilizações Cívicas no Brasil Contemporâneo*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

18 Vide CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Santa Catarina: Empório do Direito, 2015.

19 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

20 Os universos simbólicos são “corpos de tradição teórica que integram diferentes áreas de significação e abrangem a ordem institucional em sua totalidade simbólica” BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 126). [...] “Isto é, os universos simbólicos são produtos sociais que têm uma história. Se quisermos entender seu significado temos de entender a história de sua produção.” (p. 128-129)

21 A Carta de Bauru foi assinada em 1987 e se encontra disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2017/05/manifesto-de-bauru.pdf>>. Acesso em: 18 fev.2018. Ela é o documento fundador do MNLA.

22 MAGNO, Patrícia. Encarceramento Feminino: um olhar sobre mulheres e medidas de segurança. In: BERNER, Vanessa Oliveria Batista; JUCÁ, Roberta Laena Costa; MORAES, Heloisa Melino de. *Teoria Crítica, Descolonialidade e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2016.

23 O *afastamento concreto* de diversos dispositivos dos Códigos Penal e de Processo Penal, assim como da Lei de Execução Penal, é orientação consubstanciada no Parecer sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a perspectiva da Lei n. 10.216/01, exarado no bojo de Inquérito Civil Público n. 1.00.000.004683/2011-80 pelo Ministério Público Federal. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mp.br/temas-de-atuacao/saude-mental/docs-publicacoes/parecer_medidas_seguranca_web.pdf> Acesso em: 18 fev.2018.

24 CAETANO, Haroldo. Reforma Psiquiátrica nas Medidas de Segurança: a experiência goiana do PAILI. *Revista Brasileira de*

Tem-se discutido que o conceito de periculosidade implica profunda “inadequação normativa e conceitual”²⁵, mas, como demonstrou Diniz²⁶, ao apresentar o censo sobre manicômios brasileiros, *não há periculosidade inerente aos diagnósticos psiquiátricos*, porque “diagnóstico penal e tipo de infração penal não andam juntos”. Foi verificado que indivíduos *com diferentes diagnósticos* cometeram as *mesmas infrações*, de modo que a *periculosidade* se traduz em um “*dispositivo de poder e de controle dos indivíduos*, um conceito em permanente disputa entre os saberes penais e psiquiátricos”.

Essa disputa se materializa no exame de verificação de cessação de periculosidade (EVCP). É ele a permanência autoritária que precisa ser enfrentada no redirecionamento do modelo de atenção psicossocial, porque consubstancia o paradigma da periculosidade. E é por isso que a estratégia adotada pela Defensoria Pública do RJ, para o enfrentamento da discriminação que sofre a pessoa com transtornos mentais em conflito com a lei penal em relação à que não foi selecionada pelas agências punitivas, foi dirigida, especificamente, ao referido exame que, no Rio de Janeiro, deixou de existir para as pessoas em cumprimento de medida de segurança de internação.

Considerando-se que as mudanças paradigmáticas se fazem por substituição²⁷, focou-se na construção de um novo paradigma, substitutivo ao da periculosidade, nos processos penais de execução de medida de segurança, o que se conseguiu com o EMPAP: *exame multiprofissional e pericial de avaliação psicossocial*. É abandonada a lógica individualista e lombrosiana do EVCP em nome de prestigiar a lógica estrutural da atenção psicossocial, lastreada no pensamento criminológico crítico²⁸ e concretizada no EMPAP.

Inspiração das mais fundamentais foi buscada na prática exitosa do PAILI-GO (Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator de Goiás), premiada em 2009 pelo Prêmio Innovare, em cuja cartilha se lê:

A execução da MS, consistente que é em tratamento compulsório, tem como objetivo permanente a reinserção do paciente em seu meio (Lei 10.216/2001, art. 4º, § 1º). Não se fala mais em periculosidade, conceito superado com o advento da Lei Antimanicomial, devendo-se averiguar periodicamente, todavia, o processo de reintegração social do sujeito.

De tal sorte, desnecessária a ultrapassada perícia de cessação de periculosidade, impõe-se agora outro tipo de análise no sentido de verificar se aquele novo objetivo — reinserção social do paciente — está sendo alcançado. Trata-se, portanto, de avaliação psicossocial e não mais puramente psiquiátrica e que será materializada mediante relatório da própria equipe técnica do PAILI.²⁹

O manejo do direito como um meio (ou uma técnica), dentre muitos outros, na hora de garantir o resultado das lutas e interesses sociais é a premissa teórica crítica em direitos humanos de onde partimos³⁰. Trata-se de escolha metodológica com consequência muito clara, pois vincula todo o entendimento sobre o atuar da Defensoria Pública instituição que se pretende instrumento capaz de *vocalizar demandas emancipatórias* de lutas por dignidade de pessoas em situação de vulnerabilidade.³¹

A instrumentalização do direito, nesse sentido, responde a uma “racionalidade de resistência”³² que o ressignifica e, quando essa técnica é aplicada institucionalmente pela Defensoria Pública, é possível que se-

Crescimento e Desenvolvimento Humano, v. 20, n. 1, p. 112-115, 2010.

25 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 523.

26 DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Universidade de Brasília, 2013. p. 17.

27 KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

28 BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

29 CAETANO, Haroldo (Coord.). *PAILI: Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator*. 3. ed. Goiânia: MP/GO, 2013. p. 26.

30 HERRERA FLORES, Joaquín. *A Reinvenção dos Direitos Humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 18.

31 MAGNO, Patricia. Autonomia da Defensoria Pública: uma análise à luz da teoria crítica dos direitos humanos e de Resoluções da OEA. In: BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; ROCHA, Bheron; MAIA, Maurilio Casas. *Autonomia e Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais*. São Paulo: Juspodvim, 2018.

32 HERRERA FLORES, Joaquín. *A Reinvenção dos Direitos Humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 150.

jam amplificadas as vozes dos “excluídos para baixo”³³ ou, dito de outro modo: que os subalternos falem e sejam ouvidos³⁴, porque a instituição funciona como “imprescindível megafone”³⁵.

A atuação defensorial, por isso, não está isolada, mas articulada em torno da instrumentalização do acesso à justiça. Trata-se, nesse viés, de prática³⁶ dirigida ao enfrentamento da *discriminação interseccional estrutural*, traduzida no conceito/mito da periculosidade do/a louco/a, pintado com vivas cores no processo penal e, muitas vezes, produzida *pelo* próprio sistema de justiça.

No enfrentamento das desigualdades estruturais *dentro e por dentro* do sistema de justiça, esta pesquisa reflete sobre um dos usos contra-hegemônicos³⁷ que tem permitido o manejo do direito (da Lei 10.216/01), de modo a produzir fendas democráticas/fissuras³⁸ no sistema de justiça penal, como o EMPAP, cuja construção dialoga com a contribuição do pensamento crítico em direitos humanos e em criminologia, para além de compreender seus códigos, razões e disfunções, propor uma política pública de saúde penitenciária que consista em prática de desencarceramento.

Trata-se de ativismo que se impregnou de teoria e se tornou práxis institucionalizada, de modo que teve “[aumentada] sua capacidade de durar, de ser transmitida e, inclusive, de resistir a possíveis deformações”³⁹.

Se, por um lado, a institucionalização não é a solução para todos os males, havendo, inclusive, o risco da captura das relações e do arrefecimento da mobilização dos atores sociais; por outro lado, o *componente institucional dos direitos*⁴⁰ joga relevante papel na prática das ideias críticas sobre eles. Nesse viés, faz-se importante discutir como se deram os (re)arranjos institucionais para o enfrentamento da periculosidade e o erguimento de nova política pública penitenciária que busca sintonizar-se com a política pública em saúde mental, produzindo desencarceramento e a sofisticação do controle social.

Para discutir o tema do controle social, nos valemos das lições e reflexões já sedimentadas em Cohen⁴¹ que — sem a pretensão de encerrar o debate — o define como:

O termo “controle social” tem chegado a ser ultimamente uma espécie de conceito de Mickey Mouse. Nos textos de sociologia aparece como um termo neutro, apto para abarcar todos os processos sociais destinados a induzir conformidade, desde a socialização infantil até a execução pública. Na teoria e retórica radicais, tem se tornado um termo negativo para cobrir não só o aparato coercitivo do Estado, senão também o suposto elemento, oculto em toda política social apoiada pelo Estado, conhecida como saúde, educação ou assistência. Os historiadores e as ciências políticas restringem o conceito a repressão de oposição política, enquanto que os sociólogos, psicólogos e antropólogos falam dele invariavelmente em termos não políticos e mais amplos. Na linguagem diária, este conceito não tem nenhum significado claramente decifrável. [...]

33 BORGES, Nadine; CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão. In: CUNHA, José Ricardo. *Direitos Humanos, Poder Judiciário e sociedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 218.

34 Essa afirmação busca diálogo com SPIVAK. Vide: SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa, André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

35 MAGNO, Patricia; FRANCO, Glaucé. *I Relatório Nacional de Atuação em Prol de Pessoas e/ou Grupos em Condição de Vulnerabilidade*. Brasília: Forum Justiça e ANADEP, 2015. p. 37.

36 MAGNO, Patricia. E assim morre o exame de cessação de periculosidade. ANADEP. Livro Práticas e Teses Exitosas. In: CONGRESSO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. 13., 2017. Tema: *Defensoria Pública em defesa dos grupos em situação de vulnerabilidade*. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Congresso_2017.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

37 “Pode o direito ser emancipatório?”. Com esta pergunta, SANTOS, Boaventura Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 65, p. 3-76, maio 2003. inaugura primorosa reflexão na qual conclui que, em tese, não, “porque emancipatórios e não-emancipatórios são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar as suas lutas por diante”. Mas, por outro lado, determinados usos do direito podem se prestar a lutas contra-hegemônicas.

38 Neste trabalho utilizamos a expressão *fissurar* no sentido proposto por Holloway, em seu *Fissurar o Capitalismo*. Vide: HOLLOWAY, John. *Fissurar o Capitalismo*. Traduzido por Daniel Cunha. São Paulo: Publisher Brasil, 2013.

39 HERRERA FLORES, Joaquín. *A Reinvenção dos Direitos Humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparcido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 122-123.

40 HERRERA FLORES, Joaquín. *A Reinvenção dos Direitos Humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparcido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 122-123.

41 COHEN, Stanley. *Visões del control social*. Barcelona: Edita PPU, 1988. p. 17-18. Tradução livre.

Meu interesse é mais focado nas respostas planejadas e programadas para os comportamentos desviantes esperados e realizados, que nas instituições totais da sociedade produzem conformidade. Usarei o termo “controle social”, por conseguinte, para abarcar matérias mais específicas que as contidas na área sociológica-antropológica de todos os processos sociais e métodos, pelos quais uma sociedade assegura que seus membros se conformem às expectativas. Estes normalmente incluem internamento, socialização, educação, pressão do grupo primário, opinião pública e similares, assim como também as operações de todas as agências formais especializadas como a polícia, a lei e os outros poderes do Estado.

Especialmente, trataremos de utilizar como lente a compreensão segundo a qual o desencarceramento estudado neste artigo não se confunde com *ausência de controle da máquina biopolítica estatal*. Conforme Cohen, se está diante de um fenômeno de mutação do tipo de controle, que é mais sofisticado, que estaria inserido no “impulso desestruturador”⁴² que, aqui, trabalhamos sob a hipótese do *descontinuum* entre o controle penal punitivo para se chegar ao controle social da assistência psicossocial não protagonizada pela psiquiatria, mas de acordo com o modelo de controle comunitário preconizado na Lei 10.216/01.

Por fim, o último quadrante da moldura que se insculpiu no exercício de estabelecer o marco contextual do problema e de declarar na companhia de quais marcos teóricos se mergulhou na pesquisa: compreendemos que, para fazer pensamento crítico, exigência inafastável é a de reconhecer que qualquer pretensão de completude fulminaria de morte a sua essência de processo em permanente reconstrução. E, quando se está propondo um pensamento crítico para o direito — âmbito em que existe o “mito da explicação do Direito por ele próprio”⁴³ — tem de se ir além da perspectiva metalinguística e interdisciplinar. Há de se achar, pelo diálogo entre saberes, o caminho para a construção de interação, de pontes entre eles.

Os elementos que podemos chamar de *ponte* entre os saberes constituem: o projeto terapêutico singular (PTS) e o modo de atendimento da Defensoria Pública.

A atuação defensorial⁴⁴ sintonizada com a da equipe assistente dos HCTPs teve a potência de provocar a interação de saberes psi e jurídico. A mudança no modo do atendimento coloca o direito em função do projeto terapêutico singular (PTS), em nítido uso emancipatório do direito. A primeira consequência do diálogo de saberes está na *partilha* do saber psi sobre o PTS. Ele nasce na atenção psicossocial e ganha o mundo jurídico, transformando-se no *epicentro* de toda a atenção psicossocial dirigida ao sujeito de direitos.

O PTS deve ser entendido como elemento produzido pela equipe de saúde do HCTP, responsável pela assistência durante a internação, em articulação com a RAPS do território da pessoa. Nele estão consubstanciadas as estratégias para a desinternação do/a internado/a e, com esse fim, é levado para dentro do processo. Segundo definição do Ministério da Saúde,

o Projeto Terapêutico Singular (PTS) é um conjunto de propostas de condutas terapêuticas articuladas, para um sujeito individual ou coletivo, resultado da discussão coletiva de uma equipe interdisciplinar, com apoio matricial, se necessário. Geralmente é dedicado a situações mais complexas. É uma variação da discussão de “caso clínico”. Foi bastante desenvolvido em espaços de atenção à saúde mental como forma de propiciar uma atuação integrada da equipe valorizando outros aspectos, além do diagnóstico psiquiátrico e da medicação, no tratamento dos usuários⁴⁵.

Assim, toda a lógica do atendimento jurídico está em apoiar a construção do PTS, que garantirá *estrutura* para que a pessoa possa ser acolhida por equipamentos de saúde extrahospitalares e tenha garantido o tratamento em saúde mental em meio comunitário.

42 COHEN, Stanley. *Visões del control social*. Barcelona: Edita PPU, 1988. p. 57.

43 WARAT, Luis A. *apud* WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29.

44 Trata-se de atuação que se inicia nos idos de 2009 e que foi apresentada como prática exitosa no X Congresso Nacional de Defensores Públicos, em 2011. Vide: SEQUEIRA, Sílvia Maria de. *Atendimento da pessoa em cumprimento de medida de segurança em conjunto com a equipe multidisciplinar do Hospital Psiquiátrico Penal*. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/pratica_exitosa?pid=13393>. Acesso em: 19 fev. 2018.

45 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Diretrizes do NASF: Núcleo de Apoio a Saúde da Família*. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. p. 27.

A noção de território⁴⁶ é a chave para se compreender o modo como a RAPS se articula e constrói o PTS. Ele é o elemento mais importante para a interação entre a política pública penitenciária para as medidas de segurança e a política pública de saúde mental do SUS. É a partir da apropriação pelo sistema de justiça do conceito da RAPS sobre território que está toda a estratégia para a efetivação do descontínuo entre o controle formal punitivo para o controle social comunitário da atenção psicossocial.

De modo simples, o território se estabelece a partir do bairro onde vai morar a pessoa desinternada e se complexifica na rede de interações que provoca. Essa rede resta descrita no PTS. E, por sua vez, é com o PTS que se enfrenta a periculosidade.

O enfrentamento não se deu em um momento único. A metodologia do EMPAP é resultado de *gestação coletiva* que culminou com a reestruturação do modo como a perícia forense passou a ser feita. O perito do EMPAP deixa o prédio físico do Instituto de Perícias e passa a periciar o corpo do desinternado no *chão do manicômio*. Além disso, foi discutida — item a item — a estrutura de um exame pericial substitutivo ao EVCP, cujo nome sofreu diversas modificações até se tornar EMPAP.

O exame multiprofissional e pericial de avaliação psicossocial – EMPAP nasce como ato complexo da perícia forense e da equipe assistente da internação, sendo composto por 02 partes, quais sejam: (1) Exame Pericial de Avaliação Psicossocial: pelo perito habilitado; e (2) Exame Multiprofissional de Avaliação Psicossocial: pela equipe assistente. Ambas as partes são reunidas no SEAP HH encaminhadas para a VEP em até 10 dias úteis.

No anexo I, está a minuta estruturada do EMPAP. Nele, a perícia não mais indica se o sujeito é ou não perigoso, como se a loucura fosse um *defeito dele*. Mas sim, se a pessoa com transtornos mentais tem ou não condição clínica de ser desinternado e continuar o tratamento em meio comunitário, conforme os ditames da Lei 10.216/01, porque é a estrutura social que precisa se adequar para acolhê-la.

Estabelecidos os lineamentos preliminares, passemos à pesquisa.

2. METODOLOGIA DA PESQUISA: O DEFENSORAR TRANSFORMADO EM LABORATÓRIO

“Não existe imparcialidade. Todos são orientados por uma base ideológica.
A questão é: sua base ideológica é inclusiva ou excludente?”

Paulo Freire

Como norte metodológico, nos valem da pesquisa participante, entendida enquanto “proposta metodológica emergente da crise nas Ciências Sociais”⁴⁷, que se aproveita da crítica e do conflito para o progresso e a transformação do conhecimento, e que se guia pelo questionamento: “transformação social em que sentido?”. Responder a esta pergunta significa tomar uma postura ideológica, explícita ou implicitamente. Neste sentido, a proposta de refletir sobre o encontro entre direito, saúde mental e assistência psicossocial para produzir *política pública penitenciária* que concretize efeitos penais da Lei 10.216/01 e provoque *descontínuo* do controle formal punitivo para o controle comunitário da assistência psicossocial, em verdade, consiste

46 O Ministério da Saúde entende que “o território é um conjunto de sistemas naturais e artificiais que engloba indivíduos e instituições, independentemente de seu poder. Deve ser considerado em suas divisões jurídicas e políticas, suas heranças históricas e seus aspectos econômicos e normativos. É nele que se processa a vida social e nele tudo possui interdependência, acarretando no seu âmbito a fusão entre o local e o global. Como decorrência, as equipes de SF [saúde da família] precisam conhecer a realidade do território em suas várias dimensões, identificando as suas fragilidades e possibilidades, figurando-a como algo vivo e dinâmico.” BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Diretrizes do NASF: Núcleo de Apoio a Saúde da Família*. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. p. 14.

47 BRANDÃO, Carlos Rodrigues; STRECK, Danilo Romeu (Org.). *Pesquisa Participante: o saber da partilha*. Aparecida: Ideias e Letras, 2006. p. 92.

em estratégia de desinvisibilização e de identificação de quais atuações emancipatórias podem/devem ser adotadas pela Defensoria Pública para ressignificar a luta antimanicomial em prol de todas as pessoas manicomializadas. Arrisca, portanto, a construção de uma *práxis*, no sentido freiriano⁴⁸.

Produzir “práxis como conceito dialético permite recontextualizar as contradições de subjetividade-objetividade, de sujeito-objeto, de teoria-prática, avaliando sua complexidade irreduzível”⁴⁹. Nesse diapasão, a pesquisa em campo de trabalho profissional visa transformar o ativismo em laboratório. Ativismo conjugado como *defensorar*⁵⁰, para que, avaliando-se os dados coligidos, possa se traduzir em ação com propostas para o manejo político-estratégico do direito, utilizado enquanto mais uma ferramenta no leque de possibilidades dos processos culturais de lutas por dignidade.

O campo deste estudo consiste na análise dos primeiros vinte e cinco casos nos quais foi produzido o Exame Multiprofissional e Pericial de Avaliação Psicossocial. Os EMPAPs realizados a partir de agosto de 2017 produziram subsídios para que pessoas manicomializadas em cumprimento de medida de segurança fossem desinternadas entre outubro de 2017 a janeiro de 2018.

Selecionaram-se, apenas, os casos em que as audiências de desinternação se relacionavam com EMPAP e quando produziram a liberdade da pessoa com transtornos mentais para continuar na rede de atenção psicossocial seu tratamento. Deixaram de ser estudados os casos de audiências reagendadas (sem posterior resultado liberdade) ou quando a perícia, ainda, era a de cessação de periculosidade.

A pesquisa se deu nos processos judiciais, nos quais se estudaram os EMPAPs e as assentadas de audiência de desinternação. Os casos foram desidentificados conforme o número do EMPAP (vide quadro 01) e os dados foram sistematizados sob perspectiva transdisciplinar (que envolve os saberes *psi* e *iuri*), assim como interseccional, já que eles foram racializados e generificados, além de ser considerada a classe, conforme a escolaridade.

A pesquisa, ainda, se baseou em bancos de dados públicos de acesso restrito, quais sejam: o SIPEN – banco de dados da Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP), que fornece informações precisas sobre o tempo de privação de cada preso/a e seu fluxo pelas unidades penitenciárias do Estado; assim como o total de pessoas presas no Estado. E também o SEI – criminal, que é o Sistema Estadual de Informação – base criminal, que nos fornece acesso à FAC (folha de antecedentes criminais) e permite aferição sobre se houve e em quantas hipóteses, reiteração criminosa⁵¹.

O sítio eletrônico do Tribunal de Justiça e seus sistemas de processos eletrônicos também foram acessados e analisados e apenas os dados não sensíveis e que não desafiam o dever ético de sigilo profissional serão compartilhados.

Por fim, destaca-se o acervo da 20a DP do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, órgão de execução ao qual incumbe a defesa em todos os graus das pessoas pri-

48 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. São Paulo: Paz & Terra, 2011.

49 GABARRÓN, Luis; HERNANDEZ LANDA, Libertad. O que é a pesquisa participante? In: BRANDÃO, Carlos Rodrigues; STRECK, Danilo Romeu (Org.). *Pesquisa Participante: o saber da partilha*. Aparecida: Ideias e Letras, 2006. p. 99.

50 A expressão é aqui conjugada na mesma gramática de Caio Granduque, para quem “defensorar em tempos sombrios, implica, portanto, resistir à tradição autoritária que perpassa o campo jurídico valendo-se da exceção para o exercício da colonialidade do poder. Significa, pois, o combate pela descolonização da justiça, que se trava tanto na arena judicial, tendo como arsenal de luta garantias jurídicas estatais (direitos fundamentais), quanto fora dela, reconhecendo-se garantias jurídicas não estatais (pluralismo jurídico comunitário-participativo) e até mesmo construindo-se garantias não jurídicas por meio do exercício da atribuição institucional da ‘educação em direitos’ (artigo 4o, inciso III, da Lei Complementar 80/94), tendo como horizonte a tecitura de uma nova sociabilidade pautada pela solidariedade e regida pela cultura democrática, em que são reconhecidas novas formas de vida para além do hedonismo consumista e, ao mesmo tempo, preservadas as formas de vida indígena e quilombola.” JOSÉ, Caio Jesus Granduque. *Defensorar em Tempos de Exceção ANADEP. Livro Práticas e Teses Exitosas*. In: CONGRESSO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS, 13., 2017. Tema: *Defensoria Pública em defesa dos grupos em situação de vulnerabilidade*. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Congresso_2017.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 50

51 Considerando que o inimputável não comete crime, sendo a sentença que impõe medida de segurança, de natureza absolutória (imprópria), não há de se falar em reincidência, conforme o art. 63 do Código Penal. Assim, utiliza-se o termo reiteração criminosa.

vadas em liberdade nos hospitais penais e de custódia e tratamento psiquiátrico no estado. O acervo guarda dados do atendimento jurídico e é um campo de busca de informações importantes. Ele foi acessado, por exemplo, para levantar informações sobre raça e classe que, em alguns EMPAPs, estava omitida.

QUADRO 01. Desidentificação e Controle dos Casos Analisados na Pesquisa

Data da Audiência Desinternação	CASOS	EMPAP
31/10/17	01	42982
	02	42984
	03	42981
	04	42983
	05	42985
	06	43013
	07	43014
	08	43016
28/11/17	09	43041
	10	43038
	11	43089
	12	43090
	13	43088
	14	43087
	15	43042
	16	43104
	17	43107
	18	43103
	19	43105
	20	43106
	21	43086
	22	43037
	23	43040
12/12/17	24	43148
30/01/18	25	43145

3. ANÁLISE DOS CASOS

O ponto de partida para o levantamento de dados foi a constatação do fenômeno de decréscimo no número de pessoas manicomializadas no Estado do Rio de Janeiro, que produziu, inclusive, o encerramento de uma de suas três unidades manicomializadas, a saber: (1) Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Heitor Carrilho (SEAP HH)⁵²; (2) Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Henrique Roxo (SEAP HR); (3) Hospital Penal Psiquiátrico Roberto Medeiros (SEAP RM). Desde março de 2016, restaram: SEAP HR e SEAP RM. O SEAP HH foi encerrado após sério e potente trabalho interinstitucional e transdisciplinar realizado — em rede — pelos atores e atrizes do sistema de justiça e pelos trabalhadores da rede de atenção psicossocial.

52 Para aprofundamento sobre a história do primeiro manicômio do Brasil, veja: CARRARA, Sergio. *Crime e Loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998.

Em relação aos vinte e cinco casos que nos oferecem campo, até o momento, não há nenhum de reiteiração criminosa. O dado sobre a ausência de casos deflui de acesso ao Sistema Estadual de Informação — criminal, com busca nas folhas de antecedentes criminais (FAC) de cada um dos casos aqui analisados e que resultou negativa para novos fatos delituosos.

Tabela 01. Rio de Janeiro. Universo total de pessoas privadas de liberdade em manicômios

NÚMERO DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE EM MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS NO RIO DE JANEIRO				
Unidade Penitenciária	Mai-Dez 2011 ¹	Fev 2015 ²		Fev 2018 ³
SEAP RM	87	110	♂ 90	118
			♀ 20	
SEAP HR	135	103		66
SEAP HH	119	40	♂ 96	0
			♀ 23	
Total Pessoas manicomializadas	341	253		184
População Carcerária Total	29.468 ⁴	40.301 ⁵		50.040 ⁶
Proporção de Pessoas Manicomializadas em Relação ao Total de Encarcerados/as	1,15%	0,63%		0,36%

1 DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Universidade de Brasília, 2013. p. 241-277.
2 Fonte: acervo da 20ª DP do NUSPEN e acesso ao banco de dados SIPEN.
3 Fonte: SIPEN.
4 Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, ano 6, 2012. p. 54, tabela 24.
5 Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, ano 10, 2016 (dados 2014). p. 100, tabela 53.
6 Fonte: SIPEN.

A Tabela n. 01 organiza as informações colhidas no campo e na revisão bibliográfica, com destaque para os períodos que delimitam o panorama deste estudo (2011-2015-2017) e a Tabela 02 (adiante) aproxima o foco da lente para identificar os fenômenos de redução ou aumento de encarceramento em relação a cada um dos grupos de pessoas manicomializadas⁵³. Insta destacar que, neste estudo, a análise recairá, especificamente, no grupo das pessoas em cumprimento de medida de segurança de internação, desinternadas sem EVCP e com EMPAP.

Observe-se que os símbolos de masculino (♂) e feminino (♀) foram utilizados para individualizar quantas são as mulheres e quantos são os homens dentro de cada número mencionado. Isso permite, ainda, identificar que as mulheres, em manicômios judiciários no Estado do Rio de Janeiro, existem e foram *movimentadas* do SEAP HH para o SEAP RM. Contam a errância das mulheres pelo sistema penitenciário. São uma “batata quente” que o gestor sequer vê⁵⁴.

53 No item supra “Marco Contextual do Problema: insculpindo a moldura do quadro e reconhecendo o que ficou de fora” foi especificado quem são os/as manicomializados/as: tanto quem cumpre medida de segurança, como quem está na situação de temporário.

54 A discussão sobre as mulheres invisíveis dentre as visíveis, vide: MAGNO, Patricia. Loucura, Crime e Gênero no encarceramento feminino: o papel das Defensorias Públicas. 13º Mundo de Mulheres/. In: CONGRESSO FAZENDO GÊNERO,

Na relativização do número total de pessoas manicomializadas com a população carcerária total do mesmo tempo histórico, chega-se à conclusão de que o aumento da população carcerária não manteve o mesmo percentual de pessoas em manicômios judiciais fluminenses. Em 2011 representava 1,15% do total e hoje representa 0,36% do total.

Importante discutir que 0,36% não é zero, conforme consta do INFOPEN 2016, cuja Tabela 04 – “Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime, por UF”⁵⁵ obstaculiza qualquer discussão sobre o tema, ao tornar o problema invisível.

Se, por um lado, em números absolutos, há poucas pessoas em cumprimento de medida de segurança no Brasil; por outro, demonstra-se que se trata de questão possível de ser solucionada pela interação entre a política criminal e a política de saúde mental, encarnada no EMPAP.

Tabela 02. Pessoas manicomializadas (em HCTP) no Rio de Janeiro

PESSOAS MANICOMIALIZADAS (EM HCTP) NO RIO DE JANEIRO								
Unidade Penitenciária	Mai-Dez 2011 ⁷		Fev 2015 ⁸			Fev 2018 ⁹		
SEAP-RM	87	MS: 30	110	♂ 90	MS: 10	118	♂ 100	MS: 9
		Temporária: 57		♀ 20	Temporária: 80		♀ 18	Temporária: 91
SEAP-HR	135	MS: 113	103		MS: 103	66		MS: 64
		Temporária: 22						Temporária: 2
SEAP-HH	119	♂ 96	40 ¹⁰			0 ¹¹		MS: 95
		Temporária: 1						
		♀ 23						MS: 20
		Temporária: 3						Temporária: 9
Total Pessoas MS	258		125			82		

11. *Anais eletrônicos*. Disponível em: <http://www.wvc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1498700716_ARQUIVO_Loucura_crime_genero-no-encarceramentofeminino_papeldasDPs_v.final.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018. “[As] mulheres com sofrimento psíquico, para a Secretaria de Estado e Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, o próprio gestor público, são invisíveis. Essa afirmação está demonstrada na publicação oficial do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Mulheres Presas - Dados Gerais: Projeto Mulheres/DEPEN. Dez/2011*. p. 44, segundo a qual os dados informados pelo governo estadual, é de que ‘não haveria nenhuma mulher cumprindo medida de segurança no Estado do Rio de Janeiro’. Contudo, a informação está em flagrante conflito com aquelas que foram levantadas no censo coordenado por Diniz (2011), do mesmo período, época em que as mulheres internadas em razão de execução de medidas de segurança estavam no espaço do HCTP Heitor Carrilho (hoje, desativado). Além disso, a Defensoria Pública atende as mulheres em medidas de segurança desde os idos de 2001. Esse número nunca foi zero” (p. 4).

55 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – atualização JUNHO DE 2016*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018. p. 14.

PESSOAS MANICOMIALIZADAS (EM HCTP) NO RIO DE JANEIRO			
Unidade Penitenciária	Mai-Dez 2011 ⁷	Fev 2015 ⁸	Fev 2018 ⁹
Total Pessoas Temporárias	83	128	102
Total em HCTP	341	253	184
Proporção MS /Temporária	75,65%	49,40%	44,56%

7 DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Universidade de Brasília, 2013. p. 241-277.

8 Fonte: acervo da 20ª DP do NUSPEN e acesso ao banco de dados SIPEN.

9 Fonte: SIPEN.

10 Fonte: acervo da 20ª DP do NUSPEN. Esse número corresponde aos “abrigados”, isto é, àquelas pessoas cujas medidas de segurança de internação foram extintas, mas – como não tinham para onde ir – continuaram privadas de liberdade em HCTP até março de 2016.

11 Março 2016: Encerrado

A Tabela 02 detalha quem são os/as manicomializadas/os. Esse exercício de escavação nos números separa quem cumpre medida de segurança e quem pertence à população provisória/flutuante do HCTP. A depuração dos números produz o primeiro dos achados, qual seja: desde 2015 as pessoas em cumprimento de medida de segurança são a minoria dentre aquelas que estão privadas de liberdade nos HCTPs e esse número está em decréscimo.

A interpretação dos dados dialoga com dois fatores. Por um lado, a chamada Lei das Cautelares reprimou a internação provisória e viabilizou um mecanismo para que os presos provisórios se tornem internados provisórios. Aqueles que ficavam errantes pelas unidades penitenciárias diversas do sistema fluminense hoje podem ser concentrados nos HCTPs. Então, aqui, pode-se dizer que o número visibiliza fato que sempre existiu. Por outro lado, considerando-se que esse dado, também, se refere aos homens e às mulheres em cumprimento de pena privativa de liberdade, que demanda atendimento de emergência psiquiátrica, de caráter emergencial, ele denuncia uma destinação nova do HCTP, não prevista na lei de execução penal e que parece responder ao fato de que o aprisionamento é desencadeador de sofrimento psíquico⁵⁶.

Comparando-se tabela 01 e da tabela 02, verifica-se a taxa de (des)encarceramento e o percentual acumulado (vide tabela 03). Na depuração dos dados, verifica-se que o maior desafio para o encerramento dos manicômios judiciários no -do do Rio de Janeiro está no que se chama “porta de entrada”. Enquanto a população que cumpre medida de segurança decresceu 85,95% de 2011 a 2018, a população temporária acumulou aumento de 9,65%. Assim, para a solução definitiva da questão, com o cumprimento integral das recomendações do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP)⁵⁷ e encerramento dos manicômios judiciários, o ingresso tem de ser impedido e a pessoa com transtorno mental em conflito com a lei penal tem de ser, desde o primeiro momento, encaminhada para a RAPS. Esse é o ideal que faz caminhar, a utopia de Galeano⁵⁸.

56 Especialmente quando o quadro é de superlotação e ausência de garantia de direitos.

57 Res. CNPCP nº 04/2010, construída conforme o norte determinado nos Planos Nacionais de Direitos Humanos nº 2 (item 369) e nº 3, que preconiza prazo para a extinção gradativa dos manicômios. Segundo o lapso temporal nela estabelecido, até 2020 não pode mais existir nenhum hospital de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil.

58 Cf. GALEANO, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. Tradução Galeano de Freitas. 35. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

Tabela 03. Taxa de desencarceramento no estado do Rio de Janeiro

		Período		Percentual Acumulado
		De 2011 ¹² a 2015 ¹³	De 2015 a 2018 ¹⁴	
População Carcerária Total	Nº Absoluto	↑ 10.833 pessoas	↑ 10.329 pessoas	↑ 47,28%
	Percentual	↑ 26,88%	↑ 20,40%	
População Manicomializada no Rio de Janeiro	Nº Absoluto	↑ 88 pessoas	↓ 69 pessoas	↓ 53%
	Percentual	↓ 25,8%	↓ 27,27%	
População Cumprindo MS	Nº Absoluto	↓ 133 pessoas	↓ 43 pessoas	↓ 85,95%
	Percentual	↓ 51,55%	↓ 34,4%	
População Temporária	Nº Absoluto	↑ 45 pessoas	↓ 26 pessoas	↑ 9,65%
	Percentual	↑ 35,15%	↓ 25,5%	

12 DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013. p. 241-277.
13 Fonte: acervo da 20ª DP do NUSPEN e acesso ao banco de dados SIPEN.
14 Fonte: acervo da 20ª DP do NUSPEN e acesso ao banco de dados SIPEN.

A importância do diálogo entre a RAPS e o sistema de justiça fica ainda mais evidente quando se verifica que os números de desinstitucionalização decresceram mais rapidamente entre 2015 e 2018, período em que se iniciou a articulação interinstitucional que produziu o EMPAP.

As tabelas 04 e 05 se referem aos casos de EMPAP analisados na pesquisa referentes aos casos de pessoas que estavam cumprindo medidas de segurança de internação.

Tabela 04. Quantidade de Casos de EMPAP analisados na pesquisa

MÊS	Casos EMPAP	Audiências Realizadas com Resultado Desinternação	Audiências Reagendadas	EMPAP com Desinternação
OUT/17 ¹⁵	8 ♀: 0 ♂: 8	♂: 9 ¹⁶	0	♂: 8
NOV/17	♀: 5 ♂: 10	15	0	♀: 5 ♂: 10
DEZ/17	3 ♀: 0 ♂: 3	1	2	♂: 1
JAN/17	2 ♀: 0 ♂: 2	1	1	♂: 1
TOTAL	28	26 ¹⁷	3	25 ♀: 5 ♂: 20

15 Os EMPAP iniciaram em 30 agosto de 2017 pelos peritos.
16 Dentre as audiências com resultado desinternação, 01 era EVCP.
17 Esse número contém 1 caso de desinternação por EVCP, que não será qualitativamente examinado nesta pesquisa.

Tabela 05. Relação entre a amostra analisada e o universo total

GÊNERO	Total de Pessoas Cumprindo MS	EMPAPs com Desinternação
Mulheres	9	5
Homens	82	20
TOTAL	91	25

Para uma análise interseccional dos dados, pergunta-se: qual o gênero e a raça das pessoas que foram desinternadas pelo EMPAP? A Tabela 06 busca responder. Nela verificam-se alguns *desvios* em relação ao padrão nacional ou mesmo ao percentual estadual fluminense total, quando são lidos com a especificidade gênero/raça. Confira-se:

Tabela 06. Gênero e Raça das Pessoas Desinternadas pelo EMPAP

GÊNERO E RAÇA					
No EMPAP			No INFOPEN 2017 ¹⁸		
Raça	Gênero		População Total Brasileira	População Total Encarcerada	
	♀	♂		No Brasil	No RJ
Negra	60%	85%	53%	64%	72%
Branca	40%	15%	46%	35%	26%
Outras	0		1%	1%	0

18 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – atualização JUNHO DE 2016*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018. Raça, p. 32, fig. 4 e p. 33, tabela 11.

Enquanto a população total brasileira tem 53% de negros, o INFOPEN 2017 aponta que, no Estado do Rio de Janeiro, a seletividade penal é, ainda, mais ancorada no racismo, pois 72% da população encarcerada é negra (ao passo que esse dado no panorama nacional alcança 64%). A informação é, ainda, mais racista quando se tem em foco a população negra que estava nos manicômios judiciários fluminenses e foi desinternada, pois estamos falando de 85% de negros e 15% de brancos.

Quando são as mulheres em cumprimento de medidas de segurança no foco da lente, os dados também apresentam um desvio em relação à estatística nacional. Eles denunciam que as loucas são mais brancas que as demais mulheres encarceradas no Rio de Janeiro e, também, no Brasil.

Considerando-se que a raça é elemento muito manejado pelas agências de repressão, especialmente pela polícia, no momento inicial de etiquetamento do fato e eleição da tipicidade, que segue — via de regra — corroborada pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, separamos os casos conforme a incidência de tipos penais e, dentro deles, identificamos a incidência de sua prática por homens e mulheres, assim como a raça em cada caso. Vamos aos dados da Tabela 07:

Tabela 07. Infrações Penais Interseccionalizadas Com Gênero e Raça

TIPO PENAL	GÊNERO		RAÇA		Representatividade no Total de Casos Analisados
	♀ (total 05 casos)	♂ (total 20 casos)	Branca (8 casos)	Negra (12 casos)	
CP, art. 121 (consumado)	20%	10%	25%	8,33%	12%
CP, art. 121 (tentado)	60%	20%	25%	33,33%	28%

TIPO PENAL	GÊNERO		RAÇA		Representatividade no Total de Casos Analisados
	♀ (total 05 casos)	♂ (total 20 casos)	Branca (8 casos)	Negra (12 casos)	
CP, art. 129	0	20%	37,5%	8,33%	16%
CP, art. 213 (tentado)	0	5%	0	8,33%	4%
CP, art. 217 (consumado)	0	5%	0	8,33%	4%
CP, art. 157 (tentado)	0	5%	0	8,33%	4%
CP, art. 157 (consumado)	20%	20%	12,5%	25%	20%
CP, art. 147 c/c 344	0	5%	0	8,33%	4%
CP, art. 250	0	5%	0	8,33%	4%
Lei 11343/06, art. 33	0	5%	0	8,33%	4%

Uma primeira observação é que as infrações penais atribuídas às pessoas com transtornos mentais não correspondem à mesma distribuição que é feita para as demais pessoas capturadas pela seletividade penal. Nos HCTPs, apenas há 01 caso de tráfico de drogas, atribuído a um homem negro.

Sopesando esse achado com os dados do INFOPEN 2016, ele configura uma diferença do perfil geral de pessoas presas provisórias ou definitivas. No levantamento do DEPEN⁵⁹, consta que 26% dos homens presos no Brasil foram selecionados pela prática de tráfico de drogas. Se pesquisarmos as mulheres, o levantamento indica que elas representam 62% do total de presas.

Desse modo, qualquer política pública para as pessoas com transtornos em conflito com a lei deve considerar que se trata de público com especificidades e que não corresponde ao padrão nacional.

A pergunta seguinte é: qual o tipo penal de maior incidência dentre as pessoas com transtornos mentais? São os crimes contra a vida que somam 56% do total, dentre os quais 44% se referem à lesão corporal ou tentativa de homicídio e 12% a homicídio consumado.

Por fim, constatou-se que — de modo similar ao INFOPEN 2016 — estão os crimes contra o patrimônio, uma vez que 24% dos casos se referem ao tipo de roubo, na modalidade tentada ou consumada.

Tabela 08. Diagnósticos Psiquiátricos – CID X – dados da amostra

Tipo Diagnóstico (CID X e Nome)	Quantidade de Casos		Incidência	
	♀	♂	♀	♂
F.20 Esquizofrenia	3	12	60%	60%
	0	1		0
F.70 Retardo Mental	0	1	4%	0
	0	1		0

59 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – atualização JUNHO DE 2016*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018. p. 43, fig. 6.

Tipo Diagnóstico (CID X e Nome)	Quantidade de Casos		Incidência	
F.19 Uso de Múltiplas Drogas	1	♀: 0	4%	♀: 0
		♂: 1		♂: 5%
F.14 Síndrome de Dependência Química	1	♀: 0	4%	♀: 0
		♂: 1		♂: 5%
F.70 + F.19	2	♀: 0	8%	♀: 0
		♂: 2		♂: 10%
F.31 Transtorno Bipolar	2	♀: 1	8%	♀: 20%
		♂: 1		♂: 5%
F.07.08 Outros Transtornos Orgânicos de Personalidade	3	♀: 1	12%	♀: 10%
		♂: 2		♂: 20%
F.06.08 Outros Transtornos Mentais Devi- do a Lesão ou Disfunção Cerebral				
F.60.3 Transtorno de Personalidade Emo- cionalmente Instável				

Ao escavar os EMPAPs perquirindo qual etiquetamento diagnóstico foi construído pela psiquiatria forense (perícia), confirmou-se o achado de Diniz⁶⁰, qual seja: não há periculosidade inerente aos diagnósticos psiquiátricos e indivíduos com diferentes diagnósticos cometem a mesma infração.

Ainda, nesta pesquisa, a infração de tráfico de drogas não se refere à hipótese de uso de múltiplas drogas ou dependência química, como se poderia deduzir de modo precipitado. O homem do caso 22 foi diagnosticado com esquizofrenia, assim como 60% dos homens e mulheres.

Tabela 09. Escolaridade – Raça – Gênero no EMPAP

Gênero / Raça			Escolaridade					Superior
			Analfabeto	Fundamental		Médio		
				Incompleto	completo	incompleto	completo	
♀	Negra	3	40%	-	-	-	20%	0
	Branca	2	-	20%	-	-	20%	
♂	Negra	14	5%	45%	-	15%	-	
	Branca	6	5%	10%	-	20%	-	
Número de Casos	Negra	17	3	9	-	3	1	0
	Branca	8	1	3	-	4	1	
Total		25	20%	48%	0	28%	8%	0

60 DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Universidade de Brasília, 2013. p. 17.

A finalidade da reunião de dados sobre a escolaridade das pessoas cumprindo medidas de segurança de internação que foram submetidas ao EMPAP e posteriormente desinternadas visava responder ao elemento classe. Dentre os achados, tem-se que dentre os homens negros a maior parte (9/14 ou 64%) tem apenas ensino fundamental incompleto. A maior parte dos homens brancos (4/6 ou 67%) tem ensino médio incompleto.

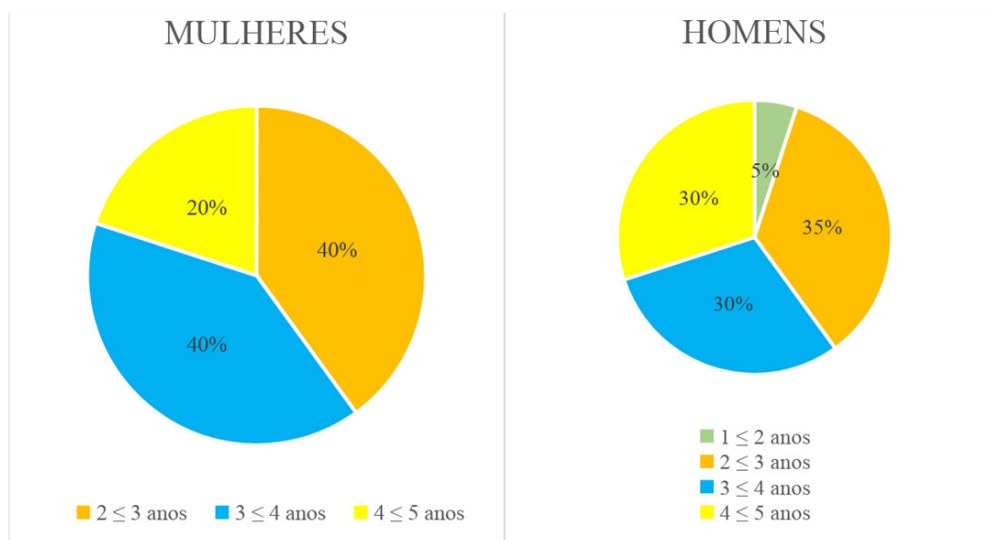
Quando a escolaridade se intersecciona com gênero e raça, tem-se que a maior parte das mulheres negras (2/3 ou 67%) é analfabeta. Enquanto que dentre as mulheres brancas, metade (1/2 ou 50%) tem ensino médio completo e outra metade tem ensino fundamental incompleto, quase chegando no ensino médio.

O elemento escolaridade, entendido como um dos que compõe o conteúdo da noção de classe, confirma a tese da feminização da pobreza também quando o público observado é composto por mulheres em cumprimento de medida de segurança. A conclusão ganha mais força quando se retomam os dados da Tabela 05 que traz a representatividade dos casos no total de pessoas cumprindo MS e sua relação com o gênero, pois o universo de mulheres analisado representa 55,5% do total do grupo.

Passaremos, agora, para análise das mais importantes: a do tempo da internação. Geralmente, a crítica mais severa que as medidas de segurança sofrem é a de que são uma sanção penal perpétua, uma vez que o tempo de internação fica ao alvedrio de uma perícia médico-forense e/ou à construção de um projeto terapêutico por equipe multiprofissional. Nesse sentido, os casos analisados nesta pesquisa demonstrarão os rearranjos interinstitucionais que viabilizaram o término das medidas de segurança de internação.

Tabela 10. Tempo de Internação

Período	Percentual de Casos	Total de Casos		Legenda
< 1 ano	0	0		
1 ≤ 2 anos	4%	1	♀: 0	■
			♂: 1	
2 ≤ 3 anos	36%	9	♀: 2	■
			♂: 7	
3 ≤ 4 anos	32%	8	♀: 2	■
			♂: 6	
4 ≤ 5 anos	28%	7	♀: 1	■
			♂: 6	



A Tabela 10, construída com dados coligidos dos EMPAPs e complementados com informações do SI-PEN e do acervo da 20ª DP do NUSPEN, tem como finalidade demonstrar o lapso temporal de internação que decorreu entre o início da privação de liberdade e a audiência judicial que determinou a desinternação.

Da generificação dos dados, pode-se inferir que as mulheres ficam mais tempos internadas que os homens.

É muito importante que se diga que “o tema do tempo é dos mais angustiantes para as pessoas manicomializadas, que tem seus *tempos existenciais* sequestrados pelo Estado. Inexoravelmente, os atendimentos jurídicos começam ou terminam com a questão ‘quando vou sair daqui?’”⁶¹. Não se tem um tempo de tratamento como se tem um tempo de condenação. A legislação penal trabalha com a indicação de prazo mínimo e prazo máximo. E a Lei 10.216/01, quando se refere à medida excepcional da internação (em hospital geral), trabalha com a noção de tempo necessário à contenção da crise e suficiente ao encaminhamento para cuidados comunitários, em meio livre. Observa-se, contudo:

[...] que a medida de segurança — equivocada, mas tradicionalmente — tem sido uma espécie de sanção penal que desafia a norma constitucional da vedação de penas de caráter perpétuo. E, neste sentido, o *tempo dentro dos muros do manicômio* vem carregado de uma imensa *carga de incerteza e de angústia* que aprofundam o sofrimento psíquico das pessoas manicomializadas, mais especialmente, das mulheres, *vía de regra — mais abandonadas*.⁶²

Ana Messuti⁶³ trabalha com a ideia de que haveria um tempo qualitativo (existencial) e um tempo quantitativo (social). Parte da constatação de que os muros da prisão são *uma ruptura no espaço social* e se aprofundam na produção de uma *ruptura no tempo*⁶⁴. Podemos transmutar para os muros do manicômio o mesmo raciocínio para concluir, com ela, que também a privação de liberdade sob a função declarada de tratamento, igualmente combina os dois elementos: tempo e espaço. É na intersecção deles que fica marcada uma duração de tempo *qualitativamente* distinta da que se utiliza para marcar o *tempo social*, porque o manicômio *imobiliza o tempo do tratamento compulsório*, e o afasta do tempo social que transcorre no espaço social.

É importante destacar que, dentre os casos analisados, *não há internação superior a 05 anos*.⁶⁵

Ao comparar tempo de internação com tipo penal, em apenas 03 casos deles, houve internação por tempo superior ao tempo máximo cominado em abstrato ao delito, porque, a despeito dos recursos manejados judicialmente, prevaleceu a decisão judicial (confirmada em 2º grau) que nega eficácia ao enunciado 527 do STJ (Casos 6, 8 e 15). No Rio de Janeiro, a tese do prazo máximo da medida de segurança ainda é espaço de disputa⁶⁶, uma vez que o sistema de justiça não tem respeitado o princípio da proporcionalidade que inspirou o enunciado do STJ e, via de regra, aplica a jurisprudência do STF que determina o limite máximo em 30 anos, independentemente da infração penal praticada.

61 MAGNO, Patrícia. Encarceramento Feminino: um olhar sobre mulheres e medidas de segurança. In: BERNER, Vanessa Oliveria Batista; JUCÁ, Roberta Laena Costa; MORAES, Heloisa Melino de. *Teoria Crítica, Descolonialidade e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2016. p. 126.

62 MAGNO, Patrícia. Encarceramento Feminino: um olhar sobre mulheres e medidas de segurança. In: BERNER, Vanessa Oliveria Batista; JUCÁ, Roberta Laena Costa; MORAES, Heloisa Melino de. *Teoria Crítica, Descolonialidade e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2016. p. 127.

63 MESSUTI, Ana. *O Tempo como Pena*. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e de Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31.

64 MESSUTI, Ana. *O Tempo como Pena*. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e de Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

65 É importante que se aponte que, no acervo do NUSPEN, que contém todos os homens e mulheres em cumprimento de medida de segurança, identificam-se 03 casos de homens internados há mais de 20 anos. Contudo, nenhum caso de internação que tenha extrapolado 30 anos ou o prazo máximo cominado em abstrato ao delito. Conforme se destacou na primeira parte deste artigo, a moldura se fechou na análise dos EMPAPs.

66 DEFENSORIA pede à ONU providências contra manicômios judiciais. Quarta-feira, 14 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/14/defensoria-pede-onu-providencias-contramanicomios-judiciais/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

A situação de injustiça fica mais evidente quando o tipo penal tem pena máxima baixa, como o caso 15, no qual a medida de segurança referente ao tipo penal de lesão corporal leve durou 3 anos e 4 meses, quando o máximo da pena cominada ao delito é de 01 ano.

Por outro lado, a análise dos casos de EMPAP demonstra que o tempo de internação não tem relação direta com a gravidade do fato. Esse é um *achado* que provoca encantos e desencantos. Por um lado, em caso de fatos de menor potencial ofensivo (caso 01, com CP, art. 147 c/c art. 344), verifica-se que o tempo de internação é de quase 04 anos e a pena máxima cominada aos delitos em concurso material de 04 anos e 06 meses. Mas, por outro lado, o caso 18 refere-se a um homicídio consumado e diz respeito ao menor tempo de internação (1 ano e 5 meses).

Assim, a análise qualitativa de todos os casos de EMPAP permite uma conclusão importante: o que vai determinar o tempo de internação é a articulação com a RAPS e a potência do projeto terapêutico singular e não a gravidade em abstrato do delito.

Essa conclusão, também, justifica o fenômeno observado no caso 03⁶⁷, em que o prazo mínimo estabelecido na sentença absolutória imprópria foi desconsiderado porque clinicamente se constatará a desnecessidade de internação. Nesse caso, a Lei n. 10.216/01 produziu a derrogação do Código Penal e da lei de execução penal (LEP) no que tange ao prazo mínimo da medida de segurança.

As tabelas 11 e 12 se dedicam ao aprofundamento dessa conclusão.

Tabela 11. PTS – Projeto Terapêutico Singular *versus* Contexto Familiar

Tipo de	Incidência de Casos p/ Gênero		Fato ocorrido no Contexto Familiar			Relação PTS <i>versus</i> Contexto Familiar do Fato	Percentual PTS/Casos
			S/N	N. Casos	Percentual por Gênero		
RF retorno familiar	23	♀: 3 (60%)	sim	3	60%	100%	92%
			não	0	0	0	
	♂: 20 (100%)	sim	6	30%	30%		
		não	14	70%	70%		
RT Residência Terapêutica	2	♀: 2 (40%)	sim	0	0	0	8%
			não	2	40%	100%	
		♂: 0	-	0	0	0	
Outros (moradia assistida, abrigo, unidade de acolhimento, etc)	0		-	0	0	0	0

A Tabela 11 retrata mais alguns achados que derrubam mitos. Uma narração muito disseminada tenta justificar o abandono das pessoas com transtornos mentais nos manicômios judiciários porque os fatos teriam ocorrido no seio familiar. A análise dos casos de EMPAP demonstram que 36%⁶⁸ das infrações penais tiveram essa característica.

O estudo revela, ainda, que o contexto no qual o conflito com a lei se perpetrou *não influi* na possibilidade do PTS ser de retorno familiar (RF), o que se deu em 92% dos EMPAPs, inclusive, dentre os casos de infração penal no seio familiar. Os 8%, nos quais o projeto terapêutico singular foi o de residência tera-

67 O caso 03 refere-se ao tipo de roubo.

68 A incidência se deu em 09 casos.

pêutica (RT⁶⁹), têm zero incidência de infração penal no ambiente familiar. Essa análise comparada torna a conclusão ainda mais nítida.

Por outro lado, as RTs são necessariamente manejadas em hipóteses de abandono. Assim, pode-se, por mais esse dado, concluir pelo abandono maior que sofrem as mulheres, em relação aos homens, visto que todos os casos de projetos terapêuticos singulares que demandam residência terapêutica significam 40% dentre as mulheres. Todos os 20 homens desinternados retornaram para seus lares. Apenas 60% das mulheres foram novamente acolhidas por suas famílias.

Tabela 12. RF – Análise do Envolvimento Familiar e da RAPS na Audiência de Desinternação

Gênero	Número de Casos	Comportamento de Audiência			
		da Família		da RAPS	
		Sim	Não	Sim	Não
♀	3	3	-	1	2
♂	17	13	4	10	7
Total	20	16	4	11	9
Percentual Geral		80%	20%	55%	45%

A Tabela 12 consiste num detalhamento dos casos em que o PTS consistia em retorno familiar (RF). Para se compreender o critério manejado na coleta desses dados, faz-se importante destacar que o fluxo procedimental na execução das medidas de segurança de internação culmina na audiência de desinternação realizada na Vara de Execução Penais do Estado do Rio de Janeiro, um dos poucos juízos únicos na matéria no país (se não o último).

Para o ato judicial, são intimados os seguintes atores e atrizes do sistema de justiça: membro da equipe assistente da internação (profissional de psicologia, do serviço social, da terapia ocupacional, da enfermagem do HCTP da SEAP), Defensora Pública e Promotora de Justiça, e também são intimados: os familiares do/a desinternando/a e o coordenador do CAPS (Centro de Atenção Psicossocial) do território que receberá o/a usuário/a, para a continuação do tratamento e indicado no EMPAP.

Manejando o critério da participação ou não na audiência de desinternação, se busca analisar o envolvimento da RAPS e das famílias. Conclui-se que o envolvimento foi exitoso. Em 80% dos casos, a família estava presente e, nas hipóteses em que não compareceu, havia uma justificativa plausível. Todas as famílias dos PTS de RF, após os trâmites para soltura, foram pessoalmente buscar o/a desinternado/a no HCTP, oportunidade em que subscreveram o *Termo de Responsabilidade* que fica acostado nos autos do processo.

A RAPS participou de 55% das audiências. Em todos os casos, as equipes assistentes da internação relatam articulação prévia com a rede. Contudo, entende-se que a RAPS ainda precisa ser mais envolvida nos atos do processo penal.

69 Nos moldes da Portaria do Ministério da Saúde n. 3.088, de 23 de dezembro de 2011, que institui a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), as RTs ou *serviços residenciais terapêuticos* são um dos equipamentos da rede (art. 5º, VI, “a”). O art. 11 os define da seguinte forma: “São pontos de atenção na Rede de Atenção Psicossocial nas Estratégias de Desinstitucionalização os Serviços Residenciais Terapêuticos, que são moradias inseridas na comunidade, destinadas a acolher pessoas egressas de internação de longa permanência (dois anos ou mais ininterruptos), egressas de hospitais psiquiátricos e hospitais de custódia, entre outros.”

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, estudamos o fenômeno do desencarceramento, observado no período de 2011 a 2018, em relação ao grupo de pessoas em cumprimento de medida de segurança no Estado do Rio de Janeiro. Buscamos compreender as razões que motivam e que justificam o fenômeno, à luz da Teoria Crítica dos direitos humanos e da criminologia crítica, cujo norte está insculpido no lema do Movimento Nacional da Luta Antimanicomial, qual seja: por uma sociedade sem manicômios que consiste em *luta contra a exclusão e a discriminação*.

Assim norteadas, o ponto de partida da pesquisa consiste na reivindicação de que a Lei n. 10.216/01 gera efeitos *para o* campo penal e provoca a consequente (e necessária) ressignificação da execução da medida de segurança.

No percurso, a primeira dificuldade consiste na problematização do paradigma da periculosidade que não subsiste diante da invocação do direito de igual acesso ao tratamento em saúde mental a ser destinado à pessoa com transtornos mentais que nunca entrou em conflito com a lei e àquela que foi etiquetada pelo sistema punitivo.

Considerando-se que as mudanças paradigmáticas se fazem por substituição, o novo paradigma substituto é o EMPAP: exame multiprofissional e pericial de avaliação psicossocial. Abandonou-se a lógica individualista e lombrosiana do EVCP em nome de prestigiar a lógica estrutural da atenção psicossocial, concretizada no EMPAP.

Para dar conta do desafio de substituição paradigmática dentro do processo penal, rearranjos institucionais foram necessários para concentrar energia na discussão da inoperância e superação da perícia forense que reproduz exatamente o maior nó a ser desatado, qual seja: o exame de verificação da cessação de periculosidade (EVCP). Trata-se de permanência autoritária que precisa ser enfrentada no redirecionamento do modelo de atenção psicossocial (inaugurado pela lei antimanicomial).

O exame multiprofissional e pericial de avaliação psicossocial – EMPAP nasce como ato complexo da perícia forense e da equipe assistente da internação (vide anexo I) e a perícia não mais indica se o sujeito é ou não perigoso, como se a loucura fosse um *defeito dele*. Mas sim, se a pessoa com transtornos mentais tem ou não condição clínica de ser desinternado e continuar o tratamento em meio comunitário, porque é a estrutura social que precisa se adequar para acolhê-la.

O ritmo da caminhada foi ditado pela metodologia pesquisa participante que permitiu transformar o *defensorar* em laboratório e lastreou o percurso reflexivo sobre o encontro entre direito, psiquiatria, saúde mental e assistência psicossocial que produziu interpenetração da política pública de saúde mental e seus equipamentos na *política pública criminal e penitenciária*, provocando *descontínuum* do controle formal punitivo para o controle comunitário da assistência psicossocial.

O desencarceramento estudado não se confunde com *ausência de controle da máquina biopolítica estatal*, mas se verificou que se está diante de um fenômeno de sofisticação do tipo de controle. Confirmou-se a hipótese do *descontínuum* entre o controle penal punitivo para se chegar ao controle social da assistência psicossocial não protagonizada pela psiquiatria, mas de acordo com o modelo de controle comunitário preconizado na Lei 10.216/01 nos equipamentos da rede de atenção psicossocial.

Na trajetória de desconstrução do EVCP e de construção do EMPAP, foram estudados os primeiros 25 casos de pessoas desinternadas, que ocorreram sem que um perito tenha dito que sua periculosidade foi cessada. Trata-se de amostra que permite reflexões de índole qualitativa e quantitativa, com as quais se pretende repotencializar a luta antimanicomial dentro dos muros dos manicômios judiciais.

Na análise dos dados, verifica-se que o maior desafio para o encerramento dos manicômios judiciais no Estado do Rio de Janeiro está no que se chama “porta de entrada”. Enquanto a população que cumpre me-

dida de segurança decresceu 85,95% de 2011 a 2018, a população temporária acumulou aumento de 9,65%.

Quando se tem em foco a população negra que estava nos manicômios judiciais fluminenses e foi desinternada, verificamos o que eram 85% homens negros e 15% homens brancos. Quando são as mulheres no foco da lente, as loucas são mais brancas que as demais mulheres encarceradas no Rio de Janeiro e, também, na maioria das outras cidades brasileiras.

Os dados relativos a tipos penais demonstram que as infrações penais atribuídas às pessoas com transtornos mentais não guardam correspondência com os tipos penais manejados pela seletividade penal para etiquetar as pessoas imputáveis. Desse modo, qualquer política pública para as pessoas com transtornos em conflito com a lei deve considerar que se trata de público com especificidades e que não corresponde ao padrão nacional.

Aprofundando a análise interseccional no elemento escolaridade, entendido como um dos que compõe o conteúdo da noção de classe, no universo investigado confirmou-se a tese da feminização da pobreza, também, quando o público observado é composto por mulheres em cumprimento de medida de segurança.

A despeito das medidas de segurança serem manejadas, majoritariamente, como sanções perpétuas, nossa amostragem está relacionada com os casos nos quais a potência antimanicomial da Lei n. 10.216/01 produziu a fissura da desinternação. Nesse universo, estudamos o tempo de internação e sua relação com a infração penal perpetrada. Conseguimos identificar que determinante do tempo de internação é a articulação com a RAPS e a potência do projeto terapêutico singular e não a gravidade em abstrato do delito, mesmo quando o fato se deu no seio familiar.

Portanto, os rearranjos interinstitucionais e transdisciplinares fundados a partir da interpenetração da política pública de saúde mental e seus equipamentos na política pública criminal e penitenciárias foram potentes para produzir a redução do número de pessoas em cumprimento de medida de segurança em HCTP porque o mundo jurídico passou a compreender o modo como a RAPS se articula e constrói o PTS. O projeto terapêutico é o elemento mais importante para a interação entre a política pública penitenciária para as medidas de segurança e a política pública de saúde mental do SUS. É a partir da apropriação pelo sistema de justiça do conceito da RAPS sobre território e sobre o projeto terapêutico singular que está toda a estratégia para a efetivação do descontínuo entre o controle formal punitivo para o controle social comunitário da atenção psicossocial.

REFERÊNCIAS

- AMARANTE, Paulo. *Loucos pela Vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.
- AMARANTE, Paulo. *Saúde Mental e Atenção Psicossocial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2007.
- BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- BORGES, Nadine; CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão. In: CUNHA, José Ricardo. *Direitos Humanos, Poder Judiciário e sociedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 207-247.
- BRANDÃO, Carlos Rodrigues; STRECK, Danilo Romeu (Org.). *Pesquisa Participante: o saber da partilha*.

Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – atualização JUNHO DE 2016*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/re-latorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 19 fev. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES. JUNHO DE 2014*.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Mulheres Presas - Dados Gerais: Projeto Mulheres/DEPEN. Dez/2011*.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Diretrizes do NASF: Núcleo de Apoio a Saúde da Família*. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

CAETANO, Haroldo (Coord.). *PAILI: Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator*. 3. ed. Goiânia: MP/GO, 2013.

CAETANO, Haroldo (Coord.). Reforma Psiquiátrica nas Medidas de Segurança: a experiência goiana do PAILI. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, v. 20, n. 1, p. 112-115, 2010.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. *Uma Fenda na Justiça: a Defensoria Pública e a construção de inovações democráticas*. São Paulo: Hucitec, 2010.

CARRARA, Sergio. *Crime e Loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Santa Catarina: Empório do Direito, 2015.

COHEN, Stanley. *Visões del control social*. Barcelona: Edita PPU, 1988.

DAVIS, Angela. *Mulheres, Raça e Classe*. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEFENSORIA pede à ONU providências contra manicômios judiciais. Quarta-feira, 14 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/14/defensoria-pede-onu-providencias-contramanicomios-judiciais/>>. Acesso em: 20 fev.2018.

DELGADO, Pedro Gabriel. *As Razões da Tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil*. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.

DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Universidade de Brasília, 2013.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo Negro Caído no Chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro*. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, ano 6, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, ano 10, 2016.

- FOUCAULT, Michel. *História da Loucura: na idade clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: WMF M. Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz & Terra, 2011.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. São Paulo: Paz & Terra, 2011.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. São Paulo: Paz & Terra, 2011.
- GABARRÓN, Luis; HERNANDEZ LANDA, Libertad. O que é a pesquisa participante? In: BRANDÃO, Carlos Rodrigues; STRECK, Danilo Romeu (Org.). *Pesquisa Participante: o saber da partilha*. Aparecida: Ideias e Letras, 2006. p. 93-121.
- GALEANO, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. Tradução Galeano de Freitas. 35. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e redes de Mobilizações Cívicas no Brasil Contemporâneo*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A Reinvenção dos Direitos Humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparcido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- HOLLOWAY, John. *Fissurar o Capitalismo*. Traduzido por Daniel Cunha. São Paulo: Publisher Brasil, 2013.
- JOSÉ, Caio Jesus Granduque. Defensorar em Tempos de Exceção ANADEP. Livro Práticas e Teses Exitosas. In: CONGRESSO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS, 13., 2017. Tema: *Defensoria Pública em defesa dos grupos em situação de vulnerabilidade*. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Congresso_2017.pdf>. Acesso em: 20 fev.2018.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. *Los Cantiverios de las Mujeres: madresposas, putas, monjas, presas y locas*. 4. ed. Mexico, DF: UNAM, 2005.
- MAGNO, Patricia. Autonomia da Defensoria Pública: uma análise à luz da teoria crítica dos direitos humanos e de Resoluções da OEA. In: BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; ROCHA, Bheron; MAIA, Maurilio Casas. *Autonomia e Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais*. São Paulo: Juspodvim, 2018. p. 145-174.
- MAGNO, Patricia. E assim morre o exame de cessação de periculosidade. ANADEP. Livro Práticas e Teses Exitosas. In: CONGRESSO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. 13., 2017. Tema: *Defensoria Pública em defesa dos grupos em situação de vulnerabilidade*. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/>

Livro_Congresso_2017.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018. p. 389-402.

MAGNO, Patricia. Encarceramento Feminino: um olhar sobre mulheres e medidas de segurança. In: BERNER, Vanessa Oliveria Batista; JUCÁ, Roberta Laena Costa; MORAES, Heloisa Melino de. *Teoria Crítica, Descolonialidade e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2016. p. 115-155.

MAGNO, Patricia. Loucura, Crime e Gênero no encarceramento feminino: o papel das Defensorias Públicas. 13º Mundo de Mulheres/. In: CONGRESSO FAZENDO GÊNERO, 11. *Anais eletrônicos*. Disponível em: <http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1498700716_ARQUIVO_Loucura_crime_genero-no-encarceramentofeminino_papeldasDPs_v.final.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

MAGNO, Patricia; FRANCO, Glauce. *I Relatório Nacional de Atuação em Prol de Pessoas e/ou Grupos em Condição de Vulnerabilidade*. Brasília: Forum Justiça e ANADEP, 2015.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MESSUTI, Ana. *O Tempo como Pena*. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e de Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

SANTOS, Boaventura Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 65, p. 3-76, maio 2003.

SEQUEIRA, Silvia Maria de. *Atendimento da pessoa em cumprimento de medida de segurança em conjunto com a equipe multidisciplinar do Hospital Psiquiátrico Penal*. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/pratica_exitosa?id=13393>. Acesso em: 19 fev. 2018.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

SZASZ, Thomas. *A Fabricação da Loucura: um estudo comparativo entre a inquisição e o movimento de saúde mental*. Tradução de Dante Moreira Leite. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

SZASZ, Thomas. *O Mito da Doença Mental: fundamentos de uma teoria da conduta pessoal*. Tradução de Irley Franco e Carlos Roberto Oliveira. 2. ed. São Paulo: Linoart, 1974.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. *Reforma Psiquiátrica, tempos sombrios e resistência: diálogos com o marxismo e o serviço social*. Campinas: Papel Social, 2016.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

YASYUI, Silvio. *Rupturas e Encontros: desafios da reforma psiquiátrica brasileira*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ANEXO I

SUBSECRETARIA ADJUNTA DE TRATAMENTO PENITENCIÁRIO
INSTITUTO DE PERÍCIAS HEITOR CARRILHO

Ofício n. ____/____ Rio de Janeiro, (data).

De: Diretor do Instituto de Perícias Heitor Carrilho da Subsecretaria Adjunta de Tratamento Penitenciário da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP/HH

Para: Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara de Execução Penal do Estado do Rio de Janeiro

Assunto: Encaminhamento de Exame Multiprofissional e Pericial de Avaliação Psicossocial – EMPAP n. _____

Ref.: (n. processo VEP)

Prezado Senhor,

Cumprimentando-o, honradamente, sirvo-me do presente para encaminhar Exame Multiprofissional e Pericial de Avaliação Psicossocial – EMPAP – registrado neste Instituto de Perícias sob o n. _____, referente ao paciente (_____ NOME COMPLETO _____), RG (_____ anotar o RG _____), em cumprimento de medida de segurança de internação nos autos do processo acima indicado.

Renovo meus protestos de elevada estima e consideração,

(direção da SEAP-HH)

Parte I – Exame Pericial de Avaliação Psicossocial

Identificação:

Nome:

Data de nascimento:

Nome dos pais:

Naturalidade: Estado civil:

Escolaridade:

Profissão:

Raça cfe. GRP:

Raça declarada:

Religião: (é livre para declarar ou não)

Gênero e Orientação Sexual: (é livre para declarar ou não) – cfe. Resolução SEAP n. 558 – em caso de NOME SOCIAL no SIPEN, incluir.

Residência:

Histórico:

Delito(s):

Versão do periciado sobre o delito:

Hipótese diagnóstica no laudo de sanidade mental: (buscar no laudo e transcrever)

Conclusão do laudo de sanidade mental: (buscar no laudo e transcrever)

Em existindo exame pericial anterior, indicar respectivo tipo de exame e suas respectivas hipótese diagnóstica e conclusão.

Internação psiquiátrica e/ou tratamento psiquiátrico anterior ao delito: SIM NÃO (especificar)

História de abuso de álcool e drogas ilícitas: SIM NÃO (especificar)

Estado atual:

Estado psíquico atual: Especificar

Consciência da morbidade: Especificar

Consciência da necessidade de continuar o tratamento: Especificar e demonstrar como foi o tratamento a ele dispensado e o que está sendo empregue para despertar o desejo de se tratar.

Exame psíquico e sumula psicopatológica:

Hipótese Diagnóstica atual:

Conclusão:

A presente avaliação conclui que o periciado reúne condições clínicas satisfatórias e poderá dar continuidade ao projeto terapêutico no que se refere a benefícios sociais e demais necessidades familiares, tratamento psicológico e psiquiátrico em regime ambulatorial, que deverá ser feito no ... /

A presente avaliação conclui que o periciado deverá permanecer internado, até nova avaliação, sugerida ao fim de 90 dias a partir da data deste exame.

Perito Habilitado

Parte II – Exame Multiprofissional de Avaliação Psicossocial

Identificação:

Nome:

Data de nascimento:

Nome dos pais:

Naturalidade:

Estado civil:

Escolaridade:

Profissão:

Residência:

Território:

Serviço de Saúde Mental/CAPS: (indicar exatamente qual o serviço, endereço completo e telefone. Indicar o técnico de referência ou o coordenador do serviço.)

Histórico:

Proveniente da(s) unidade(s): indicar o trânsito da pessoa dentro do sistema penitenciário

Sanção penal instituída: (especificar a natureza da sanção penal: se PPL ou se MS ou se pena convertida em MS)

Sanção penal anterior: SIM NÃO (especificar qual tipo)

Tempo de duração da privação de liberdade desde a captura pelo sistema de justiça penal, especificando a data de entrada na unidade atual

Delito(s):

Internação psiquiátrica e/ou tratamento psiquiátrico anterior ao delito: SIM NÃO (especificar)

História de abuso de álcool e drogas ilícitas: SIM NÃO (especificar)

Estado atual:

Estado psíquico inicial:

Terapêutica instituída: (medicação, oficinas, atendimento, saídas terapêuticas, visita da rede de saúde...)

Especificar

Estado psíquico atual: Especificar

Laços familiares, afetivos e comunitários (Esclarecer a situação familiar com nome, endereço, telefone, vínculo de parentesco, se tem filhos ou não; qual a rede sócioafetiva para além da família)

Aderência ao tratamento: (Observar que não é apenas aderência à medicação e Especificar)

Consciência da morbidade: Especificar

Consciência da necessidade de continuar o tratamento: Especificar e demonstrar como foi o tratamento a ele dispensado e o que está sendo empregue para despertar o desejo de se tratar.

Projeto terapêutico em andamento: Especificar (Renda, moradia, documentação)

Conclusão:

A presente avaliação conclui que o usuário/paciente reúne condições clínicas satisfatórias e poderá dar continuidade ao projeto terapêutico no que se refere a benefícios sociais e demais necessidades familiares, tratamento psicológico e psiquiátrico em regime ambulatorial, que deverá ser feito no ...

/

A presente avaliação conclui que o usuário/paciente deverá permanecer internado, até nova avaliação, sugerida ao fim de 90 dias a partir da data deste exame.

Equipe Assistente

ANEXO II

Legenda:

♀	Mulheres
♂	Homens
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça
EMPAP	exame multiprofissional e pericial de avaliação psicossocial
EVCP	exame de verificação da cessação da periculosidade
FAC	folha de antecedentes criminais
HCTP	Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico
LEP	Lei de execução penal
MNLA	Movimento Nacional da Luta Antimanicomial
MS	Medida de Segurança
NUSPEN	Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
PTS	Projeto Terapêutico Singular
RAPS	Rede de atenção psicossocial
RF	Retorno familiar
RT	Residência Terapêutica ou Serviço Residencial Terapêutico
SEAP	Secretaria de Estado e Administração Penitenciária
SEAP-RM	Hospital Penal Psiquiátrico Roberto Medeiros
SEAP-HH	Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Heitor Carrilho
SEAP-HR	Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Henrique Roxo
SEI	Sistema Estadual de Identificação
SIPEN	Banco de dados público de acesso restrito controlado pela Secretaria de Estado e Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Penas alternativas para
pequenos traficantes:**

os argumentos do TJSP
na engrenagem do
superencarceramento

**Non-custodial sentences
for small drug dealers:** the
arguments of São Paulo appeal
court in the mass incarceration's
machinery

Maíra Rocha Machado

Matheus de Barros

Olívia Landi Corrales Guaranha

Julia Adib Passos

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento*

Non-custodial sentences for small drug dealers: the arguments of São Paulo appeal court in the mass incarceration's machinery

Maíra Rocha Machado**

Matheus de Barros***

Olívia Landi Corrales Guaranha****

Julia Adib Passos*****

* Artigo convidado

Esse artigo apresenta resultados parciais de pesquisa desenvolvida em 2017 pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP. Agradecemos imensamente a leitura, os comentários, sugestões e críticas de todas as pessoas que participaram da reunião do Núcleo que debateu o presente texto, em especial: Marta Machado, Eloisa Machado, Carmen Fullin, Poliana da Silva Ferreira, Konstantin Gerber, Jeferson Mariano, Carolina Cutrupi Ferreira, Luciana de Oliveira Ramos, Mariana de Souza Amaral, Nikolay Henrique Bispo, Nicola Tommasini, Amanda da Mata, Ana Mello Cortês, Hilem Oliveira, Lucas Aquino e Theófilo Miguel de Aquino.

** Professora da Graduação e do Mestrado em Direito e Desenvolvimento da FGV Direito SP. Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena. Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). E-mail: Maira.Machado@fgv.br

*** Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Graduado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). E-mail: k.matheusdebarros@gmail.com

**** Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Foi estagiária pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP, durante o ano de 2017. E-mail: oliguaranha@gmail.com

***** Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi estagiária pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP, durante o ano de 2017. E-mail: juliapassos90@hotmail.com

RESUMO

Este texto apresenta os resultados de pesquisa sobre os argumentos mobilizados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para decidir as penas aplicadas aos chamados “pequenos traficantes”. Ao focalizar os processos decisórios e suas motivações, essa pesquisa aposta para o papel crucial que desempenha o poder judiciário para a produção de diagnósticos sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal e, a partir deles, para a elaboração de políticas públicas voltadas a conter o superencarceramento. O método de coleta e análise de dados permitiu a identificação e organização dos argumentos mais frequentes em 266 acórdãos, bem como contribuiu para desvendar o modo como o Tribunal posicionou-se diante das mudanças jurisprudenciais e normativas da última década. Esses dados foram então discutidos à luz das chaves de análise propostas por Dan Kaminski, em especial no tocante às tensões entre as normatividades institucionais, organizacionais e profissionais nas práticas penais. Com base nesse método de trabalho, foi possível observar de que modo o Tribunal reage aos precedentes aos precedentes do Supremo Tribunal Federal e expande seu arsenal argumentativo para negar a substituição das penas prisionais por restritivas de direitos. Destacaram-se, nesse ponto, as teias argumentativas relacionadas à percepção dos magistrados sobre o tráfico de drogas e sobre a insuficiência das penas alternativas.

Palavras-chave: Tráfico privilegiado. Tráfico de drogas. Penas alternativas à prisão. Pesquisa empírica. Motivação das decisões judiciais

ABSTRACT

This paper presents the result of an empirical research on judicial decisions (São Paulo Appeal Court) concerning convictions of the so-called “small drug dealers”. Focusing on judicial decisions and their motivations, this research emphasizes the crucial role played by the Judiciary in a solid understanding of how the criminal justice system is actually functioning

and, therefore, in the design of public policies to overcome mass incarceration. Sampling strategies granted access to 266 decisions in the period of ten years and allowed inferences concerning the most frequent motives to deny non-custodial sentences in these cases. The result of the categorization of the motives were then challenged by the theoretical framework conceived by Dan Kaminsky, in particular the tensions among institutional, organizational and professional normativity in penal practice. The paper finally shows how São Paulo Appeal Court deals with Supreme Court decisions and expands substantively the number and type of motives used to deny non-custodial sentences to “small drug dealers”.

Keywords: Small drug dealers. Alternatives to incarceration. Empirical research. Judicial decision making.

1. INTRODUÇÃO

Os últimos dados disponibilizados pelo Infopen, referentes a junho de 2016, indicam que o total de pessoas encarceradas no Brasil alcançou 726.712, colocando nosso país em terceiro lugar no ranking dos países que mais encarceram no mundo¹. Só metade tem vaga no sistema penitenciário. De acordo com o levantamento, nossa assim chamada “transição democrática” coincidiu com o aumento de mais 700% na população prisional. A participação de São Paulo nesse quadro é digna de nota: o Estado responde por 33% da população carcerária do país, alcançando a taxa de aprisionamento de 536,5 — muito acima da nacional de 352,6. Em relação a esse total, os dados indicam que ao menos 28% estão presas por tráfico de drogas. Na distribuição por gênero, importante notar que, entre as mulheres, esse percentual sobe para 62%.

Ainda que alarmantes, os números não permitem acessar as condições de vida em prisão, tampouco as implicações presentes e futuras para a pessoa condenada, sua família e comunidade. Nos últimos anos, temos a impressão que as inúmeras pesquisas e denúncias produzidas por organizações não governamentais e pela academia começam a ecoar mais fortemente em discursos de alguns parlamentares e membros do poder executivo, em algumas decisões judiciais e relatórios de gestão. O superencarceramento brasileiro começa a ser percebido como um problema grave para o qual se demanda “sensibilidade legislativa”, “motivação política”, “atuação coordenada”, além de “integração num conjunto mais amplo de políticas públicas e sociais”.²

Aqui e em diversos outros países, o problema do superencarceramento encontra-se diretamente ligado à política de drogas. Pesquisas de diversos tipos têm colocado em relevo o modo como a sistemática das abordagens policiais e dos flagrantes, a baixa exigência probatória das condenações e os aumentos de pena têm contribuído para o aumento vertiginoso da população prisional.

Esta pesquisa se insere nesse quadro e busca, muito especificamente, identificar o modo como o Tribunal de Justiça de São Paulo decide e justifica a pena aplicada aos “pequenos traficantes”. A escolha dessa modalidade típica deve-se, como se verá a seguir, à disputa legislativa e jurisprudencial ao redor da possibilidade de aplicar penas alternativas à prisão às pessoas condenadas por tráfico privilegiado. Ao focalizar os processos decisórios e suas motivações, apostamos no papel crucial que desempenha o poder judiciário para a produção de diagnósticos sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal e, a partir deles, para a elaboração

1 Todos os dados referentes à situação prisional foram extraídos do *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização Junho de 2016*.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização Junho de 2016*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

2 As primeiras expressões constam no voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF 347 que declarou o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, embora não tenha extraído consequências substantivas de tal declaração. A última formulação aparece no documento “Modelo de Gestão para a Política Prisional”. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Modelo de gestão para a política prisional*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgpc/copy_of_ModelodeGestao_documentofinal.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

de políticas públicas voltadas a conter o superencarceramento e a induzir mudanças profundas no modo como lidamos com situações consideradas problemáticas.

Nosso problema de pesquisa começa com a Lei 11.343/2006 (em diante Lei de Drogas) que, entre diversas alterações para o quadro normativo brasileiro, criou uma causa de diminuição de pena para o crime de tráfico. Até então, uma pessoa condenada por tráfico receberia uma pena de 3 a 15 anos, quaisquer que fossem as circunstâncias do crime ou da pessoa. Com a nova lei, a pena mínima do tráfico foi elevada para 5 anos e acrescentada a possibilidade de redução de 1/6 a 2/3 quando a pessoa condenada for “primária”, de “bons antecedentes”, que “não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa” (art. 33, § 4o da Lei de Drogas). A figura passou a ser conhecida como “tráfico privilegiado” ou “pequeno traficante”. Isso significa que, nessas circunstâncias, a pena mínima de tráfico, elevada em 2006 para 5 anos de reclusão, poderá ser reduzida para um montante entre 1 ano e 8 meses (em caso de redução máxima de 2/3) e 4 anos e 2 meses (no caso de redução mínima de 1/6). Ao prever a redução, a lei também proibiu expressamente a conversão da pena de prisão em restritiva de direitos — o que seria possível diante dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, quando a redução não se der no mínimo (1/6): pena aplicada não superior a 4 anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e, a ser avaliada no caso concreto, a “suficiência” da substituição mediante exame sobre a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime.

A proibição de substituição das penas de reclusão por tráfico privilegiado em penas restritivas de direitos foi questionada no Supremo Tribunal Federal que, em 01.09.2010, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação (HC 97.256/RS)³. E, tal como determina o art. 52, X da Constituição Federal, diante da declaração de inconstitucionalidade, o Senado Federal emitiu a Resolução no 5 em 15.02.2012, suspendendo os efeitos da expressão “vedada a conversão em restritivas de direitos” do art. 33, § 4º. Em outras palavras, buscando-se a Lei de Drogas no site do Planalto, a expressão declarada inconstitucional encontra-se tachada: a proibição de substituição da pena de prisão por pena restritiva de direito não integra mais o ordenamento jurídico⁴.

Mas e os tribunais? Como receberam e se posicionaram diante dessas alterações jurisprudenciais e normativas? É possível observar que, desde 2012, quando o Senado suspendeu os efeitos da proibição, tribunais estaduais continuaram a não conceder a substituição, pelos mais diversos motivos. A identificar e a sistematizar esses motivos que se dedica este trabalho, em particular, no Tribunal de Justiça de São Paulo⁵. O envio à prisão de pessoas condenadas por tráfico — primárias, de bons antecedentes etc. — a penas inferiores a 4 anos continua ocorrendo, em que pese a decisão do STF e a resolução do Senado. Essa constatação empírica funciona, para os propósitos desse texto, como ponto de partida e não de chegada. Compartilhamos aqui de um modo de observar o funcionamento do sistema de justiça criminal que percebe a lei penal como um instrumento, entre outros, que pode orientar a ação judiciária, mas não pode determiná-la.

Como se verá a seguir, na seção dedicada à descrição do desenho da pesquisa, importa-nos menos apontar ou denunciar a cisão entre a lei e a atividade jurisdicional e mais compreender o modo como a lei e outros fatores são mobilizados no processo decisório. Para tanto, desenhemos uma estratégia de coleta e análise de acórdãos do TJSP que nos permitisse acesso às justificativas utilizadas em diferentes momentos do percurso

3 A inconstitucionalidade foi declarada por seis votos contra quatro. O bloco vencedor foi composto por Ayres Britto, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Celso de Mello. O bloco derrotado foi composto por Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio. HC 97256, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010 e publicado em 15/12/2010.

4 Como veremos a seguir, a proibição da conversão estava originalmente prevista em dois artigos da Lei de Drogas - o art. 33, § 4º e o art. 44. Ambos dispositivos foram expressamente indicados na declaração de inconstitucionalidade. No entanto, a resolução do Senado mencionou apenas o art. 33 § 4º, gerando, para alguns, dúvidas sobre a vigência do art. 44.

5 Apesar do foco no TJSP, buscamos saber como outros tribunais estaduais lidaram com essas alterações. Em breve levantamento nos respectivos sites, encontramos argumentos semelhantes aos coletados em São Paulo, o que nos sugere a pertinência de replicar pesquisas desse tipo em outros tribunais.

de criação e recriação (legislativa e judicial) da possibilidade de aplicação de penas alternativas aos pequenos traficantes (2.1). Elegemos, também, um quadro teórico que favoreça a observação das tensões que se estabelecem entre os diferentes fatores mobilizados pelos atores jurisdicionais no processo decisório e, ao mesmo tempo, valorize nosso material empírico: os argumentos utilizados pelo TJSP (2.2.). Em seguida, apresentamos os resultados da análise sob a forma de uma tipologia dos argumentos utilizados tanto para negar a substituição por penas restritivas de direitos, muito mais frequente em nosso material empírico, quanto para conceder (3.1 e 3.2.). Encerramos essa seção apresentando um balanço da argumentação do TJSP à luz do quadro teórico que escolhemos trabalhar aqui (3.3.). Por fim, formulamos algumas hipóteses explicativas e algumas questões para novas pesquisas (4.)

2. O “MÉTODO DE TRABALHO”

O criminólogo belga Dan Kaminski, em seu belo livro *Condenar: uma análise das práticas penais*, ao descrever o alcance crítico de seu trabalho, chama nossa atenção para os benefícios teóricos, empíricos e mesmo políticos de se tomar distância do que ele denomina “sociologia do descompasso” (*sociologie de l'écart*, no original). De acordo com o autor,

[e]xilando-se sobre os comportamentos problemáticos — desviantes — dos policiais, dos juízes ou dos administradores, a crítica ‘clássica’ focaliza-se, de um lado, sobre os descompassos entre a lei e as práticas e, de outro, entre as práticas e os discursos. A observação desses dois tipos de descompassos [...] cai na gaiola da racionalidade jurídica ao não reconhecer a autonomia dos objetos sobre os quais recai a observação.⁶ (Tradução nossa)

Essa passagem, que sintetiza dezenas de páginas de cuidadosa elaboração teórica e ilustrações, oferece um tipo de abordagem para nos lançarmos sobre a observação do sistema de justiça criminal e também nos faz um convite. Um convite particularmente difícil de aceitar quando nos deixamos afetar, de modo profundo, pelos níveis insuportáveis de violência praticados pelo sistema de justiça criminal brasileiro. Trata-se de um convite a resistir ao desejo de conduzir uma pesquisa para avaliar, negativamente, a atuação dos tribunais e para dizer como eles deveriam decidir. O que não significa dizer que essas tarefas não tenham que ser realizadas, e com urgência, pela esfera pública (especializada ou não no direito). Mas significa dizer que a presente pesquisa não foi concebida e desenvolvida com essa finalidade. O objetivo aqui é contribuir com uma agenda de pesquisa que pretende desvendar o papel do direito (normas jurídicas, processos decisórios e arranjos institucionais) em uma das faces mais perversas e visíveis da atuação do sistema de justiça criminal brasileiro: o superencarceramento.

Aceito o convite, como é o caso aqui, importa-nos extrair as implicações desse esforço de não cair na gaiola da racionalidade jurídica, tampouco da “sociologia do descompasso”. Nesse ponto, o autor oferece todo um arsenal de ferramentas para observar o sistema de justiça criminal resistindo aos enfoques avaliativos e normativos que costumam indicar que as decisões são disfuncionais, que a lei não está sendo aplicada como deveria, que as justificativas são insuficientes, e assim por diante. Foge aos propósitos desse texto apresentar, sistematicamente, o modo como compreendemos esse arsenal, mas, ainda assim, importa-nos destacar alguns de seus componentes que serão mobilizadas como chaves de análise nessa pesquisa. É o que faremos na próxima subseção. Antes, contudo, apresentaremos os objetivos específicos da pesquisa e o modo como ela foi concebida, construída e desenvolvida. Juntas, as duas subseções apresentam o “método de trabalho” adotado nessa pesquisa, expressão utilizada por Quivy e Campenhoudt para se referir não a uma “simples soma de técnicas”, mas ao “percurso global” de uma pesquisa “que exige ser reinventado a cada trabalho”.⁷

6 Todas as citações ao livro foram traduzidas livremente ao português. KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 27.

7 ¹² QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. *Manual de investigação em ciências sociais*. Tradução de João Marques. Lisboa:

2.1. O desenho da pesquisa empírica: métodos de coleta e análise dos dados

Há inúmeras portas de entrada para uma pesquisa que busque desvendar o papel do direito (e não da política, dos meios de comunicação etc.) na engrenagem do superencarceramento brasileiro. Uma delas, que privilegiamos aqui, diz respeito aos arranjos normativos e jurisdicionais que bloqueiam a utilização de sanções não prisionais (ou privilegiam, fortemente, a pena privativa de liberdade, o que dá na mesma).

Esses arranjos podem ser observados a partir de diversas modalidades de normas de comportamento (crimes) ou, ainda, de normas de sanção específicas. Aqui, selecionamos uma norma de sanção (uma causa de diminuição de pena) incidente sobre o tráfico de drogas que, como mencionamos na introdução, integra o conjunto de crimes pelos quais responde uma parcela muito significativa da população prisional brasileira. Diante desse objetivo geral, estabelecemos como objetivo específico sistematizar os argumentos utilizados pelo TJSP em decisões condenatórias por tráfico de drogas em que se discutiu tanto a redução da pena quanto sua substituição por penas restritivas de direitos.

Interessava-nos, particularmente, os casos em que o tribunal considerou adequada a diminuição da pena por julgar tratar-se de “tráfico privilegiado” mas, ainda assim, não permitiu a substituição.⁸ Em face disso, perguntávamos: quais os motivos mobilizados para bloquear o uso de uma sanção não prisional a uma pessoa primária, considerada “de bons antecedentes, [que] não se dedique “a atividades criminosas nem integre organização criminosa” (art. 44, § 4º) e condenada a uma pena de prisão inferior a 4 anos? E, particularmente: esses motivos se alteraram no decorrer das sucessivas modificações jurisdicionais (declaração de inconstitucionalidade) e legislativas (suspensão dos efeitos da vedação) que o dispositivo normativo sofreu desde a entrada em vigor da lei?

Ao formularmos a pergunta dessa maneira, a primeira grande característica de nosso método de trabalho já se definia: perguntar sobre motivação é favorecer as letras (o qualitativo) em detrimento dos números (o quantitativo)⁹. Resistimos, portanto, à tentação (forte) de realizar uma pesquisa para descobrir o percentual de decisões que determina a substituição da pena de prisão por restritivas de direitos aos pequenos traficantes. Quantificar os resultados das decisões e a frequência dos argumentos exigiria a construção de uma amostra muito diferente da que fizemos aqui. Mas isso não significa que não possamos, com a nossa amostra, nos pronunciar sobre o uso intenso ou pontual de determinados argumentos, ou ainda, falar em termos de “ordem de grandeza” sobre as decisões tomadas pelo tribunal.¹⁰

Tal como formulada a pergunta de pesquisa, seria possível eleger, como suporte de nossa observação empírica, diferentes documentos produzidos no decorrer do percurso jurisdicional: sentenças, acórdãos de segunda instância ou dos tribunais superiores. A escolha pelo TJSP ocorreu por diversas razões. Em primeiro lugar, a pergunta de pesquisa convida a observar um período de tempo mais extenso, apto a cobrir o período de disputa entre Legislativo e Judiciário sobre a proibição de penas alternativas ao pequeno traficante. Diante disso, as sentenças condenatórias — que seriam, ao menos em tese, o material mais rico para análise de motivação em matéria de determinação de pena — foram descartadas diante da dificuldade de acesso aos bancos de dados de primeira instância¹¹. Em segundo lugar, a pergunta de pesquisa, ao lançar-se a rea-

Gradivas, 1992. p. 13.

8 ¹³ Por razões de espaço e tempo, deixaremos para um segundo artigo a apresentação dos resultados referentes aos motivos mobilizados pelo tribunal para aplicar ou não a causa de diminuição. Há uma discussão que nos interessa particularmente nesse material que diz respeito ao modo como o tribunal justifica a escolha da quantidade de redução (entre 1/6 e 2/3) que merece ser tratada em texto próprio.

9 Sobre essa distinção, ver PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211.

10 A “pesquisa qualitativa não pode [...] descrever quantitativamente um fenômeno [...]”, o que “não quer dizer que o pesquisador qualitativo não pode estimar, qualitativamente, ordens de grandeza, de intensidade, de distribuição, de tipicidade, etc.”. PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211. p. 191.

11 Não conhecemos pesquisas que tenham sistematizado, no contexto nacional, as possibilidades e os percalços do acesso aos

lizar um mapeamento de argumentos, convida a utilizar estratégias amostrais que envolvem a diversificação interna de casos, no interior de um grupo específico, conforme detalharemos a seguir. Diante disso, o mais interessante para os nossos propósitos seria a escolha de um único tribunal. Ainda assim, um dos TRFs, o STJ e o próprio STF (em face das divergências entre as turmas antes da declaração de inconstitucionalidade) também poderiam fornecer material empírico de grande interesse para responder à pergunta de pesquisa. Em terceiro lugar, pareceu-nos relevante eleger o TJSP para seguirmos explorando a hipótese, já lançada em outras pesquisas, de que esse tribunal exerce papel relevante nos processos decisórios geradores do superencarceramento e de outras perversidades e violências do nosso sistema de justiça¹².

Essas razões, ao final, preponderaram sobre a baixíssima qualidade do motor de busca do TJSP, as incertezas sobre os processos de alimentação do banco, os resultados conflitantes que alcançamos em algumas situações por intermédio das mesmas palavras-chave, entre outros fatores, digamos “operacionais”, que fazem da pesquisa de jurisprudência no site do TJSP uma tarefa que exige muito mais tempo — e paciência — do que a pesquisa jurisprudencial realizada em outros tribunais.

Com a pergunta de pesquisa e a definição de nosso material empírico (as decisões do TJSP), passamos ao que consideramos ser a parte mais difícil e delicada desse tipo de pesquisa: a construção da amostra.

2.1.1. Quantos e quais acórdãos? A construção da amostra

Apresentamos a seguir o modo como selecionamos os 266 acórdãos que compuseram o corpo empírico dessa pesquisa¹³. Partimos de nossa pergunta para identificar quais as palavras-chave deveríamos utilizar no motor de busca do TJSP. Após uma série de testes, selecionamos: “tráfico de drogas”, “causa de diminuição de pena” e “restritivas de direitos”. Essas palavras ainda nos davam acesso a um número imenso de casos.¹⁴

Como segundo passo, buscamos definir um critério temporal. Diante de nosso interesse por observar o impacto da disputa entre o Legislativo e o Judiciário, sabíamos, de saída, que nossa amostra precisaria alcançar (i) período anterior à decisão do STF; (ii) período posterior a essa decisão, mas anterior à Resolução do Senado; (iii) período posterior à Resolução. Estudar todo o período de vigência da Lei ou, ao menos, desde período anterior à decisão do STF até o ano de 2017 quando realizamos a pesquisa, pareceu-nos impraticável, diante não somente do volume de decisões, mas também dos limites de tempo e recursos humanos que tínhamos.

Se nosso interesse estava nos argumentos mobilizados pelo tribunal, consideramos que a variável “época do ano” em que o julgamento foi realizado seria neutra, isto é, não tínhamos razão para acreditar que o tribunal motiva diferentemente suas decisões em fevereiro ou outubro. Consideramos também que doze meses constituíram tempo suficiente para presumirmos que uma determinada alteração legislativa ou jurisprudencial pudesse ser internalizada, por assim dizer, nos processos decisórios do TJSP. Desse modo, definimos o mês de setembro de 2011 (um ano após a decisão do STF) e de 2009 (um ano antes dessa decisão), como meses de referência para a coleta das amostras referentes aos dois primeiros períodos. Para o terceiro período, mantivemos o mês de setembro, mas de 2013, portanto, um ano e alguns meses após a Resolução do Senado. Para que tivéssemos também acesso aos argumentos utilizados mais recentemente, inserimos

bancos eletrônicos de sentença. De todo modo, em São Paulo, o início da alimentação do banco de sentenças ocorreu apenas em 2015, o que impossibilita a pesquisa no marco temporal proposto aqui.

12 Ver, por exemplo, os resultados das pesquisas sobre a atuação do TJSP nos processos criminais sobre o Massacre do Carandiru, nas ações de indenização dos familiares das vítimas e, ainda, no julgamento de recursos em ações civis públicas relacionadas à superpopulação dos presídios paulistas. MACHADO, Maira Rocha; MACHADO, Marta (Org.). *Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre*. São Paulo: Acadêmica Livre, 2015.

13 Por razões de espaço — e apesar de nos parecer valioso para pesquisas futuras sobre o TJSP —, deixamos de relatar as idas e vindas, os ajustes e as correções que fizemos ao longo do processo de construção da amostra.

14 Apenas para ilustrar, acionamos o motor de busca no decorrer da finalização deste artigo e, com as três palavras-chave selecionadas, entre aspas, e sem restrição temporal, retornaram quase trinta mil resultados.

uma quarta amostra (iv) no último mês da etapa de coleta da pesquisa que correspondeu a maio de 2017. Essa última amostra nos deu acesso, também, aos argumentos utilizados pelo TJSP após a decisão do STF que afasta o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado (HC 118.533/MS)¹⁵ e gera o cancelamento da Súmula 512 do STJ — aprovada em junho de 2014 — que previa, justamente, que a causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º “não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

O número de resultados que retornaram, com as mesmas palavras-chave, nos meses de referência, aumentou, vertiginosamente, nos períodos referentes às amostras 3 e 4. Em razão da ausência de informações disponibilizadas pelo TJSP sobre seu próprio banco, não sabemos dizer se isso se deve ao aumento do número de recursos ao tribunal versando sobre essa questão ou a modificações na forma de alimentação do banco, ou a ambos. Desse modo, optamos por considerar todos os acórdãos encontrados no período correspondente às amostras 1 e 2 e, no tocante às amostras 3 e 4, utilizamos o princípio da diversificação interna (intragrupo) para orientar a seleção de casos em cada um dos meses de referência.

De acordo com Pires, o princípio da diversificação constitui o principal critério de seleção de amostras qualitativas envolvendo casos múltiplos. O objetivo aqui é fornecer

[...] o **panorama mais completo possível** dos problemas ou situações, uma **visão de conjunto**, ou ainda um **retrato global** de um problema de pesquisa. Daí, portanto, a ideia de diversificar os casos, de modo a incluir a maior variedade possível, independentemente de sua frequência estatística.¹⁶

Na formulação de Pires, esse princípio pode assumir duas formas: a diversificação externa ou a diversificação interna. Ilustrando essas possibilidades a partir de nosso problema de pesquisa, é possível dizer que, se adotássemos a diversificação externa, comporíamos uma amostra envolvendo diferentes tribunais estaduais e federais, para produzir um retrato global dos argumentos utilizados, por esses diferentes grupos, no tocante a nossa questão. Tratar-se-ia, neste artigo, de fornecer um retrato global de um grupo heterogêneo que, ademais, favorece o contraste ou a comparação entre os argumentos utilizados pelos diferentes grupos.

Em razão de nosso interesse pelo TJSP, explicitado acima, optamos por adotar o critério da diversificação interna, promovendo, assim, “um estudo em profundidade de um grupo restrito” (o TJSP). Ao utilizar esse critério, parte-se de um grupo homogêneo (apenas acórdãos do TJSP) para, em seguida, selecionar os casos mais diversos em seu interior “a fim de maximizar a análise extensiva do grupo escolhido”¹⁷.

Como nossa pesquisa recai sobre os argumentos mobilizados pelo TJSP, consideramos que a variável específica mais relevante para diversificar internamente nossa amostra é, justamente, a relatoria do acórdão. Desse modo, em relação ao total de acórdãos que retornaram em cada mês de referência (260 na amostra 3 e 587 na amostra 4), selecionamos casos de todas as 16 Câmaras Criminais e, em cada uma delas, garantimos, ao menos, um acórdão de cada relatora ou relator. Com esse procedimento amostral, obtivemos 56 acórdãos na amostra 3 e 81 na amostra 4.

A diversificação pela relatoria do acórdão fez saltar aos olhos o baixíssimo percentual de desembargadoras atuando no TJSP. Considerando que algumas se repetiram nas diferentes amostras, somente seis desembargadoras relataram acórdãos selecionados em nossa pesquisa.¹⁸

15 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas corpus. *HC 118533 / MS*. Plenário do Superior Tribunal Federal. Pacte.(s): Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Pacte.(s): Robinson Roberto Ortega; Impte.(s): Defensoria Pública da União; Proc.(a/s)(es): defensor público-geral federal; Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

16 PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In : POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211. p. 196 (grifo do autor).

17 PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In : POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211. p. 200.

18 Em 07 de fevereiro de 2018, a seção criminal do TJSP contava com 79 membros, dentre os quais há 4 mulheres. No decorrer desse texto, utilizaremos o masculino para fazer referência aos relatores, lembrando sempre que há mulheres, mas muito poucas. E, com o mesmo critério, utilizaremos o feminino para fazer referência à nossa equipe de pesquisa. A composição da seção criminal do TJSP pode ser consultada. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça Estado de São Paulo. *Composição magistrados ordem antiguidade*.

O quadro abaixo resume as informações sobre as quatro amostras.

Quadro 1

Amostra 1	Amostra 2	Amostra 3	Amostra 4
2009 antes da decisão do STF	2011 depois da decisão do STF (HC 97.256/RS) e antes da Resolução do Senado	2013 depois da Resolução do Senado	2017 após a decisão do STF que afasta o caráter hediondo do tráfico privilegiado (HC 118.533/MS)
Todos os acórdãos do mês de setembro	Todos os acórdãos do mês de setembro	Selecionados, em cada Câmara, acórdãos de todos os relatores, a partir da totalidade de acórdãos do mês de setembro (260)	Selecionados, em cada Câmara, acórdãos de todos os relatores, a partir da totalidade de acórdãos do mês de maio (587)
43 acórdãos	86 acórdãos	56 acórdãos	81 acórdãos
27 relatorias (2 mulheres)	46 relatorias (nenhuma mulher)	54 relatorias (3 mulheres)	80 relatorias (4 mulheres)
Todas as Câmaras	Todas as Câmaras	Todas as Câmaras	Todas as Câmaras

Essa estratégia buscou, enfim, maximizar a diversificação interna de nossa amostra favorecendo, desse modo, a possibilidade de avaliá-la, metodologicamente, com base no critério da saturação.

A saturação, observa Pires,

cumprindo **duas funções** capitais: de um ponto de vista **operacional**, ela indica em qual momento o pesquisador deve parar a coleta dos dados, evitando-lhe, assim, um desperdício inútil de provas, tempo e dinheiro; de um ponto de vista metodológico, ela permite generalizar os resultados para o conjunto do universo de análise (**população**) ao qual o grupo analisado pertence (generalização empírico-analítica).¹⁹

No âmbito de nossa pesquisa, considerar que, com os 266 acórdãos coletados, **saturamos** os argumentos mobilizados pelo TJSP no tocante ao nosso problema, traz duas implicações importantes: permite-nos afirmar que a coleta de outros acórdãos — em outros meses de referência ou outras decisões de um mesmo desembargador — não levaria à descoberta de novos argumentos e, ao mesmo tempo, permite-nos afirmar que os argumentos encontrados nas 4 amostras retratam não apenas as 266 decisões analisadas, mas o conjunto de decisões do TJSP no tocante ao nosso problema. Mas o que precisamos observar em nosso material para nos convenceremos de que a saturação ocorreu? Em nosso caso, a reflexão sobre a possibilidade da saturação esteve presente no decorrer das sucessivas análises de cada uma das amostras, conforme relatado a seguir, e só se concluiu na redação do presente texto.

2.1.2. E o que fazer com o material? Tratamento e análise dos dados

Por suas implicações metodológicas fortes, a saturação constitui um critério bastante exigente. Ainda assim, Alvaro Pires enfatiza que não devemos pedir a ela “o que nenhuma pesquisa pode fazer: dar conta do

Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoCriminal/SecaoDireitoCriminal/ComposicaoMagistradosOrdemAntiguidade>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

19 PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211. p. 198 (grifo do autor).

real em sua totalidade”²⁰. No decorrer do tratamento e da análise dos acórdãos, dois fatores contribuíram para nos convencerem da saturação: a repetição de argumentos no interior das categorias criadas em cada amostra e a repetição de categorias nas sucessivas amostras. Apresentaremos essa estratégia de tratamento e análise a seguir. No decorrer da redação desse texto, contribuiu ao nosso convencimento também a leitura de outros documentos — jurisdicionais e doutrinários — que também indicavam certa exaustão dos argumentos que encontramos nos acórdãos analisados.

Trabalhamos de modo separado e sucessivo cada uma das quatro amostras²¹. Após o download dos acórdãos selecionados para cada período, procedemos à leitura e à transcrição, para arquivos de Word, dos trechos dos acórdãos que traziam os argumentos utilizados para (i) conceder (ou negar) a diminuição de pena e, uma vez admitida a redução, (ii) para conceder (ou negar) a substituição da pena de prisão pela pena restritiva de direitos. Muitas vezes a argumentação sobre essas duas decisões distintas — uma sobre a quantidade de pena e outra sobre a qualidade da pena — apareceram de modo conjugado. Diante de um longo documento com os trechos das decisões, cada um deles com indicações precisas sobre o acórdão respectivo, passamos ao processo de codificação, isto é, à criação de categorias aptas a reunir um determinado conjunto de motivos. No âmbito da “teorização fundamentada nos dados”, essa primeira etapa é denominada “codificação aberta”. Como observa Riccardo Cappi, “trata-se, nesta fase, de encontrar conceitos que sejam o quanto mais próximo possível aos dados empíricos”²².

Beneficiando-nos de uma equipe de quatro pesquisadoras, autoras desse texto, lançamo-nos a uma experiência de “codificação coletiva”: organizamos nossas tarefas de modo que o mesmo conjunto de trechos fosse codificado por duas pessoas diferentes e depois submetido a uma terceira que, comparando os códigos produzidos, identificasse divergências e convergências, sugerindo códigos de harmonização. Os resultados dessa operação eram, então, discutidos por toda a equipe.

O objetivo aqui foi, inicialmente, pedagógico. Isto é, atento à formação da equipe de pesquisa em uma estratégia metodológica nada familiar para juristas. Tratava-se de experimentar, intelectualmente, uma característica fundamental dessa estratégia: os códigos **não emergem** dos trechos analisados, não se trata de um processo de identificação. Muito diferentemente, um código **é atribuído** a um trecho, em função de uma operação interpretativa que se beneficia fortemente da formação, das leituras, das sensibilidades de cada pessoa. Essa característica do processo de codificação tornou-se bastante visível, por ter sido, digamos assim, vivida pela equipe.

Mas, para além do interesse pedagógico da experiência, com custo não desprezível em termos de tempo, a codificação coletiva exigiu, também, um esforço adicional da equipe para explicitar as razões pelas quais um determinado código parecia ser o mais apropriado para um ou mais trechos. Quando codificamos sozinho, tendemos a não explicitar, para nós mesmas, nossas próprias razões, tampouco testar outras possibilidades de categorização para além daquela que atribuímos inicialmente. Essa foi a estratégia utilizada para as duas primeiras amostras que constituiu nossa entrada em campo. Permitiu que conhecêssemos as visões de cada uma de nós sobre nosso problema de pesquisa e também sobre a função jurisdicional e o direito de maneira geral e, ao mesmo tempo, permitiu que adensássemos as categorias que estavam sendo construídas.

O primeiro conjunto de códigos, referente à amostra de 2009, foi certamente o que tomou mais tempo e exigiu mais debates. Na amostra seguinte, já tínhamos em conta a codificação anterior, é claro, mas novos

20 PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211. p. 198.

21 Diferentemente de outras pesquisas desenvolvidas por uma das autoras desse texto, na presente pesquisa não fizemos uso de software de tratamento qualitativo de dados. E por uma razão puramente operacional: não obtivemos a licença para usuários múltiplos em tempo. O que não obstruiu a conclusão da pesquisa, como se vê, mas certamente teria trazido aportes relevantes em termos de tempo para a organização do material, a harmonização e a contagem dos códigos produzidos.

22 CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Maira (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. p. 406. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/livro-digital-pesquisar-empiricamente-o-direito/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

códigos foram criados justamente em razão da declaração de inconstitucionalidade do STF. Concluída a codificação das duas primeiras amostras, quase metade de nosso material, e nos sentindo mais seguras em relação ao processo, optamos por codificar as duas últimas amostras sem essa triangulação. Assim, para as amostras 3 e 4, a criação dos novos códigos ou a atribuição dos códigos já existentes aos novos trechos foi realizada por apenas uma pesquisadora e os resultados — e as muitas dúvidas — debatidas pela equipe.

A etapa de codificação aberta resultou na atribuição de 133 códigos aos 266 acórdãos analisados. O número de códigos cresceu exponencialmente nas três primeiras amostras — 10 em 2009, 29 em 2011, 52 em 2013 — e sofreu uma pequena redução em 2017, alcançando 42. Mantivemos, para cada código, a informação sobre o número de vezes que apareceu, em cada amostra. O que nos permitiu, como se verá, fazer inferências sobre o aumento ou a diminuição no uso de determinados argumentos diante das alterações que cada amostra buscou captar.

Com base nesse conjunto, passamos à “codificação axial” que nos convida a comparar “as categorias abstraídas dos dados empíricos, bem como de suas propriedades e dimensões, para começar a elaborar uma articulação teórica entre elas”.²³ Com esse procedimento, propusemos quatro grandes categorias, que nos pareceram centrais para a compreensão dos argumentos utilizados pelo TJSP para conceder ou negar penas alternativas aos pequenos traficantes.

Uma vez reunidos os códigos ao redor dessas quatro grandes categorias, foi possível fazer uma leitura horizontal, isto é, comparar os códigos, no interior de uma categoria, nas quatro amostras. A próxima seção apresentará as grandes categorias, bem como os códigos que as compõem (3.1). E apresentará, também, os resultados da última etapa de codificação, denominada “codificação seletiva”. Trata-se aqui de esboçar uma “narrativa central” que funcione como “pivô ao redor do qual todas as categorias giram”²⁴. Nessa pesquisa, trata-se, em particular, de propor uma resposta para a pergunta que dirigimos ao nosso campo empírico sobre o modo como os argumentos mobilizados pelo TJSP se alteraram (ou não) no decorrer das modificações jurisdicionais (declaração de inconstitucionalidade pelo STF) e legislativas (suspensão dos efeitos pelo Senado).

Até esse momento, essa pesquisa pode ser considerada “prevalentemente indutiva”, isto é, partimos de um determinado material empírico para gerar hipóteses e afirmações sobre o modo como o TJSP justifica a aplicação (ou não) de penas alternativas às pessoas condenadas por tráfico privilegiado. Concluída essa etapa, pareceu-nos interessante, também, refletir sobre esses resultados com as lentes propostas por Dan Kaminski para observar o funcionamento do sistema de justiça criminal. Nosso interesse foi verificar a possibilidade de produzir uma nova leitura de nosso material empírico a partir das formulações do autor sobre as práticas penais como arenas de tensão entre normatividades. Para realizar esse exercício, passamos a operar de modo “prevalentemente dedutivo”, pois partimos das formulações teóricas de Kaminski para observar nosso material²⁵. Apresentamos a seguir, para concluir essa seção sobre nosso “método de trabalho”, as chaves de leitura que, além de explicitamente utilizadas na seção final deste texto, revelam o modo como compreendemos e abordamos nosso objeto de pesquisa.

23 CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Máira (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. p. 407. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/livro-digital-pesquisar-empiricamente-o-direito/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

24 CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Máira (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. p. 407. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/livro-digital-pesquisar-empiricamente-o-direito/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

25 Sobre as pesquisas prevalentemente dedutivas e indutivas, CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Máira (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. p. 396-397. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/livro-digital-pesquisar-empiricamente-o-direito/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

2.2. Chaves de leitura: tensão entre normatividades

Kaminski concebe o direito penal “como um instrumento jurídico de uma política pública”²⁶. Ao tomá-lo dessa forma, e não somente como um conjunto de normas, as práticas penais podem ser observadas “sem pressupormos que elas são juridicamente definidas”, o que permite nos darmos conta

[...] do pluralismo de normatividades, frequentemente conflituosas, no funcionamento das polícias, dos tribunais e dos órgãos de execução de penas. São, então, as tensões entre as normatividades que se tornam objeto da análise, mais do que a tensão entre práticas e direito que sempre nos enviam em direção a uma análise normativa das práticas, expressa em termos de descompassos, de disfunções [...].²⁷

O autor organiza essas normatividades ao redor de três registros — a instituição, a organização e a profissão — ao qual acrescenta ainda, em caráter residual, a situação²⁸.

A instituição é caracterizada por Kaminski como o conjunto de “leis, valores e símbolos capazes de orientar as práticas sociais e ‘forçar o respeito’”.²⁹ O autor oferece uma série de exemplos de práticas penais que não podem ser explicadas por esse registro, ainda que possam ser “justificadas” de algum modo pela lei. Voltaremos a esse ponto na análise do nosso material empírico, mas nesse momento importa registrar que, justamente, diante da existência de diversos fatores extralegais que participam da atuação do sistema de justiça criminal, outros registros de normatividades podem ser convocados.

O registro organizacional, por sua vez, compreende as normas organizacionais que “regem as práticas penais, operacionalizando a instituição, dando sua força pragmática ao dotar os atores de estruturas hierárquicas, de modalidades de divisão de trabalho e de exigências de *management*”.³⁰ Nesse registro estão as normas que “repartem e organizam tarefas”, estabelecem mecanismos de controle no tocante aos “espaços de trabalho, aos horários, aos modos de comunicação”, bem como, mais recentemente, as normas que dizem respeito às demandas de “produtividade do aparelho de justiça” e a “definição de processos uniformizados e de seu controle informatizado”³¹.

No entanto, prossegue Kaminski, práticas penais muitas vezes podem estar sob tímido controle de normas institucionais e organizacionais. Aponta o autor que

[...] numerosas tarefas dos agentes da justiça penal mostram-se repetitivas, reproduzíveis e previsíveis, em razão de uma estruturação (que pode escapar à instituição e à organização) que será qualificada como profissional porque a prática emerge da rotina, produzida pela socialização profissional [...].³²

O autor passa, então, a explorar uma série de situações nas quais os três registros podem ser observados como em tensão, em conflito, em contradição. Voltaremos a esse ponto na análise do material.

O último registro que nos pareceu potente, mas de difícil operacionalização no contexto dessa pesquisa, refere-se às práticas nas quais “a situação contém sua própria normatividade”: “uma situação inédita que leva ao desenvolvimento de uma prática que, ainda que informada e normatizada pela instituição, pela organização e pela profissão, seja original”.³³ Para o autor, esses casos costumam ser reveladores de contradições entre os três registros normativos apresentados acima. E, tomados desse modo, o autor os concebe de duas formas: as “margens de manobra” e a “astúcia”.

26 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 119.

27 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 120.

28 Para a caracterização desses registros de normatividade, Kaminski apoia-se em diversos autores. Não faremos menção direta a eles aqui, mas buscamos reproduzir as formulações tal como propostas por Kaminski. KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 170.

29 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 171.

30 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 174.

31 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 175.

32 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 175.

33 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 178.

Para Kaminski, a ideia de margem de manobra está associada à “inventividade das práticas em contexto de forte constrangimento”. Trata-se de descobrir modos de se colocar de forma “menos útil” ao serviço institucional ou organizacional que se é convidado a prestar”. O exemplo de Kaminski, para essa situação, refere-se ao juiz que, opondo-se tanto “às exigências de segurança pública quanto à tradição cultural” de sua esfera de atuação e utilizando o texto legal, consegue manter índices muito baixos de decretação de prisão preventiva. A margem de manobra, diferentemente do que Kaminski caracteriza como “astúcia”, opera no interior do “respeito à lei”³⁴.

A “astúcia”, por sua vez, é descrita como “próxima à transgressão” e diz respeito à

identificação de práticas que, sob constrangimento institucional e/ou organizacional, escolhem privilegiar as exigências de seu ofício ou as situações nas quais o profissional do sistema penal é confrontado **contra** as normas legais e técnicas que ele é chamado a respeitar, sem que com isso se coloque em dificuldades deontológicas ou disciplinares.³⁵

Essas chaves de análise foram mobilizadas após a coleta e o tratamento do material, de acordo com o percurso metodológico descrito acima. Diante dos resultados que apresentamos a seguir, passamos a nos indagar sobre as possibilidades analíticas dessas chaves. Como costuma acontecer, essas indagações se lançaram tanto ao material empírico quanto às formulações teóricas de Kaminski. Os resultados desse exercício são apresentados ao final da próxima seção.

3. PENAS ALTERNATIVAS A PEQUENOS TRAFICANTES NA ARGUMENTAÇÃO DO TJSP

O método de trabalho relatado acima permitiu que realizássemos três tipos de análise de nosso material: uma narrativa sobre os tipos de argumento que envolvem os posicionamentos favoráveis e contrários à aplicação de penas restritivas de direitos às pessoas condenadas por tráfico privilegiado, já organizados em função das grandes categorias produzidas no decorrer do processo de codificação (3.1. e 3.2.) e uma narrativa sobre a “arena de disputas” que se forma, no TJSP, a respeito dessa questão (3.3.).

Para facilitar a visualização dessas narrativas, os quadros 2 e 3 sintetizam os principais códigos atribuídos ao material analisado neste artigo. Estes foram distribuídos, verticalmente, no tempo e, horizontalmente, em função das grandes categorias. Cada um dos códigos é seguido de um número entre parêntesis que indica a quantidade de aparições do código na amostra correspondente. A linha e a coluna em negrito, que dão título às células, informam entre parênteses a somatória correspondente. Os códigos menos frequentes, com uma única ou poucas aparições, serão mencionados somente no decorrer do texto ou em nota de rodapé.

A codificação axial nos permitiu organizar a argumentação do TJSP em torno de quatro grandes categorias: (i) aderir ou não aos precedentes³⁶ dos tribunais superiores; (ii) afirmar ou negar a aplicabilidade de normas; e emitir juízos (iii) sobre as penas (privativas de liberdade e restritivas de direitos); e emitir juízos (iv) sobre o tráfico, a figura do “traficante” e “as drogas”. Como se verá a seguir, essa última grande categoria não foi encontrada entre os argumentos favoráveis à substituição (quadro 2).

34 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 179.

35 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015. p. 180.

36 Em face dos objetivos e limites deste artigo, não faremos uma discussão sobre o significado e as implicações do uso do termo “precedente” para fazer referência às decisões dos tribunais superiores analisadas aqui. Sobre esse tema, ver VOJVODIC, Adriana. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. ?f. Tese (Doutorado)—Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

3.1. A favor da substituição

Os argumentos favoráveis à substituição apoiam-se, fortemente, na jurisprudência dos tribunais superiores, particularmente do STF. Mesmo na amostra 1, anterior à declaração de inconstitucionalidade da vedação das penas alternativas, o único argumento favorável à substituição refere-se à decisão da segunda turma do STF, em 2009, que afirmava a possibilidade de réu condenado a pena de 2 anos e 3 meses de reclusão por tráfico privilegiado a receber pena restritiva de direitos³⁷. Após a declaração de inconstitucionalidade, em 2010, o HC 97.256/RS passa a ser o principal argumento utilizado para motivar a substituição³⁸. Aparecem, também, outras decisões do STF sobre individualização da pena³⁹, sobre a inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório para crimes hediondos e equiparados⁴⁰ e, na amostra 4, sobre o caráter não hediondo do tráfico privilegiado⁴¹.

Quadro 2 – Argumentos favoráveis à substituição

	Amostra 1 (1)	Amostra 2 (25)	Amostra 3 (20)	Amostra 4 (19)
Tribunais Superiores (35)	- Adesão ao precedente do HC 98.769/SP (STF) (1)	- Adesão ao precedente HC 97.256/RS (STF) (12) - Adesão aos precedentes do STF sobre individualização da pena (2) - Adesão ao precedente HC 90.871/MG – Lei de Crimes Hediondos (STF) (1) - STJ permite a substituição (2)	- Adesão ao precedente HC 97.256/RS (STF) (4) - Adesão aos precedentes do STF sobre individualização da pena (2) - Adesão à jurisprudência do STF e do STJ sobre a possibilidade de afastar o regime inicial fechado em crimes hediondos e equiparados (2)	- Adesão ao precedente do STF HC 97.256/RS (STF) (5) - Adesão ao precedente HC 118.533/MS (STF) (4) - cancelamento da Súmula 512 do STJ (1)
Lei (13)		- Cumpre os requisitos do art. 33, p. 4 da Lei de Drogas (1)	- Cumpre os requisitos do art. 44, CP (5) - princípio constitucional da individualização da pena (2) - aplicação da resolução senatorial (1)	- aplicação da resolução senatorial (4)

37 STF, HC 98.769/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 26/05/2009.

38 Em algumas oportunidades, na amostra 4, foi citado também o Recurso Extraordinário com Agravo 663.261/SP, no qual foi reafirmado o entendimento do HC 97.256/RS, mas dessa vez com repercussão geral.

39 Na amostra 2: HC 106.313/MG e HC 107771/SP. E na amostra 3: HC 102678/MG.

40 STF, HC 90.871/MG.

41 STF, HC 118.533/MS.

	Amostra 1 (1)	Amostra 2 (25)	Amostra 3 (20)	Amostra 4 (19)
Adequação da pena (8)		- regime inicial fechado não é a única alternativa para reprovar a conduta ilícita do réu (3) - PRD é suficiente (1)	- PRD é suficiente (3)	PRD é suficiente (1)
Outros (6)		- sem fundamentação específica (2) - confissão do réu (1)	- sem fundamentação específica (1)	- sem fundamentação específica (2)

Fonte: Elaboração das autoras.

As decisões do STJ aparecem, marginalmente, no quadro de argumentos favoráveis à substituição. Até a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, havia forte divergência entre as turmas sobre a possibilidade de conversão⁴². Na amostra 3, decisões do STJ foram mencionadas juntamente a precedentes do STF sobre a possibilidade de afastar o inicial fechado em crimes hediondos e equiparados⁴³. Na amostra 4, por fim, aparece pontualmente o cancelamento da Súmula 512 do STJ que, editada em 2014, afirmava que a diminuição da pena em caso de tráfico privilegiado não afasta o caráter hediondo do crime — entendimento que foi derrubado pelo STF dois anos depois, no julgamento do HC 118.533/MS, gerando o cancelamento da Súmula pelo STJ (QO Pet. 11.790/DF).

É possível observar, também, que o TJSP, nos argumentos favoráveis à substituição, não se lança a disputar a interpretação da legislação. A lei aparece tão somente para afirmar o cumprimento dos requisitos do art. 33, par. 4º e, após a declaração de inconstitucionalidade da vedação (amostras 3 e 4) dos requisitos do art. 44 do Código Penal, e para fazer referência à própria resolução do Senado e à norma constitucional que prevê a individualização da pena. A argumentação sobre a adequação da pena restritiva de direitos — ou seu inverso, inadequação do regime fechado — também aparece, escassamente, em nosso material. Quando argumentos desse tipo foram mobilizados, referem-se ao caráter excessivo e desproporcional da pena de prisão, bem como ao fato de a prisão não ser a “única a cumprir sua função social de prevenir, retribuir e ressocializar o sentenciado”.⁴⁴

Registramos, por fim, entre os códigos que não integraram as quatro grandes categorias, as situações nas quais a substituição foi admitida, mas sem fundamentação específica (amostras 2, 3 e 4) e o argumento da

42 Nas amostras 2 e 3, as decisões do STJ, favoráveis à substituição, foram as seguintes: HC 32.498/RS, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 21/10/2004, DJ 17/12/2004, p. 597; HC 176.919/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 13/12/2010; HC 106.296/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010; HC 143.319/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 04/04/2011; HC 196.199/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011.

43 STF HC 101.291/SP Rel. Min. Eros Grau; STJ HC 154.570 Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; STF, HC 111.840/ES e STJ, HC 165.787/SP (esse último sobre homicídio qualificado).

44 “As penas restritivas de direitos são, em essência, opção aos efeitos deletérios e onerosos do cárcere. Não à toa, foram denominadas penas alternativas, uma vez que operam como substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. Nesse contexto, anoto que a sanção privativa de liberdade não é a única a cumprir sua função social, de prevenir, retribuir e ressocializar o sentenciado.” (TJSP; Apelação 0002939-21.2015.8.26.0456; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pirapozinho - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 04/05/2017; Data de Registro: 27/06/2017). E, ainda: “diante da possibilidade de imposição de pena diminuída, evidente que tanto a fixação do regime inicialmente fechado como a impossibilidade de conversão em sanção alternativa podem se tornar medidas excessivas e desproporcionais em relação ao crime de tráfico, sendo cabível a substituição da reclusiva por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade a serem especificadas na fase de execução da pena.” (TJSP; Apelação 0050262-52.2010.8.26.0050; Relator (a): Márcio Bartoli; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 10ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/09/2011; Data de Registro: 23/09/2011).

confissão. Nessa última decisão, o TJSP valora, positivamente, a confissão do réu para a prestação jurisdicional e considera que a confissão deve repercutir no momento da decisão sobre a substituição.⁴⁵

3.2. Contra a substituição

Os argumentos contrários à substituição são muito mais frequentes e diversificados em nossa amostra. A diversificação argumentativa mostra-se particularmente intensa na amostra 3, após a resolução do senado que suspende os efeitos da vedação às penas alternativas. Como se vê no quadro 3, o foco da argumentação gravita em torno da lei, de juízos sobre a desvalorização das penas alternativas e a valorização da pena de prisão (em especial, do regime fechado) e sobre uma certa visão do tráfico, do traficante e das drogas. Apresentaremos o resultado da codificação por grande categoria, a seguir, tal como fizemos com os argumentos favoráveis à substituição. Para favorecer a leitura visual da tabela, excluimos a linha “outros” e, em alguns casos, deixamos de inserir os códigos com poucas aparições — ainda que tenham sido mantidos nas somatórias verticais e horizontais. Em ambos os casos, os códigos extraídos do quadro serão mencionados no decorrer do texto e em nota de rodapé.

Quadro 3 – Argumentos contrários à substituição

	Amostra 1 (51)	Amostra 2 (153)	Amostra 3 (164)	Amostra 4 (151)
Tribunais Superiores (27)		<ul style="list-style-type: none"> - Precedente HC 97.256/RS (STF) não é vinculante (11) - Decisão do STF no HC 97.256/RS não foi unânime (3) - gravidade do crime se sobrepõe à decisão do STF no HC 97.256/RS (2) 	<ul style="list-style-type: none"> - Precedente HC 97.256/RS (STF) não é vinculante (2) - gravidade do crime se sobrepõe à decisão do STF no HC 111.840/ES (3) 	<ul style="list-style-type: none"> - Precedente HC 118.533/MS (STF) não é vinculante (2) - gravidade do crime se sobrepõe à decisão do STF no HC 97.256/RS (3) - Decisão do STF no HC 97.256/RS não foi unânime (1)

45 “Cabível, no caso sob exame, a substituição da carcerária por penas alternativas. O paciente é primário, sem antecedentes, contava ao tempo com dezoito anos e é confesso. A confissão não vem merecendo, no direito pátrio, o devido valor. Simplifica o feito, facilita a missão dos operadores do direito, assegura a correção da prestação jurisdicional, é mostra de respeito à justiça e, por vezes, de arrependimento e intuito de regeneração. Tem que repercutir, portanto, no momento de fixação da pena e concessão de benefício.” Apelação n.º 0044475-13.2010.8.26.0577, Relator (a): Eduardo Pereira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - 1ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/09/2011; Data de Registro: 05/10/2011.

	Amostra 1 (51)	Amostra 2 (153)	Amostra 3 (164)	Amostra 4 (151)
Lei (193)	<ul style="list-style-type: none"> - vedação da lei de drogas (25) - vedação da lei de crimes hediondos (20) 	<ul style="list-style-type: none"> - vedação da lei de drogas (38) - vedação da lei de crimes hediondos (33) 	<ul style="list-style-type: none"> - ausentes os requisitos do art. 44, CP (14) - vedação da lei de crimes hediondos (9) - Resolução não afasta juiz natural (4) - vedação da lei de drogas (3) - Art. 44, Lei de Drogas permanece em vigor (2) 	<ul style="list-style-type: none"> - ausentes os requisitos do art. 44, CP (37) - Art. 44, Lei de Drogas permanece em vigor (5) - vedação da lei de drogas (1) - vedação da lei de crimes hediondos (1) - Resolução não afasta juiz natural (1)
Adequação da pena (128)	<ul style="list-style-type: none"> - insuficiência das PRDs (3) 	<ul style="list-style-type: none"> - insuficiência das PRDs (12) - PRD incompatível com reprovação e prevenção do tráfico (6) - Regime fechado condiz com a gravidade dos fatos (2) - PRD destina-se aos crimes de menor potencial ofensivo (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - PRD incompatível com a reprovação e prevenção do tráfico (27) - Insuficiência das PRDs (9) - Regime fechado condiz com a gravidade dos fatos (10) - PRD gera sensação de impunidade ou incentiva reiteração criminosa (4) - PRD destina-se aos crimes de menor potencial ofensivo (2) 	<ul style="list-style-type: none"> - Insuficiência das PRDs (24) - Regime fechado condiz com a gravidade dos fatos (14) - PRD incompatível com a reprovação e prevenção do tráfico (8) - PRD destina-se aos crimes de menor potencial ofensivo (4) - PRD gera sensação de impunidade ou incentiva reiteração criminosa (2)
o tráfico/o traficante/as drogas (171)	<ul style="list-style-type: none"> - Graves prejuízos ao indivíduo, à família e à sociedade (1) - natureza hedionda (1) - periculosidade /temibilidade /alta reprovabilidade da pessoa (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - natureza hedionda (27) - Graves prejuízos ao indivíduo, à família e à sociedade (14) - periculosidade/temibilidade/alta reprovabilidade da pessoa (3) - traficante deve ser retirado da sociedade para se recuperar (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - Graves prejuízos ao indivíduo, à família e à sociedade (28) - natureza hedionda (23) - Quantidade/qualidade/diversidade de drogas (15) - periculosidade/temibilidade/alta reprovabilidade da pessoa (8) - traficante deve ser retirado da sociedade para se recuperar (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - Graves prejuízos ao indivíduo, à família e à sociedade (19) - natureza hedionda (12) - Quantidade/qualidade/diversidade de drogas (8) - periculosidade/temibilidade/alta reprovabilidade da pessoa (8) - traficante deve ser retirado da sociedade para se recuperar (1)

Fonte: Elaboração das autoras.

Os argumentos do TJSP relacionados às decisões dos tribunais superiores foram os mais escassos e basicamente de dois tipos: desafiam a força normativa dos próprios precedentes do STF ou, reconhecendo-a, submetem os precedentes à “gravidade do crime”, “à política de combate ao tráfico de drogas conduzida pelo Estado”⁴⁶ ou ainda, “à lei”⁴⁷. Os questionamentos aos próprios precedentes afirmam a ausência de caráter vinculante das decisões (amostras 2, 3 e 4)⁴⁸, bem como apoiam-se na existência de votos divergentes no julgamento do HC 97.256/RS que declara a inconstitucionalidade da vedação (amostras 2 e 4). Entre os primeiros, vale destacar argumento que considera a não vinculação “salutar” pois evita a “estagnação intelectual”⁴⁹. De maneira residual, foram encontrados também argumentos baseados em decisões do STJ e na Súmula 719 do STF que autoriza regime mais gravoso desde que devidamente motivado⁵⁰.

É possível observar uma guinada na argumentação centrada na legislação. Até a resolução do Senado, dispositivos legais somente apareciam para afirmar a vedação, tanto da Lei de Drogas quanto da Lei de Crimes Hediondos (amostras 1 e 2)⁵¹. Embora esse tipo de argumento ainda apareça após 2010, a diversificação argumentativa pode ser observada em duas direções.

De um lado, estão os argumentos que, apoiados na legislação, lançam-se a verificar o preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP⁵² ou a afirmar que a resolução do Senado não afasta a garantia do juiz natural para decidir a questão⁵³ — de fato, afastada a proibição da conversão em penas alternativas, cabe ao juiz da causa decidir se é ou não aplicável ao caso concreto, com base no art. 44 do CP. De outro lado, estão os ar-

46 Amostra 3: “posicionamento do STF e do Senado sobre a substituição está em desacordo com a política de combate ao tráfico de drogas conduzida pelo Estado (1)”.

47 Amostra 2: “Lei de Drogas é especial e, por isso, sua constitucionalidade prevalece em relação à decisão do STF (3)” e “Decisão do STF só abrange casos anteriores à Lei n.º 11.464/07 (1)”. E amostra 3: “Decisão do STF e Resolução do Senado são irrelevantes para a fixação do regime prisional, em razão da vedação da lei de crimes hediondos (1)”. Vale destacar, em relação a esse último código, que o argumento aparece em acórdão posterior à declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos (STF, HC 111.840/ES, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, publicado em 17/12/2013) e à Súmula Vinculante 26, aprovada em plenário em dezembro de 2009: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

48 Amostra 4, o questionamento do caráter vinculante aparece também em relação aos HC 111.840/SP (1) e HC 97.256/RS (1).

49 ⁵⁴ Amostra 4: “Não vinculação ao STF (HC 111.840/ES) é salutar” (1). Trecho na íntegra: “Não se desconhece, é bem verdade, que o plenário do Pretório Excelso, no julgamento do Habeas Corpus nº 111.840/ES, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007. Contudo, como é notório, dito julgamento não tem efeito erga omnes, razão pela qual sua aplicação não é imediata e automática. E isso é, ao revés do que possa parecer, nitidamente salutar, pois evita a estagnação da produção intelectual em primeira e segunda instâncias, permitindo a criação e evolução jurídica no país.” (TJSP; Apelação 0001685-74.2015.8.26.0274; Relator (a): Fernando Torres Garcia; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itápolis - 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/05/2017; Data de Registro: 22/05/2017)

50 ⁵⁵ Amostra 2: “STJ corrobora a constitucionalidade do artigo 44 da Lei de Drogas (1)” e amostra 3: “Súmula 719, STF “(“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”, publicado em 13.10.2003).

51 Na amostra 2, entre os 38 argumentos sobre a vedação da Lei de Drogas, dois deles agregavam a incompatibilidade dessa lei com o sistema de penas alternativas previstos no CP. O fundamento utilizado, nesses dois casos, foi o art. 12 do CP que estabelece que as normas do Código “aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Isto é, havendo disciplina especial na lei de drogas sobre o cumprimento da sanção, a aplicação das penas alternativas previstas no Código seriam inviáveis.

52 Nas 14 menções, a esse dispositivo na amostra 3, 4 delas referiam-se ao Art. 44, I (pena não superior a 4 anos e não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa), 6 ao Art. 44, III (a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente), 2 a ambos os incisos citados e outras 2 não indicavam o inciso. Na amostra 4, das 37 aparições desse código, 34 referiam-se ao inciso I e 3 inferimos tratar-se do inciso II uma vez que mencionavam explicitamente a reincidência.

53 Amostra 4: “Não era mesmo caso de substituição da pena corporal por alternativa. É certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível a aplicação do artigo 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas; contudo, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso.” (TJSP; Apelação 0028441-26.2015.8.26.0564; Relator (a): Willian Campos; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do Campo - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/05/2017; Data de Registro: 15/05/2017).

gumentos que desafiam a mudança legislativa trazida pela Resolução do Senado, apoiando-se na “intenção” ou na “vontade” do legislador⁵⁴; na “legitimidade da política legislativa” que vedava a substituição⁵⁵, na interpretação conjunta de diversos dispositivos legais⁵⁶ ou nas “medidas severas exigidas por compromissos internacionais”⁵⁷. Por fim, chamou nossa atenção um argumento que aparece em 2013 e se fortalece em 2017: trata-se de afirmar que a resolução do Senado não menciona, expressamente, o artigo 44 da Lei de Drogas, que também veda a substituição, mas apenas o trecho do art. 33, par. 4º e, em virtude disso, o art. 44 permanece em vigor e com ele a vedação à substituição por penas restritivas de direitos.

Os argumentos baseados em juízos sobre a adequação das penas também se tornam mais frequentes e diversificados após a declaração de inconstitucionalidade da vedação. Após menções residuais à insuficiência das penas restritivas de direitos (amostra 1), argumentos que desvalorizam as penas alternativas e valorizam a prisão passam a prevalecer. Entre os primeiros, a partir de 2010, os argumentos utilizados pelo TJSP permitem observar que as penas alternativas são vistas como “insuficientes”, incompatíveis com a “reprovação e prevenção” do tráfico, destinadas a crimes de menor potencial ofensivo, reservada a agentes de baixa periculosidade e propiciadoras de “sensação de impunidade” e incentivos à “reiteração criminosa”.⁵⁸ Em sentido contrário, quando se trata de fortalecer a necessidade do envio à prisão, o argumento mais frequente refere-se à adequação do regime fechado diante da “gravidade dos fatos”.⁵⁹

Argumentos baseados em juízos sobre as drogas, o tráfico e a figura do traficante também são fortemente mobilizados pelo TJSP para obstar a pena alternativa. Foi possível observar, no decorrer das 4 amostras, a utilização de argumentos que se apoiam na “gravidade dos prejuízos” causados pelas drogas aos indivíduos, à família e à sociedade, na “natureza hedionda” do crime de tráfico — que permanece mesmo após decisão do STF que afasta natureza hedionda do tráfico privilegiado — e em formulações que indicam a periculosidade, a temibilidade ou a alta reprovabilidade da pessoa condenada⁶⁰. A partir da declaração de inconstitucionalidade da vedação, outros argumentos aparecem como a quantidade, a qualidade e a diversidade das drogas apreendidas e a necessidade de retirar o traficante da sociedade “para se recuperar”. Em 2017, outros argumentos, pontuais, contribuem para acessar o modo como o tráfico é percebido: “lucro fácil”, “ausência de distinção entre pequenos e grandes”, bem como a indicação de que o tráfico se comete com violência ou grave ameaça à pessoa⁶¹.

Por fim, entre os códigos que não agrupamos nas quatro grandes categorias, estão a valorização da decisão tomada em primeira instância⁶², a participação de adolescente⁶³ e argumentos que sinalizam o papel que

54 Amostra 3: “Intenção de recrudescimento da política de drogas lançada com a Lei 11.343/06 (4)” e “Possibilidade de substituição contrária à vontade do constituinte (2)”

55 Amostra 3: “A vedação da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito é legítima política legislativa criminal (1)”

56 Amostra 3: “Interpretação conjunta de diversos dispositivos não permite sua aplicação para o crime de tráfico (1)”

57 Amostra 3 e amostra 4: “Compromissos internacionais firmados pelo Brasil exigem medidas mais duras (1 em cada amostra)”

58 Aparecem também, na amostra 3, argumentos que indicam que a “PRD não é socialmente recomendável (2)” e “PRD é reservada a agentes de baixa periculosidade (3)”. E, na amostra 4: “Apesar da Resolução, a substituição não é medida razoável (1)”. Em ambas as amostras, é possível observar argumentos apoiados na “incompatibilidade da substituição com o regime inicial fechado obrigatório” (3 aparições na amostra 3 e 4 na amostra 4).

59 Pontualmente é possível observar, na amostra 2, argumento que indica que as “Condições pessoais favoráveis não afastam necessidade de prisão (1)” e na Amostra 3 que estabelecem relações entre a quantidade de pena e o regime: “a quantidade de pena corporal não vincula regime prisional mais brando (1)” e “a quantidade da pena determina regime fechado (1)”.

60 Na amostra 4, agregamos “periculosidade/temibilidade/alta reprovabilidade da pessoa” os seguintes códigos: “Regime fechado condiz com a periculosidade do réu (3)”; “Culpabilidade exacerbada obsta a substituição (2)”; “alta reprovabilidade do réu (1)” e “Possibilidade de reiteração demanda regime fechado (1)”.

61 Na amostra 4, aparecem ainda os seguintes argumentos: “Motivação de ter lucro fácil obsta substituição (art. 44, III, CP) (3)”, “Não há diferença entre pequenos e grandes traficantes, sendo incabível a substituição (1)” e “Tráfico é crime cometido com violência ou grave ameaça (art. 44, I, CP) (1)”.

62 Amostra 1: “Manutenção da sentença (1)”: “Não é caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, como bem assinalado pela r. sentença recorrida.” (TJSP; Apelação 0008171-19.2005.8.26.0309; Relator (a): Poças Leitão; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jundiá - 2ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/09/2009; Data de Registro: 08/12/2009).

63 Amostra 2: “Participação de adolescente (3)”: “Posteriormente, diante do preenchimento dos requisitos legais, o d. magistrado

atribuem ao Poder Judiciário para coibir o crime⁶⁴.

3.3. Por uma narrativa para essa arena de disputas

Observando nosso material empírico, com as chaves de leitura propostas por Dan Kaminski, é possível dizer que o registro institucional descreve, insatisfatoriamente, a arena de disputas que se forma ao redor da possibilidade de aplicação de penas alternativas aos pequenos traficantes. A argumentação baseada na lei está presente tanto contra como a favor, mas está longe de esgotar o arsenal de recursos mobilizados pelo TJSP para decidir esses casos. O registro organizacional oferece elementos interessantes para refletir sobre a adesão ou o rechaço às decisões dos tribunais superiores. Mas parece-nos ser no registro profissional e, em especial, em suas tensões com o registro situacional, que as hipóteses explicativas mais interessantes se formam. Dedicaremos essa subseção a esses registros e às tensões que, até o momento, pudemos observar entre eles.

Mas isso não significa minimizar o componente institucional. Ao contrário, em nosso material, a proibição legal à substituição exerceu papel preponderante na argumentação e não desapareceu com a declaração de inconstitucionalidade e a suspensão dos efeitos. A partir desses marcos, outros recursos argumentativos passaram a ser mobilizados para a tomada de decisão, inclusive do âmbito legislativo. Como vimos, a inconstitucionalidade da vedação legal provoca um deslocamento da norma que proíbe para a norma que estabelece os requisitos para aplicação da pena alternativa (art. 44 do CP). Interessante notar, nesse ponto, que a norma constitucional que prevê a individualização da pena — e que poderia prevalecer sobre a própria vedação da pena alternativa — foi escassamente utilizada, e, somente após a declaração de inconstitucionalidade e a suspensão dos efeitos, isto é, como argumento acessório em um contexto já amplamente favorável à possibilidade de substituição.

No tocante ao registro organizacional, nosso material parece mostrar que a adesão aos precedentes é altamente seletiva. A decisão de seguir ou não o entendimento de tribunal superior parece decorrer menos da força normativa do próprio precedente do que da adequação de dado enunciado à argumentação, contrária ou a favor, que se busca desenvolver. Como vimos, as divergências de entendimento entre o TJSP e o STF foram percebidas tanto como salutares quanto como algo a evitar. Em argumento favorável à substituição, encontramos apelo à “segurança jurídica”, entendida, no caso, como padronização decisória, isto é, deve-se acompanhar o entendimento das cortes superiores e, assim, evitar recursos⁶⁵. Ademais, entre os argumentos contrários à substituição, a ausência de vinculação aos precedentes do STF e a existência de votos divergentes no acórdão que declara a inconstitucionalidade da vedação estiveram presentes em todas as amostras.

Chamou, também, nossa atenção a prevalência de argumentos de adesão aos tribunais superiores no quadro 2. Tal como vimos ali, os precedentes favoráveis à substituição parecem ter mais peso argumentativo do que os juízos sobre a adequação da pena restritiva de direitos para o caso concreto. A adesão aos precedentes do STF foi vocalizada de diferentes modos no material analisado aqui. Desde formulações mais

reconheceu a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, contudo, diversamente do sustentado nas razões recursais, não há que se falar na aplicação do patamar máximo de redução, tendo em vista a quantidade e natureza do entorpecente apreendido em poder do acusado, a saber, 47 (quarenta e sete) porções de cocaína, além da maior gravidade revelada por sua conduta delitiva, pois ensejou o envolvimento de adolescentes com o nefasto comércio ilícito de entorpecentes.” (TJSP; Apelação 0008896-31.2010.8.26.0277; Relator (a): Salles Abreu; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - 3ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 20/09/2011; Data de Registro: 22/09/2011).

64 Amostra 3: “Poder Judiciário deve coibir adequadamente as condutas reprováveis (1)”. E, amostra 4: “Poder Judiciário deve dar exemplo e não aplicar PRD (1)”.

65 Amostra 2: Apelação nº 0015663-30.2010.8.26.0554: “Desta feita, em atenção à segurança jurídica, ainda que não se trate de decisão proferida com efeito erga omnes, é necessário que a magistratura acompanhe entendimento firmado pelas cortes superiores, a fim de evitar-se a desnecessária repetição de recursos aos tribunais *ad quem*.”. E, ainda, na mesma amostra: Apelação n.º 0201504-21.2010.8.26.0515: “Assim se o posicionamento da Corte Constitucional se faz nesse sentido, para evitar conflitos jurisprudenciais desnecessários, é de se seguir aquela orientação.”

neutras como “considerando”, “em consonância”, “conforme” até expressões mais fortes como “rendo-me ao entendimento do STF” (Apelação n.º 0071447-49.2010.8.26.0050, amostra 2) ou elucidativas do percurso decisório do julgador como “revi meu entendimento [...] a partir do julgamento pelo STF” (Apelação n.º 0006974-89.2012.8.26.0048, amostra 3). E, ainda, reveladoras da compreensão do julgador sobre o que constitui “o direito vigente”: o precedente do STF é capaz de dizer o direito⁶⁶. Como vimos na seção precedente, o único argumento favorável anterior à declaração de inconstitucionalidade pareceu-nos claramente organizacional: a adesão a um precedente do STF sobre individualização da pena. Do nosso ponto de vista, conforme adiantamos, mesmo a vedação legal às penas alternativas poderia ser afastada com uma leitura robusta do dispositivo constitucional que prevê a individualização da pena — o que poderia perfeitamente ser feito pelos tribunais inferiores.

Mas nosso material revela, também, que, sobretudo entre os argumentos contrários à substituição, é também mobilizado todo um arsenal argumentativo que gravita em torno de visões sobre as penas e sobre o tráfico. As chaves de leitura propostas por Dan Kaminski nos convidam a lê-lo pelo registro profissional, isto é, atentando ao modo como são formados e socializados para o exercício do ofício de julgar, condenar e decidir penas. Nesse ponto, Kaminski destaca que as práticas penais, dentre elas “um julgamento”, constituem “operações profissionais, na medida em que emergem [...] de uma cultura específica que é não somente aquela da interpretação do direito, mas também aquela da **interpretação do mundo**” (grifo nosso).⁶⁷

No âmbito do sistema de justiça criminal, essa “cultura específica” está umbilicalmente ligada à valorização da pena de prisão como único e principal recurso para responder, juridicamente, a um amplíssimo conjunto de situações problemáticas. E não é de hoje. Inúmeras pesquisas, no Brasil e em outros países, têm mostrado a força e a difusão de um sistema de ideias, denominado por Alvaro Pires, “racionalidade penal moderna”, que de várias formas têm imposto bloqueios cognitivos à utilização de penas não carcerárias pelo sistema de justiça criminal.⁶⁸ Argumentos que mobilizam explicitamente uma ou mais teorias modernas da pena — retribuição, dissuasão, neutralização e reabilitação — puderam ser observados em nosso material, de modo bastante frequente quando se tratava de negar a substituição⁶⁹, e de modo pontual, mas emblemático, quando se tratava de conceder a conversão por penas alternativas⁷⁰.

66 Amostra 4: Apelação n.º 0006738-20.2014.8.26.0323: “Enfim, pode-se francamente dizer que outro não é o direito brasileiro hoje vigente, amplamente afirmativo tanto com relação à aplicação de regime mais brando quanto à substituição da pena prisional por restritivas de direitos, na condenação de réus primários por tráfico de drogas, obviamente quando concretamente também presentes, como aqui certamente ocorre, os respectivos pressupostos e requisitos técnicos.”

67 KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions ères, 2015. p. 199.

68 Sobre o desenvolvimento da teoria da racionalidade penal moderna e, em especial, sobre a dificuldade de legitimação das sanções não prisionais, ver o posfácio de Alvaro Pires ao livro organizado em sua homenagem: DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Máira (Org.). *La rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2013. p. 289-319.

69 A título ilustrativo: “Daí que aquele que infringe as normas penais, dá um passo transgressor, contrário e desrespeitoso ao seio social em que convive, momento em que sujeita-se, de forma consciente, à atuação do Estado, que deve ser, também, retributiva.” (TJSP; Apelação 0080632-43.2012.8.26.0050; Relator (a): Luis Soares de Mello; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/09/2013; Data de Registro: 07/10/2013). “Assim, atentando-se à gravidade do crime e à periculosidade do agente, que portava grande quantidade de droga, a evidenciar que faz do crime meio de vida, percebe-se que a fixação de regime diverso do fechado mostra-se insuficiente para sua reeducação, bem como repressão do delito.” (Desembargador relator William Campos, Apelação n.º 0105257-78.2011.8.26.0050). E ainda, “Não é conveniente que os réus permaneçam no seio social, ainda que em regime aberto, muito menos sob penas restritivas de direitos, especialmente porque permaneceriam na região em que habitam, retornando aos seus hábitos e contatos perniciosos”. (Apelação 0050505-28.2011.8.26.0222; Relator (a): Augusto de Siqueira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guariba - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 12/09/2013; Data de Registro: 21/09/2013).

70 O desembargador Márcio Bartoli foi relator em número considerável de julgados que autorizaram a substituição. Dentre os acórdãos de setembro de 2011 que analisamos, os quatro, cuja relatoria foi de Bartoli, deferiram a aplicação de penas restritivas de direitos. Ver, ainda, “As penas restritivas de direitos são, em essência, opção aos efeitos deletérios e onerosos do cárcere. Não à toa, foram denominadas penas alternativas, uma vez que operam como substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. Nesse contexto, anoto que a sanção privativa de liberdade não é a única a cumprir sua função social, de prevenir, retribuir e ressocializar o sentenciado. As penas restritivas de direito também são vocacionadas para esse papel, cumprindo ao juiz natural da causa a prudente eleição do tipo alternativo de reprimenda que seja suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o

A valorização da pena de prisão, na maioria das ocasiões, aparece associada a formulações sobre a “gravidade” do crime de tráfico. Invariavelmente considerado em abstrato, isto é, “o tráfico” tal como preenchido por uma determinada visão, bastante difundida, que o percebe como causa e catalisador de uma série de problemas sociais. Excluindo algumas menções ao tipo e à quantidade de droga, praticamente não encontramos argumentos que considerassem as características e peculiaridades do caso concreto sobre o qual versava o acórdão.

Com Kaminski, parece-nos possível dizer que os argumentos sobre o tráfico, a figura do traficante e as drogas emergem mais diretamente de uma interpretação do mundo do que de uma interpretação do direito. É claro que o tratamento jurídico dado ao tráfico, com pena elevada e caracterização constitucional como “crime hediondo”, favorece esse tipo de interpretação. Mas esses componentes institucionais não nos parecem suficientes para explicar o que podemos observar em nosso material: o “verdadeiro mal do século”⁷¹, que causa “intranquilidade para a população ordeira”⁷², que fere “o equilíbrio social e desestabiliz[a] a sociedade”⁷³ e, ainda,

absolutamente interligado a outros crimes, sustentáculo de organizações criminosas, além de verdadeiro corrosivo de qualquer valor social. [...] delito nefasto, que deturpa a sociedade, destrói seres humanos e lares, bem como ampara todo o mundo da criminalidade.⁷⁴

E, no tocante ao traficante, nosso material registra diversas formulações que o associam à ideia de periculosidade⁷⁵, que negam peremptoriamente a possibilidade de terem “boa conduta social e personalidade”⁷⁶, enfim, que o descrevem como “indivíduo sem escrúpulos”⁷⁷, “destruidor da sociedade”⁷⁸.

Como vimos na seção precedente, as visões sobre o tráfico e o traficante não foram disputadas quando se tratava de argumentar a favor das penas restritivas. Tampouco encontramos formulações que buscavam traçar alguma distinção entre o tráfico, do caput por assim dizer, e a figura privilegiada do art. 33, parágrafo 4º mas sim encontramos o oposto: “[...] nem quando privilegiado o tráfico deixa de ser tráfico.”⁷⁹

Todos esses componentes de normatividade profissional — no tocante às funções da pena e à visão sobre o tráfico e o traficante — aparecem intensamente em nosso material. E nos ajudam a visualizar o grau de constrangimento que a alteração jurisprudencial e legislativa que passou a permitir a substituição por penas alternativas representou para os julgadores. Fundamental registrar que, no caso do TJSP, o nível de constrangimento transborda o registro de normatividade profissional, assumindo contornos muito difíceis de caracterizar em um Estado Democrático e de Direito. Referimo-nos aqui aos procedimentos disciplinares iniciados contra juízas e juizes por desafiarem as amarras que colocam a prisão como resposta imprescindível, automática, inquestionável do sistema de justiça criminal.⁸⁰

apenado, prevenindo comportamentos do gênero.” (TJSP; Apelação 0002939-21.2015.8.26.0456; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pirapozinho - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 04/05/2017; Data de Registro: 27/06/2017)

71 Apelação n.º 0004994-22.2009.8.26.0272 - 8ª Câmara – Relator: Lauro Mens de Mello, 2013

72 Apelação n.º 0000663-56.2011.8.26.0553 - 5ª Câmara - Relator: José Damião Pinheiro Machado Cogan, 2013.

73 Apelação n.º 0000862-36.2006.8.26.0268 – Relator: Luís Carlos de Souza Lourenço - 8ª Câmara, 2009.

74 Apelação n.º 0080632-43.2012.8.26.0050 - 4ª Câmara - Relator: Luis Soares de Mello, 2013.

75 Entre diversos outros exemplos: “Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.” Apelação n.º 0004999-34.2015.8.26.0272 - 8ª Câmara – Relator: Ely Amioka, 2017.

76 “É indubitoso que não se pode ter como boas a conduta social e a personalidade de agente condenado por tráfico de entorpecente.” (Apelação n.º 0022414-13.2012.8.26.0344 - 13ª Câmara - Relator(a): Cardoso Perpétuo, 2013)

77 Apelação n.º 0002628-32.2012.8.26.0457 - 5ª Câmara - Relator: Pinheiro Franco, 2013

78 “Como aplicar ao traficante, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade se ele, exatamente, não presta serviço social algum. Ao contrário, só destrói a sociedade em que ele vive!” (TJSP; Apelação 0018541-09.2011.8.26.0451; Relator (a): Poças Leitão; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/05/2017; Data de Registro: 17/05/2017).

79 Apelação n.º 0000115-40.2016.8.26.0073 - 14ª Câmara – Relator(a): Hermann Herschander, 2017

80 O exemplo mais recente é a sanção de censura imposta pelo Órgão Especial do TJSP, em fevereiro de 2017, à então juíza Kenarik Boujikian, que concedeu, por meio de decisões monocráticas, liberdade a pessoas que estavam presas havia mais tempo do que o estipulado em suas sentenças. Tais decisões foram consideradas contrárias ao princípio da colegialidade, ou seja, entendeu-se

Nesse ponto da análise, nos perguntamos, a partir de Kaminski, se essa alteração, e o que ela gerou na argumentação do tribunal, seriam bem descritas como “situação inédita” que leva a práticas “originais”, ainda que informada pelos registros institucionais, organizacionais e profissionais. Em caso positivo, estaríamos diante da possibilidade de ler certos argumentos como reveladores de contradições entre os registros de normatividade e que poderiam ser observados como “margem de manobra” ou “astúcia”. O exercício de utilização dessas duas chaves para ler nosso material nos trouxe dificuldades. De certa forma, elas nos convidam a fazer um juízo avaliativo sobre os motivos mobilizados pelos juízes. Na distinção entre “margem de manobra” e “astúcia”, o autor nos convida para, enfim, nos pronunciarmos sobre o modo como nós, pesquisadoras, alocamos uma dada prática penal no registro institucional: em respeito à lei, mas com inventividade, no caso da “margem de manobra” e, no caso da astúcia, próximo à transgressão ou “contra a lei”, ainda que sem implicar em falta disciplinar. Tal como compreendemos a formulação de Kaminski, ela parece, de certa forma, nos relançar à racionalidade jurídica que buscávamos nos distanciar. Diante desse desconforto, optamos por não operar com a distinção entre “margem de manobra” e “astúcia”, percorrendo nosso material em busca de “inventividades” argumentativas que, de alguma forma, sejam reveladoras dos constrangimentos impostos pela situação e que escapem aos registros institucionais, organizacionais e profissionais.

Essa nos parece ser a melhor forma de caracterizar os argumentos que se apoiam na ausência de unanimidade da declaração de inconstitucionalidade do STF e que se referem ao fato de a resolução do Senado não mencionar, expressamente, o artigo 44 da Lei de Drogas, de modo que a proibição da substituição por penas alternativas permaneceria em vigor. De modo ainda mais forte, destacamos o argumento segundo o qual o tráfico constitui um crime que se pratica com violência à pessoa e que, portanto, estaria excluída a possibilidade de aplicação de penas alternativas em razão do art. 44 do CP⁸¹.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ALGUMAS HIPÓTESES E QUESTÕES PARA NOVAS PESQUISAS

No decorrer desse texto, buscamos descrever o modo como o TJSP recebeu e reagiu às alterações jurisprudenciais e legislativas que passaram a permitir a aplicação de penas alternativas aos pequenos traficantes. Foi possível, desse modo, observar o custo argumentativo de se posicionar de modo contrário ou favorável à sanção não prisional diante de um crime considerado, abstratamente, grave.

Nossos resultados corroboram pesquisas anteriores que destacam a fragilidade de um sistema de penas que privilegia a pena de prisão — prevista em lei — e relega as sanções não prisionais a uma operação de substituição em função da quantidade de pena atribuída e outros requisitos. Opera-se aqui uma inversão na decisão sobre a pena: primeiro se decide a quantidade para depois decidir a qualidade. Em um sistema

que um órgão colegiado deveria ter apreciado os pedidos, não cabendo a uma só juíza conceder a liberdade, em que pese a evidente ilegalidade das prisões. Posteriormente, Kenarik Boujikian teve a sanção anulada pelo Conselho Nacional de Justiça e, no fim de 2017, tornou-se desembargadora do TJSP. Outro exemplo é o de Roberto Luiz Corcioli Filho, cujo nome foi amplamente difundido em matérias jornalísticas nos últimos anos. Corcioli foi afastado de varas criminais após uma representação endereçada ao TJSP e assinada por 17 membros do Ministério Público, por meio da qual se apontou que o juiz “soltava demais”. Recentemente, Corcioli teve sua postura questionada mais uma vez, depois de ter determinado a soltura de dois suspeitos de tráfico de drogas presos em flagrante que não foram levados à audiência de custódia. Sobre o caso de Kenarik Boujikian (acesso em 06/02/2018): <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85325-cnj-absolve-juiza-punida-por-libertar-presos-que-ja-tinham-cumprido-pena>. Sobre o caso de Corcioli Filho (acesso em 06/02/2018): <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-manda-soltar-dois-homens-presos-em-flagrante-com-74-titulos-de-maconha,10000025932> e <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/04/08/juiz-que-soltou-presos-por-falta-de-audiencia-de-custodia-se-defende-de-criticas-da-midia/>

81 Vale a pena conferir o trecho do acórdão: “artigo 44, I, do Código Penal, expressamente veda a aplicação de penas restritivas de direitos para crimes cometidos “com violência ou grave ameaça à pessoa”, o que, por certo, abrange a narcotraficância, que lesa profundamente a saúde pública, atingindo toda a coletividade, além de ser fator gerador de outros crimes também graves, em especial contra a pessoa e o patrimônio.” (TJSP; Apelação 0000498-87.2016.8.26.0535; Relator (a): Marco Antônio Cogan; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 11/05/2017; Data de Registro: 15/05/2017).

autenticamente construído sobre a ideia de individualização, isto é, que se apoia sobre as peculiaridades do caso concreto para decidir a sanção, a decisão sobre o tipo de pena (prisional ou não) antecederia a decisão sobre o tempo de cumprimento.

Mas não é assim que nosso sistema de penas está estruturado. Em virtude disso, uma primeira hipótese de leitura do nosso material indica a possibilidade de um “efeito rebote” das sucessivas decisões do STF que foram derrubando os argumentos utilizados para negar a substituição — antes mesmo de avaliar sua adequação ao caso concreto. Afastada a proibição da conversão e depois o caráter hediondo do tráfico privilegiado, passamos a observar mais argumentos que se apoiam no fato da pena aplicada ser superior a 4 anos — e, portanto, incompatível com a substituição em face do art. 44 do CP. Nesses casos, a diminuição foi concedida em patamar mínimo, deixando a pena final acima de 4 anos, ou simplesmente não foi concedida. Nessa última situação, estamos diante de uma alteração no juízo sobre a tipificação do fato (tráfico comum e não privilegiado) que permite ao julgador sequer ter que enfrentar a decisão sobre a qualidade da pena aplicável (prisional ou não). Novas pesquisas podem vir a confirmar ou refutar essa hipótese, no próprio TJSP ou em outros tribunais.

Nosso material permite refletir também sobre os limites das mudanças jurisprudenciais e legislativas em um campo fortemente disputado como o campo penal. Como vimos, o custo argumentativo aumenta após as decisões do STF e do Senado ampliando o espaço para a mobilização de argumentos que se apoiam em visões sobre o tráfico, sobre as drogas e sobre as funções que as penas deveriam, hipoteticamente, cumprir. Em outras palavras, para o estoque de casos que se concluem na segunda instância — não desprezível tratando-se de tráfico de drogas —, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF e a suspensão de efeitos pelo Senado não garantem a possibilidade de aplicação de sanções não prisionais aos pequenos traficantes.

Abre-se, neste artigo, um vasto campo de investigação — e também de ação política — voltado a reduzir o abismo que se observa entre as visões do tráfico, das drogas e do traficante expressas pelo TJSP e o conhecimento disponível em outras áreas do conhecimento. A impermeabilidade dos tribunais, e do TJSP, particularmente às pesquisas conduzidas pela criminologia, antropologia, sociologia, mas também pelas ciências biológicas, tem impactos muito diretos no modo como são decididas tanto a imputação de responsabilidade quanto a sanção nos crimes relacionados a “drogas”⁸².

Outra frente de investigação que nos parece bastante promissora diz respeito ao modo como as teorias da pena — retribuição, dissuasão, reabilitação e neutralização — se combinam e articulam nos argumentos tanto contrários quanto favoráveis à substituição da pena de prisão por pena alternativa. Em nosso material, não encontramos argumentos que desafiassem essas teorias ou buscassem justificar a mobilização de uma ou mais delas em função das características específicas e concretas da pessoa condenada. Especialmente no tocante à teoria da reabilitação, que aparece nos argumentos que indicam que o traficante deve ser preso “para se recuperar”, o juízo sobre a possibilidade de a pena cumprir essa função levaria em conta uma apreciação das condições dos estabelecimentos prisionais em nosso Estado — o que também não identificamos em nosso material. O único argumento encontrado que, de certa forma, problematiza a prisão foi mobilizado para justificar a substituição por pena alternativa: diante dos “efeitos deletérios e onerosos do cárcere”,

82 Apenas para ilustrar esse campo de investigação, vale a pena conferir a pesquisa de Felipe Silva sobre a tipificação do TJSP no tocante ao cultivo de canábis. O autor discute o modo como esse crime é tipificado em face do conhecimento produzido pela botânica em relação ao sexo das plantas de canábis, sua capacidade reprodutiva e as condições ecológicas de cultivo. Ver SILVA, Felipe. *Não compre, plante?!*: a tipificação penal das situações de cultivo de canábis pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. 2016. ?f. Dissertação (Mestrado)—Mestrado em Direito e Desenvolvimento da FGV Direito SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16519>. Acesso em: 05 mar. 2018.

Para um balanço das pesquisas no campo das ciências sociais, consultar o número especial da *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP e, particularmente a revisão de literatura que integra a apresentação do volume, ver ALVAREZ, Marcos César; FRAGA, Paulo César Pontes; CAMPOS, Marcelo da Silveira. Perspectivas atuais sobre políticas, produção, comércio e uso de drogas. *Tempo Social*, v. 29, n. 2, p. 1-14, maio/ago. 2017, p. 1-14. Ver ainda, sobre as múltiplas interfaces entre as “drogas” e o sistema de justiça criminal no contexto europeu: Kaminski, Dan (Org.) *L'usage penal des drogues*. Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2003.

a pena restritiva de direitos é uma opção. Nesse argumento, a pena restritiva não é, em si, adequada ao caso concreto, mas um substitutivo às “sequelas” do encarceramento. Essa linha de argumentação tem se fortalecido no STF, tendo sido inclusive determinante no julgamento do HC 118.533/MS que afastou o caráter hediondo do tráfico privilegiado. Mas, como vimos, ainda não repercutiu no TJSP.

Ao redor da problemática das teorias da pena, nosso material também indica a potencial riqueza de pesquisas que se debruçam a compreender o modo como os tribunais dão sentido ao termo “suficiente” que aparece no art. 44, III do CP. De acordo com o dispositivo, “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias” precisam indicar que a “substituição seja suficiente”. Suficiente para que? Prevenir e reprovar a conduta? Reabilitar a pessoa condenada? E o que precisa estar evidenciado nos autos para que se possa emitir juízos sobre cada uma dessas expressões?

Concluimos esse texto convencidas de que sabemos ainda muito pouco sobre os processos decisórios que enviam, cotidianamente, um número escandaloso de pessoas à prisão. A disputa ao redor do texto normativo e de sua interpretação, os argumentos mobilizados nos julgamentos e seus resultados somente podem ser compreendidos diante dos efeitos dessas decisões na sociedade em que vivemos. Pensar em uma política pública que enfrente o superencarceramento implica, necessariamente, conhecer e disputar o modo como interpretamos o direito e o mundo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness*. New York: The New Press, 2012.

ALVAREZ, Marcos César; FRAGA, Paulo César Pontes; CAMPOS, Marcelo da Silveira. Perspectivas atuais sobre políticas, produção, comércio e uso de drogas, *Tempo social*, v. 29, n. 2, p. 1-14, maio/ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Modelo de gestão para a política prisional*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgpc/copy_of_ModelodeGestao_documentofinal.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização Junho de 2016*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas corpus. *HC 118533 / MS*. Plenário do Superior Tribunal Federal. Pacte.(s): Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Pacte.(s): Robinson Roberto Ortega; Impte.(s): Defensoria Pública da União; Proc.(a/s)(es): defensor público-geral federal; Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11677998>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCrim, 2010.

CAPPI, Riccardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Máira (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/livro-digital-pesquisar-empiricamente-o-direito/>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Máira (Org.). *La rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2013.

GOMES, Geder Luiz Rocha. *A substituição da prisão: alternativas penais: legitimidade e adequação*. Salvador: JusPodivm, 2008.

JESUS, Maria Gorete Marques. *O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. 2016. 276 f. Tese (Doutorado)—Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

KAMINSKI, Dan. *Condamner: une analyse des pratiques pénales*. Toulouse: Éditions érès, 2015.

KAMINSKI, Dan (Org.). *L'usage penal des drogues*. Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2003.

MACHADO, Maira Rocha; MACHADO, Marta (Org.). *Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre*. São Paulo: Acadêmica Livre, 2015.

PIRES, Alvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In : POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques teóricos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 154-211.

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. *Manual de investigação em ciências sociais*. Tradução de João Marques. Lisboa: Gradivas, 1992.

REIS, Vilma. Juristas negros e negras: por vida e liberdade no Brasil. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; VARGAS, João Helion Costa (Org.). *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015, p. 4-6.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça Estado de São Paulo. *Composição magistrados ordem antiguidade*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoCriminal/SecaoDireitoCriminal/ComposicaoMagistradosOrdemAntiguidade>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

SILVA, Felipe. *Não compre, plante?: a tipificação penal das situações de cultivo de canábis pelo Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2016. ?f. Dissertação (Mestrado)—Mestrado em Direito e Desenvolvimento da FGV Direito SP, Escola de direito de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16519>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VOJVODIC, Adriana. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. ?f. Tese (Doutorado)—Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

II. OUTROS TEMAS

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Ação popular por omissão lesiva ao mínimo existencial (moralidade) e controle de políticas públicas: novos horizontes desvelados pela jurisprudência do STJ e do STF no paradigma dos direitos fundamentais

Class action for omission relevant to minimum existential (morality) and control of public policies: new horizons unveiled by STJ and STF jurisprudence in the fundamental rights paradigm

Luciano Picoli Gagno

Camilo José d'Ávila Couto

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Ação popular por omissão lesiva ao mínimo existencial (moralidade) e controle de políticas públicas: novos horizontes desvelados pela jurisprudência do STJ e do STF no paradigma dos direitos fundamentais*

Class action for omission relevant to minimum existential (morality) and control of public policies: new horizons unveiled by STJ and STF jurisprudence in the fundamental rights paradigm

Luciano Picoli Gagno**

Camilo José d'Ávila Couto***

RESUMO

O presente estudo tem como foco responder ao questionamento sobre o cabimento de ação popular contra omissão da Administração lesiva a direito fundamental. Para tanto, investiga a possibilidade de se considerarem as omissões lesivas a direitos fundamentais como atos lesivos à moralidade administrativa, já que constituem ilegalidade em sentido amplo e, portanto, divergem do referencial teórico predominante e que orienta pela máxima eficácia dos direitos fundamentais, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Antes, no entanto, a pesquisa se preocupa em enfrentar questão pertinente ao cabimento da ação popular contra ato omissivo, o que, apesar de não constar expressamente no corpo normativo, deflui, naturalmente, de uma interpretação constitucional sistemática e finalística. Nesse sentido, foi constatado que o STJ admite o uso de ação popular contra omissão da Administração desde a década de 90, preconizando uma compreensão ampliada do seu cabimento. Constatou-se, ainda, que o STF admite, em inúmeras ações civis públicas, o controle jurisdicional de políticas públicas, quando omissa a Administração a ponto de praticar lesão ao mínimo existencial de direito fundamental, resultado que pode ser obtido, também, por meio da ação popular, se sedimentada a conclusão pelo seu cabimento contra omissão lesiva a direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Ação popular. Omissão lesiva a direito fundamental. Lesão à moralidade. Controle de políticas públicas. Jurisprudência do STJ e do STF.

* Recebido em 25/05/2017
Aprovado em 30/06/2017

** Professor Doutor Titular, da disciplina Direito Processual Civil I da Universidade Vila Velha. E-mail: luciano.gagno@uvv.br.

*** Doutor Titular da disciplina Teoria Geral do Processo da Universidade Vila Velha. Juiz de Direito. E-mail: camilo.couto@uvv.br

ABSTRACT

The present study is focused on answering the question about the adequacy of class action against the omission of the Administration injurious to fundamental right. To this end, it investigates the possibility of considering omissions prejudicial to fundamental rights as acts harmful to administrative morality, since they constitute illegality in a broad sense and, therefore, diverge from the predominant theoretical framework and that guides the maximum effectiveness of fundamental rights within the legal and factual possibilities. Before, however, the research is concerned with facing a pertinent question regarding the adequacy of the class action against the omissive act, which although it is not explicitly stated in the normative body, it comes naturally from a systematic and finalistic constitutional interpretation. In this sense, it was verified that the STJ admits the use of class action against omission of the Administration since the 90's, recommending a expansive understanding of its admissibility. It was also observed that the Supreme Court admits in numerous public civil actions, the judicial control of public policies, when the omission of the Administration reach the point of injury to the existential minimum of fundamental right, a result that can be obtained also through class action, If settled the conclusion about its admissibility against omission prejudicial to fundamental rights.

Keywords: Class action. Omission injurious to fundamental right. Injury to morality. Control of public policies. Jurisprudence of the STJ and STF.

1. INTRODUÇÃO

A ação popular é um dos principais instrumentos da democracia moderna, por permitir ao cidadão participar diretamente nos atos da Administração Pública, fiscalizando a probidade que deve permeá-los e combatendo as irregularidades que prejudiquem bens e valores essenciais à nossa civilização, quais sejam: o erário, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

Ela se mostra em total consonância com o paradigma dos direitos fundamentais, por permitir uma ampliação do direito fundamental de acesso à justiça para a tutela de direitos difusos (transindividuais e indivisíveis, pertencentes a pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias fáticas, por exemplo: cidadãos de um Estado), além de permitir que essa tutela seja buscada pelo cidadão individualmente, ou seja, independentemente de qualquer associação ou órgão público.

Dessa maneira, pode-se dizer que a ação popular se mostrou um instrumento essencial numa democracia mista e num Estado Democrático de Direito, em que os direitos difusos são alçados à categoria de direitos fundamentais, devendo ser garantidos ou prestados pelo Estado na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas.

Sem embargos, não é possível extrair da mera leitura da lei, i.e., de uma simples interpretação literal das normas sobre ação popular, a possibilidade do seu manejo em casos de atos omissivos, uma vez que tais normas falam, genericamente, sobre atos anuláveis, o que, todavia, não deve ser razão para restringir o uso de tão salutar instrumento.

Em verdade, o cabimento da ação popular em casos omissivos mostra-se em total consonância com uma compreensão sistemática e finalística das normas constitucionais, e com a teoria dos direitos fundamentais, especialmente se considerarmos, como dito acima, o acesso à justiça e os direitos difusos como direitos fundamentais, cuja garantia ou prestação deve se dar no maior nível possível.

Justamente nessa senda caminha a jurisprudência do STJ, quando consagra, desde a década de noventa, a possibilidade do manejo da ação popular em casos de omissão lesiva aos bens ou valores tuteláveis por meio da ação popular, corroborando um pensamento ampliativo a respeito do cabimento de tal ferramenta.

Nesse panorama, o problema que conduziu a presente pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: seria cabível ação popular contra omissão lesiva ao mínimo existencial de direito fundamental, com base em lesão à moralidade administrativa?

Se a resposta for positiva, será considerada uma amplitude muito maior ao manejo das demandas populares, quase que as equiparando a uma ação civil pública, o que parece fortalecer nossa democracia, bem como os valores cívicos que gravitam em torno de nossa sociedade.

Para prosseguir nessa seara, além de fixarmos as premissas acima mencionadas, sobre a influência dos direitos fundamentais e da jurisprudência do STJ, teremos de investigar, também, se a omissão lesiva ao mínimo existencial caracterizaria lesão à moralidade administrativa, bem como de que maneira o Judiciário vem intervindo no controle de políticas públicas, para suprir as omissões do Estado, sem consagrar violação a outros valores constitucionais, como a separação dos poderes, por exemplo.

Dessa maneira, inicia-se este trabalho com uma análise da evolução da ação popular no sistema brasileiro, da compatibilidade dessa evolução com a transformação do papel do Estado — Estado Democrático de Direito — e da sua confluência com a Teoria dos Direitos Fundamentais, que preconiza a possibilidade de satisfação dessas normas em diferentes graus (mandamentos de otimização), tudo isso, com o objetivo de se alcançar um discernimento contextualizado com o ambiente jurídico, político e social vivenciado.

2. AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA À MORALIDADE

A ação popular é um dos principais instrumentos da democracia contemporânea, servindo como importante aspecto para se aferir o grau de liberdade e participação desempenhado por uma sociedade, e, também, para se definir o tipo de regime democrático adotado pelo Estado¹.

Nesse sentido, os modelos democráticos eleitos pelos diversos Estados transitam entre democracias representativas, participativas ou mistas², como a brasileira, que reúne, na mesma ordem, a representação do povo pelos mandatários e a participação direta por meio plebiscitário, de referendo e, também, da ação popular³, que permite uma interferência direta nos rumos da Administração Pública, quando possibilita a qualquer cidadão se contrapor a atos comissivos ou omissivos lesivos ao erário, à moralidade, ao meio ambiente ou a bens históricos ou culturais⁴.

As democracias representativas já demonstraram toda a sua fragilidade, por construírem um simulacro de participação por meio do voto periódico, que, por se resumir a esse momento, mantém a população distante das decisões mais importantes, além de vulnerável em relação aos políticos eleitos⁵.

As democracias diretas, ainda, se mostram utópicas em Estados grandes e complexos como as nações modernas, podendo, todavia, ser uma alternativa num futuro breve, em que a tecnologia e os meios de comunicação estejam desenvolvidos a ponto de propiciarem o ambiente necessário para que isso ocorra.

Já as democracias mistas apresentam elementos ligados à participação direta juntamente à representação

1 SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 08.

2 SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 08.

3 SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 08.

4 Sobre o escopo político do processo, ver: DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 234.

5 SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 8. Segundo o autor: “A democracia representativa não tem sido suficiente, em seus métodos, para garantir a legitimidade do exercício do poder. Ainda quando o representante e respaldado por milhões de votos, sua legitimidade inicial se desvanece com o tempo e com a necessidade de decidir muitas vezes sem a compreensão da maioria do corpo político”.

estabelecida pelo sufrágio universal⁶. Dentre os elementos de participação direta, destaca-se para nós a ação popular, por permitir a qualquer cidadão o controle dos atos e omissões públicos.

Obviamente, o simples fato de existir a ação popular no sistema não transforma um Estado autoritário em democrático, por exemplo, a nossa lei de ação popular é de 1965, um ano após a implantação da ditadura militar no Brasil, decorrente do golpe militar de 1964⁷, quando se tinha um Judiciário e uma cultura jurídica, fragilizados pela força e pelo conservadorismo⁸; outrossim, na constituição ditatorial de 67, emendada em 69, foi mantida a previsão proporcionando o uso da ação popular por todo cidadão⁹.

Nessa época não se podia falar em democracia, muito menos em democracia mista, de modo que essa dissimulação não possa ser tomada como regra, pois, em Estados autoritários, normalmente, se tem um Judiciário fraco, omissivo e impotente, incapaz de equilibrar as forças com o Executivo, por mais que se aparente o contrário, podendo-se citar como exemplo a ditadura estabelecida na Constituição Brasileira de 1937, que extirpou a ação popular do sistema¹⁰.

Como símbolo da democracia mista e da valorização da participação da sociedade nos rumos do Estado, a Constituição Cidadã de 1988 ampliou o rol de objetos da ação popular (artigo 5º inciso LXXIII), que originalmente, na Lei 4.717/1965, se limitava à proteção do erário, passando a abranger a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

A referida mudança foi fundamental e se mostrou em total convergência com a 3ª dimensão dos direitos fundamentais, traduzida pelo constituinte em diversos dispositivos que garantem liberdade e igualdade, e impõem ao Estado deveres de prestações ligadas aos direitos sociais e difusos¹¹.

Outrossim, tal mudança se mostrou em sintonia com a Teoria dos Direitos Fundamentais, que os define como mandamentos de otimização, que impõem a realização de determinados valores na maior medida possível¹², destacando-se dentre eles, alguns direitos de 3ª dimensão que podem ser objeto de uma ação popular, como por exemplo, o direito à proteção do erário, do meio ambiente, da moralidade administrativa e do patrimônio histórico e cultural.

Nesse sentido, também, considerando-se o acesso à justiça como um direito fundamental, previsto, expressamente, nas cláusulas de direito de petição e de inafastabilidade da tutela jurisdicional — artigo 5º inciso XXXIV “a” e XXXV¹³ —, que obrigam o Estado a realizá-lo da forma mais abrangente, eficiente, célere e segura possível, pode-se afirmar que a ampliação constitucional sobre o objeto da ação popular se coaduna, perfeitamente, com o direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que amplia o âmbito de atuação jurisdicional do cidadão, conferindo-lhe legitimidade para buscar a tutela de direitos difusos ligados a bens que até então não eram tangíveis.

Não obstante, o texto constitucional, assim como a lei da ação popular, não fala, expressamente, em lesão

6 SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 08.

7 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 55.

8 SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 24.

9 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 55.

10 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 52-53.

11 GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 67.

12 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90. Segundo o autor: “Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”

13 GAGNO, Luciano Picoli. *A prova no processo civil: uma análise sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2015. p. 16-18. Em sentido similar: MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 462; COUTO, Camilo José D’Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: Dinamização: teoria e prática*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. p. 198-203. v. 1.

decorrente de omissão ou ato omissivo, se limitando a dizer “ato lesivo”, o que, todavia, não nos impede de, racionalmente, atribuir sentido a tal texto¹⁴, a fim de compreendê-lo em consonância com todo o sistema.

Nesse cenário, deve-se destacar, primeiramente, que, da mesma forma que um ato administrativo pode lesar o erário, a moralidade, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, uma omissão, também, pode lesar tais bens de maneira tão ou mais grave.

Se tomarmos como exemplo uma lesão ao meio ambiente, poderemos verificar que ela pode decorrer tanto de um ato administrativo que autoriza, equivocadamente, o funcionamento de uma atividade danosa ao ecossistema, como também da omissão do poder público, que não realiza seu poder de polícia para coibir ações particulares ou negligência na manutenção do seu patrimônio.

A lesão ao meio ambiente pode ser decorrente de ato administrativo (licença ambiental) que autoriza a construção de um aeroporto sobre um manguezal, ou da omissão dos órgãos competentes, que não fiscalizam atividade que despeja lixo tóxico no mesmo manguezal, produzindo, portanto, o mesmo resultado danoso que se obteria com a construção ilegal, ou seja, a morte do ecossistema.

Aliás, o STJ, como se verá no tópico abaixo, já encampou tal percepção, em caso de ação popular ajuizada contra a omissão do poder público, que nada fazia para impedir o despejo de esgoto proveniente de um presídio estadual em córrego da região¹⁵.

Percebe-se, assim, que, se o intuito do constituinte foi proporcionar uma proteção integral e plena dos bens e valores elencados no artigo 5º inciso LXXIII da CRFB, quais sejam: erário, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural, a ação popular deve ser utilizada como instrumento apto a se contrapor tanto a ato comissivo como a ato omissivo que os prejudique, porque ambos podem ter o mesmo potencial lesivo sobre os mesmos bens e valores.

Em termos substanciais, pouco adiantaria nós podermos anular um contrato que lesa o erário em alguns milhares de reais, se não pudermos combater uma omissão que lesa um bem público de milhões de reais, invadido por particulares ou com risco de ruir, por exemplo; seria irracional pensar de forma reducionista, pois contrariaria a razão inspiradora da norma, de oferecer proteção máxima ao bem ou valor.

Nos dois casos se tem um risco de prejuízo ao erário, de modo a exigir a atuação popular em âmbito jurisdicional tanto num caso como no outro, sob pena de relativização dos bens e valores objetos da ação popular nos casos de atos omissivos, o que se mostraria totalmente avesso à Teoria dos Direitos Fundamentais, que preconiza a maximização destes¹⁶.

Nota-se, assim, que a interpretação mais consentânea com a razão que inspirou o constituinte e com a Teoria dos Direitos Fundamentais, é aquela que amplia a proteção dos bens e valores previstos no rol da norma positiva, bem como do próprio direito fundamental de acesso à justiça, por autorizar a atuação popular tanto em caso de ato comissivo como no caso de ato omissivo, pela potencialidade lesiva de ambas, sob pena de ineficácia da norma constitucional.

Tudo que vem sendo falado pode, ainda, ser corroborado por uma visão sistemática que permita considerar valores constitucionais como: razoabilidade e proporcionalidade, isonomia, liberdade, justiça, solidariedade e dignidade humana, que fatalmente conduzirão à conclusão tendente à ampliação do uso da ação popular, inexistindo, em verdade, argumentos contrários que possam se apropriar de tamanho arsenal ético-constitucional.

14 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 70-71.

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp889766/SP. RECURSO ESPECIAL 2006/0211354-5, 4 de outubro de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 18 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.

16 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.” In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2013. p. 13-50; 24-25. No texto os autores afirmam que o termo mínimo existencial não pode ser deturpado para justificar uma perspectiva reducionista dos direitos fundamentais.

Para finalizar, deve-se consignar que, em caso de ato (omissivo ou comissivo) lesivo à moralidade administrativa, não se mostra necessária lesão ao erário. Assim, por exemplo, deve ser anulada a nomeação de servidor com parentesco em relação à autoridade, ainda que ela tenha desempenhado o serviço, regularmente, após a sua nomeação; da mesma forma, deve ser anulada a contratação de serviços publicitários que disseminam a imagem pessoal de governante, ainda que tal serviço não tenha gerado custo para a administração¹⁷.

Nesse ponto a interpretação já consolidada nos tribunais, também, se coaduna com o paradigma dos direitos fundamentais, permitindo uma ampliação racional no uso da ação popular, por dispensar a cumulação de lesão ao erário nos casos em que se ataca lesão à moralidade¹⁸.

Por fim, cumpre, apenas, consignar que a alegação de lesão à moralidade administrativa deve vir acompanhada de fundamentação que apresente a juridicidade do padrão moral violado¹⁹, ainda que se baseie em sentido implícito de valores constitucionais de conteúdo vago ou genérico (isonomia, impessoalidade, publicidade, eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade).

Não há a necessidade de se comprovar a ilegalidade estrita da ação ou da omissão, para que ela seja considerada imoral²⁰, mas ao menos, deve-se demonstrar a sua incompatibilidade com as normas constitucionais, numa visão substancial e sistemática, pois do contrário, corre-se o risco de se permitir a criação de padrões morais inconstitucionais, o que seria inadmissível²¹.

Essa questão será aprofundada no tópico terceiro e constitui um dos cerne deste trabalho, o qual, se reitera, visa responder se a omissão lesiva ao mínimo existencial de direito fundamental constituiria lesão à moralidade, justificadora do uso de uma ação popular.

3. AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Como afirmado acima, o cabimento de ação popular em caso de ato omissivo lesivo aos valores preconizados constitucionalmente já se encontra em grande medida consolidado, ao menos na jurisprudência do STJ, que não encontra censura na jurisprudência do STF.

Nesse sentido, é possível se acrescentar aos argumentos expendidos no tópico acima, de ordem sistemática, teleológica e substancial, alguns precedentes do STJ que vão ao encontro da admissão da ação popular em caso de ato omissivo e mais, dão guarida a uma interpretação do seu cabimento em consentaneidade plena com o paradigma dos direitos fundamentais, na medida em que preconizam uma amplitude máxima na admissibilidade dessas ações.

Para ilustrar nosso entendimento, merece referência o acórdão da lavra do Ministro Herman Benjamin, no qual pontua que: “9. A Ação Popular deve ser apreciada, quanto às hipóteses de cabimento, da maneira mais ampla possível, de modo a garantir, em vez de restringir, a atuação judicial do cidadão”²².

Esse posicionamento foi extraído de um contexto em que o STJ admitiu uma ação popular voltada à invalidação de cobrança abusiva em contrato de iluminação pública, entendendo que naquele caso, apesar

17 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 89.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 824781 RG/MT. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo, 27 de agosto de 2015. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 9 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 maio 2017.

19 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 131-133. Concordando com a nossa fala, apesar de entender que a moralidade seria uma categoria autônoma: MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 95-96.

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 22.

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 133.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1164710/MG. RECURSO ESPECIAL 2009/0209255-1, 12 de abril de 2010. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 4 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 maio 2017.

da relação de consumo existente entre o ente público e a empresa concessionária, havia, também, lesão ao erário, na medida em que ele era usado para o adimplemento das contas abusivas de energia, ou seja, havia o interesse coletivo de proteção de um bem público e não apenas o interesse de proteção dos consumidores, conforme se observa no seguinte trecho:

[...] 1. Hipótese de Ação Popular proposta contra concessionária de energia, em que se alega cobrança indevida pelo fornecimento de energia elétrica para iluminação pública. [...]

6. A Ação Popular é apropriada in casu, pois indiscutível que a autora busca proteger o Erário contra a cobrança contratual indevida, nos termos do art. 1º da Lei 4.717/1965, conforme o art. 5º, LXXIII, da CF. [...]

8. Como visto, a viabilidade da Ação Popular, in casu, decorre do pedido formulado e do objetivo da demanda, qual seja, proteger o Erário contra a cobrança contratual indevida, nos termos do art. 1º da Lei 4.717/1965, conforme o art. 5º, LXXIII, da CF, questão que não se confunde com a condição de consumidor daqueles que são titulares do bem jurídico a ser protegido (a coletividade, consumidora da energia elétrica)²³.

No caso em exame, o STJ se distanciou de um posicionamento conservador e comodista, que poderia tender pela inadmissibilidade da ação, fundando-se no precedente que veda o uso de ação popular para tutela de direitos do consumidor (posicionamento altamente criticável, mas que foge do objeto principal do presente, voltado ao controle de políticas públicas), mas em vez disso, se perfilhou ao modelo hermenêutico dos direitos fundamentais, entendendo que no caso não havia, somente, uma relação de consumo comum e que, conforme visto, a ação popular deve ser garantida de maneira ampliada e não restringida.

Registra-se que o posicionamento ampliativo do STJ não é exatamente uma novidade, já que desde 1995 havia acórdãos da lavra do Ministro Ari Pargendler, por meio dos quais se consignou, expressamente, o cabimento de ação popular em caso de omissão do poder público, seja quando este deixou de fiscalizar instituição sem fins lucrativos que, supostamente, se beneficiava, fraudulentamente, da imunidade fiscal²⁴, seja quando pessoa jurídica de direito público se omitiu na proteção do seu patrimônio, “à míngua de ato formal e ostensivo do comprometimento deste”²⁵.

Mais recentemente, em decisão paradigmática, o STJ, em acórdão da lavra do Ministro Castro Meira, impôs ao Estado obrigação de não fazer voltada a proteção do meio ambiente, como consequência do ajuizamento de ação popular visando a tal fim, o que se observa no seguinte trecho:

4. A ação popular é o instrumento jurídico que deve ser utilizado para impugnar atos administrativos omissivos ou comissivos que possam causar danos ao meio ambiente.

5. Pode ser proposta ação popular ante a omissão do Estado em promover condições de melhoria na coleta do esgoto da Penitenciária Presidente Bernardes, de modo a que cesse o despejo de elementos poluentes no Córrego Guaruaia (obrigação de não fazer), a fim de evitar danos ao meio ambiente.²⁶

O acórdão transcrito é emblemático, porque ele oferece resposta à parte daquilo que se pretendeu pesquisar neste artigo, ou seja, ele garante a possibilidade de controle de políticas públicas por meio de uma ação popular contra omissão.

No caso em tela, o fundamento da demanda concerne à omissão lesiva ao meio ambiente, bem que, expressamente, se encontra no rol de objetos da ação popular o que, no entanto, não constitui razão que justifique uma visão restritiva do cabimento da ação popular para o fim de controle de política pública.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1164710/MG. RECURSO ESPECIAL 2009/0209255-1, 12 de abril de 20102. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 4 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 maio 2017.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 4996/SP. RECURSO ESPECIAL 1990/0008975-1, 18 de setembro de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 out. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 36490/SP. RECURSO ESPECIAL 1993/0018240-4, 5 de setembro de 1996. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 30 set. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp889766/SP. RECURSO ESPECIAL 2006/0211354-5, 4 de outubro de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 18 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.

Muito pelo contrário, quando o STJ determina prestações no sentido de eliminar omissão lesiva ao meio ambiente, dá subsídio a pensarmos que omissões lesivas a outros bens e valores inseridos no mesmo rol de objetos da ação popular, como por exemplo, a moralidade administrativa, também justificariam o uso da ação popular e o eventual controle de políticas públicas, principalmente se lembrarmos de que para o STJ o cabimento da ação popular deve ser garantido de maneira ampla e não restrita²⁷, já tendo sido mencionado um precedente em que, por omissão lesiva ao patrimônio de pessoa jurídica de direito público (erário), se determinou a desocupação de imóvel e a adoção de providências de restauração pelo particular²⁸.

A dúvida que remanesce e que se buscará resolver no tópico subsequente, concerne à definição do que seriam lesões à moralidade e se a omissão lesiva ao mínimo existencial dos direitos fundamentais caracterizaria lesão à moralidade (seria imoral a omissão lesiva a direito fundamental por parte da Administração Pública?), justificadora da ação popular e o eventual controle de políticas públicas por meio dela.

Sem embargos, merece especial destaque a decisão em análise, pois, por meio dela, se garante o uso da ação popular para se determinar a realização de prestação pelo Poder Público (obrigação de não fazer), voltada à proteção do meio ambiente (interromper o despejo de resíduos de esgoto por penitenciária estadual), o que, *a priori*, parece emprestar razões que sustentem a possibilidade de se determinar, por meio de ação popular, prestações tendentes à satisfação de outros direitos fundamentais que não apenas aqueles ligados ao meio ambiente, desde que se consiga ligar o exercício de tal atividade com o rol de objetos da ação popular, o que nos parece plausível em relação à moralidade administrativa, conforme se verá no tópico seguinte.

Por fim, nesta breve análise da jurisprudência do STJ sobre o cabimento da ação popular contra ato omissivo, deve-se registrar um precedente bem recente, publicado no ano de 2016²⁹, em que o STJ reiterou o cabimento de ação popular nos casos de omissão da Administração. No precedente em espécie, foi constatada uma omissão lesiva ao erário, já que a Municipalidade não adotou nenhuma providência diante de ato particular que provocou a incorporação de área pública em seu imóvel.

O que nos parece merecer maior relevo é que a decisão do STJ veio após decisões reiteradas das instâncias inferiores que inadmitiram a ação popular no caso em concreto, o que demonstra uma total dissonância entre o pensamento da corte estadual e o do tribunal superior, que apresenta uma sintonia fina com o paradigma dos direitos fundamentais e com o direito fundamental de acesso à justiça, por ampliar o cabimento da ação popular sem contradizer o texto normativo.

Dessa maneira, percebe-se que, anteriormente à admissão da ação pelo STJ, o juiz de primeira instância havia inadmitido a demanda por entender faltar ato administrativo para ser anulado, enquanto a segunda instância manteve a inadmissão, dessa vez se baseando na ausência de lesividade ao erário, o que externou uma compreensão reducionista do termo “erário”, destoante da estabelecida pelo Supremo³⁰ e da Teoria dos Direitos Fundamentais³¹.

Não obstante toda dificuldade enfrentada no STJ, enfim, a demanda foi admitida, deixando-se claro que por “ato administrativo” se compreendem, também, aqueles de natureza omissiva e que pelo termo “erário” se deve entender todo o patrimônio público de valor econômico, o que se coaduna harmoniosamente com o momento hermenêutico pós-positivista vivenciado pelo Direito.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1164710/MG. RECURSO ESPECIAL 2009/0209255-1, 12 de abril de 20102. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 4 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 maio 2017.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 36490/SP. RECURSO ESPECIAL 1993/0018240-4, 5 de setembro de 1996. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 30 set. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 683379/SP. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0063856-4, 7 de abril de 2016. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 19 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 824781 RG/MT. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo, 27 de agosto de 2015. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 9 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 maio 2017.

31 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

4. OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL E PRINCÍPIO DA MORALIDADE: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio da moralidade administrativa passou, a partir do Diploma Constitucional de 1988, a constar, expressamente, do rol de bens e valores tuteláveis por meio da ação popular, de modo que se previu a possibilidade de combate do ato ou omissão lesiva a tal valor.

A partir daí algumas discussões emergiram, conduzindo as reflexões acadêmicas para a obtenção de respostas a problemas como: para o controle da moralidade administrativa deve-se demonstrar conjuntamente uma ilegalidade? A lesão à moralidade deve vir acompanhada de lesão ao erário³²?

Nesse sentido, mostraram-se interessantes os posicionamentos construídos por meio dos debates envolvendo tais questões, tanto para nos permitir concluir que a lesão à moralidade administrativa prescinde de lesão ao erário³³, conclusão que se mostra fundamental para a nossa pesquisa, como também para nos permitir afirmar que, mesmo nos casos em que não exista previsão legal específica, o ato ou omissão pode ser considerado imoral se contrariar os objetivos e princípios constitucionais que devem orientar a Administração Pública³⁴.

Sobre a discussão envolvendo a possibilidade de se controlar atos ou omissões lesivas à moralidade independentemente de lesão ao erário, deve-se esclarecer que ela, também, se mostra essencial para este ensaio, uma vez que o nosso objeto de estudo concerne justamente a atos omissivos que, supostamente, lesam a moralidade administrativa, por não observarem o mínimo existencial necessário à proteção de um direito fundamental sem, no entanto, representar qualquer lesão ao erário.

Sem embargo, o posicionamento jurisprudencial hoje se consolidou, mormente por intermédio de julgamento de recurso extraordinário repetitivo no STF³⁵, no sentido de que a lesão à moralidade deve ser controlada independentemente de lesão ao erário; a título de exemplo, se pode citar o caso envolvendo propagação pessoal de governante que, mesmo sem custo para o erário, foi tida como violadora à moralidade e à impessoalidade³⁶, princípios constitucionais da administração pública.

Por outro lado, no que tange à necessidade de demonstração de ilegalidade para configuração de lesão à moralidade, pensamos que algumas considerações devem ser levadas em conta, uma vez que, da mesma forma que atos imorais podem ser travestidos de aparente legalidade para se justificarem, consubstanciando desvio de finalidade, abuso de direito ou desproporcionalidade controláveis pelo Judiciário³⁷, não se pode permitir que o Judiciário seja provocado para a obtenção da tutela de padrões morais totalmente alheios à ordem jurídica, embasados em crença religiosa ou valores particulares a determinado segmento social, sob pena de se permitir um subjetivismo e um decisionismo indesejável³⁸ e prejudicial num Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, parece natural se concluir que a lesão à moralidade não precisa estar atrelada à violação de um dispositivo legal específico, mas precisa se fundar na ordem jurídica, se amparando em outros preceitos

32 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 88-95.

33 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 130.

34 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 132. Em sentido parecido: MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 94-96.

35 Ver nota 18.

36 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 89.

37 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 91.

38 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 132-133.

constitucionais, ainda que, de estrutura aberta, para, com base numa interpretação sistemática e finalística, se demonstrar que o ato ou omissão ofende aos valores da Administração Pública e da República Brasileira, não constituindo um simples arbítrio do cidadão ou do Judiciário.

Prova da plausibilidade do que vem sendo alegado se extrai de alguns posicionamentos sobre o assunto, que deixam clara a necessidade de se fundar a lesividade do ato não na moral subjetiva, mas em preceitos normativos que deem substância jurídica à moral administrativa, como por exemplo: a impessoalidade, a eficiência e a razoabilidade³⁹.

No ensejo, contudo, o foco desta pesquisa orbita em torno da lesão à moralidade, por conta de omissão lesiva ao mínimo existencial ligado a direito fundamental, o que, conforme já vimos, se relaciona com o que vem sendo falado, quando se defende a desnecessidade de lesão ao erário concomitante com a lesão à moralidade e, quando se defende a desnecessidade de ofensa à previsão legal específica, pois muitos dos direitos fundamentais não são objetos de leis pontuais que lhe disciplinem à exaustão.

Sem embargo das respostas já construídas, ainda remanesce a questão, que é um dos principais tópicos do presente estudo, qual seja: a omissão lesiva a direito fundamental caracteriza ofensa à moralidade administrativa?

Para se alcançar uma resposta, necessariamente, deve-se passar pelo conceito de moralidade administrativa, construído pela doutrina administrativista ao longo do tempo, sem ignorar, obviamente, o entendimento existente, no sentido de que a simples ilegalidade do ato já seria suficiente para se concluir pela sua imoralidade⁴⁰.

Em verdade, parece-nos fazer sentido o entendimento que vê no ato imoral sempre uma ligação com a ilegalidade ou a pessoalidade, de modo que, ainda que não haja violação à lei, a imoralidade possa ser caracterizada pela pessoalidade decorrente do benefício próprio ou de pessoas próximas, obtido, dolosamente, em desvio de finalidade⁴¹.

É justamente nesse sentido que a doutrina identifica como imorais atos praticados com desvio de finalidade, o que é ampliado por parcela dos estudiosos, para abranger atos abusivos (com abuso de direito) ou com resultados desproporcionais (inadequados ou desnecessários)⁴².

Apesar de alguns autores defenderem uma total autonomia da moralidade em relação à legalidade⁴³, nos parece que ela não exista em relação aos valores constitucionais, não bastando se falar em ética administrativa e honestidade, sem se falar em impessoalidade, legalidade e proporcionalidade, afinal de contas, se o ato for legal, proporcional (adequado e necessário) e impessoal, na nossa ótica não daria para se falar em desonestidade ou falta de ética, sob pena de se incorrer em subjetivismos indesejados em um sistema democrático de respeito das minorias e garantidor das liberdades individuais.

Conclui-se, então, que, além dos atos ilegais, podem ser considerados imorais aqueles atos pessoais ou desproporcionais, que representem abuso ou desvio de finalidade pela incongruência com o sistema constitucional pátrio, o que, indiscutivelmente, constitui um tipo de ilegalidade.

Frente a esse panorama, pode-se afirmar, em termos administrativos, que a omissão lesiva ao mínimo

39 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 95-96.

40 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 22.

41 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 22. Segundo o autor: “Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade. Em outras residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa.”

42 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1). p. 91.

43 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 78-79.

existencial relativo a direito fundamental representa verdadeira imoralidade administrativa, seja pela ilegalidade e incompatibilidade com o texto constitucional que impõe uma prestação positiva, seja pela desproporcionalidade imanente a toda violação de mínimo existencial.

Nesse patamar, se fazem necessárias rápidas considerações sobre o conceito de mínimo existencial, criado na década de cinquenta pela jurisprudência alemã, para designar o menor nível de satisfação de um direito fundamental que se pode admitir sem que haja afronta à dignidade humana e ao núcleo essencial dos direitos fundamentais⁴⁴.

A Teoria dos Direitos Fundamentais consente em dizer que estes, normalmente previstos em normas principiológicas, de arquetipo aberto, com valores explícitos e um enorme grau de generalidade, admitem diferentes graus de satisfação, diferentemente das regras, que são satisfeitas na medida do tudo ou nada⁴⁵.

Dessa forma, o conceito de mínimo existencial surge como um reconhecimento do Estado Social e da eficácia plena e imediata das normas concernentes aos direitos sociais, que impõem prestações positivas e exigem ações fáticas dependentes de investimentos de recursos limitados e que, portanto, pode ser realizado em diferentes níveis.

O mínimo existencial serve para que o direito fundamental não seja esvaziado, para que não haja a violação do núcleo duro dos direitos fundamentais — dignidade humana-autonomia—, autorizando que o Judiciário intervenha nos atos do Estado, omissivos ou comissivos, quando houver a sua inobservância, ou seja, quando a ação ou omissão estatal esvaziarem direito fundamental, negando o mínimo existencial para uma sobrevivência digna.

Percebe-se, assim, que a realização do mínimo existencial está intimamente ligada aos direitos fundamentais de 2ª dimensão, ou seja, aos direitos sociais, que são reconhecidos, expressamente, em diversas constituições, dentre elas a brasileira, como sendo um dever do Estado envolvendo prestações positivas — fáticas e normativas — de cunho social, cultural e econômico⁴⁶, podendo-se concluir pela imoralidade do ato omissivo ou comissivo que o negligencia ou não o observa, seja porque representa a desobediência de um dever previsto na Constituição, seja pelas consequências geradas em desfavor dos titulares desses direitos, para quem são negadas condições dignas de subsistência.

Tal ato, mesmo quando omissivo, representa a inobservância de um dever e não apenas de um programa, exigido, de forma proporcional, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas pelo documento normativo mais importante do nosso sistema, resultando na sonegação de condições dignas aos indivíduos e à sociedade, sendo indiscutível a imoralidade em tal comportamento.

Para ilustrar o que vem sendo falado, podemos tomar como exemplo a omissão do governante que não constrói leitos de UTI suficientes⁴⁷, que deixa de reformar escola pública sem condições de utilização, expondo em risco de morte os seus alunos⁴⁸, ou que deixa de viabilizar estabelecimentos adequados para a proteção de menores em situação de vulnerabilidade⁴⁹, como se verá no tópico seguinte.

44 FIGUEIREDO, Mariana Filchiner; SARLET, Ingo Wolfgang. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações” In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2013. p. 13-50; 20.

45 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

46 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 41-42.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 740.800 AgR/RS, 3 de dezembro de 2013. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 12 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 maio 2017.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 942573 AgR/PB, 16 de dezembro de 2016. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 13 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 maio 2017.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 827568 AgR/DF, 15 de março de 2016. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 maio 2017.

5. AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL (MORALIDADE E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NA JURISPRUDÊNCIA DO STF)

Como mencionado no tópico anterior, o atual paradigma dos direitos fundamentais impõe a prestação de direitos sociais, expressamente previstos em nossa Constituição por meio de normas de aplicabilidade plena e imediata⁵⁰, que prometem bens como: saúde, educação, habitação e outros, que exigem ações fáticas positivas ligadas ao investimento de recursos limitados.

É cediço que as leis não podem conter palavras inúteis, sem valor, sendo certo que os princípios constitucionais relativos a direitos sociais não se limitam a estabelecer programas a serem perseguidos, impondo a realização de prestações positivas⁵¹ que, no mínimo, inviabilizem o esvaziamento do direito fundamental, caracterizado pela sua total inobservância ou pela sua observância num nível insuficiente.

Como as normas que impõem as prestações sociais correspondentes a direitos fundamentais são abertas, com termos vagos e cláusulas gerais, o que é necessário ante a impossibilidade de se estabelecer de maneira objetiva e definitiva como e quanto do valor será satisfeito, pois envolvem condições jurídicas e fáticas limitadoras e variáveis, por exemplo: prestações fáticas dependentes de recursos financeiros, cuja disponibilidade é limitada e variável, a teoria consente com a sua satisfação em diferentes níveis, dependendo das circunstâncias em concreto.⁵²

Não obstante, esses diferentes níveis não podem ficar aquém do mínimo existencial, sob pena de esvaziamento do direito fundamental e intervenção do Judiciário para a tutela da Constituição e dos direitos fundamentais, com o controle das políticas públicas desempenhadas pelo Estado.

Ainda que se argumente pela necessidade de proteção da separação dos poderes, tal intervenção não representará violação alguma, uma vez que ela se dará, justamente, quando os poderes se afastarem de suas funções constitucionalmente previstas, por descumprirem as normas constitucionais⁵³, ficando adstrita à garantia do mínimo, justamente para que não haja usurpação de competência, já que a elaboração e execução do programa político de cada Estado dependem, fundamentalmente, das funções legislativa e executiva.

Nesse sentido, é consolidado o entendimento sobre a possibilidade do controle de políticas públicas no âmbito do STF, quando ele determina, por exemplo, a adaptação de escola pública às necessidades especiais de alguns alunos⁵⁴, ou quando determina a construção ou a reforma de escola, tendo em vista a total ausência de condições de uso por parte do prédio em funcionamento⁵⁵, decisões proferidas no âmbito de ações

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR/SP, 22 de novembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 maio 2017. Segundo o relator Ministro Celso de Mello: “[...], revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão **por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário** □ mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (grifo nosso).

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR/SP, 22 de novembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 maio 2017.

52 BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.” In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-378. p. 347. Sobre as etapas relacionadas à aplicação dos princípios, os autores ensinam que: “Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que já foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional.”

53 ZANETI JÚNIOR, Hermes. “A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 49-50.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 877.607 AgR/MG, 17 de fevereiro de 2017. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 maio 2017.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 761.127 AgR/AP, 24 de junho de 2014. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 18 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 maio 2017.

civil públicas, mas que poderiam, perfeitamente, ter sido objeto de ação popular baseada na proposta do presente estudo, qual seja: do seu cabimento nos casos de omissão lesiva ao mínimo existencial de direitos fundamentais.

Nessas hipóteses, como visto, ocorre verdadeiro ato omissivo lesivo à moralidade, que não depende de lesão ao erário e que se mostra inaceitável por constituir desrespeito à Constituição pátria e aos seus direitos fundamentais, dentre os quais à dignidade humana.⁵⁶

Percebe-se, assim, a plena possibilidade de, com base na norma constitucional garantidora da ação popular — art. 5º, inciso LXXIII —, ajuizar esse tipo de ação coletiva, para o combate de ato omissivo (omissão) da Administração Pública, lesivo a direito fundamental, em relação ao seu mínimo existencial, já que um dos objetos de tal demanda é, justamente, a omissão lesiva a moralidade.

Quando a Administração alega não ter dinheiro para adquirir medicamentos necessários ao atendimento da comunidade, ou não oferece um serviço de educação minimamente digno, utilizando prédios em ruínas ou sem a acessibilidade necessária, compete a qualquer cidadão provocar a atividade jurisdicional por meio de uma ação popular, baseada no ato omissivo lesivo à moralidade, para que a lesão cesse mediante decisão mandamental que imponha a realização da prestação devida.

Da mesma forma, deve-se lançar mão da ação popular quando o Estado negligenciar políticas de segurança pública, deixando-a sucateada em completa desatenção ao seu dever constitucional de prover condições mínimas de segurança⁵⁷, ou ainda quando se negligencia proteção à criança e ao adolescente, deixando à míngua o espaço físico do conselho tutelar, carente de estrutura mínima para o desempenho do seu papel⁵⁸, tudo conforme já vem sendo reconhecido pelo STF, em sede de ação civil pública.

Isso é o que se espera do cidadão e da ação popular no atual paradigma dos direitos fundamentais, situado num Estado Democrático de Direito em que os direitos sociais e os direitos difusos ganham estatura constitucional⁵⁹, devendo ser aplicados plena e imediatamente na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.⁶⁰

Nesse cenário, a participação popular se insere no âmbito dos direitos fundamentais de terceira geração, se transformando num valor estrutural do nosso modelo constitucional de Estado, que deve ser satisfeito na maior medida possível.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a explanação dos fundamentos pertinentes ao objeto do nosso estudo, podemos erigir a seguinte conclusão geral, qual seja: é cabível ação popular contra ato omissivo da Administração Pública que viole o mínimo existencial de direito fundamental, com base na lesão à moralidade administrativa caracterizada por tal omissão, valor expressamente tutelável pela via popular, conforme se extrai de uma interpretação literal do texto constitucional.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR/SP, 23 de agosto de 2011. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 15 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 maio 2017.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 367432 AgR/PR, 20 de abril de 2010. *Diário da Justiça*, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 maio 2017.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 827568 AgR/DF, 15 de março de 2016. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 maio 2017.

59 ZANETI JÚNIOR, Hermes. “A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 43.

60 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

Não obstante, para se alcançar tal discernimento, foram ultrapassadas algumas etapas, consistentes no entendimento de algumas premissas basilares, que dão sustentação ao resultado acima mencionado e que podem ser discriminadas conforme seguem:

1 - a ação popular é cabível contra omissão do poder público, ainda que os textos normativos não sejam expressos nesse sentido, devem ser assim interpretados quando mencionada a palavra “ato”, que pode ser tanto comissivo como omissivo;

2 - tal asserção é corroborada pela Teoria dos Direitos Fundamentais, que os definem como mandamentos de otimização, que impõem a realização de um valor na maior medida possível, uma vez que os direitos difusos podem ser considerados direitos fundamentais, sem contar o fato do acesso à justiça constituir um direito fundamental, devendo ambos ter a sua proteção amplificada, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, conforme assentado em base teórica sólida;

3 - a ação popular, inclusive, quando ajuizada para a tutela da moralidade administrativa, dispensa a demonstração de lesão ao erário, não sendo necessário, portanto, que a omissão afrontosa à moralidade traga prejuízo a bens públicos materiais;

4 - conforme jurisprudência sólida do STJ, firmada desde a década de 90, a ação popular é cabível contra a omissão da Administração que represente violação aos bens ou valores indicados nas normas sobre o assunto, devendo, conforme extraído de manifestação expressa em julgado aqui analisado, ter o seu cabimento compreendido de forma ampliativa;

5 - a ação popular, quando ajuizada para a tutela da moralidade administrativa, dispensa a demonstração de violação à lei infraconstitucional, sendo necessário, todavia, que se demonstre a incompatibilidade do ato (omissivo ou comissivo) com as normas constitucionais, numa visão sistemática e teleológica;

6 - segundo firme doutrina e jurisprudência, ocorre violação à moralidade administrativa quando o ato omissivo ou comissivo se mostra ilegal, impessoal ou desproporcional, de modo que se possa concluir que, em casos de violação a direitos fundamentais, se terá, por conseguinte, uma situação de violação à moralidade administrativa, sendo, portanto, imoral o ato da Administração que inobserva o mínimo existencial de um direito fundamental;

7 - mínimo existencial é o grau mínimo de satisfação admissível para um direito fundamental, abaixo do qual haverá um esvaziamento deste, sendo indispensável uma análise das circunstâncias do caso em concreto para que se verifique a razoabilidade e proporcionalidade do ato, já que é reconhecidamente impossível uma fixação em abstrato, de maneira objetiva, de todos os casos em que haveria violação ao mínimo existencial;

8 - nesse sentido, percebe-se que a ação popular poderia ser manejada com a mesma amplitude das ações civis públicas, ao menos no que tange ao controle de políticas públicas, para impor prestações positivas à Administração em casos de risco de desabamento de escola pública, de falta de acessibilidade, de ausência de estrutura para o funcionamento de conselho tutelar e para a aquisição e fornecimento de medicamentos indispensáveis a saúde pública;

9 - tal perspectiva se mostra em total consonância com o paradigma dos direitos fundamentais, uma vez que amplia a tutela dos direitos difusos e do direito fundamental de acesso à justiça, estando em confluência também com a jurisprudência do STF, que admite a intervenção jurisdicional para o controle de políticas públicas, entendendo que não há violação ao preceito da separação dos poderes, quando se intervém para a correção de uma conduta omissiva ou comissiva da Administração, que viola a Constituição e a distancia de suas funções típicas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.” In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 683379/SP. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0063856-4, 5 abril de 2016. *Diário de justiça*, Brasília, DF, 19 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 36490/SP. RECURSO ESPECIAL 1993/0018240-4, 5 de setembro de 1996. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 30 set. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 4996/SP. RECURSO ESPECIAL 1990/0008975-1, 18 de setembro de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 out. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp889766/SP. RECURSO ESPECIAL 2006/0211354-5, 4 de outubro de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 18 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1164710/MG. RECURSO ESPECIAL 2009/0209255-1, 12 de abril de 2012. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 4 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR/SP, 23 de agosto de 2011. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 15 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 740.800 AgR/RS, 3 de dezembro de 2013. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 12 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 761.127 AgR/AP, 24 de junho de 2014. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 18 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 824781 RG/MT. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo, 27 de agosto de 2015. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 9 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 827568 AgR/DF, 15 de março de 2016. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 942573 AgR/PB, 16 de dezembro de 2016. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 13 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 367432 AgR/PR, 20 de abril de 2010. *Diário da Justiça*, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR/SP, 22 de novembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 877.607 AgR/MG, 17 de fevereiro de 2017. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 maio 2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo:

Atlas, 2015.

COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: Dinamização - teoria e prática*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.” In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2013.

GAGNO, Luciano Picoli. *A prova no processo civil: uma análise sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2015.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. “A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia.” In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

As práticas de juridicidade alternativa na américa latina: entre o reformismo e o impulso destruturador a partir de Stanley Cohen

The alternative practices of juridicity in latin america: between reformism and destructuring impulse - a warning from Stanley Cohen

Jackson da Silva Leal

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

As práticas de juridicidade alternativa na América latina: entre o reformismo e o impulso desestruturador a partir de Stanley Cohen*

The alternative practices of juridicity in latin america: between reformism and destructuring impulse - a warning from Stanley Cohen

Jackson da Silva Leal**

RESUMO

No presente trabalho se analisa a crise da Justiça Estatal moderna Ocidental burguesa, mais especificamente a crise de legitimidade e operacionalidade do sistema penal enquanto sustentáculo desse paradigma de justiça. Diante disso, abordam-se, algumas propostas que se propõem como reforma e definidas como ideologia comunitária, que se colocam como políticas alternativas e que se pode analisar em dupla perspectiva teórico-empírica — continuísmo reformista ou mudança transformadora —, e que são levadas a cabo a partir de impulsos que se pode apontar como externos ou de outro lado autóctones. O trabalho, do ponto de vista metodológico, se constitui em reflexão teórica, resultante de uma interface do acúmulo teórico proporcionado pela criminologia e a abordagem do pluralismo jurídico. O objetivo do trabalho é aportar questionamentos e avaliar o que se tem denominado de práticas alternativas nas dinâmicas de juridicidade e resolução de conflitos. A importância ou inovação deste trabalho reside em trazer elementos de análise para pensar o que se tem proposto como práticas comunitárias e se, efetivamente, se apresentam como transformação da organização social. Conclusivamente, avalia-se que a região latino-americana vivencia processos fragmentários ambivalentes, com projetos verdadeiramente autônomos e transformadores, e também com dinâmicas de reforma que mantém a lógica de importação de respostas eurocêntricas e descontextualizadas para problemas propriamente regionais.

Palavras-chave: Controle social comunitário. Crise do sistema penal. Criminologia crítica. Pluralismo jurídico.

ABSTRACT

In the present work we analyze the crisis of Western State Modern bourgeois Justice, more specifically about the crisis of legitimacy and operationality of the penal system as the basis of this paradigm of justice. In the face of this, some proposals that are proposed as reform and defined as communitarian ideology, which are posed as alternative policies and that can be analyzed in two theoretical-empirical perspectives - reformist continuism or

* Recebido em 03/07/2017
Aprovado em 18/08/2017

** Doutor em Direito (UFSC), Mestre em Política social (UCPel). Graduado em Direito (UCPel). Advogado inscrito na OAB/RS. Professor da Graduação e Programa de Pós-Graduação em Direito e Coordenador do Grupo Criminologia Crítica Latino-americana (UNESC). Email: jacksonsilvaleal@gmail.com

transformative change - Are carried out from impulses that can be pointed out as external or otherwise autochthonous. The work, from the methodological point of view, constitutes theoretical reflection, resulting from an interface of theoretical accumulation provided by criminology and the approach to legal pluralism. The objective of this work is to contribute questions and evaluate what has been called alternative practices in the dynamics of juridicity and conflict resolution. The importance or innovation of this work lies in bringing elements of analysis to think about what has been proposed as community practices and if they effectively present themselves as a transformation of social organization. Conclusively, it is estimated that the Latin American region ambivalent fragmentary processes, with truly autonomous and transformative projects, and also with reform dynamics that maintains the logic of importing Eurocentric and decontextualized responses to properly regional problems.

Keywords: Community social control. Crisis of the penal system. Critical criminology. Legal pluralism.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o que se tem denominado por crise do sistema de justiça ocidental moderno e, mais especificamente, as respostas à crise que se tem processado por dentro do próprio sistema.

Crise esta que é de legitimidade e de operatividade, tendo em vista que a legitimidade tem se resumido ao império da força e ao monopólio do poder/dever de decidir (monismo jurídico); e, de operatividade, na medida em que se tem baseado, principalmente, na violência oficializada (*ius puniendi*) com que mantém a sua suposta ordem e segurança jurídica e na incapacidade de resolução de conflitos.

Nessa linha se analisam as respostas a essa crise que se tem denominado de alternativas comunitárias. Tem-se como objeto principal dessa abordagem o caso da América Latina e as várias respostas que se têm dado para as problemáticas do funcionamento do sistema de justiça que, não obstante não seja de todo desvinculado da crise internacional em que se encontra a Justiça como mito da instituição estatal (poder Judiciário) como única instância de resolução de conflitos, encarregada, por sua vez, da promessa de segurança pública e jurídica; e, também, tendo em vista a quotidiana importação de respostas prontas e acabadas, descontextualizadas com as realidades em que são inseridas e aplicadas (impostas).

Para essa reflexão, se faz importante o trabalho de Stanley Cohen, *visões de control social* (1988) que traz o impulso comunitário no centro do mundo ocidental como a grande saída, ou para a remodelagem do sistema — que passa a se propor alternativista e desinstitucionalizante —, ou, simplesmente, para a sua re-legitimação.

Marco teórico que se gostaria de fazer um apontamento preliminar, que em realidade se constitui em um alerta tendo em vista que o próprio autor em seu prefácio à edição latino-americana salienta que seu estudo parte e se dirige ao seu contexto de fala e de experiências que são os EUA, Inglaterra e Canadá; e, assim, deve ser lido com cuidado para analisar as questões latino-americanas, realizadas as devidas ponderações, o que se faz imensamente útil, e se constitui em alerta para as práticas que se propõem alternativas nesse território, e é justamente nesse caminho que se pretende conduzir este trabalho.

Trabalha-se, também, em uma interface teórica entre a criminologia crítica e o pluralismo jurídico com o intuito de compreender esses processos de mudança, que estão sendo operadas contemporaneamente na América Latina, e que podem ser analisados e divididos a partir de sua postura reformista ou transformadora.

O presente trabalho é construído, eminentemente, a partir de referencial bibliográfico, utilizando-se do material e acúmulo teórico e empírico já existente sobre esses processos na América Latina, e a influência ou rompimento com as práticas importadas do centro do mundo ocidental.

Assim, no primeiro ponto, analisa-se a crise, e, posteriormente, no segundo ponto, passa-se ao estudo e análise das práticas latino-americanas e suas distintas manifestações e especificidades.

2. O PARADIGMA DE JURIDICIDADE OCIDENTAL MODERNO, A SUPOSTA CRISE, AS CRÍTICAS E SUAS RESPOSTAS

Nesse primeiro ponto, em que se propõe analisar a crise e, posteriormente, as respostas distintas (ou nem tão distintas à própria crise), se faz necessário traçar os contornos dessa crise; sua origem, contexto, razões e explicações, o que está intimamente ligada às próprias respostas.

Tratar dessa crise é abordar as manifestações que induzem a um entendimento de sua existência, pois, em realidade, o próprio sistema não assume sua existência. Da mesma forma que a teoria crítica^{1 2} também não, mas por entendimento diverso, de que o sistema de controle penal moderno e burguês nasceu em crise (estrutural) e demanda, desde a sua origem, o mesmo elemento — a ordem. E o problema é o mesmo e se pode resumir em uma suposta luta por humanização (do inumanizável) — das penas —, produzindo cada vez mais controle, desumanização e brutalidade. Nessa linha, enquanto que o sistema não aceita a ideia de crise ou busque justificar e legitimar a atuação do sistema penal; para a teoria crítica, parte-se do entendimento que a crise é inerente ao próprio funcionamento do sistema, lhe sendo inerente, e inclusive funcional para sua manutenção.

Assim, os fundamentos que comportam e concentram a ideia de uma suposta crise seriam de duas ordens de fatores (1) crise de legitimidade, cujo fundamento original remonta ao contrato social e o mito fundador da sociedade moderna, e a ânsia por segurança — a promessa (ilusão) de segurança jurídica, e que modernamente reside em mero monopólio do poder (monismo jurídico)³, e da violência (*ius puniendi*) que o mantém; e (2) crise de operatividade, dada a total incapacidade da estrutura jurídica e do sistema penal de dar conta da resolução de conflitos e suas complexidades relacionais e conflituais, sobretudo a partir de simplificação do direito, que opera com base no binômio abstração e generalidade — em total, castração do fenômeno jurídico em sua complexidade.

A partir dessa estrutura, o saldo que se constrói é de (a) revitimização quando bem intencionado (pseud-alternativo), ou total desconsideração da figura da vítima com a usurpação do conflito (em seu funcionamento ordinário e tradicional-punitivo); (b) distribuição desigual dos bens positivos (bens de consumo e oportunidades modernas) e inversamente proporcional, também a distribuição desigual dos bens negativos oferecidos pelo processo de criminalização — estigmatização, violência e prisão⁴; (c) total distanciamento das estruturas oficiais de controle — policiais e agentes penitenciários — que são recrutados no mesmo grupo/classe dos seus antagônicos (criminosos criados, assim como o próprio antagonismo que os separa).

Assim, o que se verifica é, em simples fórmula — polícia que mata e polícia que morre, bandido que mata e bandido que morre, muitas vezes sem se poder distinguir quem é polícia e quem é bandido.

Diante disso, assiste-se no Brasil, em sua adesão subjetiva à barbárie de que fala Vera Malaguti Batista⁵, à quebra de recordes anuais de encarceramento em condições cada vez mais degradantes, bem como seguido

1 ANDRADE, Regina Pereira de Andrade. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

2 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2011.

3 WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

4 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2011.

5 BATISTA, Vera Malaguti. Adesão Subjetiva à Barbárie. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org). *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 307-318.

de cortes em serviços sociais básicos, e investimento elevado em segurança pública e privada — uma verdadeira, e sem freios, indústria do controle do crime há muito anunciada por Nils Christie⁶.

Nessa linha Vera Andrade^{7 8} faz um importante desvelamento do discurso e funcionamento do sistema quando fala das funções declaradas e ocultas do sistema penal. De forma breve e sumária, traz-se, primeiramente, a prevenção geral com sua pretensa intencionalidade dissuasória; e aponta como sendo a sua real e oculta função a gestão diferencial dos indivíduos e suas ações definidas e qualificadas como delituosas (rotulação seletiva), quando em discurso se pretende diminuir a delinquência por meio da ameaça de aplicação da lei penal (pretensão que fracassa), em realidade se torna uma importante estrutura material e simbólica de governabilidade perversamente seletiva (função que tem especial sucesso).

E, ainda, a prevenção especial, a partir da qual demonstra claro que, diversamente do pretendido discurso técnico garantista e humanizador do ideário ressocializador (e todas as ideologias *re*), operacionaliza o *second code* com que trabalham; o código da seletividade e da neutralização de uma minoria perigosa que não fazem parte da sociedade de consumidores e que necessitam da aplicação da lei penal e do isolamento, por constituírem uma ameaça — um risco à sociedade de bem (prevenção especial negativa).

Essa é a fórmula de reinsserir e duplamente reafirmar a vigência das leis e valores desse mercado de sociabilidade burguesa (a chamada espécie prevenção especial positiva). E o senso comum teórico e punitivo (*every days theories*) coloca esse sistema e essa estrutura como o resultado de um processo de evolução e humanização das penas e da dinâmica de resolução de conflitos. Nesse sentido, essa estrutura material e simbólica se mantém e se reformula, o que faz da análise de Vera Andrade imensamente atual. E que, juntamente com a contribuição de Staley Cohen⁹, permitem a análise das respostas à essa suposta crise.

2.1. Uma retomada duplamente funcional – a ideologia comunitária

Nesse ponto, analisa-se, então, o que se denominou por retorno da ideologia comunitária, que foi objeto de densa e profunda análise por Stanley Cohen, em uma perspectiva crítica e cética, propondo que não se tratava de estratagema relegitimador e racionalizador do funcionamento do próprio sistema, para os novos tempos em que entrava no centro do mundo — local de fala de onde e para onde escreve.

Contextualizando um pouco a abordagem do autor, que tinha como foco a realidade os países anglo-saxônicos, em especial EUA, Inglaterra e Canadá. O texto é publicado em sua primeira versão em 1985¹⁰, quando nos EUA, já se vivia os intentos, teorizações em torno da tolerância zero, a partir da Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*), dando início à nova grande guerra contra o crime (melhor seria dizer contra indivíduos considerados criminosos), surgindo o que se pode chamar de eficientismo penal, atuarialismo, ou mesmo de neoliberalismo punitivo.

Paralelamente à política de tolerância zero (*broken windows theory*), mormente contra os delitos decorrentes da *war on drugs* (guerra às drogas), verificam-se, também, os impulsos reformistas do próprio sistema a partir do argumento de que os problemas seriam conjecturais e decorrentes de mal funcionamento tópico, para os quais as receitas são contingentes, tais como: aparelhamento, controle interno, eficiência medida em metas [...]; em resumo seriam essas as problemáticas da justiça penal e o fracasso em seus objetivos declarados¹¹.

6 CHRISTIE, Nils. *A Indústria do Controle do Crime: a caminho dos gulag's em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

7 ANDRADE, Regina Pereira de Andrade. *A Ilusão da Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

8 ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas Mãos da Criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

9 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Tradução de Elena Larrauri. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

10 COHEN, Stanley. *Visions Of Social Control*. Londres: Cambridge, 1985. Traduzido para o Espanhol em 1988, por Elena Larrauri Pijoan com o título: *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: PPU, 1988.

11 ANDRADE, Regina Pereira de Andrade. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*.

E é nesse impulso reformista-liberal que se apresenta uma resposta para a crise oriunda do acúmulo e da severa crítica criminológica formulada na década anterior (70) com o alvorecer da criminologia crítica que propõe um ataque mais profundo diretamente contra o sistema de controle em si, e não em relação a esta ou aquela operacionalidade.

Diante disso, o reformismo se dá tendo em vista as mudanças sociais e o impacto que a nova postura político-criminal propõe acerca da utilização do sistema penal, em suas várias (e multiplicáveis) funcionalidades — encarceramento em massa e gestão punitiva da miséria.

Nessa linha ressurgem o que se pode denominar de ideologia comunitária que se apresenta *duplamente funcional*, pois produz, ao mesmo tempo, um processo de (re)legitimação nas funções declaradas do sistema penal — alimentando todo seu funcionamento, e também multiplica, complexifica e amplia as malhas e o raio de atuação do controle social formal, sociopenal e assistencial. Stanley Cohen escreve, sobre as práticas que se propõem alternativas, pautadas pela pretensa (e falsa) ideologia comunitária:

Una segunda estrategia para mirar al tamaño de la red, es en vez de mirar los índices globales, comparar sistemas con diversos grados de aplicación de la ideología comunitaria. Esta es, lógicamente, la estrategia investigadora más útil, pero por razones obvias, también la más difícil. Estas comparaciones en EEUU muestran claramente que una utilización intensiva de los programas comunitarios no está acompañada de un correspondiente descenso del uso de programas institucionales. Lo contrario es cierto: los Estados con un alto grado de institucionalización de los programas comunitarios tienen asimismo una utilización de las instituciones superiores al promedio¹²

Nesse sentido se constitui em profunda e importante *ambiguidade*, porque é uma política que, ao mesmo tempo em que se propõe como solução à suposta e própria crise, se operacionaliza com um discurso de alternativas ao controle penal, que em realidade alimenta a própria crise, aumentando a rede de controle e contribuindo com as instituições de controle estatal-formal.

Mesmo com a dita ideologia comunitária, verifica-se a subsistência dos meios tradicionais de controle dos indivíduos criminalizáveis (criminalizados); inclusive por meio, utilizando-se de um resultado de legitimação produzido por práticas que se propõem como alternativas. Stanley Cohen resume as práticas comunitárias no centro do mundo ocidental, como resposta a suposta crise de legitimidade e eficiência dos aparatos tradicionais de controle social:

La promesa era la de una forma de intervención que sería menos intrusiva, onerosa, coercitiva, estigmatizadora, artificial y burocrática; más humana, justa, adecuada, útil, natural e informal. ¿Qué hacemos con todas estas buenas intenciones? ¿está sujeto el nuevo sistema a las máximas de las historias antiguas, que contamos en el capítulo 1 – que la innovación más benigna es una máscara para las prácticas y consecuencias más coercitivas? [...] La pretensión de estar haciendo más bien (o menos daño) es menos válida si las alternativas no son verdaderas alternativas sino suplementos [...] la institución comunitaria no se usa para reemplazar a la cárcel; en vez de ello el delincuente se ve expuesto a ambas, a la cárcel y a las alternativas comunitarias¹³

Na esteira de Stanley Cohen¹⁴, que em significativa medida guia este estudo, e que, para além do diagnóstico dos fracassos, se constitui, eminentemente, em alerta para as práticas e o contexto que se faz bastante distinto (contexto andino) — em diversos termos e para algumas regiões — na América Latina, sendo uma análise totalmente atual e fiel para outras (cinturão neoliberal da América Latina – Brasil, Argentina e Chile) que aderem à conjugação política e discursiva do alternativismo que se propõe como via para retração esta-

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

12 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988. p. 79.

13 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988. p. 112-13.

14 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

tal, e conjuntamente se apregoa a tolerância zero.

Por essa razão, essa abordagem se constitui em alerta na medida em que, se a obra surge como uma análise da realidade experienciada no mundo anglo-saxão desenvolvido da década de 80, para a América Latina, serve de alerta, pois adere ao mesmo discurso de reforma, o que se inicia, de forma mais aguda, na década de 90 (ou seja, tardiamente), já em sua segunda metade, como ocorre no Brasil com a legislação dos juizados especiais criminais e a profusão posterior de projetos ditos alternativos de resolução de conflitos, sempre capitaneados pelo Estado; ou mesmo já no início do século XXI, outras dinâmicas como a de polícia comunitária, unidades pacificadoras etc., e que, ao contrário de se constituírem em alternativas, se apresentam como seu antagonico, como acirramento e centralização do controle penal que não somente não se reduz, como se capilariza. Nessa linha que se constitui de especial importância e atualidade, essa análise proposta por Stanley Cohen permite pré-avaliar os caminhos que se propagandeiavam como alternativos nos tempos atuais na região latino-americana.

Assim, as respostas à crise, segundo o autor, se dão com base em três estruturas materiais e simbólicas que podem ser agrupadas da seguinte maneira (em perspectiva eminentemente analítica): (1) reivindicação da comunidade; (2) o ideal de Estado mínimo; (3) retorno ao conductismo. Com isso, dá-se atenção a primeira, tendo em vista que se constitui em principal objeto de análise para este trabalho, e os demais podem ser aprofundados em trabalho próprio.

a reivindicação da comunidade é analisada pelo autor como um resgate ideológico, mas mais que isso, não é concebido meramente como a localização física do castigo, mas como o *locus* de resolução de conflitos e da ressignificação de toda a estrutura social e suas instituições (lei, polícia, judiciário, prisão ...). Assim, que remonta a uma imagem da comunidade típica das sociedades pré-capitalistas, o que ele chama de iconografia das comunidades de solidariedade mecânica ilustrativas da sociologia estrutural funcionalista de Emile Durkheim.

Aponta, ainda, que essa ideologia serve à direita e à esquerda, alimentando o discurso das mais variadas orientações teóricas e políticas: pragmático utilitário; humanitarismo e defensores das liberdades civis; científico-social; relação custo-benefício. Refere que se precisa analisar o que ele chama de estruturas profundas a fim de compreender como se processa e o que se apresenta na concretude e realidade material dessa linha plural e ambígua.

Nessa linha, o autor analisa desde o vocábulo *comunidade* que remete a tudo que a sociedade moderna negou, ou seja, seu antagonismo, os vínculos sociais, a participação, produzindo um verdadeiro poder simbólico, que ele define como nostalgia e que detém poder político, científico, popular, social. Entretanto, define como nostalgia, tendo em vista que se dirige a um passado, real ou imaginado, em que se ministra um controle social ideal, dialogado, não violento.

Porém, aponta que essa nostalgia, além do poder de subjetivação que produz, é bem mais complexo na medida em que eclipsa, esconde (ou desconsidera) a realidade em que essas comunidades pré-capitalistas viveram, o contexto em que se situavam e o processo histórico em que se inseriam, simplificando (demasiadamente) a sua história e com isso o seu exemplo social, político, jurídico, institucional que delas tomam.

Passa, então, à substância desse exemplo resgatado em torno da ideologia comunitária que para o autor, sequer é definida diretamente, mas, por meio da negativa, do que a comunidade não é, ou seja, a partir de seu antagonismo com a sociedade moderna, como aponta Cohen¹⁵, a evocação daquele mundo perdido.

Assim, aponta como caracterizador desse mundo perdido o sentimento de pertença, valores regras compartilhadas, compromisso com o grupo, ajuda mútua, intimidade e estabilidade. Sendo tudo o oposto da alienação, perda de vínculos, fragmentação, destruição dos laços sociais, despersonalização das instituições; sempre em uma definição e direção oposta à sociedade moderna.

A partir disso, demonstra dois problemas nessa ideologia. Em primeiro — não porque o discurso comunitário (no mundo central) tem viabilizado por dentro de si, o seu antagonico e não a retração do

15 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

controle e a minimização do poder punitivo, mas a sua ampliação —, principalmente porque se baseia em sociedades imaginadas, ou melhor, sociedades diferentes, de outros contextos sociais, políticos, econômicos, culturais, histórico-contextuais, que não tem qualquer paralelo com as estruturas sociais, e, principalmente, culturais contemporâneas.

E, segundo, como se fosse possível reviver essas estruturas societais, nas suas mesmas condições, e estrutura cognitivas, culturais, materiais, e assim sociais e políticas. Nessa linha aponta que não podem ser (re)criadas mimeticamente, como se tratassem de museus de história natural, tendo em vista que as condições atuais devem ser específicas para as condições sociais, culturais, políticas, e apropriadas ao processo histórico de seu tempo.

Chama a atenção o fato de o Estado ser o grande agente desse paradigma de reforma anti-estatista, e o pilar da estrutura que não se modifica em sua essência e que tem em seu centro o monopólio do controle e do poder de dizer o Direito; e isso se manifesta de distintas maneiras, seja pelo Estado exercendo os projetos, coordenando ou treinando os agentes comunitários, fornecendo aparato material-estrutural ou mesmo simbólico legitimante por meio da ameaça de uso da força oficial; ou mesmo financiando com dinheiro público projetos (terceirizados) privados e até empresariados.

Em resumo, mantém-se a centralização, burocratização e profissionalização no controle e tratamento (que não saem de cena).

Apenas a título de referência, (2) *o ideal de Estado Mínimo*¹⁶, aponta para a necessidade de retração no Estado, deixando para o Estado, apenas, as instâncias vitais da segurança e, ainda, estas não precisam ser detidas, integralmente, pelo Estado que pode se utilizar da parceria privada, como os presídios com administração total ou mista de empresas privadas; mas também os projetos que se propõem alternativas como a administração de liberdades vigiadas, condicionais, ou mesmo as empresas de segurança e os projetos alternativos ao cárcere.

Uma postura eminentemente neoliberal mercadorizante e eficientista das instâncias de atuação estatal (controle), pautada, mormente por cálculos de custo benefício, e risco, ou, justiça definida por parâmetros de custos de atuação e eficientização do controle penal.

E, em terceiro, o (3) *retorno ao conductismo*¹⁷, que é a preposta da ala formada pela nova direita e o neoconservadorismo, que se filia a uma ideia de retração do Estado, mercadorização e ampliação do mercado, entretanto, não abre mão do núcleo duro do controle penal, que é comandado com punho de ferro a partir de uma administração eficiente (não em custos, mas em metas, pois na guerra não há economia), levando a cabo uma política criminal atuarial, que combate grupos de indivíduos que se constituem em ameaça ao *modus vivendi burguês*. Assim, surgiu a política de tolerância zero (*broken windows theory*) americana que foi internacionalizada para o mundo todo, e é responsável pela escalada do encarceramento, mormente por conta da guerra contra às drogas (*war on drugs*).

Essa política se pauta, eminentemente, em um controle rígido do crime de rua (*street crime*), buscando o sentimento de segurança, a partir de onde ganha força a ideia de segurança pública, com uma polícia proativa, que se faz a principal porta da entrada no sistema penal atualmente. Assim, é legitimado por um moralismo burguês (empresários morais) e ancorado em um medo generalizado, construído e difundido pela mídia de massa (*mass media*).

Salienta-se que os três blocos estratégicos, teórico-políticos não se constituem em diretrizes únicas, fechadas, sequer em modelos, tendo em vista que se tem verificado a atuação dos três paralelamente na reforma do controle penal moderno, o que torna o estudo da problemática criminal ainda mais complexa, e pensar em resposta, ainda mais difícil a partir com base nessa estrutura ideológico-institucional.

Analisando-se a proposta reformista e as políticas (em torno da ideologia comunitária) com base em Stanley Cohen é possível detectar que colidem com algumas questões identificáveis que permite compreender duas ordens de questões que se antepõem às pretensas e alternativas reformas. A primeira, que parece

16 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988. p.192-208

17 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988. p.208-231

ser a real intencionalidade e meta-programação do sistema em se manter da mesma forma; e segunda, se coloca como o reformismo cumprindo a sua função de (re)legitimação, ou — alternativamente, ainda se poderia dizer — uma terceira, a incapacidade de modificar a estrutura de forma pontual, diante da incompatibilidade entre as partes da estrutura e a sua totalidade ideologicamente orientada. Nessa medida se apontam os seguintes elementos nos quais esbarram as políticas e a ideologia comunitária em sua matriz liberal-reformista:

(a) progresso – quando se refere ao discurso do desenvolvimento, orientado a racionalizar, e a partir da globalização neoliberal significa também tecnologicar os procedimentos e técnicas de controle.

Importante frisar, também, que o discurso do progresso tecnológico-racionalizador do poder punitivo se confronta (se propõe como superador) em relação ao discurso anterior do encarceramento arvorado no mito da ressocialização (prevenção especial positiva), que vinha sofrendo severas críticas com base na criminologia e o desvelamento teórico empírico das reais funções do encarceramento.

Assim, os discursos e as propostas são envolvidos com a pretensão de se constituírem em novidades/ inovações não abarcadas pelas críticas formuladas;

(b) conveniência institucional – aponta o autor, de forma otimista, que as propostas de reforma podem até ser permeadas das melhores intenções. Entretanto, ingressando na malha e estrutura institucional e sua lógica de funcionamento (burocrático), e, ainda, menciona que a grande dificuldade são os *manager* e administradores, em uma nítida indicação da preponderância técnico-mecânica administrativista e empresarial nas questões e na dinâmica institucional estatal, permeados pelos interesses do mercado; orientando-se, eminentemente, por um viés efficientista-economicista.

Sendo o próprio funcionamento engessado da própria estrutura que coopta e neutraliza os potenciais intencionais das reformas propostas, produzindo-se resultados totalmente diferentes ou mesmo diametralmente opostos aos imaginados; tais como a ampliação do poder punitivo e do controle, e incremento do encarceramento, ainda que o discurso e o objetivo declarado fosse outro. Assim, escreve Cohen:

El sistema de justicia penal, propulsando por su propia dinámica, funciona para resistir, distorsionar y frustrar los propósitos originales de estas reformas. Estas dinámicas son internas del sistema (procesos interactivos por los cambios en un segmento accionan cambios en otros, u operaciones de grupos de presión intentando expandir su esfera de poder) y dante o dialéctica (contradicciones de la sociedad circundante, ideología y política económica).¹⁸

(c) contradição ideológica – essa barreira, analisada por Cohen é fundamental para compreender as distâncias entre as propostas distintas de Justiça Comunitária à frente, tendo em vista que analisa o conteúdo que cada vocábulo ou termo possui dentro de uma teoria e de um marco epistemológico, que permite identificar a sua real acepção, e o compromisso ideológico com que aquela teoria se vincula (e, portanto, a que grupo de interesses etc.),

Nesse sentido, que indica que seria equivocado acusar uma postura autenticamente liberal de ser antiliberal (aprisionadora), ou mesmo progresso, pois tais terminologias não possuem uma acepção universal, e sim uma compreensão contextualizada, comprometida com um projeto de governabilidade. E, nesse sentido, o autor isenta os liberais de impropriedade conceitual, tendo em vista que é resultado de um processo histórico, marcado por uma ideologia específica, que não contempla a compreensão que se tem desses vocábulos em distintas regiões, variadas posições de poder e diversas culturas.

Complementa, ainda, sobre a ambiguidade que essa questão encerra, e permite, até mesmo, conceitualmente, proceder reformas contrárias ao seu próprio discurso:

La ideología se convierte en el *neolenguaje* Orwelliano, una Alicia en el país de las maravillas, donde todo es su contrario. Informal significa creado y mantenido por el aparato estatal formal; descentralizado significa controlado centralmente; accesibilidad significa convertir la justicia en algo más inaccesible; no-coercitivo significa coerción disfrazada; la comunidad no significa nada; informalismo significa socavar

18 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988. p. 147.

los modelos informales no estatales de control¹⁹;

(d) interesse profissional – diz respeito à dificuldade de implantação das reformas que se propõem abrandar a institucionalização e, como já dito acima, esbarram na própria máquina institucional e sua burocracia (bem como a ideologia geral a que fazem parte). Mais especificamente, nessa categoria, colidem, também, não apenas com a instituição, mas com os profissionais dessas instituições, seus interesses pessoais (individuais) e, nessa linha, essas reformas oferecem um risco, aos interesses egoisticamente profissionais desses sujeitos interiores às instituições oficiais e suas regularidades procedimentais e suas vidas seguras e garantidas.

Na mesma linha, em que Hulsman²⁰ falava que a descriminalização de uma conduta não faz com que os indivíduos saiam cometendo o que antes era ilegal, o sistema de justiça e seu funcionamento, da mesma maneira, ainda que seja organizado/projetado para funcionar de outra, seguirá atuando da mesma, ou de forma semelhante e muito próxima. Assim que as reformas esbarram nos seus próprios operadores.

Não obstante, como também aponta Hulsman²¹ todo o aparato institucional e humano poderia ser tranquilamente remanejado para outras funções, como magistrados criminais que podem julgar qualquer outro tipo de demanda; ou a polícia, que, com outras funções, a não ser as punitivas e violentas, poderiam resgatar a respeitabilidade da instituição, enfim, todas as funções do sistema poderiam desempenhar outras sem qualquer perda para seus operadores.

Stanley Cohen aponta o profissional e seus interesses como o maior empecilho (ou justificativa de fracasso) para a implantação de políticas alternativas ao sistema oficial tradicional. Profissionais que não são meros reprodutores de ordens superiores, ou ordenamentos e políticas, mas sim produtores de significação e que, segundo Cohen²², refletem uma imagem social mais ampla, de uma chamada nova classe média — de servidores públicos dos estratos médios e baixos e que reproduzem uma ideologia social difundida que obstaculiza uma mudança institucional e estrutural mais profunda. Isso porque pensa-se poder resultar, em curto prazo, em resultados antagônicos a interesses pessoais e individuais mais imediatos. Assim, verifica-se uma introjeção dos valores e de uma ideologia social burguesa e hegemônica, a qual, ainda que não seja própria, se faz profundamente introjetada por esses profissionais e operadores.

(e) economia política – Stanley Cohen²³ aponta duas manifestações dessa categoria a influir nas novas políticas que são professadas como alternativas, nessa perspectiva de uma esquerda intras-sistêmica reformista no marco de um Estado inserido na lógica do mercado capitalista:

(1) racionalidade econômico-eficientista: quando se verifica que as mudanças se inserem em um marco de crise econômica e recessão, retraimento das contas e das obrigações sociais, que migram da assistência e dos serviços públicos (saúde, educação, transporte) — que são deixados à gestão do capital — ao controle e segurança; ou mesmo, dentro do próprio controle, em crise de legitimidade, se verifica o recurso ao discurso alternativo e comunitário, com vista a um processo de diminuição de custos que se operacionaliza por dentro (e se utiliza da retórica) dessa proposta capacidade (potencialidade) resolutive não violenta, quando em realidade tem um fundo eminentemente economicista e toda uma indústria do controle do crime²⁴ altamente rentável, fazendo do delito e da promessa de ressocialização que se fazia um fardo, para passar a ser uma ainda promessa sobremaneira rentabilizada.

A efficientização das estruturas oficiais de controle, operadas com nova roupagem pelo discurso alternativo e comunitário permitem/contribuem com o agigantamento do controle e a criação de um formidável mercado (tecnologias, serviços, bens), com uma completa divisão social de trabalho deixado para o capital e para as empresas privadas gerirem ao sabor das dinâmicas da acumulação; e,

19 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988. p. 147.

20 HULSMAN, Louk et al. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam Ed, 1993.

21 HULSMAN, Louk et al. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói/RJ: Luam Ed, 1993.

22 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

23 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

24 CHRISTIE, Nils. *A Indústria do Controle do Crime: a caminho dos gulag's em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

(2) racionalidade política e a crise: trata-se de um sistema que o autor divide em brando (que é passível de reforma alternativista e privatização), e que permite ganhos e economias realizadas com a abertura, e criação desse novo mercado da segurança e do controle privado ampliado; que por sua vez, se investem e se concentram no que ele chama de lado duro, ou núcleo duro do sistema — reservado para os criminosos (em e reanimada acepção *lombrosiana* e sua criminologia etiológica), ou seja, para os indivíduos considerados perigosos, intratáveis e incorrigíveis.

Esse núcleo duro é comandado pelo que o autor chama de nova direita ou neoconservadorismo que se iniciou com as eras Reagan (EUA) e Thatcher (Inglaterra) e que se exportou para a América Latina como a política de tolerância zero e a teoria das janelas quebradas. Opera com o verdadeiro travamento de uma guerra contra o crime (sobretudo o crime de rua), caracterizado pelos seguintes elementos: aumento (absurdo) dos índices de encarceramento, severidade e prolongamento das penas, ampliação da rede de criminalização, expansão do aparato punitivo, maior publicidade do crime de rua, e difusão de um verdadeiro pânico moral social. Assim Cohen resume o que ele chama de Teoria do Estado Astuto²⁵:

Lo que queda del lado blando (proyectos comunitarios, derivaciones, trabajo social) se entiende o bien como vigilancia benigna o como ejercicios simbólicos de legitimación que sirven para encubrir t desviar la atención de los movimientos represivos que están sucediendo en otros lugares²⁶

Por fim, salienta-se que a razão de trazer a abordagem de Stanley Cohen não se faz no sentido de fazer terra arrasada, mas no sentido de tentar analisar com calma, e menos entusiasmo o que se propõe como alternativo, e sob o rótulo de comunitário que se tem feito largo uso. Frisar, ainda, que o panorama teórico-empírico e ideológico que se apresentou acima, se apresenta, eminentemente, no mundo central, por certo que com manifestações e influências na América Latina, mas não uma pura e simples projeção, por isso que se passa a analisar um pouco do que se vive e se tem proposto nessa região.

A partir disso, ressalta-se que os elementos teóricos aportados por Cohen são imensamente válidos já que encontrados na realidade latino-americana, aderindo ao mesmo discurso neoliberal reformista, ainda que passados mais de uma década; e tendo em vista que, em relação aos povos latino-americanos, se apresenta como um claro processo de colonialismo cultural e importação de respostas prontas para seus problemas, o que, também, Cohen já apontava, em relação ao mundo central, que se voltava para o retorno a um mundo comunitário imaginado, idealizado como forma de sustentação.

Assim, reafirma-se, que se traz a análise de Stanley Cohen²⁷, sobretudo como um alerta proporcionado pelas experiências centrais, para seu contexto e estágio sociocultural, mas que servem para a América Latina, em seu afã de importação, ou mesmo, no caso de práticas autênticas, dos riscos e das armadilhas atinentes à complexa estrutura institucional estatal burguesa.

3. A AMÉRICA LATINA E AS PRÁTICAS ALTERNATIVAS DE JURIDICIDADE COMO IMPULSO DESESTRUTURADOR

Nesse ponto se analisa as práticas que se propõem alternativas e comunitárias na América Latina, e se verifica que os aportes teóricos-analíticos-críticos da Stanley Cohen — não obstante a sua distinta realidade —, se fazem como importante alerta para alguns casos, e como prenúncio ou profecia autorrealizável em outros.

Ainda, quando se pensa na América Latina e nas práticas alternativas, ou, mais especificamente, no resgate da concepção comunitária em uma perspectiva libertadora como impulso desestruturador, se pensa

25 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

26 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988. p. 166.

27 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

em realidade em um segundo impulso desestruturador, sobretudo no que diz respeito à problemática do controle social, do controle penal e da ideia de ordem.

O primeiro foi operado no mundo central, e do qual a criminologia crítica latino-americana é herdeira — quando, a partir de uma criminologia de base interacionista e do *labeling approach* que inverteu a base do pensamento criminológico que se baseava na busca das causas da criminalidade (uma criminologia etiológica), e que via esta como uma manifestação social patológica, primeiramente em uma perspectiva biopsicológica (Lombroso), e posteriormente em um aporte sociológico (Ferri). Passando, então, com o primeiro impulso desestruturador a ver a criminalidade como resultado de um processo de construção social operado pelas estruturas oficiais, passando o sistema como complexo material e simbólico de construção de indivíduos *criminosos* ao objeto da criminologia.

O que, adicionado de uma análise de recorte marxista, que introduz uma abordagem de economia política da pena, localizando as dinâmicas de controle social em seu processo histórico e com seus objetivos, e funcionalidades em uma determinada estrutura social permite a construção do que se denominou de uma criminologia crítica.

E, então, passa-se ao objeto principal desse ponto, que se entende por um segundo e propriamente local elemento desestruturador — o resgate da comunidade — como profanação do mito da segurança jurídica unicamente a partir da atuação de um Poder Judiciário (centralização estatal do Poder) como sucedâneo de um contrato social. Nesse sentido, a comunidade se arroga, recupera, reconstrói o próprio poder, e a capacidade de resolução dos próprios conflitos.

E fala-se nesse momento como um impulso desestruturador próprio da região latino-americana, em seu processo de reempoderamento identitário. Assim esse impulso se faz genuíno, não homogêneo, porque produz rupturas nas antigas e coloniais, religiosas e seculares tradições/imposições que a cultura invasora desembarca nesta terra e que por cinco séculos dominaram material e simbolicamente de forma incontestável — dogmática e mitologicamente.

Esse impulso desestruturador é o resgate da comunidade na América Latina em uma perspectiva libertadora, resgate da comunidade no sentido que subverter o monopólio do poder de dizer o direito pelo Estado (e só por ele), rompendo, assim, com o monismo (e tecnicismo) jurídico, e devolvendo aos próprios envolvidos o protagonismo pela construção da resolução dos próprios conflitos de maneira dialogada, consensual, empoderada — resgatando a multidimensionalidade das relações (e, portanto também dos conflitos), e também a complexidade desses encontros, contrariando o generalismo e abstracionismo da dinâmica centralizadora e monopolizadora da atuação estatal, que é herança da modernidade e da tradição iluminista em sua pretensão de neutralidade, encobridora de seu compromisso classista (que também é de gênero e raça).

E nessa linha, falar em Justiça Comunitária na América Latina como impulso desestruturador não é falar de um projeto único, ou de um bloco uníssono, mas sim de um mosaico de práticas, e que podem, analiticamente, ser agrupadas em duas correntes de orientação: (a) liberal-reformadora; (b) crítico-libertadora.

3.1. Depois da Ruptura, a Libertação Latino-Americana e suas autênticas práticas de juridicidade

A crise que se apresenta atinge elementos estruturais do paradigma de juridicidade moderna e democrática, tais como sua legitimidade e operacionalidade. Nessa medida, fala-se de práticas de juridicidade alternativa latino-americana diante dessa suposta crise, de uma juridicidade que seja comprometida com a localidade do povo no qual se insere.

Nesse sentido importa resgatar em breves linhas o pluralismo jurídico como formulação teórica com base na contribuição de um dos seus principais formuladores no Brasil que proporciona alguns de seus elementos fundamentais que se lê em uma interface com a criminologia crítica e a crítica às dinâmicas refor-

mistas antes mencionadas; assim para Wolkmer:

Há de se designar o pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais [...] no que concerne ao pluralismo jurídico comunitário, este age num espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, subsistindo independentemente ao controle estatal²⁸

O próprio autor aponta que surge o pluralismo jurídico, em suas manifestações contemporâneas em decorrência do processo histórico de silenciamento e negação de culturas (dominação e colonialismo); e/ou também da total incapacidade do direito moderno burguês — e junto a esse o sistema penal enquanto estrutura fundamental de manutenção desse direito — de dar respostas satisfatórias para a complexidade da vida moderna e suas necessidades (e conflitos).

Trabalha-se com a existência de uma dualidade entre o *pluralismo jurídico estatal* aparente e um *pluralismo jurídico comunitário* autêntico. Concebe-se o primeiro como aquele modelo reconhecido, permitido e controlado pelo Estado; assim, são admitidas as presenças de inúmeros *campos sociais semiautônomos*, com relação a um poder político centralizador, bem como múltiplos sistemas jurídicos estabelecidos, vertical e hierarquicamente, por meio de graus de eficácia, sendo atribuída à ordem jurídica estatal uma relevância maior.

Diante disso, os direitos não estatais representam uma função residual e complementar, podendo ter sua competência minimizada ou incorporada pela legislação estatal, seus agentes, operadores e sua episteme²⁹.

No que concerne ao *pluralismo jurídico* comunitário/libertador, opera em um espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, subsistindo independente do controle estatal e de sua chancela. Para trabalhar o pluralismo jurídico, seja o estatal-reformador ou o comunitário-libertador, é imperioso (a partir do reconhecimento da pluralidade de fontes de juridicidade em rompimento com o monopólio estatal) destacar a concepção de justiça alternativa, que pode desnudar as ingerências hierarquizadoras do direito moderno e suas promessas vazias e expectativas minoradas nos tribunais, aos quais arrastam no tempo os anseios sociais e os minimizam em acordos ou conciliações prévias. Consistindo na triste sina de quem não tem poder aquisitivo ou político, apenas o desejo de justiça social.³⁰

Nessa perspectiva de pluralismo jurídico enquanto caminho verdadeira e autenticamente alternativo ao paradigma de juridicidade moderna e eminentemente punitivista se passam a aportar algumas experiências:

A primeira, a (a) Polícia e Justiça Comunitária no México, conforme relata Jesús Antônio La Torre Rangel³¹, é resultado da total incapacidade do Estado diante da demanda local por resolução de conflitos, mormente agrários, e mesmo violência interpessoal.

Diante da falta de compromisso das instituições oficiais em oferecer resposta, a própria comunidade, organizada em torno do movimento indígena, passou a operar o que chamaram de polícia comunitária; primeiramente apreendendo os indivíduos que causavam perturbações comunitárias e problemas; e encaminhando ao Ministério Público e à Justiça Oficial.

Posteriormente, verificando a total incapacidade do Estado em lidar com os indivíduos, passam, a partir da própria comunidade, a proporcionar tentativas de reinserção dos indivíduos considerados infratores no seio da própria comunidade e seu código de valores comunitários. Constituindo-se em uma estrutura de juridicidade totalmente autônoma, produzida no seio da própria localidade e que tem o compromisso de resgate

28 WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238-241

29 LEAL, Jackson; MACHADO, Lucas. Política Judicial Brasileira: da produção de cidadania à cooptação sistêmica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2 n. 1, p. 1-17, jan./jun. 2012.

30 LEAL, Jackson; MACHADO, Lucas. Política Judicial Brasileira: da produção de cidadania à cooptação sistêmica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2 n. 1, p. 1-17, jan./jun. 2012.

31 LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *El Derecho que Sigue Naciendo del Pueblo: movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Aguascalientes: Ediciones Coyoacan, 2012.

dos indivíduos em seu código de valores comuns. Assim como a necessidade pela pertença de reinserção desses indivíduos nessa comunidade e o resgate de seus valores sociais.

Em segundo, têm-se (b) As Rondas Campesinas e os *Comuneros* no Peru. Surgem duas figuras que são legalmente reconhecidas pelo Estado em nível constitucional: os *Ronderos* e os *Comuneros*. Sujeitos que representam formas de organização para proteção comunitária e administração da Justiça, de modo que as chamadas rondas campesinas são organizações de grupos para a proteção das terras de uso comum contra roubos, furtos e outros tipos de violência. Os *comuneros* são uma designação que explica o sujeito participativo na vida da comunidade. Esses sujeitos reconhecidos como *comunero* têm direito a fazer uso comum dos bens e serviços.

A organização de base principal é a Comuna, que constitui um conjunto de famílias que vivem no território e se identificam como parte de um povo indígena. São *comuneros* os residentes do lugar — sem diferenciação de gênero. Os filhos de *comuneros*, quando cumprem a maior idade, têm obrigação de afiliar-se e, assim, se convertem em sujeitos de direito da comuna, podendo demandar e tendo que cumprir com as obrigações comunitárias.

As práticas *comuneras* visam à autonomia e à emancipação das comunidades em termos de organização política e autonomia jurídica, com seus estatutos comunitários e consciência de prática solidária e comunal da terra, permeado pelo sentimento de identidade coletiva e comunitária.

Mas a ideologia comunitária convive, também, com a manifestação em chave liberal, e são essas práticas que se analisa adiante em meio ao processo de introjeção.

3.2. Mas a neo-colonialidade permanece e ainda há muito trabalho por se fazer

Nesse ponto se analisam as práticas que são propostas como alternativas, mas não passam de reformismo intras-sistêmico, que reformulam e re-legitimam o funcionamento do próprio aparato penal-punitivo, e se ampliam suas redes e seu controle. Como refere Stanley Cohen, são permeadas de boas intenções, mas não abrem mão do núcleo duro do sistema — o controle do crime — e, mormente o que se considera/convencionou no criminoso (*patológico-lombrosiano* que segue orientando o sistema).

Por isso se falou, anteriormente, que as respostas de matriz liberal-reformadora em especial não se distanciam dos próprios fundamentos da crise, e em realidade a servem, na medida em que a sua primordial função (senão objetivo) é justamente retomar o fôlego da legitimidade do próprio sistema para seguir operando.

E, nesse sentido, fala-se em um grupo de nações na América Latina muito específico composto pelo Brasil, Argentina e Chile (entre outros), nos quais as práticas que se propõem como alternativas mantêm o atrelamento às esferas oficiais de poder, às dinâmicas engessadas do tecnicismo (ainda que abrandado) e a dinâmica de monopolização do poder pelo intelectual-técnico.

E, não obstante o discurso e essas pretensas tentativas comunitárias, o que se verifica é o aumento da rede do controle, que sai da esfera puramente do judiciário, e invade a comunidade, alargando o punitivismo (que não se faz, somente, por meio do sistema prisional, mas também em significativa medida por meio da estigmatização de práticas alternativas) e o controle sociopenal.

Consoante isso, se percebe no Brasil, paralelamente ao discurso comunitário e por dentro do discurso comunitarista, um crescimento e um avanço sem precedentes do controle penal e do eficientismo atuarial, que se confirma com um crescimento absurdo das populações prisionais e indivíduos de alguma forma controlados.

Essa dinâmica começa na década de 90 com os juizados especiais criminais; e, atualmente, se manifestam em seu extremo com as tornozeleiras eletrônicas (e formas tecnológicas de vigilância e controle), passando pelos projetos alternativos realizados dentro das varas criminais, mediações, transações, delações e unidades de polícia estatal comunitária.

Mas antes de adentrar nas práticas, traz-se um apontamento prévio não absolutório desses países (e suas autoridades), mas que, para fins analíticos, ao menos explica; esse apontamento é levantado por Loic Wacquant³², quando fala que a tendência eficientista-atuarial tem operado a ampliação do controle, por meio da multiplicação de dinâmicas de vigilância-dominação indireta, utilizando-se do discurso alternativista liberal. E também, por meio do controle social duro, (tolerância zero) que não se apresenta como característica, apenas, desse ou daquele governo específico, mas da adoção/submissão às tendências e orientações neoliberais de gestão econômica da justiça e de suas estruturas (incluída a transformação da insegurança em produto).

Assim, as respostas ditas alternativas apontadas retornam como resultado para os próprios fundamentos da inexistente crise (o punitivismo e a tolerância zero), que em realidade são sua identificação mais real. Diante disso, passa-se a algumas práticas brasileiras que são propostas como alternativas:

Primeiramente, um dos projetos precursores a (a) Justiça para o século XXI (Poder Judiciário – Brasil). No Brasil a Justiça Restaurativa tem sido procedimentalizada sob esta forte influência teórica maximalista (ou, melhor seria qualificar de utilitarista eficientista?) e sob os ditames das orientações internacionais de órgãos centrais como a ONU. Nesse sentido, têm-se desenvolvido projetos como o Justiça para o Século XXI (Porto Alegre) que se dirige à Justiça de Jovens infratores, e os núcleos de Justiça Restaurativa constituídos em São Caetano do Sul que volta sua atenção para a juventude selecionada pelo sistema penal; e Brasília (Distrito Federal), atende os autores de delitos da alçada dos Juizados Especiais Criminais (crime de menor potencial ofensivo, de acordo com a dicção da lei 9.099/95).

Em geral projetos postos em prática a partir das instâncias oficiais desde a sua origem e em todos os seus momentos permeados pela presença e participação de promotores, juízes e demais profissionais técnicos da área do direito ordinário. Trabalhando-se, ainda, com a epistemologia jurídica (binária) oficial e tradicional que parte de linhas estanques como legal e ilegal.

Coloca-se em relevo que, em princípio, tais projetos se dirigem a delitos de menor potencial ofensivo e jovens infratores, o que demonstra, claramente, que não se pretende dispor do poder de punir estatal (em caso de crimes de maior gravidade de acordo com a legislação penal).

Demonstra-se que esses projetos, na esteira do alerta de Cohen³³ acabam alargando a esfera de atuação do sistema penal, em vez de comprimi-lo (o que a alternatividade das práticas sugeriria), pois, acabam — permeados de boas intenções — submetendo ao sistema e as suas malhas de controle e estigmatização questões que deveriam ser resolvidas fora da estrutura estatal orientada pela racionalidade instrumental e pelo ideário criminológico positivista (etiologia criminal) como herança científico cultural inegável a pautar o controle atuarial do crime (e do criminoso).

De igual forma, a Justiça Comunitária no Brasil se dissocia sobremaneira das narrativas antes apresentadas. No Projeto Justiça Comunitária (Ministério da Justiça – Brasil) verifica-se que o projeto Justiça Comunitária como contemporânea política pública e de inclusão social do Governo Federal brasileiro iniciado por intento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal entre os anos de 1999 e 2000 como forma de acesso à justiça por meio da simplificação na resolução de casos nas comunidades pobres da região.

Assim, opta pela mediação comunitária (resumindo a Justiça Comunitária a esse fenômeno) como forma de resolução de conflitos, em que os personagens da própria comunidade (sob supervisão e controle) recebem apoio e formação do Estado para lograr tal objetivo. Propõe-se a *treinar* os indivíduos como operadores e a aceitar fórmulas e respostas, subvertendo ou mitigando o potencial participativo e emancipatório.

Importa destacar, ainda, que um dos principais fundamentos para essas reformas se encontra na cons-

32 WACQUANT, Loic. Forjando o Estado Neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 11-42.

33 COHEN, Stanley. *Visões del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

tatação da assoberbada demanda do Poder Judiciário, que não mais consegue dar conta das tarefas judiciais (em uma perspectiva eminentemente eficientista e utilitária). Essa política não rompe as tradições do direito moderno em crise, concede eficácia a um tipo de acesso à justiça, mas não questiona o acesso à ordem jurídica justa ou a estrutura social em que os conflitos se formam.

Outro elemento a se acrescentar é que, nesses projetos estatais-reformistas, os sujeitos populares não são convidados a participar dos planejamentos institucionais (estruturantes) do Ministério da Justiça brasileiro, e apenas recebem as instruções, em termos gerais, dentro dos modelos de mediação propostos pelos agentes formadores (advindos dos poderes estatais), ou seja, são convidados a gerir a obra dentro dos parâmetros do direito estatal (pronta e acabada).

Não se discorda que tal ímpeto seja comunitário, porém, cabe referir que, em nenhum momento, foi descrito ou apontado o rompimento com a ordem do direito estatal. Ainda, é utilizado na resolução dos conflitos o mesmo direito tradicional colonizado; resumindo-se a dirimir conflitos internos nas comunidades com esse aparato judicial.

A partir dessa abordagem, como alertava Stanley Cohen³⁴ para recuperar a sua análise, de que esses projetos, sob essas condições, nada mais são do que a recolocação do sistema a partir de meras mudanças vocabulares, resistindo no fundo às mesmas instituições e estruturas materiais e simbólicas calcadas na ideia do tratamento e como último recurso à custódia — ao qual não hesitam em recorrer.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de considerações finais, primeiramente reafirmando que não se pretende desconsiderar as respostas ao que se tem chamado de crise da Justiça — que na América Latina é legado do período colonial e neocolonial a sua continuidade —, se fazendo de fundamental importância todos os esforços de contestação desse paradigma de juridicidade que nunca deu conta da complexidade em que se insere a região, até porque não foi construído para tanto, mas para a manutenção — com ares de ordem e legalidade — de um processo de dominação e da estrutura social desigual.

Também, que não se pretende olhar para o paradigma de juridicidade Latino-Americano, suas supostas crises e, também, suas respostas a partir da lente central, formulada para as estruturas constituídas em/para os países centro do mundo ocidental, especialmente o caso dos EUA e Inglaterra, e todo seu processo histórico e contexto político-jurídico-ideológico que é próprio de sua formação socio-histórica.

Mas se pretende, sim, fornecer uma abordagem crítica e adensada, para se pensar o caso latino-americano desde as próprias experiências, e nessa medida aportar elementos analíticos para pensar a própria região e suas experiências, em uma perspectiva descolonial. Nesse sentido se aportou a obra de Cohen, que se debruça sobre outro contexto e realidade, e que se utiliza seu material analítico como valioso, não como previsão eurocêntrica do que ocorre na região-latino-americana; mas sim como carga teórica que pode contribuir com a compreensão do momento atual, o que, obviamente, precisa ser acompanhado da devida contextualização e adaptação que se pretendeu realizar, sob pena de continuar com o processo de importação de saberes do centro do mundo como a grande solução para os problemas da periferia, que é a lógica da dependência e do colonialismo cultural e epistêmico.

Assim, salienta-se que todo esforço que coloque em xeque esse paradigma de juridicidade — que ultrapassa em muito o fenômeno jurídico, atingindo muito mais profundamente a toda a estrutura institucional, material e simbólica da sociedade moderna, mormente a que se erige na América Latina, sob o signo da

34 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

subalternidade, e na qual a dominação e a violência, desigualmente distribuídas, se fazem ainda mais pesadas — se constitui, primariamente, como uma ruptura simbólica com o mito da Justiça e da neutralidade, sendo, desde esse ponto louvável; até mais importante, em muitos casos, do que os próprios resultados efetivos e materializados que dependem de uma série de outros elementos, contextos, variáveis; para um sucesso, que é, sempre, provisório, limitado e fragmentário.

Como última reflexão, buscou-se trazer o questionamento ou mesmo se pretendeu o desvelamento, sobretudo no Brasil, de como as práticas que se propõem atualmente como alternativas em nada ou muito pouco têm se constituído em crítica ao paradigma de juridicidade tradicional.

Refere-se tanto ao que se pode chamar de *comunitarismo* ou *alternativismo* que têm fornecido o fundamento para tantas e tão distintas reformas, respostas à questão criminal e para o fenômeno jurídico em geral, variadas em termos teóricos e também de resultados.

Entretanto, verifica-se que a própria definição de comunidade não tem sido objeto de atenção, na medida em que parece que se está processando um monismo comunitário, tendo em vista que tem se apresentado como um argumento muito forte, principalmente a partir das próprias estratégias estatais de reforma, tanto no centro quanto na periferia, verifica-se o discurso comunitário partindo do próprio Estado o que se apresenta no mínimo incongruente, na medida em que as próprias dinâmicas estatais oficiais e a sua lógica de usurpação e concentração de poder, que proporcionou esse processo de erosão de poder social.

Ou mesmo a própria ideia de práticas alternativas a um sistema em crise, que em regra partem do próprio sistema e que não se constituem em alternativas ao sistema, senão respostas distintas fornecidas pelo próprio sistema em um processo de remodelação.

Em significativa medida, pode-se entender a razão, tendo em vista que o avanço e estruturação de um projeto verdadeiramente comunitário e autenticamente alternativo coloca em risco, senão a totalidade (e existência), a grande parte do poder e do monopólio estatal e suas instituições tradicionais de controle.

Assim, ao fim e ao cabo, propugna-se que se dê mais atenção à concepção de comunidade e ao que se pretende como alternativa; no sentido de preencher essa lacuna cognitiva e que tem permitido a criação de uma ambiguidade entre as concepções libertadoras (emancipatórias) e as práticas neoliberais cooptadoras que produzem não uma retração do poder estatal, mas seu agigantamento e mutação.

Parece ser esta a principal alerta que se extrai da obra de Stanley Cohen³⁵, na medida em que, além da imprescindível práxis do pluralismo jurídico enquanto porta-voz dessa comunidade, em sua interface com a crítica mais aguda resultante da criminologia crítica acerca do sistema penal e da necessidade de alternativas a este, constitui-se em exercício que é fundamental para a reconfiguração do que se entende, atualmente, por alternatividade comunitária. E, assim, proporcionar uma base tanto teórica quanto empírica sólida e, sobretudo, consciente; para evitar e/ou enfrentar as armadilhas sistêmicas que se apresentam nesse processo. Buscou-se o esclarecimento dessa concepção de comunidade e alternativa que sustenta as práticas latino-americanas e brasileiras como etapa urgente para basilar a análise e permitir a distinção das práticas que arrogam o qualificativo comunitário para legitimar suas respostas e reformas intra-sistêmicas, totalmente antagônicas a uma perspectiva libertadora realmente alternativa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

35 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas Mãos da Criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los Derechos Humanos: Criminología Axiológica como Política Criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. Adesão Subjetiva à Barbárie. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 307-318.
- CHRISTIE, Nils. *A Indústria do Controle do Crime: a caminho dos gulag's em estilo ocidental*. Tradução Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.
- DEL OLMO, Rosa. *Ruptura Criminológica*. Caracas: Ediciones de la Biblioteca, 1979.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofía de la Cultura y la liberación: ensayos*. Ciudad de México: Universidad Autónoma, 2006.
- HULSMAN, Louk et al. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.
- LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. A Justiça Comunitária como expressão do Pluralismo Jurídico no México. In: WOLKMER, Antônio Carlos et al (Org.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 301-342.
- LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *El Derecho que Sigue Naciendo del Pueblo: movimientos sociales y pluralismo jurídico*. Aguascalientes: Ediciones Coyoacan, 2012.
- LEAL, Jackson; MACHADO, Lucas. Acesso à Justiça: Perspectivas Críticas a partir da Justiça Comunitária Andina. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, Vitória, n. 9, p. 37-75, jan./jun. 2011.
- LEAL, Jackson; MACHADO, Lucas. Pluralismo jurídico e justiça comunitária: contribuindo para juridicidade alternativa. *Revista Espaço Jurídico UNOESC*, Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 113-136, jan. /jun. 2011.
- LEAL, Jackson; MACHADO, Lucas. Política Judicial Brasileira: da produção de cidadania à cooptação sistêmica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2 n. 1, p. 1-17, jan./jun. 2012.
- MACHADO, Lucas. *Pluralismo jurídico e justiça comunitária na América Latina*. perspectivas de emancipação social. 2012. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito-UFSC, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica do Direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. *El Derecho profano: Justicia Indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*. Bogotá: Publicaciones Universidad de Externado, 2010.
- WACQUANT, Loic. Forjando o Estado Neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 11-42.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- YOUNG, Jock; LEA, John. *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: Aproximación desde una Margen*. Bogotá: editorial Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el Humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de La Plaza de Mayo, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Distinção inconsistente e
superação de precedentes no
Supremo Tribunal Federal**

**Inconsistent distinguishing and
overruling of precedents in The
Brazilian Supreme Court**

Patrícia Perrone Campos Mello

Paula de Andrade Baqueiro

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal*

Inconsistent distinguishing and overruling of precedents in The Brazilian Supreme Court

Patrícia Perrone Campos Mello**

Paula de Andrade Baqueiro***

RESUMO

O artigo tem o objetivo de demonstrar que a adoção de precedentes vinculantes não esvazia as cortes vinculadas do poder de interferir sobre o conteúdo do direito em assunto que já foi objeto de decisão vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Demonstra-se, com base na literatura e por meio de estudo de casos, que a percepção de um precedente como profundamente injusto ou errado pode levar as cortes vinculadas a resistir à sua aplicação ou a produzir distinções inconsistentes em massa, e que essa postura, não raramente, levará à alteração ou à superação do precedente pelo próprio STF. O desenvolvimento judicial do direito ocorre em “rodadas”. Cada novo julgado do Supremo encerra um ciclo de discussão, mas sua aplicação nas instâncias vinculadas pode reabrir o debate, reconduzindo-se a questão de volta ao STF e assim sucessivamente. O direito será o resultado da permanente interação entre corte vinculante e cortes vinculadas. A adoção de precedentes vinculantes confere, contudo, maior racionalidade a tal interação.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Precedentes injustos ou errados. Distinção inconsistente. Superação de precedentes.

ABSTRACT

This paper aims at demonstrating that the adoption of binding precedents does not prevent lower courts from interfering in the content of law, even in matters already decided by the Brazilian Supreme Court. With basis in case studies, the paper shows that, when lower courts believe that a binding precedent is deeply unfair or a result of major error, they tend to resist its application and/or to engage in inconsistent distinguishing, behavior that, not rarely, shall cause the Brazilian Supreme Court to modify or overrule the precedent. The judicial development of law happens on several rounds. A new decision of the higher court closes one round, but its application by the lower courts may reopen the discussion and take the subject back to review. Law is the result of a permanent interaction among higher and lower courts, although the adoption of binding precedents increases the rationality of this interaction.

Keywords: Brazilian Supreme Court. Unfair precedents. Mistaken precedents. Inconsistent distinguishing. Overruling.

* Recebido em 16/06/2017

Aprovado em 17/07/2017

** Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da Uniceub. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Guest Researcher no Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Internacional.
Email: pcamposmello@uol.com.br

*** Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Pós-graduanda em Direito Corporativo e Governança Empresarial pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Assessora em Gabinete do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.
Email: paulabaqueiro@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) impõe aos juízes e tribunais, ao decidir, a obrigação de observar: (i) as súmulas vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), (ii) os julgados proferidos pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, (iii) as teses firmadas em sede de repercussão geral e (iv) as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento de recursos especiais repetitivos¹. Prevê, ainda, que o descumprimento dos entendimentos firmados por tais tribunais superiores dará ensejo ao ajuizamento de reclamações, a fim de que cassem o julgado dissonante². Não há dúvida, portanto, de que o CPC/2015 pretendeu conferir eficácia de *precedente vinculante em sentido forte* aos entendimentos firmados pelo STF e pelo STJ (o último, por ora, em casos repetitivos)³.

De fato, com a expressão *precedente vinculante em sentido forte*, pretende-se aludir, neste trabalho, aos julgados que firmaram teses cujo descumprimento pode ser repellido por meio de reclamação⁴. É que, em um ambiente judicial que resiste a aderir voluntariamente aos entendimentos firmados pelos tribunais superiores, como é o caso do ambiente brasileiro, a efetividade da força normativa de um julgado depende de um mecanismo próprio para impor seu cumprimento. Em outros ordenamentos, tal como ocorre nos países do *common law*, o respeito aos *binding precedents* constitui elemento essencial do sistema: os entendimentos firmados pelos tribunais superiores são razoavelmente observados e é possível chamar de precedente vinculante todo e qualquer julgado por eles proferido, ainda que não haja um instrumento específico destinado a cassar decisões dissonantes⁵. Essa não é, contudo, a nossa realidade e por isso optou-se pela nomenclatura antes aludida.

1 CPC/2015, art.927 c/c art. 988. O novo Código de Processo Civil prevê, ainda, a obrigatoriedade de observância, por juízes e tribunais, das decisões proferidas em sede de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência. Esses dois institutos não serão, todavia, examinados neste artigo, cujo objeto é essencialmente a interação entre os tribunais superiores, como cortes vinculantes formadoras de precedentes, e os demais órgãos judiciais. O novo Código estabelece, igualmente, a obrigatoriedade de observância de enunciados de súmulas simples do STF e do STJ, bem como da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízos estiverem vinculados. No caso das súmulas simples e das orientações de plenário, contudo, ao contrário do que ocorre nas demais hipóteses descritas acima, o CPC/2015 não prevê o cabimento de reclamação para cassação da decisão divergente. Como o objeto deste artigo é o estudo dos precedentes vinculantes em sentido forte (cujo desrespeito enseja cassação por reclamação), as súmulas simples do STF e do STJ e a orientação do plenário dos tribunais de segundo grau tampouco não serão analisadas.

2 CPC/2015, art. 988.

3 É válido observar, contudo, que, no caso de desrespeito a decisões proferidas pelo STF e pelo STJ em sede de repercussão geral e/ou de recursos repetitivos, somente será cabível a reclamação após esgotadas as instâncias ordinárias, nos termos do art. 988, caput e §§ 4º e 5º. Merece nota, ainda, a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 209/2012, que tem por objetivo inserir a exigência de demonstração da repercussão geral da questão objeto do recurso especial como requisito para a sua admissibilidade, nos mesmos moldes do que já se pratica quanto ao recurso extraordinário.

4 Antes de prosseguir, uma observação: a expressão precedente será utilizada neste trabalho com o significado de decisão colegiada que firma entendimento sobre uma questão de direito. Vale, contudo, registrar que o conceito de precedente é controvertido na doutrina. Sobre o assunto, v. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 267-268; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-95; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 119-141; ZANETTI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACEDO, Lucas Buriel de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 324. Há mesmo alguma rejeição à utilização do vocábulo “precedente” no Brasil, em virtude das diferentes características que o instituto ou que alguns julgados brasileiros apresentariam, comparadamente aos binding precedents do common law. Sobre tais diferenças, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no Brasil: um Estudo Comparado. *RDI*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 264-286, 2016. Sem deixar reconhecê-las, não nos parece que sejam impeditivas da utilização da expressão “precedentes vinculantes” para designar os julgados previstos no art. 988, § 4º, CPC. A mera utilização de nomenclatura semelhante não nos impede de construir concepções e modos próprios de operar com o instituto ou de definir seu conteúdo. Não bastasse o exposto, não custa registrar que o significado de precedente é controvertido até mesmo no direito inglês. V. MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York: v. 88, n. 4, p. 723-773, maio 1988, p. 763-767.

5 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11-112; DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: M. Fontes, 2002.

Anteriormente ao CPC/2015, apenas as súmulas vinculantes e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, eram dotadas de eficácia vinculante em sentido forte. Entretanto, historicamente, o maior volume de decisões de mérito em matéria constitucional era proferido em sede de recurso extraordinário⁶, e o desrespeito às teses então firmadas não abria à parte prejudicada o uso da reclamação. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, antes do CPC/2015, nenhuma decisão produzia tese de observância obrigatória, cujo desrespeito pudesse ensejar a cassação por meio de reclamação⁷. Nota-se, assim, que o novo Código de Processo Civil expandiu de forma substancial as hipóteses de precedentes vinculantes em sentido forte nos tribunais superiores, ao conferir tais efeitos aos julgados proferidos em recurso extraordinário com repercussão geral e em recurso especial repetitivo.

A atribuição de tamanho alcance aos precedentes vinculantes é inédita no Brasil. Os ordenamentos de origem romano-germânica, como é o caso brasileiro, têm a lei por principal fonte do direito e geralmente conferem aos precedentes judiciais eficácia meramente persuasiva. Reconhecem à jurisprudência, como regra, a qualidade de mera fonte secundária e indireta de normas, apta a servir de subsídio para o legislador ou a influenciar os juízes em suas atividades. Não surpreende, portanto, que a inovação tenha encontrado resistências aqui. Há alguma apreensão de que o sistema de precedentes criado pelo novo CPC⁸ venha a concentrar um poder excessivo nos tribunais superiores, a suprimir poder das demais instâncias e a impactar negativamente sobre o desenvolvimento judicial do direito⁹.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que os precedentes vinculantes não esvaziam as cortes vinculadas do poder de interferir no conteúdo do direito, mesmo quando a matéria já tenha sido examinada pelo tribunal superior. Ao contrário, a operação com precedentes pressupõe uma permanente interação entre os tribunais superiores e as demais cortes. O direito será, em verdade, o produto de tal interação. Com esse propósito, o trabalho percorre o seguinte roteiro: (i) apresenta alguns conceitos essenciais para a operação com precedentes; (ii) explica como um sistema de precedentes vinculantes impõe um permanente diálogo entre

p. 355-410; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 252-258; PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 128-131.

6 Historicamente, mais de 76% dos processos anualmente distribuídos no STF correspondem a recursos extraordinários e a agravos contra despachos denegatórios de recursos extraordinários, havendo anos em que o quantitativo de tais recursos superou 90% dos processos recebidos pela Corte. Os agravos contra despacho denegatório, quando providos, poderão gerar recursos extraordinários com repercussão geral, nos quais um precedente vinculante será proferido. Tais números são, contudo, apenas parcialmente representativos da aptidão desses recursos para gerar um quantitativo relevante de precedentes vinculantes. Nem todo recurso extraordinário gerará um precedente vinculante. Na prática, parte dos recursos extraordinários são providos, sem o reconhecimento de repercussão geral prévia, para meramente aplicar a jurisprudência do STF (inclusive a jurisprudência firmada em repercussão geral anterior). Por outro lado, o provimento de agravos contra despachos denegatórios é a exceção e não a regra no STF. Seja como for, o quantitativo de questões constitucionais que chegam ao Supremo por meio de recurso extraordinário e de agravos que posteriormente serão convertidos em recursos extraordinários é consideravelmente maior do que o quantitativo que chega por meio do controle concentrado, que jamais superou a média anual de 3% do acervo total do Tribunal. Por isso, atribuir às decisões de mérito proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral eficácia vinculante significa verdadeiramente fazer avançar de forma significativa esse tipo de eficácia no ordenamento brasileiro. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>>. Acesso em: 11 abr. 2017. O levantamento tem por termo inicial o ano de 1990 e por termo final o ano de 2014.

7 No entanto, entre 2015 e 2016, a título exemplificativo, os recursos especiais e agravos contra despachos denegatórios correspondiam, em média, a 64% do total de feitos apreciados pelo STJ. Obviamente, nem todos os recursos especiais que integram tal percentual são repetitivos e apenas uma minoria de agravos contra despachos denegatórios será convertida em recurso especial. Mesmo assim, os números sugerem que essas classes de processos têm potencial para produzir um quantitativo relevante de precedentes vinculantes. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça, Relatório Estatístico de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=292>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

8 A palavra sistema é utilizada neste texto com o significado de conjunto de normas coerentes que concorrem a um fim.

9 NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis versus direito jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1. p. 485-514; RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; ABOUD, Georges. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. *Revista de Processo*, v. 40, n. 245, p. 351-378, jul. 2015.

cortes vinculantes e cortes vinculadas acerca do significado de tais julgados; e (iii) demonstra, por meio de estudos de casos do Supremo Tribunal Federal, que tal diálogo efetivamente ocorre em nosso ordenamento jurídico.

2. CONCEITOS ESSENCIAIS PARA A OPERAÇÃO COM PRECEDENTES

2.1. Ratio decidendi

Um precedente judicial corresponde a uma decisão que relata os fatos do caso concreto, aprecia os argumentos ofertados por cada parte para justificar o desfecho que pretende, decide a questão jurídica que a ação coloca e, por conseguinte, dá solução à demanda. O precedente não é, portanto, em si, uma norma. É um conjunto composto, ao menos, por relatório, fundamentação e conclusão. A partir do exame dos fatos relevantes de uma causa, da questão posta em juízo, dos fundamentos invocados para decidir, é possível extrair de um julgado a “norma” que serviu de base para a solução do caso concreto. Essa norma corresponde à resposta conferida pelo tribunal à questão de direito posta pela demanda e denomina-se *ratio decidendi* (ou *holding*). A *ratio decidendi* é, justamente, o comando que vinculará a solução de casos semelhantes.

Embora a *ratio decidendi* seja um conceito elementar e fundamental para a operação com precedentes vinculantes, há importante controvérsia sobre a forma de delimitá-la. Entre os estudiosos do tema, há aqueles que conferem maior relevo aos fatos relevantes¹⁰ para a formulação da *ratio decidendi* e que defendem que a norma extraída do precedente deve ser formulada como uma equação resultante de tais fatos, de modo a se afirmar que, sempre que presentes os fatos A e B, e mesmo que ausente o fato C, a solução a ser dada pelos tribunais deve ser X. Esse método de delimitação da *ratio decidendi* é designado *método fático-concreto*¹¹. Outros autores defendem que o enunciado vinculante deve se compor não apenas a partir dos fatos relevantes, mas igualmente da proposição jurídica implícita e necessária à justificação da decisão. Tal proposição jurídica comporá, no entendimento desses autores, a regra universal apta não apenas a solucionar o caso presente, mas também a orientar a solução de casos futuros. Esse critério de delimitação da *ratio decidendi* é designado *método abstrato-normativo*¹².

Um caso cotidiano pode auxiliar na compreensão dos dois métodos. A operação com precedentes segue uma lógica semelhante àquela adotada na vida comum para identificar os critérios que orientam as decisões de alguém, a fim de determinar como esse alguém decidirá casos futuros semelhantes. Imagine-se, a título ilustrativo, que um filho pergunte ao pai se poderá sair à noite, durante a semana, com os amigos, no período letivo, para se divertir, e que o pai responda que não, porque (fundamento), durante as aulas, o sono deve ser preservado. A partir dos fatos do caso concreto, será possível afirmar que a *ratio decidendi* da decisão determina que: “durante as aulas, saídas noturnas, para diversão, não são permitidas”.

10 Fatos juridicamente relevantes são os fatos do caso concreto com potencial de apresentar repercussões jurídicas e, por conseguinte, de influenciar a decisão judicial. Os fatos juridicamente relevantes são aqueles cuja presença ou ausência no caso concreto tem uma possível repercussão normativa, à luz do direito aplicável. São, portanto, passíveis de determinação à luz das normas incidentes sobre determinada situação concreta. MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 723-773, maio, 1988. p. 763-767.

11 GOODHART, Arthur L. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959; Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, New Heaven, v. 30, n. 2, p. 161-183, dez. 1930.

12 MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518; MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: M. Fontes, 2006; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 355-405; SUMMERS, Robert S. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review*, v. 63, n. 5, p. 707-788, jun. 1978; MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 723-773, maio, 1988.

A formulação da *ratio decidendi* a partir do *fundamento* que serviu de base à decisão do pai, por sua vez, resultaria na seguinte assertiva: “saídas noturnas não devem ser permitidas se comprometerem o sono”. Caso se procure incorporar um pouco mais dos fatos relevantes do caso à proposição, essa poderá ser formulada nos seguintes termos: “saídas noturnas, para diversão, durante o período de aulas, não devem ser permitidas se comprometerem o sono”. Nota-se, portanto, que ambos os métodos —, fático-concreto e abstrato-normativo —, são complementares e que, se o propósito de um sistema de precedentes é orientar a decisão dos casos subsequentes, tal propósito será mais adequadamente alcançado se a formulação da *ratio decidendi* levar em consideração tanto os fatos relevantes do caso concreto quanto a proposição jurídica que serviu de justificativa para a decisão.

Quando, eventualmente, mais de uma proposição servir de base à solução do caso concreto, pode haver dúvida quanto à qual foi a formulação, efetivamente, imprescindível à conclusão: o fato de se estar durante o período letivo, a necessidade de preservar horas de sono, o objetivo de pura diversão, ou todos eles? É possível haver, igualmente, divergência quanto ao nível de generalidade com que se deve formular a norma. Toda saída noturna durante o período letivo está proibida? Toda saída noturna que comprometa horas de sono está proibida? Saídas noturnas destinadas a pura diversão estão proibidas? Em alguma medida, a formulação da *ratio decidendi* dependerá do que se disse ao justificar a decisão, da relevância dada a cada qual de tais aspectos.

Quando a relevância de todos os mencionados aspectos não restar adequadamente esclarecida no precedente, novas decisões das cortes vinculadas, que interpretem o julgado e seu alcance, serão necessárias. Possivelmente, as novas interpretações serão questionadas por meio de recursos que levarão novamente a matéria à corte vinculante e essa proferirá um novo precedente explicitando melhor o alcance do julgado. Nesse caso, portanto, a adequada determinação da *ratio decidendi* dependerá de diversas “rodadas” de decisões juntamente às cortes vinculadas e da sua submissão à corte vinculante. A norma será, então, progressivamente, aperfeiçoada por um diálogo travado entre as diversas instâncias judiciais, até que se defina com precisão o seu alcance¹³.

A noção de *ratio decidendi* é instrumental à operação com precedentes de um modo geral¹⁴. O Novo Código de Processo Civil atribui eficácia obrigatória à tese oriunda dos julgados dos tribunais vinculantes e, assim, à resposta dada pelos tribunais à questão jurídica que lhes foi submetida. Esse é o conteúdo de tais julgados que deverá ser seguido pelas instâncias vinculadas, sob pena de cassação das suas decisões por meio de reclamação¹⁵. Nessa medida, a noção de *ratio decidendi* constitui um instrumento importante para auxiliar a compreensão da operação com precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2. Obiter dictum

Por outro lado, nem todos os argumentos e considerações tecidas pelos membros de uma corte vinculante deverão ser, obrigatoriamente, observados pelas cortes vinculadas. O teor vinculante da decisão deve ser, em primeiro lugar, proferido pelo tribunal superior, e o tribunal decide por maioria. Por conseguinte,

13 SIMPSON, A. W. B. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 453-457, 1959.

14 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 26-27; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 154-155; RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 272.

15 CPC/2015, art. 988, inc. III e IV e §4º: “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; [...]§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”.

um argumento que não tenha sido examinado e acolhido pela maioria, que tenha sido objeto de consideração por apenas alguns membros, não constitui um entendimento do tribunal e, por isso, não produz efeitos vinculantes. Corresponderá a mero *obiter dictum*, ou seja, a mera manifestação lateral, mera consideração marginal. Talvez, tal consideração inspire novos argumentos, talvez forneça elementos para teses futuras, mas os órgãos judiciais não estão obrigados a observá-la.

O mesmo ocorre com questões jurídicas que, mesmo tendo sido examinadas pela maioria do tribunal, não precisavam ser decididas para solucionar o caso concreto. É que a produção de precedentes vinculantes pelo Judiciário ocorre nos limites da atividade jurisdicional¹⁶. E a atividade jurisdicional sujeita-se ao princípio da inércia da jurisdição: o juiz só decide se for provocado¹⁷; sujeita-se, ainda, ao princípio da congruência: o juiz decide a lide nos limites em que é posta pelas partes¹⁸. Os órgãos judiciais estão, por isso, limitados pelo pedido e pela causa de pedir da ação, sob pena de julgarem *ultra* ou *extra petita*.

O Judiciário não formula respostas para questões em tese, que não foram postas pelas partes e cuja apreciação não é necessária para a adequada prestação da tutela jurisdicional. As mesmas normas aplicáveis ao exercício da jurisdição aplicam-se aos precedentes dela decorrentes. Quando parte da matéria apreciada pela maioria do tribunal era desnecessária para a solução do caso concreto, a parte desnecessária não integrará o teor vinculante do julgado. Com isso preserva-se o próprio tribunal de proferir uma decisão dotada de efeitos vinculantes e gerais, com base em um nível inadequado de informação (uma questão prescindível para a solução da causa é possivelmente uma questão que não foi objeto de argumentação exaustiva pelas partes, justamente por ser prescindível). Evita-se, assim, a produção de precedentes inadequados que, eventualmente, precisarão ser reajustados ou até mesmo superados. Preservam-se, ainda, os direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal daqueles que poderiam ser alcançados pelos efeitos vinculantes do precedente e que não tiveram qualquer oportunidade de deduzir seus argumentos¹⁹.

2.3. Associação entre casos

De volta ao exemplo do pai, imaginemos que seus filhos interpretem o precedente que vedou as saídas noturnas como se a vedação abrangesse, apenas, as saídas durante o período letivo e para fins de diversão. Algumas semanas mais tarde, um dos filhos recebe, então, um convite para comparecer à casa de um colega de turma, durante a semana, à noite, para a produção de um trabalho em grupo demandado pela escola (e não para diversão).

Se o pai entender que o novo caso é semelhante ao anterior (e, portanto, se *associar* um caso ao outro), observará que a questão já está solucionada pelo precedente. Saídas noturnas, que sacrifiquem o sono das crianças, durante o período letivo, estão proibidas. Ao identificar o segundo caso com o primeiro, o pai terá aperfeiçoado o significado da *ratio decidendi* e estendido seu alcance. Terá dito que não importa a finalidade da saída noturna, já que a norma tem o objetivo de preservar o sono e, portanto, a saúde das crianças. Por isso, o propósito da saída —, finalidade de mera diversão ou produção de trabalho em grupo —, é irrelevante.

Quando ocorre uma associação entre casos semelhantes, o teor normativo do precedente é reafirmado, fortalecido e, eventualmente, expandido. Mesmo casos, aparentemente semelhantes, guardam alguma parti-

16 NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2004, p. 65-110; TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, v. 1, p. 311 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184-186.

17 CPC/2015, ART. 2º: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

18 CPC/2015, art. 141: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

19 Sobre a importância de diferenciar entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* para delimitar adequadamente as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

cularidade de fato. Se as cortes afirmam que a particularidade é irrelevante e que a *ratio decidendi* oriunda do precedente governa o novo caso, em alguma medida, estarão ampliando o alcance do seu comando.

Nota-se, portanto, que o comando vinculante de um precedente não necessariamente se define em uma única “rodada” de decisões que se conclui com a manifestação da corte de maior hierarquia. Novos casos questionarão o alcance do precedente, demandando uma interpretação das cortes vinculadas. A nova interpretação por parte dessas cortes possivelmente retornará à corte vinculante que confirmará ou não tal interpretação. Por meio desse processo, o direito se redefine continuamente²⁰.

2.4. Distinção entre casos

No caso das saídas noturnas, o pai poderia ter dito, contudo, que a saída com o propósito de fazer um trabalho de grupo para a escola era possível porque o objetivo da norma que proibia saídas noturnas durante o período escolar era preservar o desempenho na escola (e não o sono propriamente) e o trabalho em grupo contribuía para tal desempenho. Esse argumento indicaria que a razão da vedação anterior era o sacrifício do sono em favor do mero divertimento. Nessa hipótese, embora a *ratio decidendi* parecesse se aplicar ao novo caso, o pai teria esclarecido que este último era distinto; que vedar a participação no trabalho em grupo não asseguraria a *finalidade imanente ao precedente*, qual seja: a preservação do desempenho escolar do filho. Assim, *razões internas* ao precedente —, a finalidade a que se visou ao afirmar a *ratio* —, recomendariam que o segundo caso recebesse tratamento diferenciado.

Em outro caso, o pai poderia, ainda, autorizar a saída noturna, com sacrifício de sono, durante o período escolar, para uma festa que tivesse o propósito de comemorar o aniversário do melhor amigo do filho. Nessa hipótese, afirmaria que *razões externas* ao precedente —, a afirmação do valor amizade e sua importância para a educação e para a formação de uma pessoa — colocavam uma questão diversa daquela apreciada na demanda anterior. O novo caso não lhe perguntava se o sono poderia ser sacrificado, durante o período escolar, com o propósito de produzir divertimento. Perguntava se o sono poderia ser sacrificado, durante o período escolar, excepcionalmente, com o objetivo de celebrar uma data relevante e uma relação importante de afeto.

Em ambas as situações propostas acima, o pai teria feito uma distinção entre o precedente e os novos casos (por conseguinte, teria negado a identidade ou a associação entre eles). A primeira distinção teria se baseado em razões internas ao próprio precedente: a finalidade que se pretendeu alcançar ao afirmar a norma. A segunda distinção se basearia em razões externas ao precedente: outros valores que entravam em tensão com os valores que o justificavam. Quando uma corte faz uma distinção entre casos, ela formula uma exceção ao comando vinculante ou, de algum modo, limita o alcance da *ratio decidendi* do julgado anterior com base em argumentos internos ou externos a ele. Ao fazê-lo, ela provoca uma contração do precedente, reduzindo seu alcance e sua força vinculante.

As cortes vinculadas podem e devem formular juízos de distinção entre casos sempre que entenderem que seus fatos relevantes são distintos, que colocam uma questão jurídica diversa ou que demandam fundamentação diferenciada daquela desenvolvida no caso anterior para sua solução. Se o caso é diferente, ele é inédito e não foi julgado, ainda, pelo tribunal superior. O ponto de partida de um sistema de precedentes vinculantes é a proposição segundo a qual casos idênticos devem ser tratados de forma idêntica (*treat like cases alike*). Tratar casos diferentes como se fossem idênticos violaria tal premissa e implicaria, por via transversa, o próprio descumprimento o julgado vinculante²¹.

20 LLEWELLYN, Karl; GEWIRTZ, Paul; ANSALDI, Michael. The Case Law System in America. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 5, jun. 1988 p. 1.006-1.007; GOODHART, Arthur L. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London, v. 22, 1959, p. 117-124.; Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 30, n. 2, p. 161-183, dez. 1930; TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 101-116; DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 213 e ss.

21 LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77 e ss.; SCHAU-

Desse modo, assim como na identificação entre casos, na distinção, a decisão de uma corte vinculada pode ser, novamente, levada à corte vinculante, para que a mantenha, reconhecendo tratar-se de uma distinção; para que a reforme, por entender constituir caso que merece o mesmo tratamento conferido pelo precedente ou, ainda, para que lhe confira outro tratamento que entenda ser mais adequado. Em qualquer hipótese, as cortes vinculadas terão agregado conteúdo ao debate e contribuído para o desenvolvimento do direito. A tese vinculante será produto de tal interação e não simplesmente o entendimento produzido pela corte vinculante.

A distinção entre precedentes é conceito expressamente incorporado pelo CPC/2015, que (i) considera não fundamentada a decisão que deixa de aplicar o precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso²², (ii) possibilita o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir sentença que deixou de considerar a distinção entre o caso julgado e o precedente que aplicou²³, e (iii) permite que, por um juízo de distinção, se excluam recursos do sobrestamento decorrente da sistemática de julgamento de recursos repetitivos²⁴.

3. RELAÇÃO ENTRE DISTINÇÕES INCONSISTENTES, RESISTÊNCIA DAS CORTES VINCULADAS AO CUMPRIMENTO DE UM PRECEDENTE E SUA SUPERAÇÃO PELAS CORTES VINCULANTES

Sempre que o juízo de distinção formulado pelas cortes vinculadas tiver amparo em fatos e argumentos juridicamente relevantes, que poderiam, efetivamente, justificar um tratamento diferenciado, afirma-se que tais cortes produziram uma distinção consistente entre o precedente e o novo caso. Quando, contudo, tal distinção não se ampara, efetivamente, em uma diversidade de fato ou em argumentos jurídicos relevantes afirma-se que se trata de uma *distinção inconsistente*.

Na distinção inconsistente, o argumento normativo para diferenciar é falho. O critério utilizado para reconhecer dois casos como semelhantes é tornado, excessivamente, rigoroso, geralmente com o objetivo de escapar à aplicação da *ratio decidendi* de um precedente já proclamado. As diferenças entre os casos concretos são valorizadas artificialmente, de forma a conferir-lhes um peso excessivo. Desse modo, busca-se reduzir o âmbito de incidência da *ratio decidendi*, a pretexto de que os casos são diversos²⁵.

Se o pai proíbe saídas noturnas que comprometam o sono, durante o período escolar, para mera diversão, mas permite que os filhos homens saiam à noite porque, afinal, são homens, ele produz uma distinção inconsistente, porque a finalidade para a qual estabeleceu o precedente —, preservação do sono, da saúde ou do desempenho escolar —, restará desatendida com a saída noturna, quer se trate de filho homem ou de filha mulher. Por consequência, o critério “sexo” não é um argumento válido para afastar a aplicação do precedente.

As distinções inconsistentes são muito comuns quando um precedente firmado pela corte vinculante é percebido pelas cortes vinculadas como manifestamente equivocado quando avilta o sentimento do que é

ER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987; GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, New Heaven, v. 30, n. 2, p. 166, Dec. 1930; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 474-502.

22 CPC/2015, art. 489, §1º, VI: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

23 CPC/2015, art. 966, §5º: “Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.

24 CPC/2015, art. 1.037, § 9º: “Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo”.

25 SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987; EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 140.

justo ou correto à luz do direito; ou quando, na percepção dos órgãos judiciais vinculados, produz consequências indevidas ou insuportáveis. Nas situações em que as cortes vinculadas estão obrigadas a seguir um precedente, por um lado, mas discordam gravemente dele, por outro, podem, eventualmente, *forçar distinções* entre o novo caso e aquele em que foi proferida a decisão vinculante, de forma a evitar conferir-lhe uma solução que consideram inadequada.

Quando diversos órgãos judiciais passam a produzir distinções inconsistentes em massa, limitam-se a previsibilidade do direito, o tratamento isonômico entre as partes e o funcionamento eficiente do sistema judicial, gerando-se um sem número de decisões divergentes e multiplicando-se os recursos para os tribunais. As distinções inconsistentes comprometem, conseqüentemente, os valores —, segurança jurídica, isonomia e eficiência —, que justificam a adoção de um sistema de precedentes. São, por isso, um mal que precisa ser evitado. Mas, paradoxalmente, podem, também, funcionar como um mecanismo de correção de precedentes equivocados, incompletos ou obsoletos²⁶.

A resistência das cortes vinculadas em cumprir um precedente que repute errado e a sistemática produção de distinções inconsistentes geram uma pressão sobre os tribunais superiores. Leva a tais tribunais uma massa de recursos, levanta novos pontos de vista, reforça argumentos em prol de uma solução diversa e pode fazer com que as cortes vinculantes revejam seu entendimento e, por conseguinte, superem seu precedente. Há, de fato, uma íntima relação entre a resistência das cortes vinculadas a aderir a um precedente, a produção em massa de distinções inconsistentes e a superação parcial ou total do precedente²⁷.

4. ESTUDO DE CASOS: TRÊS MATÉRIAS EM QUE OS PRECEDENTES VINCULANTES DO STF FORAM REJEITADOS PELAS INSTÂNCIAS VINCULADAS E ACABARAM SUPERADOS (OU QUASE)

O estudo de casos que se propõe a seguir pretende demonstrar justamente que a relação entre resistência ao cumprimento do precedente, distinções inconsistentes em massa e superação de precedentes se aplica à interação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos judiciais brasileiros.

Selecionaram-se, com esse objetivo, três matérias em que o STF produziu precedentes vinculantes cujo cumprimento encontrou grande resistência nas cortes vinculadas. São elas: (i) a decisão do Tribunal que reconheceu a validade da vedação ao deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, prevista na Lei 9.494/1997; (ii) o julgado que afirmou a constitucionalidade da renda familiar de até ¼ do salário mínimo como o único critério de aferição de miserabilidade, para fins de pagamento do benefício assistencial de prestação continuada; (iii) o entendimento de que a Fazenda Pública, em caso de terceirização, só terá responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de verbas trabalhistas, se falhar no seu dever de fiscalizar a contratada. Passa-se, a seguir, ao exame desses casos, com o propósito de demonstrar como a rejeição dos precedentes vinculantes pelos órgãos vinculados levou o Supremo a rever, ao menos parcialmente, seus entendimentos.

26 Sobre a relação de causa e efeito entre distinções inconsistentes ou entre precedentes obscuros ou contraditórios e sua superação, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239-240.

27 Como esclarece Eisenberg: “Algumas vezes pode ser preferível se deslocar para a melhor regra aos poucos, mesmo com o preço de gerar certa inconsistência com a transição. Com a utilização da técnica da distinção inconsistente, uma corte poderá, concomitantemente, movimentar o direito na direção da congruência social, proteger a confiança no sistema e preparar o caminho para uma virada jurisprudencial que não teria sido adequada de outro modo” *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 140.

4.1 Caso 1: Vedação à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública (ADC 4)

A Ação de Declaratória de Constitucionalidade nº 4 (ADC 4) foi proposta pelo Presidente da República, juntamente com as mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, em novembro de 1997, e tinha por objeto a afirmação (com efeitos vinculantes e gerais) da constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997. O dispositivo impugnado vedava o deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em casos que visassem: (i) à reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (ii) à outorga de vencimentos; (iii) à concessão de aumento ou extensão de vantagens ou que (iv) esgotassem no todo ou em parte o objeto da ação²⁸. Requereu-se o deferimento de medida cautelar pelo STF, determinando o cumprimento da norma pelos órgãos judiciais, uma vez que múltiplas decisões das instâncias ordinárias vinham deixando de aplicá-la, por considerá-la inconstitucional.

O STF entendeu plausível a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997, diante da multiplicidade de decisões provisórias que vinham determinando à Administração Pública a imediata implementação de pagamentos de verbas de caráter alimentar, de remota recuperação pelo Poder Público, e em detrimento ao regime de pagamento por meio de precatórios. Entendeu, ainda, configurado o perigo na demora justificador do deferimento da cautelar na ADC 4, ante as múltiplas decisões que determinavam o imediato sacrifício de recursos públicos. Com base nesses argumentos, o Tribunal deferiu a liminar, determinando a suspensão da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tivesse por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/1997 e sustou, igualmente, os efeitos futuros das decisões antecipatórias já prolatadas.

A decisão foi proferida em 11.02.1998 e não foi bem recebida pelas instâncias vinculadas. Se, por um lado, é possível que houvesse um certo descontrole no volume de decisões contra o Poder Público que importavam em pagamento de recursos; por outro lado, o Poder Público, não raro, tinha-se mostrado um violador reiterado de direitos em matéria de pessoal e em matéria previdenciária, em que eventuais valores cortados ou não pagos tinham caráter alimentar e poderiam ensejar impacto considerável sobre a subsistência dos jurisdicionados. A vedação do deferimento de cautelar ou de antecipação de tutela para sustar medidas arbitrárias nesse campo deixava as instâncias vinculadas de mãos atadas para evitar arbitrariedades e podia prolongar no tempo situações de violações gravíssimas a direitos, que precisariam aguardar o trânsito em julgado até serem corrigidas.

Não surpreende, portanto, que, aqui e acolá, algumas decisões de instâncias ordinárias tenham começado a deferir antecipações de tutela, a despeito do julgado do STF. Em março de 2000, três anos após a apreciação da ADC 4, o STF foi provocado, por meio da Reclamação nº 1.132-1/RS, a se manifestar sobre uma decisão do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, que supostamente deixara de observar o precedente proferido na ADC 4. No novo caso, o juízo deferira antecipação de tutela contra o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS, com o objetivo de determinar o

28 Lei 9.494/1997: “Art. 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”. No que importa ao presente relato, a Lei 4.348/1964 previa: “Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”; “Art. 7º O recurso voluntário ou “ex officio”, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”. A Lei 5.021/1966 estabelecia: “Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. [...] § 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”. Por fim, a Lei 8.437/1992 dispunha: “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. [...] § 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”.

pagamento de complementação do valor da pensão devida à pensionista de um servidor público. Tratava-se de hipótese, aparentemente, abrangível pela vedação constante da decisão proferida na ADC 4, na medida em que se determinava ao Poder Público o pagamento de vantagem por meio de liminar.

Ao apreciar a decisão reclamada, o STF observou, contudo, que o caso específico possuía peculiaridades que o distinguiam da decisão proferida na ADC 4. Ponderou, primeiramente, que, na demanda que gerara a reclamação, a viúva beneficiada pela antecipação de tutela tinha 86 anos, de modo que esperar o trânsito em julgado para ter seu direito atendido poderia implicar, na prática, supressão absoluta do seu direito de acesso ao Judiciário, já que a postulante poderia falecer antes. O tribunal observou, ainda, que a tese na qual se baseava o pedido de complementação de pensão encontrava apoio em maciça jurisprudência do próprio STF, que reconhecia a autoaplicabilidade do artigo 40, §5º, CF, na redação anterior à EC 20/1998, afirmando que o valor da pensão deveria corresponder à integralidade dos vencimentos ou proventos percebidos pelo inativo em vida e, ainda, que deveria ser revista na mesma data e proporção em que modificada a remuneração dos servidores em atividade. Por fim, aludiu-se, durante o julgamento e acessoriamente, à interpretação literal da Lei 9.494/1997, segundo a qual estaria vedado o deferimento de antecipação de tutela para pagamento de *servidores públicos*, não se aplicando, portanto, a *pensionistas* de servidores.

As instâncias vinculadas passaram, então, a deferir sistematicamente pedidos de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em demandas previdenciárias, quer beneficiassem pensionistas, como era o caso da Reclamação nº 1.132-1/RS, quer beneficiassem servidores inativos, sem qualquer outro tipo de ponderação quanto à idade do demandante ou quanto à existência de jurisprudência do próprio STF a favor do pagamento da vantagem.

A *ratio decidendi* da decisão proferida na ADC 4 foi reinterpretada pelos órgãos vinculados, tendo-se excluído da vedação de antecipação de tutela todo e qualquer restabelecimento de verbas previdenciárias e, até mesmo, o deferimento de aposentadorias. Com esse artifício, as instâncias inferiores produziram distinções (inconsistentes) que lhes permitiram deixar de cumprir, ao menos parcialmente, o precedente vinculante com o qual não concordavam e que consideravam injusto. Vale conferir algumas ementas de decisões nessa linha, transcritas a seguir:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. APOSENTADORIA POR IDADE EM ATIVIDADE RURAL. PROVA INEQUÍVOCA (ART. 273 DO CPC). CERTIDÃO DE CASAMENTO EM QUE CONSTA A QUALIDADE DE AGRICULTOR DO MARIDO DA AUTORA. **1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é cabível a concessão de tutela antecipada em ações contra a Fazenda Pública, quando a matéria discutida é de natureza previdenciária.** 2. Segundo o art. 273 do Código de Processo Civil, a concessão de tutela antecipada depende de prova inequívoca que conduza à verossimilhança das alegações do autor. 3. A certidão de casamento em que consta a qualidade de agricultor do marido da autora consubstancia-se, para fins de tutela antecipada, como a prova inequívoca prevista no mencionado artigo, já que ela é apta a fundamentar a procedência do pedido segurado. 4. Agravo improvido²⁹.

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO (ART. 475, II, CPC). LEI Nº 9.494/97. ADC Nº 4. **1. O reexame necessário (art. 475, II, CPC) somente tem aplicação em sentença, não impedindo, pois, que haja a antecipação da tutela que é decisão precária que não põe fim ao processo, já que esse prossegue até julgamento final (§5º, do art. 273, do CPC).** 2. A vedação legal à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública imposta pela Lei nº 9.494/97, cuja inconstitucionalidade foi afastada na medida liminar concedida pelo Eg. Supremo Tribunal Federal na ADC nº 4, limita-se às hipóteses de reclassificação, equiparação e concessão de aumento ou extensão de vantagens de servidores públicos, **não se aplicando, pois, ao processo onde o que se discute é a possibilidade da concessão de tutela antecipada para restabelecer benefício previdenciário cancelado unilateralmente pela**

29 TRF5, DJ 06 set.2002, AG 200205000062340, rel. Des. Paulo Gadelha. (grifo nosso)

Autarquia. (STJ, EDREsp nº18211/RS). 3. Para que haja a suspensão do benefício previdenciário faz-se indispensável a instauração de prévio procedimento administrativo onde seja assegurado ao beneficiário o devido processo legal, o que não foi observado, *in casu*, pela Autarquia. 4. Agravo regimental improvido³⁰.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. APOSENTADORIA EXCEPCIONAL DE ANISTIADO. EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DO AGRAVADO FAZER JUS AO BENEFÍCIO, CONSIDERANDO-SE PROPORCIONALMENTE O AFASTAMENTO, DECORRENTE DA PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, ATÉ A CONCESSÃO DA ANISTIA, NOS MOLDES DA LEI Nº 6.683/79. FATOS INCONTROVERSOS. IRRESIGNAÇÃO EXCLUSIVAMENTE FUNDADA NOS TERMOS DA LEI Nº 9.494/97, ART. 1º. VIOLÊNCIA AO DISPOSTO NO JULGAMENTO DA ADC Nº 04-DF. INAPLICABILIDADE NA HIPÓTESE. **1. Em decorrência da natureza alimentar do benefício e da existência de inúmeros precedentes jurisprudenciais albergando o direito invocado pela parte, não há que se falar em vedação à tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Precedentes do Eg. STF e Eg. STJ.** 2. Agravo de Instrumento improvido³¹.

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. LEI 9.494, DE 1997. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CONDIÇÕES DE INSALUBRIDADE. AVERBAÇÃO. **1. Não se tratando de questão objetivando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, é possível o deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. 2. Tratando-se de questão de natureza alimentar, há sempre um dano irreparável para aquele que vive de salários. O entendimento de que não pode haver antecipação de tutela contra a Fazenda Pública está ultrapassado, pois fere os comezinhos princípios de direito, o direito que todos têm de um tratamento igualitário. Inclusive o Supremo Tribunal Federal entende que, em questões previdenciárias, não se aplica o que foi decidido na ADC 4,** (cf. Reclamações ns. 1.157, 1.022 e 1.104 ajuizadas pelo INSS). 3. Tem o trabalhador direito à conversão do tempo trabalhado em atividade insalubre, quando submetido ao regime celetista, para fins de aposentadoria no regime jurídico único³².

No primeiro caso acima, deferiu-se a antecipação de tutela para conceder aposentadoria. Nos segundo e terceiro casos, restabeleceu-se o pagamento de aposentadoria por invalidez. No último caso, deferiu-se averbação de tempo de serviço em atividade insalubre e assegurou-se aposentadoria por tempo de serviço com proventos integrais. Nenhum desses casos tratava de pensão. Alguns referiam-se à concessão de benefício e não ao restabelecimento de vantagem indevidamente cortada. Nesses últimos, as partes estavam trabalhando, tinham capacidade laboral, estavam recebendo e, portanto, sua subsistência não estava ameaçada. Em parte dos casos, não se cogitou da existência de entendimento jurisprudencial consolidado no STF no sentido de ser devido o pagamento da vantagem. Em nenhum deles, a idade avançada da parte foi objeto de apreciação.

Nota-se, portanto, que acabou se consolidando nas instâncias inferiores o entendimento de que antecipações de tutela, pertinentes a toda e qualquer verba previdenciária, independentemente de outras condicionantes, não estavam vedadas pela Lei nº 9.494/1997 ou pela decisão proferida na ADC 4. A estratégia adotada por tais instâncias era evidente: interpretaram a distinção formulada pelo STF na Reclamação 1.132 da forma mais ampla possível e, por consequência, reduziram o alcance da *ratio decidendi* da ADC 4, que a reclamação excepcionava. Ao agirem assim, estava aberto o caminho para a corrosão da normatividade do precedente.

A massa de decisões produzidas pelas cortes vinculadas nessa linha ensejou a propositura de um grande volume de reclamações perante o STF, por meio das quais o Poder Público pedia a cassação de tais antecipações de tutela, ao fundamento de que desrespeitavam a decisão proferida na ADC 4³³. Diante desse novo

30 TRF2, DJU 13 nov. 2001, AGA 200002010462942, rel. Des. Fernando Marques.

31 TRF2, DJU 18 out. 2002, AG 2000.02.01.013101-9, rel. Des. Rogério Carvalho. (grifo nosso)

32 TRF1, DJ 28 nov. 2002, AG 2002.01.00.014905-2, rel. Des. Tourinho Neto. (grifo nosso)

33 STF, Rcl 798-2-PA, rel. Min. Octavio Galotti, DJ, 08 set. 2000; STF, Rcl 1015-5-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 24 ago. 2001;

quadro, o Supremo reapreciou a matéria e aperfeiçoou —, ou alterou parcialmente —, o entendimento proferido na ação direta, editando, inclusive, a Súmula nº 729, por meio da qual explicitou: “*A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária*”.

Como se nota pela narrativa acima, a resistência das cortes vinculadas em observar a decisão proferida na ADC 4, a massa de antecipações de tutela proferidas em desacordo com tal decisão ou forçando uma distinção com relação a tal precedente, o grande volume de reclamações propostas perante o STF e os novos argumentos tecidos pelas partes levaram o Tribunal a rever seu precedente. O novo entendimento do Supremo, expresso na Súmula nº 729, foi resultante do diálogo estabelecido entre o Tribunal e as instâncias vinculadas. O primeiro precedente vinculante do Supremo, produzido na ADC 4, não constituiu, portanto, uma decisão final sobre o tema. Não cristalizou o direito. Seu comando acabou sendo restringido e corrigido em “rodadas” posteriores, na interação entre o Tribunal e os órgãos judiciais vinculados.

4.2. Caso 2: Benefício da prestação continuada e o critério para aferição da necessidade (ADI 1232)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232 (ADI 1232), julgada em agosto de 1998, teve por objeto a inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS)³⁴, que estipulava que a família cuja renda mensal *per capita* fosse inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo seria aquela considerada incapaz de prover a subsistência de membro portador de deficiência ou do idoso, para fins de deferimento do benefício de prestação continuada (BPC), conforme previsto do art. 203, V, da Constituição³⁵.

Alegou-se, na ADI, que a norma constitucional estipulara o direito ao benefício de todo deficiente ou idoso que comprovasse não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família e que o estabelecimento da renda *per capita* familiar como critério único para a demonstração de tal situação restringia ilegitimamente o teor do art. 203, V, da Constituição. A depender do tipo de tratamento e das necessidades especiais do deficiente ou do idoso, ou de outras dificuldades enfrentadas por seus membros, uma família poderia apresentar renda per capita superior a 1/4 do salário mínimo e ainda assim não ter condições de prover a subsistência do deficiente ou do idoso. Por isso, defendeu-se, na ação direta, que o critério adotado na norma impugnada não deveria afastar a comprovação da miserabilidade em outras hipóteses, de renda superior ao aludido teto, sob pena de se excluírem do benefício outras situações de patente miserabilidade.

O Supremo Tribunal Federal julgou a ação improcedente, mantendo a validade do critério da renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo. Observou que a norma constitucional previu o direito ao benefício desde que comprovada a miserabilidade “conforme dispuser a lei” e que, por conseguinte, não procedia o argumento de que a lei o estaria limitando ilegitimamente. A lei teria previsto critério objetivo e nada impediria que o Legislador reconhecesse outras hipóteses em que o benefício seria devido, mas não cabia aos juízes tal providência³⁶.

STF, Rcl 1.122-4-RS, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 06 set. 2001; STF, Rcl 1.014-7-RJ, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 14 dez. 2001; STF, Rcl 1.603-0-SE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 19 dez. 2002; STF, Rcl 1.601-3-SE, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 19 dez. 2002; STF, Rcl 1.257-3-RS, rel. Min. Sydney Sanches, DJ, 07 fev. 2003; STF, Rcl 1.578-5-RS, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ, 21 fev. 2003; STF, RclAgR 1.020-1-RJ, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ, 21 fev. 2003.

34 Redação original: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. [...] §3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

35 CF/88, art. 203: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

36 STF, Pleno, ADI 1232, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 27.08.1998, DJ, 01.06.2001. O Ministro Sepúlveda Pertence

Entretanto, o entendimento firmado pelo STF não foi acatado em sua integralidade pelas demais instâncias. Os juízos vinculados passaram a admitir a comprovação do estado de miserabilidade com base em outros elementos para fins de reconhecimento do direito ao BPC, independentemente de previsão legal, muito embora se prosseguisse “argumentativamente” aplicando também o dispositivo declarado constitucional. Essa foi a abordagem adotada no âmbito do STJ, em que se passou a entender que a renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo constituiria mero limite mínimo assecuratório da fruição do benefício, que não excluía seu deferimento em outras hipóteses.

Os Tribunais Regionais Federais oscilaram entre a distinção inconsistente e a violação frontal e aberta ao entendimento firmado pelo STF. Afirmava-se que o verdadeiro requisito para a obtenção do benefício era o desprovimento de condições de sobrevivência, qualquer que fosse o meio de comprová-la³⁷; que o art. 20, §3º, da Lei Lei nº 8.742/93 estabeleceria mera presunção de miserabilidade, não afastando a sua demonstração por outra via³⁸; que restringir o deferimento do benefício aos casos de renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo constituiria interpretação odiosa³⁹; que o referido critério era “fictício e distante da realidade por que passa o brasileiro pobre”, bem como incompatível com o objetivo assistencial da norma constitucional⁴⁰. As decisões pareciam considerar a norma (e o entendimento do STF que a chancelava) absurda e continham verdadeiro tom de indignação.

A recusa das instâncias vinculadas em aplicar o entendimento da corte vinculante gerou, também, nesse caso um elevado número de reclamações ao Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, contudo, reafirmou o entendimento proferido na ADI 1.232 ao apreciar a Reclamação 2.303/RS. Na ocasião, ponderou que não se poderia deixar a critério de cada magistrado a definição de outros parâmetros para aferir a miserabilidade para fins de outorga do BPC, sob pena de se permitir ao Judiciário criar ou ampliar benefício ao arrepio da lei, sem parâmetro atuário ou prévia dotação orçamentária⁴¹.

Persistiu, contudo, a relutância das instâncias inferiores em acatar os precedentes do Supremo. Em paralelo, outros benefícios assistenciais foram criados pelo Legislativo, durante o longo debate travado sobre o regime jurídico aplicável ao BPC, estabelecendo critérios mais generosos para aferição da necessidade ou miserabilidade. Nessa linha, a Lei nº 9.533/1997, que dispôs sobre programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à

chegou a defender, em seu voto, que a não previsão de outros critérios de aferição da miserabilidade configuraria omissão parcial do legislador, que o STF não poderia suprir. Veja-se: “o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. A meu, isso não a faz inconstitucional, nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta. Julgo improcedente a ação.”

37 Nessa linha: “Os requisitos exigidos para a concessão do benefício da prestação continuada são, em síntese: a) ser pessoa inválida; b) carecer de condições de sobrevivência digna. Essas hipóteses estão presentes na espécie. 4. A prova da carência de meios dignos de subsistência exige tratamento diferenciado em relação a outros benefícios” (TRF1, AC 1998.01.00.0522769, rel. Juiz João Carlos Mayer Soares, j. 10.09.2002, *DJ*, 17 out. 2002).

38 V. TRF3, AC 00477877920004039999, rel. Des. Nelson Bernardes, j. 16.02.2004, *DJU*, 18.05.2004, grifou-se; TRF5, AC 200205000042480, rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro, *DJ*, j. 18.11.2013, 12.05.2004; TRF5, AC 200180000073141, rel. Des. Fed. Lazaro Guimarães, j. 18.11.2003, *DJ*, 12.05.2004.

39 Em tal sentido: “Não se pode interpretar o parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 como restritor à concessão de benefícios assistenciais quando a renda per capita familiar seja superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, quando no caso concreto estão presentes todos os requisitos justificadores da concessão do benefício, pois tal interpretação é odiosa, por contrariar os princípios do instituto em questão” (TRF3, AC 200003990175817, rel. Juiz conv. Gilberto Jordan, j. 13.06.2000, *DJ*, 05.09.2000).

40 Confira-se: “O intuito do art. 203, V, da CF/88, regulamentado pela Lei nº 8.742/93, é obstada ao se estabelecer renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, fictício e distante da realidade por que passa o brasileiro pobre. Com efeito, o benefício constitucional assegurado pela Carta de 1988, assistencial e não previdenciário, visa a garantir uma vida em sociedade mais justa e saudável àqueles que não têm o mínimo para sobreviver e a quem o destino já lhes tirou o pouco de que podiam dispor. Interpretar com extremo rigor a norma do art. 20, §3º, da Lei 8.742/93, é impedir que por outros meios se possa comprovar a condição de necessidade por que passa o requerente, incompatível, portanto, com o objetivo assistencial da norma constitucional” (TRF2, AG 00035284520034020000, rel. Juiz Arnaldo Lima, j. 19.05.2004, *DJU*, 27.07.2004).

41 STF, Pleno, Ag. Reg. Rcl. 2.303, rel. Min. Ellen Gracie, j. 13.05.2004, *DJ*, 01.04.2005.

Alimentação (PNAA), previram a concessão de benefícios a famílias com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo, valendo-se, portanto, de teto muito superior àquele de que se valeu a norma regulamentadora do BPC⁴². A Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família, também previu a concessão de benefícios a famílias com renda superior ao teto de 1/4 do salário mínimo⁴³. Esses diplomas destoavam do critério instituído pela Lei 8.742/1993 e reforçavam a percepção das instâncias vinculadas de que a referência à renda *per capita* familiar inferior a 1/4 do salário mínimo era irrazoável.

Começaram a surgir, então, no próprio Supremo Tribunal Federal, decisões monocráticas que admitiam a possibilidade de utilização de outros meios de comprovação do critério de miserabilidade, para fins de deferimento do benefício. Os próprios integrantes da Corte começavam a abandonar seu precedente. Então, em decisão proferida na Reclamação nº 4.374, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que o Supremo Tribunal Federal caminhava para admitir a conjugação do critério de renda *per capita* com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade para fins de concessão do benefício, porque teria ocorrido um processo de “inconstitucionalização por omissão” do §3º do artigo 20 da LOAS em face do artigo 203, V, da Constituição⁴⁴.

O Ministro indicou como sinais de tal processo: (i) os inúmeros casos concretos em que os magistrados de instâncias inferiores entenderam que o critério da LOAS foi insuficiente para atestar a miserabilidade da família do idoso ou deficiente, recorrendo a outros meios de prova; e (ii) a superveniência de legislação com critérios mais elásticos para concessão de benefícios assistenciais. O processo de inconstitucionalização a que aludiu o Ministro Gilmar Mendes, em verdade, correspondia ao processo de corrosão da força normativa do precedente do Supremo, em virtude de sua evidente rejeição pelas cortes vinculadas.

Em abril de 2013, finalmente, o Supremo Tribunal Federal apreciou os Recursos Extraordinários 580.963 e 567.985, com repercussão geral reconhecida, e firmou o entendimento de que o critério de 1/4 de salário mínimo poderia ser conjugado com outros critérios e fatores indicativos de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de prestação continuada⁴⁵. Também no caso do BPC, portanto, a produção de um precedente vinculante pelo STF não ensejou a cristalização do direito, não impôs a sua visão às demais instâncias, não fez com que prevalecesse seu entendimento ao final. Diante da reiterada resistência das demais instâncias, o Supremo superou seu entendimento anterior e adotou aquele reiteradamente defendido pelos tribunais vinculados.

4.3. Caso 3: Responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços (ADC 16)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (ADC 16) teve por objeto a declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993⁴⁶. O dispositivo prevê que, em caso de terceirização de serviços

42 Lei nº 9.533/1997, art. 5º: “Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente: I - renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo”. Lei 10.689/2003, art. 2º, § 2º: “Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo”.

43 Lei 10.836/2004, art. 2º, §3º: “Serão concedidos a famílias com renda familiar mensal *per capita* de até R\$ 120,00 (cento e vinte reais), dependendo de sua composição: I - o benefício variável no valor de R\$ 18,00 (dezoito reais); e II - o benefício variável, vinculado ao adolescente, no valor de R\$ 30,00 (trinta reais)”. Em 2004, o salário mínimo equivalia a 260,00 (duzentos e sessenta reais) reais. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/informacoes-gerais/historico-valor-salario-minimo-teto-contribuicao/>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

44 STF, Rcl 4374 MC, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão de 01.02.2007, DJ, 06.02.2007, decisão monocrática.

45 STF, RE 580.963, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.04.2013, DJe, 14.11.2013; RE 567.985, Pleno, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 18.04.2013, DJe, 03.10.2013.

46 “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

pelo Poder Público, o inadimplemento de encargos trabalhistas (e também fiscais e comerciais) pela empresa contratada não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Entretanto, segundo o requerente, a norma vinha sendo ignorada pelos órgãos da Justiça do Trabalho a tal ponto que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) teria editado enunciado sumular em sentido oposto ao que determinava o dispositivo legal. De fato, o item IV da Súmula 331 do TST dispunha:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a **responsabilidade subsidiária** do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, **inclusive quanto aos órgãos da administração** direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).” (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993 e, assim, confirmou a impossibilidade jurídica da transferência automática à Administração dos encargos trabalhistas decorrentes da inadimplência da empresa contratada. Por ocasião do julgamento, alguns Ministros mencionaram, todavia, a título de *obiter dictum*, que o Poder Público tinha o dever de selecionar adequadamente a empresa e de fiscalizar o cumprimento de suas obrigações trabalhistas. Caso não o fizesse, seria possível cogitar não de sua responsabilidade objetiva, mas de sua responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Essa última questão (sobre a responsabilidade por culpa *in vigilando*) não foi, contudo, objeto de deliberação. A ementa do julgado, dotado de eficácia vinculante e geral, tinha o seguinte teor:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. [...].⁴⁷

Os tribunais vinculados passaram, então, em alguns casos, a invocar a exceção sugerida em *obiter dictum*, para escapar aos efeitos vinculantes do precedente. A culpa *in eligendo* ficava afastada em caso de prévia licitação para contratação da empresa, o que é a regra no Poder Público. A responsabilidade subsidiária pressupunha a demonstração de culpa *in vigilando*, que dependia do exame, caso a caso, da ocorrência de falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante. O TST chegou a rever a redação da Súmula 331. Na aparência, a decisão proferida na ADC 16 havia sido acatada. A nova redação do enunciado previa:

“V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, **caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93**, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. **A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.**” (grifo nosso)

Entretanto, na prática, inúmeras decisões decretavam a existência de culpa *in vigilando* do Poder Público independentemente de qualquer aferição real de falha na fiscalização⁴⁸. Em outras situações, entendia-se que a mera existência de inadimplemento pela empresa contratada comprovava a falha do dever de fiscalizar da Administração e ensejava, por si só, a sua responsabilidade —, o que, na prática, equivalia a decretar sua responsabilidade automática⁴⁹. Em síntese, a fundamentação das decisões que responsabilizavam o Poder

47 STF, Pleno, ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.2010, *DJe*, 09.09.2011.

48 Há diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação, que reconhecem esse fato. Veja-se: “No caso, observa-se que o acórdão reclamado, embora tenha concluído pela inexistência de ofensa ao decidido no julgamento da ADC 16, aplicou de maneira automática no caso enunciado da súmula 331, IV, do TST, sem indicação de conduta específica da Administração Pública que pudesse fundamentar a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas” (STF, Rcl 14430, rel. Min. Teori Zavascki, monocrática, j. 26.06.2013, *DJe*, 01.07.2013). No mesmo sentido: STF, Primeira Turma, Rcl 16.846 AgR, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 19.05.2015, *DJe*, 05.08.2015; Rcl18.141, rel. Min. Luiz Fux, monocrática, j. 12.08.2014, *DJe*, 15.08.2014; Rcl 19.771, rel. Min. Gilmar Mendes, monocrática, j. 06.03.2015, *DJe*, 11.03.2015).

49 “Assim, a autoridade reclamada pressupõe a conduta culposa imputável ao ente público diante do atraso no pagamento de verbas trabalhistas e rescisórias por parte do empregador direto do trabalhador” (STF, Rcl 15.416, rel. Min. Dias Toffoli, monocrática,

Público mudou *pro forma*, mas o comportamento de condená-lo automaticamente no pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas não se alterou. Os julgados proferidos pela Justiça do Trabalho constituíam distinções inconsistentes. Firmavam-se em critérios que não legitimavam efetivamente um tratamento diferenciado daquele previsto na ADC 16.

Assim, estavam presentes também nesse caso os mesmos fatores que conduziram à superação de precedentes nos casos anteriores: (i) a resistência da instância vinculada em observar o julgado do STF, (ii) as múltiplas decisões inconsistentes e (iii) um volume substancial de reclamações alegando violação ao entendimento vinculante do Tribunal.

Não é surpreendente, portanto, o comportamento do STF no julgamento do RE 760.931/DF, com repercussão geral reconhecida sobre o tema⁵⁰. A Ministra Rosa Weber, relatora do caso e egressa da Justiça do Trabalho, pretendia apenas confirmar o entendimento firmado na ADC 16, o que implicava, em alguma medida, manter o quadro existente, em que parte substancial das decisões da Justiça do Trabalho deixavam de efetivamente aplicar o precedente do STF, ainda que alegassem em suas razões o inverso.

Abrindo a divergência, o Ministro Luís Roberto Barroso salientou a baixa adesão da Justiça do Trabalho ao julgado do Supremo e a necessidade de alterar tal precedente, a fim de definir requisitos objetivos de fiscalização que, se comprovados pelo Poder Público, afastariam a configuração de culpa *in vigilando*. A ideia do Ministro Barroso traduzia a intenção de regular de tal forma o dever de fiscalizar da Administração que não restasse espaço para avaliações subjetivas dos tribunais vinculados. Com isso, pretendia sustar as múltiplas distinções inconsistentes no tema.

A decisão, tal como proposta pelo Ministro Barroso, alterava o precedente para garantir a sua normatividade. Embora mantivesse as ideias originais: (i) inexistência de responsabilidade objetiva (*ratio decidendi* da ADC 16) e (ii) possibilidade de responsabilização do Poder Público por falha no dever de fiscalizar (*obiter dictum* na ADC 16, confirmado em julgamentos de reclamações), o Ministro propunha a revisão do entendimento para fazer com que a possibilidade de responsabilização por culpa *in vigilando* passasse a integrar a *ratio decidendi* e para regulamentá-la de forma a reduzir o espaço de discricção dos órgãos vinculados.

O Ministro Luiz Fux, a seu lado, abriu divergência para defender que o STF afirmasse a impossibilidade de responsabilizar a Administração Pública, qualquer que fosse a situação, quer exercesse, quer não exercesse o dever de fiscalizar. Salientou, nessa linha, que o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 não fez tal diferenciação entre responsabilidade objetiva e subjetiva. Apenas vedou a responsabilização. A solução proposta pelo Ministro Fux representava um endurecimento do entendimento do STF. Ainda que a *ratio decidendi* da ADC 16 afirmasse apenas a impossibilidade de responsabilização objetiva e automática da Administração pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada, múltiplas decisões proferidas em reclamação, sem efeitos *erga omnes*, contemplavam a possibilidade de responsabilização por culpa *in vigilando*. Por isso, dizer que nem mesmo em caso de culpa seria possível condenar a Administração significava, na prática, superar parcialmente a jurisprudência consolidada no Tribunal.

O pleno do Supremo dividiu-se, então, em dois blocos. Ambos pretendiam a alteração do que o STF já decidira. O primeiro bloco, liderado pelo Ministro Barroso, mantinha a responsabilidade por culpa *in vigilando*, mas a regulamentava de modo a impedir distinções inconsistentes⁵¹. O segundo bloco, liderado pelo Ministro Fux e apoiado pelo Ministro Gilmar Mendes, suprimia a possibilidade de culpa *in vigilando*⁵². Nos dois casos, a mudança de entendimento era motivada pelo descumprimento do precedente anterior pela

j. 25.06.2013, *DJe*, 01.08.2013). No mesmo sentido: STF, *Rel* 17.777 MC, *rel.* Min. Ricardo Lewandowski, monocrática, j. 20.05.2014, *DJe*, 23.05.2014).

50 STF, RE 760.931, *rel.* Min. Luiz Fux, *DJe*, 12.09.2017.

51 A Ministra Rosa Weber reajustou seu entendimento para acompanhar essa linha, que também foi seguida pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

52 Esse segundo entendimento foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia (Presidente) e Alexandre de Moraes.

Justiça do Trabalho e pela pressão decorrente do ajuizamento de múltiplas reclamações sobre o já numeroso acervo da Corte. O voto de desempate foi proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, que recentemente passara a integrar a Corte.

O Ministro Alexandre de Moraes alinhou-se, então, ao segundo bloco, para afastar a responsabilidade da União no caso concreto. Invocou para isso, contudo, o fundamento de que seria necessária prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador para responsabilização do Poder Público. O fundamento indicava que o ministro tornava o entendimento da Corte mais rigoroso do que o precedente original, mas admitia a responsabilidade da Administração, desde que comprovado o alegado nexo de causalidade.

Instalou-se, então, considerável celeuma para a fixação da tese. Havia maioria para definir o desfecho do caso concreto, mas essa maioria parecia indefinida quanto à tese a ser firmada, o que acabou repercutindo nos termos dessa última. Depois de idas e vindas e de muito debate, assentou-se que: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

As soluções propostas por ambos os blocos de Ministros pretendiam alterar o teor da decisão proferida na ADC 16, com o propósito específico de reagir ao reiterado descumprimento do entendimento formulado pelo STF por parte da Justiça do Trabalho, que vinha se alongando desde a decisão da referida ação direta, em novembro de 2010. Entretanto, a nova tese esclareceu pouco e não parece ter se desincumbido da tarefa de pacificar o tema. Embora haja alguma percepção de endurecimento pelo STF, este endurecimento não foi explicitado com clareza, o que possivelmente fará com que a questão retorne à Corte uma vez mais.

De todo modo, nota-se que as distinções inconsistentes, no caso, provocaram reações de superação do precedente. Não se pode deixar de reconhecer, ademais, que os juízos trabalhistas gozaram de considerável margem para interagir e resistir ao entendimento com qual não concordavam, e que a nova decisão do STF é produto de tal interação, não tendo tampouco permanecido estática ou cristalizada, mas tendo se ajustado a partir de tal diálogo. O fato de não se aderir às perspectivas das demais instâncias não significa que não tiveram voz.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O PRECEDENTE VINCULANTE COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DO DIREITO

Não há dúvida de que não temos, no Brasil, uma cultura de respeito aos precedentes judiciais dos tribunais superiores. A introdução ou ampliação do rol de precedentes vinculantes por meio do Novo Código de Processo Civil pretende alterar tal estado de coisas. É certo que uma mudança de tal porte não ocorre da noite para o dia ou de cima para baixo apenas. Pressupõe investimento na formação dos novos profissionais, na atualização dos antigos, na construção, de baixo para cima, de um novo saber e de uma percepção coletiva de que a mudança é efetivamente positiva. A mera previsão constante da norma processual ou o cabimento de reclamação para cassar decisões divergentes de precedentes vinculantes não bastam para assegurar que sejam efetivamente respeitados. A opção por adotá-los implica, sem dúvida, grandes desafios para a comunidade jurídica como um todo.

É importante, contudo, desmistificar algumas preocupações. Como os casos examinados demonstram, precedentes vinculantes não se impõem, apenas, pela autoridade. Não calam as instâncias inferiores. Precisam convencer pelo argumento. Se o argumento é insuficiente, se os órgãos vinculados o percebem como errado, injusto, absurdo, há meios de buscar a redução da sua *ratio decidendi* e a ampliação das hipóteses de distinção, e as cortes vinculadas o farão. A aplicação do precedente não é automática. Há considerável mar-

gem para argumentação. Há, ainda, em situações extremas, a via da distinção inconsistente que, se, por um lado, deve ser evitada, em respeito à integridade do direito, pode, por outro lado, constituir um importante sinal amarelo para Corte vinculante, quanto à necessidade de avaliar com cuidado se o precedente não demanda ajustes ou se não seria o caso de superá-lo⁵³.

A introdução do precedente vinculante pode conferir uma considerável racionalidade para o sistema judicial. Partir do pressuposto de que as decisões precisam ser previsíveis e de que devem tratar do mesmo modo todos os jurisdicionados que se encontram em situação idêntica significa atender a valores de segurança e de justiça caros ao Direito. Procurar alocar de forma eficiente os recursos materiais e humanos do Judiciário, evitando que, como regra, rediscutam questões já decididas pelos tribunais superiores e que produzam decisões que serão reformadas quando ali chegarem; voltar tais recursos para o enfrentamento de matérias que ainda estão em aberto; transmitir ao jurisdicionado o sinal de que, diante de um entendimento já firmado pelos tribunais superiores, suas chances de êxito são baixas e que, portanto, deve evitar aventuras processuais têm por objetivo buscar uma melhor alocação para recursos indiscutivelmente escassos e limitados. Um Judiciário extraordinariamente sobrecarregado como o brasileiro precisa ter tais aspectos em conta.

Por outro lado, a definição do Direito aplicável não necessariamente ocorrerá em uma única rodada, com a produção de um julgado vinculante. Como o estudo de casos acima demonstra, o precedente vinculante, não raro, pode constituir, apenas, o ponto de partida para o diálogo e para a interação entre corte vinculante e cortes vinculadas. Ele traz, contudo, uma nova racionalidade para tal interação. Como regra, a tese firmada pelo tribunal superior deve ser observada. Se a decisão se distancia do precedente vinculante, este não pode ser ignorado; é preciso argumentar, distinguir o novo caso, demonstrar sua não inclusão na *ratio decidendi*, indicar os pontos obscuros, incompletos, equivocados. A massa de distinções inconsistentes ou a resistência aberta a cumprir a *ratio* deve ser excepcional e, por isso, constitui um sinal de que o assunto precisa ser revisto. Já é um sistema mais organizado do que simplesmente ter cada juiz ou tribunal decidindo por conta própria e produzindo entendimentos divergentes que levam as partes a recorrer, ilimitadamente, aos tribunais superiores, acreditando que, sempre, vale tentar “a sorte”.

No entanto, como fica claro pelos casos examinados, o direito será o produto de uma contínua interação entre os tribunais. Os precedentes vinculantes não esvaziam as cortes vinculadas de poder. Ao contrário, em pelo menos dois dos três casos antes estudados, ao final, prevaleceu o entendimento das cortes vinculadas. No último, a conclusão do STF provavelmente será objeto de novos esclarecimentos. Os precedentes vinculantes, portanto, não necessariamente encerram o debate entre as instâncias judiciais. O que fazem é alterar a forma como tal debate se dá e organizá-la, com base em ferramentas como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, associação e distinção entre casos, que favorecem a argumentação e a compreensão dos pontos de divergência.

Os precedentes vinculantes tampouco cristalizam o direito ou comprometem seu desenvolvimento judicial. Em todos os casos examinados acima, o entendimento original do Supremo foi alterado em resposta à provocação das cortes vinculadas e dos jurisdicionados, em um padrão muito evidente, que indica que distinções inconsistentes e fuga em massa à aplicação dos precedentes vinculantes geralmente conduzem à sua revisão ou à superação.

53 Adriana Vojvodic produziu uma importante análise do papel dos precedentes na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, tendo concluído que seu uso tem um viés positivista, de reiteração de jurisprudência, mais do que uma função de construção argumentativa e de criação de standards orientadores de decisões difíceis (VOJVODIC, Adriana. Precedentes e argumentação o Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. Tese de doutorado apresentada à USP, 2012, mimeografado). Não divergimos dessa assertiva. A função dos precedentes na fundamentação das decisões do STF não é o objeto deste trabalho. O que sustentamos é que a operação com precedentes e a interação entre o Supremo Tribunal Federal e as cortes vinculadas é construída argumentativamente e pode levar, inclusive, à superação de tais precedentes. Abordamos, portanto, questão distinta. Ainda que o Supremo tenha uma visão positivista do instituto —, o que, repita-se, não é discutido neste artigo —, e mesmo que não esgote suas potencialidades na formulação de respostas para os *bard cases*, a dinâmica dos casos examinados demonstra que precedentes vinculantes não ensejam uma aplicação puramente mecânica, tampouco suprimem a contribuição das cortes vinculadas para o desenvolvimento judicial do direito.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, v. 40, n. 245, p. 351-378, jul. 2015.
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New York: Dover Publications, 2005.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.
- GOODHART, Arthur L. Determining the *Ratio Decidendi* of a Case. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, New Heaven, v. 40, n. 2, p. 161-162, Dec. 1930.
- GOODHART, Arthur L. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 118, 1959.
- LLEWELLYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.
- LLEWELLYN, Karl; GEWIRTZ, Paul; ANSALDI, Michael. The Case Law System in America. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 5, p. 989-1020, jun. 1988.
- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Roben S. (Org.). *Interpreting precedents: a Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- MACCORMICK, Neil. Significance of Precedent. *Acta Juridica*, v. 179, p. 174-187, 1998.
- MALTZ, Earl. The Nature of Precedent. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 66, p. 367-392, Jan. 1988.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 508-509.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no Brasil: um Estudo Comparado. *RDI*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 264-286, 2016.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.
- MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 763-767, May, 1988.
- NERY JUNIOR, Nelson; ABBOD, Georges. Stare decisis x direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jupodivm, 2013. v. 1. p. 485-514.

- NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2004.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Law Series, 2002.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, Feb. 1987.
- SCHAUER, Frederick. Rules, The Rule of Law, and The Constitution. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989.
- SIMPSON, A. W. B. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 453-457, Set. 1959.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SUMMERS, Roben S. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roben S. (Org.). *Interpreting precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.
- TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- VOJVODIC, Adriana. *Precedentes e argumentação o Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: _____. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-95.
- ZANETTI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodvim, 2015.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Democratização do orçamento público pela da legalidade, legitimidade e economicidade
Democratization of the public budget by legality, legitimacy and economicity

Rafael Antonio Baldo

Democratização do orçamento público pela da legalidade, legitimidade e economicidade*

Democratization of the public budget by legality, legitimacy and economicity

Rafael Antonio Baldo**

RESUMO

O artigo tem o objetivo de analisar a democratização do orçamento público pelo enfoque da legalidade, da legitimidade e da economicidade, investigando a *qualidade da democracia* em relação ao processo decisório de alocação dos recursos escassos. Baseada no método dedutivo, a pesquisa bibliográfica voltou-se para duas questões centrais na atualidade: de um lado, as transformações do Estado como resultado de sua abertura às pressões da Sociedade e do Mercado; de outro, as alterações do regime democrático em razão da capacidade de o cidadão influir ativamente na gestão pública. Diante dessas mudanças, o orçamento se transforma numa ferramenta de poder que tem a capacidade de interferir na realidade, reforçando sua compreensão como “arena de poder” em que as forças políticas, econômicas e sociais atuam na disputa pelos recursos escassos. Enquanto o mercado instiga a eficiência por meio do orçamento-programa e do orçamento-desempenho, a sociedade estimula a democracia deliberativa por meio do orçamento-participativo. Ademais, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, também, interferem na elaboração e na execução do orçamento por meio das emendas parlamentares e da judicialização das políticas públicas. Ao conciliar essas pressões endógenas e exógenas, a racionalidade tridimensional submete o orçamento público aos testes de conformidade legal, de economicidade e de legitimidade, indicando o grau de qualidade da democracia no planejamento orçamentário em termos de *accountability* e *responsiveness*. Após a realização desses três testes, o artigo aponta para a inobservância da racionalidade tridimensional, considerando a desvinculação das receitas públicas, a definição genérica dos programas orçamentários e a falta de impositividade do orçamento participativo.

Palavras-chaves: Qualidade da democracia. *Accountability*. Orçamento público. Legalidade. Legitimidade. Economicidade.

ABSTRACT

The article aims to analyze the democratization of the public budget by focusing on legality, legitimacy and economicity, investigating the quality of democracy in the decision-making process related to the allocation of scarce resources. Based on the deductive method, the bibliographical research has

* Recebido em 21/04/2017
Aprovado em 11/05/2017

** Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, doutorando em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: rbaldo@tce.sp.gov.br

turned to two central issues at present: on the one hand, the transformations of the State as a result of its openness to the pressures of Society and the Market; on the other hand, the mutation of democratic regime because of the citizen's ability to actively influence public management. Faced with these changes, the budget becomes a powerful tool that has the capacity to interfere in reality, reinforcing its understanding as an "arena of power" where political, economic and social forces act in the struggle for scarce resources. While the market instigates efficiency through budget-program and budget-performance, society encourages deliberative democracy through participatory budget process. In addition, the Legislative and the Judiciary branches also interfere in the elaboration and execution of the public budget through the parliamentary amendments and the judicialization of public policies. In order to reconcile these endogenous and exogenous pressures, three-dimensional rationality submits the public budget to the test of legality, economicity and legitimacy, indicating the degree of democracy quality in budget planning, in terms of accountability and responsiveness. From these three tests, the article points to the non-observance of three-dimensional rationality, considering the untying of public revenue, the generic definition of budget programs and the lack of enforcement of the participatory budget.

Keywords: Quality of democracy. Accountability. Public budget. Legality. Legitimacy. Economicity.

1. INTRODUÇÃO

Quando se falava em *planejamento orçamentário*, a grande maioria das pessoas era logo conduzida para uma realidade distante, perfilhando um caminho traçado por ideias e representações usualmente atreladas ao *tecnicismo contábil*. Aos poucos, esse cenário se transforma: expressões como superávit primário, pedaladas fiscais, déficit orçamentário e orçamento impositivo ganham vulto e se difundem pelo cotidiano. A elaboração e a execução do orçamento público deixam de ser domínio quase absoluto do Poder Executivo para se submeter às mais diversas forças democráticas, alterando a dinâmica de funcionamento dos Poderes e as formas de participação da sociedade e do mercado na condução da *res publica*. Com isso, a ação político-administrativa do Estado passa a se submeter aos vetores axiológicos da legalidade, da legitimidade e de economicidade, de modo a orientar o desenho institucional dos sistemas de *accountability* através dessa racionalidade tridimensional.

Justificada a relevância do tema, o texto não poderia iniciar sem a exposição de seu referencial epistemológico e metodológico, socorrendo-se, instrumentalmente, à cartografia jurídica de Boaventura de Sousa Santos. Consoante o sociólogo lusitano, o direito seria como os mapas, pois ambos são representações da realidade que norteiam a conduta humana por meio de escalas, projeções e simbolizações.¹ Na construção de um novo mapa representativo para o orçamento, mais permeável à lógica da democracia deliberativa, o uso de escalas maiores afasta enfoque impessoal sobre as grandes estruturas e sistemas, com o objetivo de se aproximar do espaço local da intersubjetividade dialógica e participativa. Sua nova projeção democrática converge para o potencial transformador do orçamento público como ferramenta procedimental de *accountability*. Por fim, os vetores axiológicos da legalidade, da legitimidade e da economicidade são os símbolos que orientam esse percurso democrático.

Com base nessa bússola referencial, o artigo fará breve incursão no contexto sociopolítico subjacente ao tema, onde se assiste à abertura sistêmica do Estado ao Mercado e à Sociedade Civil, como demonstram as teorias de Adam Przeworsky e de Claus Offe. Em decorrência dessa abertura sistêmica, o Estado desenvolve

1 Em síntese, o autor afirma que a *escala* relaciona distâncias reais e fictícias, de modo a reduzir a realidade à sua essência, num processo de diferenciação quantitativa e qualitativa. A *projeção* transforma as superfícies curvas do globo em superfície plano nos mapas, criando uma distorção gritante das periferias para privilegiar aquilo que se tomou por cento. Por fim, a *simbolização* destaca intencionalmente as características da realidade por meio de sinais icônicos ou convencionais. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. v. 1, p. 197-204.

canais de comunicação e de participação nos processos decisórios, alterando os contornos da democracia. Nesse sentido, será, brevemente, demonstrado como a democracia tem transcendido o plano macroinstitucional das grandes “questões políticas” para o plano microinstitucional do funcionamento operacional da Administração Pública. Com base nessa conjuntura democratizante, o direito financeiro passa a atribuir novas funções para o orçamento público, levando à passagem do orçamento legalista de outrora para a legitimidade do orçamento participativo e para a economicidade do “orçamento-programa”.

2. A EXPOSIÇÃO DO ESTADO ÀS PRESSÕES EXÓGENAS DA SOCIEDADE E DO MERCADO

Filha de seu tempo, a *democratização do orçamento público* decorre de uma série de transformações por que passa o Estado contemporâneo. Longe de ser um confundido com o terrível *Leviatã*, o Estado passa a se submeter a novas pressões endógenas e exógenas. A origem dessas transformações remonta à passagem do Estado liberal para o Estado do bem-estar social, em virtude da crise da bolsa de Nova Iorque em 1929 e da consequente queda do liberalismo econômico. Na visão do historiador Eric Hobsbawm, a Grande Depressão destruiu o liberalismo econômico por meio século, pois obrigou os governos ocidentais a considerar os problemas sociais, com a aplicação adaptada dos planos quinquenais nos moldes formulados por Keynes. Na política, a Grande Depressão tornou impossível manter o acordo tácito entre Estado, patrão e trabalhador, de maneira a enfraquecer a democracia liberal.²

Consagrada a noção de *welfare state*, a ação político-administrativa transpôs os domínios do legalismo hermético para desbravar os domínios sociais e econômicos, explorando, na linguagem habermasiana, o chamado “mundo da vida”. Surgem, então, novas formas de interação política entre o governo, a sociedade e o mercado, que foram analisadas por Adam Przeworsky na obra “Estado e a Economia no Capitalismo”. Pressupondo o processo de racionalização do poder na modernidade ocidental, o autor identificou três tipos ideais de governo, conforme ele responde às demandas dos cidadãos (governo do povo), às preferências do estamento político e burocrático (governo do Estado) ou às exigências dos donos do capital (governo do capital).³

Com relação ao governo do povo, as teorias econômicas da democracia teriam abordado as políticas governamentais a partir do interesse dos cidadãos, visando à otimização do bem-estar. Numa situação ideal, o governante faria a vontade da maioria para ter o indispensável apoio do povo nas eleições, o que estimularia a redistribuição da renda. Nesse ponto, a crítica liberal afirmaria que a intervenção política na economia seria inimiga do bem-estar geral, pois, uma vez superado o ótimo paretiano de eficiência, o ganho dos beneficiários seria menor que o custo dos perdedores. Para o cientista político, essa crítica pressupõe a ineficiência estatal, ignorando que algumas alocações não podem ser medidas em termos de eficiência e que a redução da renda nacional não implica necessariamente a redução do bem-estar.

Quanto ao governo do Estado, a sociologia weberiana teria exercido papel relevante ao abordar a autonomia decisória dos políticos e dos burocratas em relação às influências externas, tendo em vista o processo de racionalização do poder na modernidade ocidental. Embora o Estado seja qualificado pelo monopólio do uso legítimo da força física, o autor entende que ela não determina a alocação de recursos no sistema capitalista, nem impede pressões econômicas, culturais e sociais. Atualmente, essa autonomia relativa do estamento político e burocrático estaria sendo desafiada pela teoria da captura e pela escola da escolha pública, no ponto em que indicam a permeabilidade do Estado aos interesses particulares. Assim, a autonomia do Estado fica enfraquecida em condições democráticas, mas arranjos institucionais particulares podem facilitar a autonomia de burocratas ou de legisladores, ou de ambos.

2 HOBBSAWAM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 90-143.

3 PRZEWORSKY, Adam. *Estado e Economia no Capitalismo*. Rio de Janeiro: Relume. 1995, p. 85-133.

Com relação ao governo do capital, o marxismo funcionalista não teria explicado porque os capitalistas, geralmente, são avessos à intervenção política na economia, mesmo sendo Estado o maior responsável pela reprodução do sistema capitalista e pela longevidade do próprio capitalismo. Com base nessa crítica, o autor pauta-se nas contribuições de Jürgen Habermas e de Claus Offe para assevera que o mercado não se autor reproduz, perpetuamente, em razão de sua vulnerabilidade à monopolização e à desmercantilização, razão por que o Estado deve substituir o mercado na função de alocar recursos para usos produtivos e de distribuir renda. Por meio dessa desmercantilização, os recursos tenderiam a sair do mercado através de mecanismos não-mercantis, levando o Estado a assumir a atribuição de torná-los novamente produtivos.

Na conclusão de sua análise, Adam Przeworsky assevera que cada sociedade se defronta com três problemas políticos, assim definidos: como tornar manifestas e agregar as preferências individuais, como manter as instituições políticas especializadas responsáveis às demandas e como satisfazer os objetivos democraticamente escolhidos, referentes à alocação de recursos escassos. Ao comentar a obra desse cientista político, Lilian Ferraresi Brighente destaca que seu grande objetivo é investigar como a tensão permanente entre o mercado e o Estado reflete-se nos contornos da democracia. Essa tensão existe porque o Estado pode tanto reforçar a política de acumulação do mercado quanto desenvolver a política de redistribuição favorável à legitimidade democrática. Segundo a autora, Adam Przeworsky aborda diferentes teorias para explicar seu ponto de vista, apontando para a necessidade de se realizarem estudos empíricos com o propósito de testar as hipóteses construídas. Nada obstante, ele teria deixado essas questões em aberto, já que a promoção da democracia no capitalismo depende da constante interação entre as pessoas, os interesses dos grupos e o Estado.⁴

É importante salientar que esses problemas que foram levantados pelo cientista político polonês conduziram às crises de governança e de governabilidade que assolaram os países capitalistas a partir de meados da década de 1970, principalmente após a alta repentina do preço do petróleo no mercado internacional por conta da política praticada pelos países pertencentes a OPEP. Nesse contexto, os Estados passaram a realizar reformas gerenciais, com a adoção de várias propostas neoliberais que se destinavam à redução do intervencionismo estatal na economia, buscando seu contraponto de legitimidade no desenvolvimento de canais de comunicação e de participação democrática no processo decisório de alocação dos recursos escassos. Com isso, as políticas públicas passaram a decorrer das interações estratégicas entre as diversas forças sociopolíticas, de maneira que a ação político-administrativa procura observar aos interesses do povo, da política e do capital, como fora acima delineado.

Numa linha de pensamento convergente, Claus Offe analisou os problemas funcionais da ação político-administrativa, criando o conceito de “racionalidade tridimensional” para explicar essa abertura do Estado às pressões exógenas da Sociedade e do Mercado. Aversa à lógica burocrática (de *inputs* normativos), a eficiência da ação político-administrativa reside na capacidade estatal de produzir rendimentos (*outputs*) e resultados (*outcomes*), pautando-se, não nas regras jurídicas, mas nos recursos disponíveis. Afinal, as regras podem travar os programas socioeconômicos que objetivam influir no entorno do Estado. Por isso, o agir administrativo tem que buscar sua legitimação tanto no critério normativo lógico-formal quanto no critério teleológico material dos resultados. Ademais, “uma terceira fonte para obter critérios possíveis para a ação administrativa ‘correta’, além da conformidade legal à norma e da adequação aos fins (ambas já se encontram em conflito como se procurou mostrar) é a do consenso político”.⁵

Para o sociólogo alemão, o Estado de direito teria perdido sua capacidade de programar a ação administrativa por intermédio exclusivo do legalismo hermético, levando à “politização da administração”. Por isso, o Estado passa a buscar formas extralegais de legitimação do agir político-administrativo, seja nas concepções ordenadoras supralegais (como os princípios jurídicos), seja nos processos consensuais empí-

4 BRIGHENTE, Lilian Ferraresi. Resenha da obra “Estado e economia no capitalismo, de Adam Przeworsky. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 245-259, jan./jun. 2011.

5 OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In: _____. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 224.

ricos que ocorrem no nível infralegal. Quanto aos valores supralegais, o autor frisa que eles têm validade, eminentemente, proibitiva, apontando a violação dos limites fixados, com dificuldade para fixar uma orientação instrutiva da ação estatal. Com relação ao nível infralegal, o recurso a mecanismos de consenso pela via procedimental é necessário para aqueles casos em que a Administração Pública depende do apoio e da colaboração dos particulares para o sucesso de suas iniciativas.

Esse processo de “politização da administração” pode trazer, segundo o autor, alguns riscos para a política institucionalizada do Estado. Por um lado, a dependência do consenso dos cidadãos sobrecarrega a cúpula política, limitando os contornos da atuação discricionária em virtude das constantes exigências de democratização e de participação cidadã, de modo a reduzir o espaço das chamadas “questões políticas”, tradicionalmente excluídas do controle judicial. Por outro lado, a política administrativa fica mais suscetível ao risco de buscar os resultados especificamente almejados pelos grupos sociais mais influentes e, acima de tudo, pelos grupos econômicos mais fortes. Por conseguinte, a política estatal passa a obedecer à “racionalidade tridimensional”, sujeitando-se a três tipos de teste: o teste de conformidade legal, nos moldes da burocracia weberiana, o teste de efetividade funcional, em busca de rendimentos eficientes e de resultados eficazes, e o teste de consenso político, vinculado às vias consensuais de participação cidadã.

Com fundamento na Teoria Sociológica de Claus Offe, Jerry L. Marshaw abordou, no direito norte-americano, o desenho institucional dos sistemas de *accountability*, levando em conta os seis pontos específicos: o controlador, o controlado, o objeto, o processo, os parâmetros e os efeitos do controle. Com base na conjugação desses pontos, o autor identificou três modelos de controle, vinculando-os ao Estado, ao Mercado e à Sociedade. No mundo real, esses três tipos-ideais estariam mesclados, gerando uma variedade de desenhos institucionais, conforme a combinação desses pontos. Por exemplo, cada tipo de regime tem seu controlador (agente público, consumidor, ativista ambiental), seu controlado (funcionário, empresário, poluidor), seu objeto (ato formal, capital, comportamento), seu processo (procedimento, regras do jogo, redes), seus parâmetros (legalidade, eficiência, legitimidade) e seus efeitos (nulidade, falência, exclusão). Provavelmente, todos os regimes falhariam em alguns pontos, porque cada regime tem suas forças e fraquezas, mas seria possível ajustá-los da maneira mais favorável à promoção da *accountability*.⁶

Nesse desenho institucional dos sistemas de *accountability*, a ação estatal deve observar, concomitantemente, os vetores axiológicos da legalidade formal do Estado, da legitimidade democrática da sociedade e da economicidade eficiente do mercado. Por um lado, não é possível se restringir à legalidade formal do Estado, porque ela pode incorrer no legalismo burocrático, com a pretensão ilusória de que leis, regulamentos, estatutos pudessem confinar, em regras previsíveis, o comportamento dos atores sociais e a riqueza fática do “mundo da vida”. De outro lado, não é possível focar, apenas, a economicidade, pois ela pode estimular a captação do espaço público pelos interesses privados, agravando ainda mais o problema da distribuição desigual da renda em virtude das assimetrias informacionais. Por fim, não é adequado atentar, apenas, para a legitimidade, pois os recursos escassos não conseguiriam atender à gama infindável de reivindicações da sociedade, como demonstram as discussões judiciais sobre a chamada “cláusula da reserva do possível”.

Vale ressaltar que Adam Przeworsky e Claus Offe elaboraram essas críticas sociológicas como resposta à crise que se instalou no Estado de bem-estar social a partir da década de 1970, na tentativa de manter o modelo europeu de social-democracia. Desde então, a Teoria da “Gerência Pública” propôs diferentes saídas para a crise de governabilidade, que se instalou por causa da prestação ineficiente de serviços públicos, destacando a relação de eficiência entre os insumos e os rendimentos (relação *inputs-outputs*), com foco voltado para a otimização do tempo, da matéria-prima, da mão-de-obra, dos equipamentos, mediante a aplicação de ferramentas da administração privada. Já a Teoria das “Escolhas Públicas” procurou solucionar a “crise de

6 Nas palavras do autor, os regimes de *accountability* são “those associated with public governance; those that police the marketplace; and those that inhabit the non-governmental, non-market, social realm” MASHAW, Jerry L. “Accountability and institutional Design: Some Thoughts on the Grammar of Governance.” In: DOWDLE, Michael W. (Org.). *Public Accountability, Designs, Dilemmas and Experiences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 119.

governança”, que advinha do déficit de legitimidade dos governos, priorizando a relação de eficácia entre os insumos e os resultados (relação *inputs-outcomes*), com a finalidade de verificar o impacto dos produtos, dos serviços e das políticas públicas sobre os clientes, os usuários e os cidadãos, como demonstra a promulgação da *Citizen's Charter* dos ingleses, que aplicou a “lógica do cliente” ao usuário dos serviços públicos.

É possível afirmar que essa proposta sociológica de coordenação sistêmica entre os valores político, sociais e econômicos subsistiram às tempestades do neoliberalismo e das reformas gerenciais que ocorreram nas décadas de 1980 e de 1990, no lastro das teorias da gerência pública e das escolhas públicas. Apesar da redução significativa do aparato estatal em virtude da descentralização das atividades e da privatização de diversos serviços públicos, diminuindo a intervenção direta na economia, o Estado passou a interagir com a sociedade e com o mercado de outras formas, valendo-se de outros mecanismos como o fomento e a regulação. Aliás, a reforma gerencial reforçou ainda mais esse processo de abertura estatal diante da crescente demanda por eficiência dos produtos e eficácia dos resultados. Nesse ponto, as agências reguladoras consolidaram-se no cenário nacional como uma das instituições que canalizam as demandas de eficiência e de legitimidade, pois o processo normativo regulatório de algumas agências admite a participação da sociedade na disciplina do mercado.⁷

Diante dessa abertura do Estado às pressões exógenas da sociedade civil e do mercado, em resposta às demandas de legitimidade democrática e de economicidade, foi reforçada essa *relação de interdependência* entre os Sistemas Político, Econômico e Social, tornando as instituições mais permeáveis às trocas simbólicas e os processos decisórios mais dialógicos, com reflexo na própria dinâmica de funcionamento interno do Estado. Nessa esteira, a aproximação entre a dimensão política do governo e a dimensão legal da Administração Pública levou à difusão de várias ferramentas de participação democrática nos processos decisórios, como é o caso do orçamento participativo. Com a ampliação dos canais de participação ativa do cidadão, o Estado deixou de ser comparado ao inalcançável castelo kafkiano de outrora, sempre distante do cidadão comum, provocando uma verdadeira guinada axiológica no próprio conceito de democracia.

Ao resgatar a evolução histórica da democracia, Maria Paula Dallari Bucci observou que suas origens remetem à classificação de Aristóteles quanto às formas de governo (monarquia, aristocracia e república), correspondendo a democracia ao desvirtuamento da república, num governo instituído a favor dos pobres. No curso do contratualismo clássico, o conceito de democracia foi resgatado por Montesquieu, com a ideia de representativa legislativa, e por Rousseau, com o sentido de igualdade legitimadora do poder soberano do povo. Após a declaração firmada por Abraham Lincoln no *Gettysburg Address* de 1863 (“governo do povo, pelo povo e para o povo”), a democracia aproximou-se da ideia de sufrágio por meio do processo eleitoral. Com a ascensão do *welfare state*, a democracia reforçou sua dimensão substancial, buscando não somente a liberdade, mas também a igualdade (democracia material).⁸

Se, nas origens do constitucionalismo liberal, o princípio democrático serviu como fonte legitimatória do poder político, como decorrência da liberdade e da igualdade formal, ao longo do século XX, o fortalecimento do sufrágio universal, das eleições e dos partidos confirmou o viés procedimental da democracia representativa, evidenciando o distanciamento entre a vontade dos representantes e a vontade dos representados. Emerge, então, a crise da democracia representativa, pois a ampliação dos direitos civis e políticos dos cidadãos não foi suficiente para eliminar dois graves problemas que assolam grande parte dos regimes democráticos, quais sejam, a representatividade deficitária das minorias e a responsabilização deficitária dos eleitos. Com base nessa perspectiva crítica, Robert Dahl passou a estudar o tema da qualidade da democracia, sob o prisma da participação e da contestação pública, tomando como pressuposto básico a responsivi-

7 Ao dispor sobre os serviços de telecomunicações e sobre a organização da Anatel, o artigo 42 da Lei n. 9.472/1997 preceitua que, “as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.”

8 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80-99.

dade do governo em relação às preferências de seus cidadãos.⁹

Como possível resposta ao problema da participação, Monica Herman Caggiano remete-se à noção de democracia deliberativa “[...] assegurando-se aos representados, à comunidade, novos espaços de influência na produção de decisões políticas de índole comunitária”.¹⁰ Ao analisar o tema, Rubens Beçak salienta que as propostas participativas e deliberativas ganharam força no Brasil em virtude das dificuldades que permeiam a aplicação dos instrumentos da democracia semidireta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, canalizando a participação democrática para os conselhos comunitários na área da educação, da saúde e da segurança.¹¹ Nesse ponto, também vale ressaltar a participação de representantes da sociedade civil no âmbito das agências reguladoras, tanto pela via da composição orgânica dos conselhos dirigentes quanto pela via da participação nas consultas e nas audiências públicas durante a elaboração das normas regulatórias, contribuindo para o avanço do controle social.

Longe de se restringir ao plano político, essas propostas de democracia participativa e deliberativa também se expandem pelas diversas esferas da Administração Pública policêntrica, considerando o polvilhamento de seu poder decisório pela miríade de órgãos, departamentos, entidades e agências. Este é o pensamento de Jacqueline Morand-Deville em relação ao governo francês, ao expor que “*a velha reivindicação de cidadania política vem acompanhada há alguns anos de uma reivindicação de cidadania administrativa, falando-se, então, numa Administração Transparente, Concertativa e Participativa*”.¹² Por conseguinte, a visão atomizada de democracia representativa, circunscrita ao exercício esporádico do sufrágio por meio do voto, vem sendo complementada pela visão diluída de democracia deliberativa, estendendo-se no tempo e no espaço até alcançar o funcionamento operacional do Estado.

Ao abordar a formulação das políticas públicas nos três planos institucionais do Estado, Maria Paula Dallari Bucci afirma que seria necessário passar do plano macroinstitucional da grande política para o plano microinstitucional de funcionamento operacional do Estado. No plano macroinstitucional, ela reforça a ideia de que a *força da política* depende da conformação do poder em estruturas despersonalizadas e, com isso, a política vai deixando de ser apenas política para ser, também, direito organizado em instituições, de maneira a delimitar o espaço do governo. No plano mesoinstitucional, os arranjos institucionais garantem a construção de políticas públicas através da definição objetiva das “regras do jogo”, envolvendo competências públicas e interesses privados em torno de um objetivo comum. Já no plano microinstitucional, o foco recai sobre a ação governamental dos indivíduos por meio de diferentes processos que conjugam competências, objetivos e meios, levando à formação de políticas públicas.¹³

Nessa seara microinstitucional dos processos, a autora lembra que, após a experiência do legalismo nazista, o conceito de processualidade ampla foi adotado como meio de controlar o conteúdo das normas jurídicas. Embora a visão procedimental admita a princípio qualquer conteúdo, a participação democrática gera um consenso que é alcançado argumentativamente. Além disso, a participação processual pela via do contraditório causa a diluição temporal das tensões sociais, levando à aceitação das regras do jogo e à minimização das frustrações. Para a jurista, essa processualidade ampla facilita a compreensão das diversas atividades do Estado, remetendo aos processos administrativo, legislativo, judicial e orçamentário. Nesse ponto, convém analisar os reflexos da participação democrática no processo orçamentário, verificando a relevância

9 DAHL, Robert. *Poliarquia*: participação e oposição. São Paulo: USP, 2015. p. 25-37.

10 CAGGIANO, Mônica Herman. Democracia X Constitucionalismo: um navio à deriva? *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 1, p. 5-23, 2011.

11 BEÇAK, Rubens. O evoluir da democracia moderna e o exercício da deliberatividade. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 18, p. 7-14, 2013.

12 Nas palavras da autora, “la vieille revendication de citoyenneté politique s’accompagne depuis quelques années d’une revendication de citoyenneté administrative”. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Vers une démocratie administrative deliberative consultation, concertation, participation. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 10, p. 06-10, 2012.

13 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23-48; p. 135-148.

da racionalidade tridimensional na orientação das decisões e escolhas públicas que estão relacionadas à alocação dos recursos públicos.

3. A EXPOSIÇÃO DO ORÇAMENTO AOS VETORES AXIOLÓGICOS DA LEGITIMIDADE E DA ECONOMICIDADE.

A partir das considerações tecidas no tópico anterior, pode-se aduzir que a ação político-administrativa deve obedecer à racionalidade tridimensional, composta pela legalidade formal do Estado, pela legitimidade democrática da Sociedade e pela economicidade do Mercado, promovendo o desenvolvimento dos canais de comunicação e de participação nos processos decisórios, em benefício da democracia deliberativa. Certamente, essa participação democrática permite ao subsistema jurídico acolher os vetores axiológicos de seu entorno, principalmente em relação à legitimidade e à economicidade, estabelecendo um constante diálogo com o “mundo da vida” com a finalidade de evitar a destruição entrópica do direito em virtude da falta de coerência com a realidade. E, nesse contexto, o planejamento orçamentário desponta como canal de comunicação e de participação nos processos decisórios relativos à alocação dos recursos escassos, convertendo o orçamento público numa “arena política” em que são juridicizadas e institucionalizadas as tensões sociais entre o governo, o povo e o capital.

Longe de se confundir com uma simples peça contábil que faz a previsão de receitas e a fixação de despesas por meio do plano plurianual, das leis de diretrizes orçamentárias e das leis orçamentárias anuais, o orçamento público converte-se numa das inúmeras “arenas de poder”, em que atuam as diferentes forças políticas, econômicas e sociais na disputa de recursos que possam concretizar aquelas políticas públicas que lhes são favoráveis.¹⁴ Afinal, na lógica de Maria Paula Dallari Bucci, as leis orçamentárias vinculam o plano macroinstitucional ao plano microinstitucional de formulação das políticas públicas, na medida em que compõem um arranjo institucional que define as “regras jogo” para a implementação das diretrizes governamentais por meio das receitas e despesas. Para exemplificar, o artigo 165, § 4º, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “os planos e programas nacionais, regionais e setores previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional”.

Em tempos de democratização do orçamento, J. R. Caldas Furtado defende que “o governo tende a assumir uma posição de menor supremacia no processo orçamentário, desde a formulação das políticas públicas, passando pelo planejamento orçamentário, elaboração, discussão, votação e aprovação das peças orçamentárias”.¹⁵ Ao reconhecer a importância do orçamento para a democracia, Rui Barbosa afirmava que, “a mais importante providência que uma sociedade política bem constituída pode exigir de seus representantes é tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana” [...], de maneira a “fazer desta lei das leis uma força da nação, um sistema sábio, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousem perturbar-lhe o curso traçado”.¹⁶ Recentemente, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu que a lei orçamentária é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição.¹⁷

Quando se aborda o orçamento, não se pode perder de vista a necessária coerência entre as leis que compõem a tríade orçamentária, quais sejam, o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a

14 Ao confirmar tal intelecção, Kiyoshi Harada entende que “o orçamento deixou de ser mero documento de caráter contábil e administrativo, para espelhar a vida econômica da Nação, constituindo em um importante instrumento dinâmico do Estado a orientar sua atuação sobre a economia”, de modo que já “não mais existe lugar para orçamento público que não leve em conta os interesses da sociedade”. HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e Tributário*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 63.

15 FURTADO, J. R. Caldas. *Direito Financeiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73.

16 BARBOSA, Rui. Exposição de Motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30. n. 82, p. 253-262, out./dez. 1999.

17 Trata-se do pronunciamento do Ministro Carlos Britto no julgamento da ação direta de constitucionalidade que estava relacionada à abertura de créditos extraordinários. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4048*, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.5.2008.

Lei Orçamentária Anual. Em linhas gerais, o Plano Plurianual busca vincular planejamento e orçamento num prazo médio de quatro anos, ao fixar as diretrizes, os objetivos e as metas para as despesas de capital e os programas de duração continuada, cabendo à Lei de Diretrizes Orçamentárias destacar as prioridades a serem cumpridas no exercício seguinte, de modo a orientar a fixação das despesas na Lei Orçamentária Anual. Apesar de serem leis ordinárias de mesma hierarquia, Carlos Otávio Ferreira de Almeida entende que o próprio planejamento da ação governamental exige que a vinculação entre elas obedeça a uma lógica sistêmica que privilegia o PPA. Nada obstante, o autor lembra que o PPA tem sido alvo de vários debates no âmbito do Direito Financeiro, discutindo-se, por exemplo, sua inobservância na transição dos mandatos eletivos, pois o novo gestor tende a governar por meio de créditos adicionais até que se aprovem novas leis orçamentárias, inclusive o PPA.¹⁸

Apesar de sua potencialidade democrática, o Plano Plurianual não merece a devida atenção, principalmente na esfera municipal. É o que afirma José Maurício Conti em artigo sobre o tema, frisando que o PPA e a LOA costumam ser aprovadas na mesma época, de forma que a despesa orçada para o curto prazo sobrepõe-se ao planejamento, até mesmo por razões pragmáticas e imediatistas. O autor, também, lembra que, nos municípios menores, os Planos Plurianuais são usualmente elaborados com base em modelos genéricos que se repetem ao longo dos anos, na lógica do orçamento incremental, sem a preocupação de ajustá-los às propostas eleitorais, “[...] incluindo praticamente tudo e para todos, deixando para a fase de execução, de forma opaca, a efetiva escolha do que vai ou não ser feito, tornando inúteis os instrumentos de planejamento para os fins a que se destinam”.¹⁹ Ao concluir o artigo, o jurista vale-se de proveitosa analogia, salientado que governar um município sem um Plano Plurianual bem elaborado seria como comandar um transatlântico sem mapa.

Ao comandar o transatlântico das contas públicas, o plano plurianual exerce uma função relevante no planejamento orçamentário, mas sua valorização jurídica decorreu de uma longa evolução histórica que teve início com a simples documentação assistemática das receitas e despesas. Ao discorrer sobre a evolução histórica do orçamento, Estevão Horvath salienta que, durante a Idade Média, a principal fonte de receita era a exploração das terras reais (receitas dominicais extraordinárias), sendo complementada por tributos excepcionais. No ano de 1215, a Magna Carta sujeitou a tributação excepcional ao consentimento dos contribuintes ingleses. Durante a política do *laissez-faire*, a receita arrecadada pelo Estado era suficiente para cobrir os gastos com sua parca atuação, sendo razoável exigir tão somente equilíbrio contábil entre as receitas e as despesas. Com o *Crack* de 1929, John Keynes defendeu a maior intervenção estatal na economia. Como a arrecadação tornou-se insuficiente, surgiu a necessidade racionalizar os gastos por meio do planejamento orçamentário. Além do controle parlamentar, o orçamento passou a desempenhar outros papéis, como a avaliação das ações por meio de metas fixadas no “orçamento desempenho” e a identificação das finalidades públicas nos “orçamentos funcionais”, priorizando as coisas que o governo faz e não o que ele compra.²⁰

Ao comentar o artigo 165 da Constituição Federal de 1988, Ricardo Lobo Torres ressalta esse caráter polivalente do planejamento orçamentário, destacando que o orçamento público autoriza a entrega de prestações positivas, orienta o desenvolvimento econômico e promove a redistribuição da renda, com base no *princípio do planejamento ou da programação*, que transcende os lindes da Constituição Orçamentária para penetrar nos outros subsistemas do texto fundamental. Com o declínio da política desenvolvimentista e da função econômica do orçamento, o autor afirma que a utilidade do Plano Plurianual teria sido questionada, mas, nos últimos anos, os países da OCDE teriam retomado o interesse pelo instituto. Por serem leis formais, o jurista lembra que o PPA e a LDO não criariam direitos subjetivos e não vinculariam o Legislativo na elabo-

18 ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. O Planejamento Financeiro Responsável: Boa Governança e Desenvolvimento no Estado Contemporâneo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2011. p. 583-589.

19 CONTI, José Maurício. *Contas à vista*: Planejamento municipal precisa ser levado a sério. *On line*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-24/contas-vista-planejamento-municipal-levado-serio>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

20 HORVATH, Estevão. Orçamento Público e Planejamento. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 119-134.

ração do orçamento anual, mas deveriam ser observados pelo Poder Executivo na execução orçamentária. Já a LOA remete à discussão doutrinária acerca de sua natureza jurídica, podendo criar ou não, conforme a teoria adotada, um dever de gasto para o Estado e um direito subjetivo para os cidadãos beneficiados.²¹

Criada por Paul Laband na Alemanha, num contexto específico de lutas entre o Monarca e o Parlamento, a Teoria da *Lei Formal* considera a lei orçamentária como simples autorização legislativa para a prática de atos administrativos, prevendo receitas e fixando despesas, sem criar direitos subjetivos ou modificar leis tributárias. Na França, essa teoria acerca da *lei formal* afastou as teses desenvolvidas por dois grandes publicistas. Para Gaston Jèze, o orçamento seria ato condição, porque as receitas e as despesas decorriam de outras formas jurídicas, como as leis e os contratos. Para Léon Duguit, o orçamento seria ato administrativo para as despesas e lei formal para as receitas, por força do antigo princípio da anualidade orçamentária. Defendida na Itália por Ingresso e na Espanha por Sainz de Bujanda, a Teoria da *Lei Material* defende que a lei orçamentária tem eficácia material constitutiva. No Brasil, prevalece a Teoria da Lei Formal Ordinária e Temporária, com caráter autorizativo, motivo por que o STF tem se negado a examinar as normas da LOA e dos orçamentos anuais, sob o argumento de que têm natureza de ato político-administrativo. Numa visão conjuntural, o autor afirma que:

A teoria da lei formal se enfraqueceu nos últimos anos no Brasil, a exemplo do que acontecia nos Estados Unidos e em outros países, diante da emergência das normas constitucionais de vinculação da receita pública a despesas e fundos específicos (EC 14/1996, 17/1997, 27/2000, 30/2000, 42/2003 e 53/2006), da criação de tributos vinculados (contribuições previdenciárias, contribuições sociais exóticas para a seguridade social – PIS/COFINS, CSLL, CPMF e contribuições de intervenção no domínio econômico) e das titulações criadas pelo Judiciário (precatórios, mandados de injunção e outras ações) para a garantia dos direitos fundamentais e do mínimo existencial. O enfraquecimento da teoria da lei formal caminhou paralelamente com a perda de substância do princípio da não afetação e com a definição das despesas necessárias e dos efeitos da vinculação de recursos trazida pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 8º, parágrafo único, e art. 17 da LC 101/2000), tudo o que ampliou o papel do Judiciário e minimizou a discricionariedade dos poderes políticos (Legislativo e Executivo).²²

Ao tratar do tema, Régis Fernandes de Oliveira traz dados que demonstram que se caminha para a efetiva impositividade dos recursos orçamentários, relacionando o orçamento impositivo à difusão das hipóteses de vinculação. O primeiro caso refere-se às exceções ao princípio da não vinculação, a exemplo do mínimo constitucional na educação e na saúde. O segundo caso diz respeito aos fundos públicos, como o Fundeb, frisando que o artigo 167, IX, da CF/88 apenas proíbe a criação de fundos sem lei. O terceiro caso remete ao pagamento dos precatórios, pois, até 1º de julho de cada ano, todos os débitos devem ser somados para que o Presidente do respectivo órgão judiciário possa indicar ao Executivo o valor a ser alocado na proposta orçamentária. Assim, se é necessário alocar os recursos exatos à disposição do Presidente do Tribunal, o autor conclui tratar-se de comportamento vinculado do agente. O quarto caso seria o orçamento participativo, pois o Prefeito deve, pelo menos, dar resposta às reivindicações que são realizadas pelo povo nas audiências públicas. Ao concluir esse tópico de estudo, o autor afirma que “a discricionariedade está no interior da esfera de vinculação”, escolhendo, por exemplo, como gastará o limite de 25% com a educação.²³

Quanto mais aumenta seu grau de impositividade por meio dessas diferentes técnicas de vinculação das receitas, mais o orçamento público se transforma numa ferramenta deontológica de poder que tem a capacidade de influir concretamente no plano ontológico por meio de prestações positivas, reforçando, assim, sua compreensão como “arena de poder”, em que atuam, democraticamente, as diferentes forças políticas, econômicas e sociais na disputa de recursos que possam concretizar aquelas políticas públicas que lhes são

21 TORRES, Ricardo Lobo Torres. Comentários ao artigo 165 da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva–Almedina, 2014. p. 1756.

22 TORRES, Ricardo Lobo Torres. Comentários ao artigo 165 da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva–Almedina, 2014. p. 1756.

23 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Regime constitucional do direito financeiro. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 479-483.

favoráveis. Essas forças podem ser canalizadas por meio de diferentes estratégias, conforme a acessibilidade de cada grupo de interesse aos arranjos institucionais existentes, colaborando para o desenvolvimento de novas formas de *accountability* mediante a construção descendente e ascendente de indicadores de desempenho da ação político-administrativa.²⁴

Por um lado, é possível afirmar que as pressões exógenas do Mercado costumam recorrer às estratégias ascendentes (*top-down*), influenciando, indiretamente, a “cúpula política” do Estado que é responsável por definir a hierarquia de objetivos que parte dos Ministérios até chegar às unidades administrativas de execução. Essa interação entre Estado e Mercado busca, sobretudo, determinar os rumos da economia política por meio do planejamento, nos termos do artigo 174 da *Lex Mater*, socorrendo-se às leis orçamentárias, aos planos nacionais e aos programas regionais e setoriais. Como frisado anteriormente, o artigo 165, § 4º, da *Lex Mater* prescreve que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais serão elaborados em consonância com o plano plurianual, com a apreciação pelo Congresso Nacional. Daí a concentração desse tipo de pressão sobre a atividade legislativa, repercutindo, por exemplo, nos escândalos políticos que envolvem o financiamento das campanhas eleitorais pelas grandes construtoras.

Ao priorizar o vetor axiológico da economicidade, o Mercado influencia a cúpula política no sentido de substituir o orçamento tradicional pelo orçamento-programa e pelo orçamento-desempenho. Consoante James Giacomoni, o orçamento tradicional está dissociado do planejamento orçamentário, porque se preocupa com os aspectos contábeis, alocando as verbas conforme a necessidade de cada unidade administrativa, de modo a enfatizar a classificação institucional. Já o orçamento-programa estimula o planejamento orçamentário ao atrelar os recursos à consecução de objetivos e metas (*outputs*), ressaltando a classificação funcional-programática. Por sua vez, o orçamento-desempenho promove o planejamento orçamentário ao vincular as receitas à obtenção dos resultados, em função dos impactos causados na vida dos cidadãos (*outcomes*), levando à construção dos indicadores de desempenho.²⁵ No Brasil, é possível afirmar que o orçamento-programa foi recepcionado pelo artigo 1º, § 2º, inciso III, da Lei federal n.º 4.320/1964, ao prever que a lei orçamentária será acompanhada do quadro de demonstrativo do programa anual de trabalho, em termos de realização de obras e de prestação de serviços, revelando a preocupação do legislador com a busca de rendimentos eficientes.

De outro lado, as pressões exógenas da sociedade civil costumam utilizar as estratégias ascendentes (*bottom-up*), com o socorro aos canais de participação democrática, aproximando-se do espaço local da intersubjetividade dialógica. Dentre esses canais, o orçamento participativo consagrou-se como poderosa ferramenta de *accountability*, em benefício da democracia deliberativa. Com base no artigo 29, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, o orçamento participativo surgiu a partir de experiências práticas que foram realizadas em várias cidades do Estado do Rio Grande do Sul, com destaque para Porto Alegre. Desde 1989, o Município promove o orçamento participativo por meio de um ciclo de debates. Depois das reuniões preparatórias, a população define nas Assembleias Regionais e Temáticas as prioridades municipais e escolhe os delegados que representam um tema ou uma região nas negociações com o governo, permitindo a discussão da matéria na Assembleia Municipal.²⁶ A experiência dos Municípios gaúchos espalhou-se por diversas cidades brasileiras, com algumas variações metodológicas e procedimentais, conforme a regulamentação local.

Em artigo sobre o tema, Cláudia Tannus Gurgel do Amaral examinou a relação entre os movimentos sociais, a gestão política e as peças orçamentárias, salientando que o orçamento participativo surgiu como instrumento de reivindicação dos movimentos comunitários e como canal de debate na esfera pública,

24 A partir das reformas promovidas no Canadá e na Nova Zelândia, Sylvie Trosa identificou dois tipos de estratégias que se destinam à construção dos indicadores de desempenho da ação político-administrativa, com a cisão entre as iniciativas descendentes (*top-down*) e as iniciativas ascendentes (*bottom-up*), colaborando, assim, para o desenvolvimento dos sistemas de *accountability*. TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados: quando o Estado se compromete*. Brasília: ENAP, 2001. p. 100-137.

25 GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 160-206.

26 RIO GRANDE DO SUL. *Orçamento participativo*. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p_secao=1>. Acesso em: 19 abr. 2017.

de modo que a discussão da política local possa fazer frente aos processos hegemônicos de globalização. Consoante a autora, cerca de 64 cidades brasileiras adotam o orçamento participativa como instrumento de participação e outras 15 cidades possuem projetos para a sua adesão, inspirando o desenvolvimento de práticas semelhantes na Argentina, em Portugal e na África do Sul. Ao examinar o orçamento participativo da cidade de Macaé, no Rio de Janeiro, para os exercícios financeiros de 2011 e de 2012, ela afirmou que as deliberações populares se concentraram na construção de escola municipal, de prédio destinado a cursos profissionalizantes, de posto para a Guarda Municipal e de praças públicas.²⁷ Embora a autora tenha diagnosticado as principais escolhas públicas, não foram abordadas as dificuldades políticas enfrentadas na implantação do orçamento participativo, como a sua ratificação pelo Poder Legislativo ou a sua execução orçamentária pelo Poder Executivo.

Com o objetivo de analisar o orçamento participativo de Vitória da Conquista, no Estado da Bahia, Flávio Santos Novaes e Márcia Elisabete Pereira dos Santos resgataram as práticas desenvolvidas por outros Municípios brasileiros, incluindo a cidade de São Paulo. Segundo os autores, a capital paulista não obteve muito sucesso na implantação do orçamento participativo em razão das tensões políticas subjacentes. Na primeira gestão do PT (1989-92), ele não foi implementado por causa da fragmentação dos movimentos sociais ao definirem as prioridades públicas. Já na segunda gestão do PT (2001-04), as políticas participativas foram transferidas para as lideranças minoritárias, prejudicando a efetividade das deliberações. A partir dos estudos desenvolvidos por Avritzer, os autores afirmaram que os mecanismos participativos teriam falhado por causa da concessão das subprefeituras para outros partidos políticos, como meio para se obter o apoio necessário na Câmara de Vereadores, ressaltando que muitas dessas subprefeituras sequer incentivavam o orçamento participativo. Cotejando essas experiências com a realidade municipal de Vitória da Conquista, o artigo apontou a falta de efetividade no orçamento participativo na fase de execução orçamentária, em decorrência da falta de recursos para atender às demandas aprovadas, desgastando a credibilidade do instrumento.²⁸

Apesar das dificuldades enfrentadas na sua implementação, o sucesso nacional e internacional do orçamento participativo repercutiu na seara jurídica, fazendo com que o Estatuto da Cidade passasse a condicionar a aprovação das leis orçamentárias à prévia realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e do Orçamento Anual, como se infere do artigo 44 da Lei federal n.º 10.2570/2001. Posteriormente, a Lei Complementar n.º 131/2009 alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal para assegurar a transparência da gestão fiscal mediante o incentivo à participação população e à realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e discussão da tríade orçamentária (PPA, LDO e LOA). Atualmente, o grande desafio do orçamento participativo consiste em garantir a efetividade das propostas deliberadas pela população, pois, na maioria das vezes, cabe à legislação local estipular se as deliberações dos municípios têm caráter opinativo ou vinculante, fixando, quando muito, um percentual vinculante mínimo, de acordo com as opções previamente fixadas pelo Poder Executivo. Outro problema consiste na falta de efetividade das deliberações na fase de execução orçamentária, em virtude da falta de verbas públicas, desestimulando o uso desse instrumento democrático.²⁹

Além dessas pressões exógenas que são exercidas pelo mercado e pela sociedade civil, a elaboração e a execução do orçamento público recebem, cada vez mais, as pressões endógenas do Poder Legislativo e do

27 AMARAL, Cláudia Tannus Gurgel do. Gestão Pública, Movimentos Sociais e Orçamento – um olhar participativo num Estado Democrático. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 03, n. 01, p. 170-197.

28 NOVAES, Flávio Santos; SANTOS, Maria Elisabete Pereira dos. Orçamento participativo e a democratização da gestão pública municipal – a experiência de Vitória da Conquista (BA). *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 797-820, jul./ago. 2014.

29 Com respaldo em diferentes teorias sobre a qualidade da democracia, Fábio Jacinto Barreto de Souza e Suylan Almeida Midlej e Silva apontam a falta de efetividade do orçamento participativo realizado em Ceilândia, no Distrito Federal, em virtude da ausência de recursos públicos suficientes para atender todas as demandas definidas nas deliberações populares, constatando a baixa responsividade dos agentes públicos. ALMEIDA, Fábio Jacinto Barreto de; SILVA, Suylan Almeida Midlej e. Orçamento participativo: mais qualidade da democracia? *Revista OeS*, Salvador, v. 24, n. 81, p. 195-215, abr./jun. 2017.

Poder Judiciário por meio das emendas parlamentares, principalmente após a aprovação da Emenda Constitucional n.º 86/2015 e da judicialização das políticas públicas, principalmente após o avanço do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais à saúde e à educação. Por conseguinte, o orçamento público deixa de ser domínio quase sagrado e absoluto do Poder Executivo, que passa a se posicionar, estrategicamente, perante os atores sociais e os demais Poderes. Afinal, o governo tem se socorrido aos instrumentos de flexibilidade orçamentária, como os créditos adicionais suplementares e especiais, às transferências, remanejamentos e transposições orçamentárias e à limitação de empenho, alterando, assim, própria dinâmica de funcionamento da tripartição de Poderes.³⁰

Sob o prisma do Poder Legislativo, Maria Paula Dallari Bucci analisa a questão das emendas parlamentares, que permitem a vinculação do político com sua base. Tais emendas até poderiam ser qualificadas como uma ação eleitoreira, mas, por outro lado, viabilizariam a distribuição de verbas para as pequenas cidades do Brasil. Para ela, o problema das emendas orçamentárias decorre do caráter meramente autorizativo das peças orçamentárias, já que o parlamentar deve negociar a aprovação da emenda no Congresso “[...] e, depois, numa ‘segunda rodada’, voltar a negociar, agora no âmbito do Executivo, a liberação da emenda de interesse de sua base eleitoral para execução, o que, afinal, conferirá-lhe a efetividade e visibilidade aos olhos do público”.³¹ Por isso, a autora destaca a competição na definição legal das despesas obrigatórias de caráter continuado, pois sua natureza “protege”, “do ponto de vista financeiro, o recurso, ao mesmo tempo em que o blinda, politicamente, da reivindicação de setores concorrentes, dispensando a demonstração da relevância daquela ação”.³² Com a recente aprovação da Emenda Constitucional n.º 86/2015, os membros do Poder Legislativo conseguiram minimizar essa dependência do Poder Executivo no que se refere à concretização de suas propostas parlamentares, consagrando mais uma hipótese de vinculação orçamentária.

Sob a perspectiva do Poder Judiciário, a força normativa dos direitos fundamentais tem legitimado e reforçado o controle jurisdicional das ações estatais comissivas e omissivas, com forte atuação judicial na implementação dos direitos sociais à educação e à saúde. Em decisão paradigmática sobre o tema, o Ministro Celso de Mello já asseverou que, “entre proteger a *inviolabilidade do direito à vida e à saúde*, se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer [...] um *interesse financeiro secundário do Estado*, entendo que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: *aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana*” (ArRg, no RE 393.175-0). Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo asseveram que, na concretização dos direitos fundamentais, o juiz deve respeitar o princípio democrático e a separação dos poderes, não se admitindo o socorro genérico à cláusula da “reserva do possível” como forma de restringir a questão aos limites do orçamento e como meio de afastar o controle judicial.³³

Ao examinar a questão, Fernando Facury Scaff salienta que o ativismo judicial tem transformado o Poder Judiciário em verdadeiros “ordenadores de despesas públicas”, com prejuízo para o planejamento governamental e para a distribuição isonômica das prestações positivas. Para o autor, as sentenças que ordenam o custeio dos direitos sociais no caso concreto são proferidas “[...] à margem de norma legal ou regulamentar, e à margem de todo o sistema orçamentário estabelecido pela própria Constituição”.³⁴ Isto porque os gastos realizados pelo governo, no cumprimento das decisões judiciais, exigem previsão orçamentária, observando

30 No presente artigo, a expressão “instrumentos de flexibilidade orçamentária” foi utilizada no sentido atribuído por Gabriel Loretto Lochagin ao abordar a execução do orçamento público. LOCHAGIN, Gabriel Loretto. *A execução do orçamento público: flexibilidade e orçamento impositivo*. São Paulo: Blucher, 2016. p. 93-137.

31 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 181.

32 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184.

33 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

34 SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 144.

o regime constitucional dos precatórios, com a possibilidade de socorro excepcional às requisições de pequeno valor e ao sequestro de valores apenas quando não houver o pagamento dos precatórios parcelados ou quando não foi observada a ordem cronológica de pagamento dos precatórios. Por isso, é preciso ajustar as decisões judiciais aos institutos de direito financeiro, resguardando o planejamento orçamentário.

Dessa forma, a racionalização do poder passa, atualmente, pelo esforço de disciplinar a alocação dos recursos escassos, tornando as decisões alocativas democraticamente permeáveis. Além disso, a coerência do orçamento público exige a transparência dos vetores axiológicos subjacentes a essas decisões. Sob o prisma da legalidade, a elaboração e a execução das peças orçamentárias pressupõem a observância daqueles *inputs* normativos que vinculam de antemão parte das receitas à consecução de certas finalidades constitucionalmente definidas (*e.g.* gasto mínimo na saúde e educação). Sob a perspectiva da economicidade, a confecção do orçamento também deve considerar, contabilmente, a classificação funcional-programática das receitas e despesas na busca de rendimentos eficientes (*outputs*). Por fim, sob o viés da legitimidade, é oportuno que as prioridades governamentais e as despesas públicas sejam definidas com o apoio da população nas audiências públicas, pois a participação dos atores sociais facilita a identificação dos resultados almejados (*outcomes*).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por viabilizar o planejamento estratégico da ação político-administrativa, o orçamento público converte-se numa “arena de poder”, com forte potencial democrático, já que estimula a capacidade estatal de responder e de se responsabilizar pelas demandas do próprio governo, do mercado e da sociedade. Se, por um lado, o Mercado e a Sociedade reforçam a lógica sopesada entre a busca gerencial de resultados eficientes e a promoção da democracia deliberativa por meio do orçamento participativo, por outro, os Poderes Legislativo e Judiciário passam a intervir mais substancialmente por meio das emendas parlamentares e do chamado “ativismo judicial”. Com isso, o orçamento torna-se um canal de comunicação e de participação que permite ao sistema jurídico internalizar e harmonizar as tensões políticas, sociais e econômicas, confirmando seu caráter instrumental, a serviço do povo, do capital ou do estamento político-burocrático. Contudo, para evitar a captação do orçamento público, é necessário submetê-lo à racionalidade tridimensional, sujeitando-o ao teste de conformidade legal, ao teste de economicidade gerencial e ao teste de legitimidade pela via da participação democrática.

No teste de conformidade legal, a elaboração e a execução do orçamento público devem observar, cada vez mais, os *inputs* normativos que restringem a margem de discricionariedade do Poder Executivo na definição das prioridades governamentais e na fixação das despesas públicas. Como ressaltaram Ricardo Lobo Torres e Regis Fernandes de Oliveira, o orçamento vem perdendo seu caráter autorizativo diante da difusão das novas hipóteses constitucionais de vinculação da receita a despesas e fundos específicos. Ocorre que a União tem resistido à gradativa impositividade do orçamento através da chamada DRU - Desvinculação das Receitas da União. Criada em 1994 com o nome de Fundo Social de Emergência, essa desvinculação liberou a aplicação de 20% dos tributos federais vinculados a áreas como educação, saúde e previdência.³⁵ Recentemente, a EC n.º 93/2016 alterou o artigo 76 do ADCT, com o objetivo de liberar 30% dos tributos finalísticos e de prorrogar a DRU até 31 de dezembro de 2023, fixando o mesmo prazo e o mesmo limite para os demais entes federativos. Com isso, orçamento público não obtém bom desempenho nesse teste de conformidade legal, considerando que o poder constituinte reformador tem prejudicado a implementação dos direitos sociais.

No teste de economicidade gerencial, a lei orçamentária deve vir acompanhada de um quadro de de-

35 BRASIL. Senado Federal. DRU. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

monstrativo do programa anual de trabalho, em termos de realização de obras e de prestação de serviços, como prescreve o artigo 1º, § 2º, inciso III, da Lei n.º 4.320/1964. Apesar dessa pressão axiológica do mercado no sentido de que a ação político-administrativa passe a buscar rendimentos eficientes e resultados eficazes, os programas, geralmente, são definidos de forma genérica na classificação funcional-programática das leis orçamentárias, ampliando as margens de discricionariedade do gestor na realização das despesas públicas. Essa generalidade faz com que uma mesma ação possa ser vinculada a programas diferentes, de modo que as despesas com eventual palestra nas escolas públicas sobre os riscos da dengue na “promoção da saúde infantil”, possam ser enquadradas tanto no orçamento da saúde, quanto no orçamento da educação, flexibilizando a contabilização dessas despesas. Assim, esse teste de economicidade indica ser necessário o aprimoramento metodológico na definição dos programas, na classificação funcional-programática e na construção dos indicadores de desempenho, viabilizando a efetiva mensuração dos objetivos e das metas no final do exercício financeiro.

Já no teste de legitimidade democrática, o Estatuto da Cidade e a Lei de Responsabilidade Fiscal estimulam a realização de audiências públicas na elaboração das leis orçamentárias, ressaltando o orçamento participativo. Graças à participação popular, o orçamento público colabora como poderosa ferramenta nessa passagem do plano macroinstitucional da “grande política” para o plano microinstitucional de funcionamento operacional do Estado, pois ele complementa a visão atomizada de democracia representativa com a visão diluída de democracia deliberativa. Apesar de seu potencial democrático, o grande desafio do orçamento participativo consiste, atualmente, em garantir a efetividade das deliberações tomadas em audiência pública, pois não há emenda constitucional ou lei nacional que obrigue o Poder Executivo a incluir as propostas deliberadas no projeto de lei orçamentária, cabendo a cada ente federativo esclarecer a questão por meio de ato normativo próprio. Fixada nesses termos restritos, a participação popular corre o risco de se converter num formalismo a serviço da “legitimação pelo procedimento”, com a aparência ilusória de democracia deliberativa. É por isso que o teste de legitimidade denota a necessidade de melhorar a qualidade da democracia no planejamento orçamentário, em termos de *accountability* e *responsiveness*.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. O Planejamento Financeiro Responsável: Boa Governança e Desenvolvimento no Estado Contemporâneo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2011.
- ALMEIDA, Fábio Jacinto Barreto de; SILVA, Suylan Almeida Midlej e. Orçamento participativo: mais qualidade da democracia? *Revista O&S*, Salvador, v. 24, n. 81, p. 195-215, abr./jun. 2017.
- AMARAL, Cláudia Tannus Gurgel do. Gestão Pública, Movimentos Sociais e Orçamento – um olhar participativo num Estado Democrático. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 03, n. 01, p. 170-197.
- BARBOSA, Rui. Exposição de Motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 30, n. 82. Brasília, out/dez. 1999.
- BEÇAK, Rubens. O evoluir da democracia moderna e o exercício da deliberatividade. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho/ Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 18, 2013.
- BRIGHENTE, Lilian Ferraresi. Resenha da obra “Estado e economia no capitalismo, de Adam Pzeworsky. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 245-259, jan./jun. 2011.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013
- CAGGIANO, Mônica Herman. Democracia X Constitucionalismo: um navio à deriva? *Cadernos de Pós-*

Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho/ Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011.

CONTI, José Maurício. *Contas à vista*. Planejamento municipal precisa ser levado a sério. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-24/contas-vista-planejamento-municipal-levado-serio>>. Acesso em: 18 set. 2015.

DAHL, Robert. *Poliarquia*: participação e oposição. São Paulo: USP.

FURTADO, J. R. Caldas. *Direito Financeiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e Tributário*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HOBSBAWAM, Eric. *Era dos Extremos*: o breve século XX: 1914-1991. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORVATH, Estevão. Orçamento Público e Planejamento. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

LOCHAGIN, Gabriel Loretto. *A execução do orçamento público*: flexibilidade e orçamento impositivo. São Paulo: Blucher, 2016.

MASHAW, Jerry L. “Accountability and institutional Design: Some Thoughts on the Grammar of Governance.” In: DOWDLE, Michael W. (Org.). *Public Accountability, Designs, Dilemmas and Experiences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Vers une democracie administrative deliberative consultation, concertation, participation. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho/ Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 10, 2012.

NOVAES, Flávio Santos; SANTOS, Maria Elisabete Pereira dos. Orçamento participativo e a democratização da gestão pública municipal – a experiência de Vitória da Conquista (BA). *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 797-820, jul./ago. 2014.

OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In: _____. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Regime constitucional do direito financeiro. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Tratado de direito constitucional tributário*: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRZEWORSKY, Adam. *Estado e Economia no Capitalismo*. Rio de Janeiro: Relume, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum*: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática – A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. v. 1.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais*: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo Torres. Comentários ao artigo 165 da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva–Almedina, 2014.

TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o Estado se compromete. Brasília: ENAP, 2001.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A transparência da política monetária e a sua limitação aos objetivos constitucionais

The transparency of monetary policy and its limitation to the constitutional objectives

Marcelo Quevedo Do Amaral

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

A transparência da política monetária e a sua limitação aos objetivos constitucionais*

The transparency of monetary policy and its limitation to the constitutional objectives

Marcelo Quevedo Do Amaral**

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de realizar uma breve discussão sobre os instrumentos de transparência, gestão e controle da política monetária e sua adequação a concretização dos objetivos constitucionais. Com base em uma interpretação hermenêutica-jurídica, considerando-se a transparência e o controle social como elementos indispensáveis à efetividade do ideal democrático e republicano, busca-se analisar as atividades desempenhadas na gestão da política monetária, seus mecanismos de acompanhamento e controle social, assim como a adequação desses instrumentos ao exercício pleno da cidadania e à efetividade do projeto constitucional.

Palavras-chaves: Política monetária. Transparência. Controle social. Dívida pública e objetivos constitucionais.

ABSTRACT

This paper aims to make a brief discussion about the instruments of transparency, management and control of monetary policy and its adequacy to the achievement of constitutional objectives. From a juridical and hermeneutic interpretation, considering transparency and social control as essential elements to the effectiveness of the democratic and republican ideal, the objective is to analyze the activities performed in the management of monetary policy, its mechanisms of monitoring and social control, as well as the adequacy of these instruments to the full exercise of citizenship and the effectiveness of the constitutional project.

Keywords: Monetary policy. Transparency. Social control. Public debt and constitutional objectives.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a realizar uma discussão, ainda que breve, sobre os instrumentos de transparência, gestão e controle social da política monetária com o objetivo de verificar a sua adequação a concretização dos objetivos constitucionais. Desde já, importa afirmar, que não há qualquer pretensão de realizar uma análise ou avaliação sob o prisma econômico da

* Recebido em 24/04/2017

Aprovado em 09/05/2017

** Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Registral Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG e em Processo Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNICRUZ. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Advogado da Caixa Econômica Federal. Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil. Endereço eletrônico: quevedo@via-rs.net

gestão monetária no Brasil, discutir o mérito de qualquer modelo econômico adotado, mas tão somente analisar os seus mecanismos de transparência e controle, sob a ótica jurídica, a fim de cotejar sua (in)adequação ao projeto constitucional.

Trata-se de afirmar uma interpretação hermenêutica-jurídica que visa construir uma interpretação integral e interdependente, com base na premissa que a transparência e o controle social são elementos indispensáveis a efetividade do ideal democrático e republicano. Por decorrência, as atividades desempenhadas na gestão da política monetária, seus mecanismos de acompanhamento e controle social devem, necessariamente, se mostrar adequados ao exercício pleno da cidadania por decorrência lógica dos valores consagrados no projeto constitucional brasileiro.

Uma primeira compreensão sobre o tema deve partir das transformações no sistema econômico chamadas de “financeirização”. Essa alteração da dinâmica funcional da economia tem alterado, drasticamente, muitas das premissas sob as quais se fundava o funcionamento da sociedade e da economia com claros reflexos sobre a efetividade das políticas públicas e o funcionamento dos Estados. O deslocamento do sistema capitalismo de uma dinâmica produtiva para a financeira trouxe consigo a questão do financiamento do Estado e da dívida pública para o centro do debate política na atualidade.

Como consequência, a atuação dos órgãos de gestão da política monetária assume um papel central na definição dos rumos da sociedade, uma vez que são os responsáveis pela definição de instrumentos que condicionam a capacidade financiamento do Estado. Embora determinadas teorias defendam a existência ou a possibilidade de uma autoridade monetária essencialmente “técnica” e imune às pressões políticas, a questão da legitimidade democrática, da transparência e/ou do deficit democrático existente no funcionamento dessas instituições são pontos que não podem ser ignorados por sociedades balizadas pelo ideal do Estado democrático de direito.

Para isso, a gestão da política monetária deve se pautar por processos transparentes, abertos a participação e controle social. E esses são elementos interligados e correlacionados, pois o controle social, a participação e o debate democrático sobre as opções de política monetária pressupõem não a mera publicidade dos atos e resultados, mas a existência de um processo verdadeiramente aberto, acompanhado e controlado pela sociedade, com decisões motivadas e com fundamentos acessíveis ao público. Ou seja, a formatação do processo de gestão deve assegurar tanto o controle público e social, com mecanismos de contrapesos e acompanhamento por órgãos externos e pela cidadania, quanto garantir o acesso a todas as informações pertinentes de forma fidedigna e clara de modo a permitir que a sociedade possa realizar o debate democrático mais qualificado possível.

Cumpre, assim, verificar se a estrutura institucional da autoridade monetária brasileira está adequada a tais objetivos, especialmente no que diz respeito a sua composição, à regulação e ao controle das suas atribuições, e à formulação e acompanhamento da execução da política monetária.

2. O DESAFIO DA FINANCEIRIZAÇÃO DA ECONOMIA À CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Brasileira firmou um conjunto de compromissos sociais com objetivo expresso de constituir uma República Federativa baseada numa sociedade livre, justa e solidária que assegure o desenvolvimento nacional de modo a erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem estar social de todos, sem preconceitos e discriminações.

O pacto constituinte pressupôs, portanto, o cumprimento das chamadas promessas da modernidade, “assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”. Compromissos a serem perseguidos dentro de uma ordem econômica balizada pela soberania nacional, livre concorrência, redução das desigualdades, busca do pleno emprego e função social da propriedade.

Justamente, nesse ponto, a hermenêutica jurídica adquire especial relevância na interpretação das estruturas jurídicas responsáveis pela concretização dos valores constitucionalizados.

Na medida em que o Direito é um saber prático que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador, estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito, pressupõe a construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do modus operacional do direito, levando em conta um texto constitucional de nítida feição compromissória e dirigente e que passadas mais de duas décadas, longe está de ser concretizado¹.

Em relação a esse contexto, os direitos e as políticas sociais devem ser pensados como instrumentos, por excelência, para se alcançar os objetivos constitucionais consagrados e, em especial, o desenvolvimento social e econômico. As políticas públicas são, portanto, o pressuposto para o desenvolvimento e não o seu resultado *a posteriori*. Como bem demonstrado pelo trabalho de KERSTENETZKY², as políticas sociais constituem uma estratégia de desenvolvimento (*catching up*) capaz de articular e integrar mecanismos de manutenção de renda, a criação e fortalecimento de laços sociais, a formação de capital (fundos de pensão), o financiamento de investimentos públicos etc.

Os direitos e as políticas sociais, conseqüentemente, não possuem qualquer antagonismo com o desenvolvimento econômico numa perspectiva capitalista. Ao contrário, são uma verdadeira necessidade material do desenvolvimento capitalista, verdadeira pré-condição de acumulação. Como defende o filósofo húngaro István Mészáros³, a organização do Estado moderno é um pré-requisito indispensável para o funcionamento permanente do sistema capitalista que se desenvolve através de uma relação de reciprocidade dialética com o Estado, permitindo a articulação e estabilização do seu conjunto sempre ameaçado pelas suas contradições inerentes⁴.

A própria concretização dos princípios constitucionais da ordem econômica e financeira⁵, obrigatoriamente, deve ser analisada e interpretada de forma articulada com as políticas públicas e os direitos sociais. Afinal, a concretização constitucional, somente, é possível com a estruturação de políticas públicas condizentes com seus objetivos e, portanto, devem vincular a Administração. Logo não se pode, sob manifesta violação constitucional, estruturar um programa de governo, discricionariamente, com ações de modo desvinculado ou antagônico ao modelo constitucional vigente, por exemplo, implantando políticas públicas com impacto direto sobre o aumento das desigualdades, do desemprego etc.

1 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 383/384.

2 KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado do bem-estar social na idade da razão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

3 MÉSZÁROS, István. *Para além do Capital*. São Paulo: Boitempo, 2002.

4 “o fato de que o Estado moderno altamente burocratizado, com toda a complexidade do seu maquinário legal e político, surge da absoluta necessidade material da ordem sociometabólica do capital e depois, por sua vez – na forma de uma reciprocidade dialética – torna-se uma pré-condição essencial para a subseqüente articulação de todo o conjunto. Isso significa que o Estado se afirma como pré-requisito indispensável para o funcionamento permanente do sistema do capital, em seu microcosmos e nas interações das unidades particulares de produção entre si, afetando intensamente tudo, desde os intercâmbios locais mais imediatos até os de nível mais mediato e abrangente”. MÉSZÁROS, István. *Para além do Capital*. São Paulo: Boitempo, 2002.

5 Art. 170 CF. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Segundo o professor Juarez Freitas⁶, é necessário uma reconceituação das políticas públicas “como programas que o Poder Público, nas relações administrativas, enuncia e implementa de acordo com as prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva”.

Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras⁷.

Eis, então, a tríade de elementos centrais caracterizadores das políticas públicas, no acordo semântico proposto: (a) são programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), (b) são enunciadas e implementadas por vários atores políticos, notadamente pela Administração Pública e (c) são prioridades constitucionais cogentes. Vale dizer, são programas que precisam ser enunciados e implementados a partir da vinculação obrigatória com as prioridades estatuídas pela Carta, cuja normatividade depende da posituação final pelo administrador⁸.

No Brasil, tal condição é, ainda, mais imprescindível, pois a efetividade dos Direitos Sociais tem o desafio de enfrentar, de forma especialmente aguda, todos os elementos presentes na chamada crise do Estado Social. Primeiramente, o desafio de atender às pressões sociais pela efetivação dos direitos sociais e lidar com a escassez de recursos financeiros. Mas também, o desafio de buscar novas formas de atuação que aumentem a eficiência e abrangência dos serviços públicos para atender as necessidades decorrentes do processo de inclusão social, de urbanização, do aumento da escolaridade, dentre outros.

Portanto, o resgate da dívida social brasileira com a formulação e implantação efetiva de políticas públicas aptas a, gradualmente, atingir os objetivos constitucionais, especialmente a inclusão social e a redução das desigualdades, ocupa um lugar central num modelo constitucional fundado na cidadania, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Daí que, analisando a problemática a partir do estado da arte da (in)efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil, com os olhos voltados ao conteúdo dirigente e compromissário da Constituição de 1988, penso que esta tem uma força sugestiva relevante quando associada à idéia de estabilidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente. Esta estabilidade está articulada com o projeto da modernidade política, que, sucessivamente implementado, respondeu a três violências (“triângulo dialético”), através da categoria político-estatal: a) respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de Direito contra a violência física e o arbítrio); b) deu resposta à desigualdade política, alicerçando liberdade e democracia (Estado Democrático); c) combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade. Tenho presente, assim, que a “Constituição dirigente” continua a ser o suporte normativo do desenvolvimento deste projeto de modernidade⁹.

O processo democrático gera uma tensão natural e permanente em sua relação com o sistema capitalista de produção, uma vez que o sistema econômico gera uma distribuição desigual de elementos essenciais à qualidade e intensidade das relações democráticas. Na medida em que o poder e a informação, por exemplo, são distribuídos, desigualmente, por pressuposto, há uma limitação da própria democracia.

Além disso, outra questão central, seguindo o ensinamento de BOLZAN DE MORAIS¹⁰, se constituiria nos limites que confrontam o projeto constitucional brasileiro no pós-88, próprios à conjugação de *políticas de inclusão* em um ambiente de *economia de exclusão (capitalismo)*. E, por consequência, a primeira questão que

6 FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 8-26, jan./jun. 2013

7 FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 8-26, jan./jun. 2013

8 FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 8-26, jan./jun. 2013

9 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 386.

10 BOLZAN DE MORAIS. *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

emerge na discussão dos elementos da *crise* do modelo de Estado Social é o entendimento da crise financeira. E a crise financeira do Estado, seguindo HIRSCH¹¹, é resultado direto da crise do próprio sistema capitalista, uma vez que os meios financeiros de que dispõe são retirados do processo capitalista de produção¹². Segundo HIRSCH, a forma política concretizada institucionalmente no aparelho de Estado — depende da forma dinheiro e da forma capital, estando, ao mesmo tempo, em contradição com elas.

O dinheiro necessita da garantia oferecida pelo aparelho de coerção estatal, ou seja, ele deve ser controlado e regulado pelo Estado. Mas ele não é criado pelo Estado; surge da estrutura dinâmica do processo de valorização do capital mediado pela troca mercantil. Caso não se consiga a estabilidade do valor da moeda, surgindo processos inflacionários, a própria forma dinheiro é a longo prazo colocada em questão¹³.

Mas, além da discussão do financiamento do Estado via tributação, as mudanças no sistema econômico mundial com o chamado processo de “financeirização econômico”, também, colocaram novos limites e dilemas a afirmação do projeto constitucional. Ainda na década de 90, o economista francês François Chesnais¹⁴, por meio da ideia de “Mundialização do Capital”, demonstra as mudanças sofridas no sistema econômico que conduzem promovem, gradativamente, a esfera financeira como o campo de excelência de valorização do capital em nítida subordinação da esfera produtiva.

Embora não haja um consenso na definição do fenômeno da “financeirização” da economia, para os fins almejados na discussão deste trabalho, importa afirmar o seu profundo impacto no funcionamento da ordem econômica decorrente de uma dinâmica totalmente subordinada à valorização de ativos, financeiros e de capital, com prioridade para distribuição dos lucros e dividendos, no qual as atividades produtivas e de investimento passam a ser secundárias. Seguindo Chesnais, se entende que a subordinação da atividade produtiva à lógica do capital rentista foi resultado da dinâmica de desregulamentação e liberalização financeira, resultando na autonomia do sistema financeiro em relação a economia real, produtora de bens em serviços, promotora da acumulação por meio do processo tradicional de trocas.

O sociólogo italiano Giovanni Arrighi¹⁵, analisando a reestruturação do sistema econômico mundial sob uma perspectiva de reorganização sistêmica e estrutural, observará:

Por um lado, quando a acumulação de capital é muito superior à que pode ser reinvestida com lucro nos canais estabelecidos de comércio e produção, as organizações e indivíduos capitalistas reagem a ela retendo na forma líquida uma proporção crescente de seus rendimentos. Essa tendência cria uma massa de liquidez excessivamente abundante, que pode ser mobilizada, diretamente ou através de intermediários, na especulação e na tomada e concessão de empréstimos¹⁶.

Daí as dificuldades de financiamento das políticas públicas se transmutam em um sistema de financiamento\endividamento que atende às necessidades da “financeirização” e, por fim, acaba por gerar uma forte transferência de recursos (via Estado) concentração de renda e subordinação do interesse público à lógica dos mercados financeiros.

Por outro lado, as organizações territoriais (os estados-nação) reagem às restrições orçamentárias mais acentuadas, decorrentes da redução da expansão do comércio e da produção, competindo intensamente entre si pelo capital que se acumula nos mercados financeiros. Essa tendência acarreta redistribuições

11 HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

12 O estado capitalista é essencialmente um Estado interventor. Os meios financeiros de que dispõe são retirados do processo capitalista de produção e valorização. Caso ele entre em crise surge a crise financeira do Estado, e as suas possibilidades de ação se reduzem. Não apenas a existência material da burocracia e do pessoal do Estado, como também as medidas de atendimento social e de infraestrutura, por isso dependem de que o processo de valorização do capital não seja seriamente afetado. HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

13 HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 46.

14 CHESNAIS, F. *A Mundialização de Capital*. São Paulo: Xamã, 1998.

15 ARRIGHI, Giovanni; SILVER, Beverly J. *Caos e governabilidade no moderno sistema mundial*. Rio de Janeiro: UFRJ-Contraponto, 2001.

16 HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 41.

sistêmicas maciças da renda e da riqueza de todo tipo de comunidades para os agentes que controlam o capital circulante, com isso inflacionando e sustentando a lucratividade dos negócios financeiros predominantemente divorciados do comércio e da produção de bens¹⁷.

Nessa seara, como observa BERCOVICI¹⁸, também as condicionantes e os limites impostos pela gestão da dívida pública passaram a servir de justificativas para tentativas de corte, redução e a própria negação das políticas públicas e dos direitos sociais. Uma verdadeira tentativa de inversão do conteúdo e do compromisso firmado pela “Constituição Dirigente”.

a constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da “ingovernabilidade”; a constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada¹⁹.

A dinâmica de “financeirização” conduz a política monetária a uma posição central na ordem democrática. Afinal, os instrumentos de política monetária para estabilizar preços, controlar a oferta de moeda e a taxa de juros tem reflexos diretos e condicionantes sobre a capacidade do Estado financiar todas as políticas públicas. E, importante que se afirme de modo taxativo, não há consenso ou modelo único na teoria econômica que oriente a adoção desses instrumentos, nem receita econômica geral que se aplica em toda e qualquer situação, muito embora diariamente se transmita a sociedade, de forma um tanto tendenciosa e interessada, para não dizer manipuladora, que a política monetária seria “neutra”, “técnica” ou impassível às injunções da democracia.

Essa tentativa de naturalizar opções claramente políticas tem, simplesmente, o objetivo de mascarar um forte conflito de interesses na esperança de minimizar os impactos sociais e as reações sob o já velho chavão do “não há alternativa”. Resulta, portanto, um conflito permanente entre uma dívida pública produzida por políticas monetárias avessas ao debate democrático e uma dívida social legitimada pelo pacto democrático.

Logicamente, a gestão da política monetária, também, deve estar sujeita ao ordenamento constitucional, não podendo se considerar acima ou além da ordem democrática vigente. E essa compatibilidade exige um esforço analítico de interpretação que busque respostas fortalecidas com fundamento na integralidade do modelo constitucional de forma a desconstituir possíveis percepções superficiais e enganosas naturalizadas para facilitar a aceitação de situações sociais injustificáveis, fenômeno conceituado por Karl Marx como “ilusões objetivas”²⁰.

Por pressuposto, essa análise não pode se dar de forma pontual, sem uma fundamentação tecida e fortalecida na demonstração do respeito ao sistema no seu todo. A interpretação integral é imprescindível e

17 HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 41.

18 BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Fernando. *A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 10 out. 2016

19 BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p.73.

20 David Harvey, analisando a unidade contraditória entre a descentralização e a centralização na vida político-econômica, irá afirmar que o sistema financeiro não pode funcionar sem o apoio singular do poder estatal. Nas palavras do autor: “O “nexo Estado-finanças” (unidade entre o Banco Central e o Departamento do Tesouro, no caso dos Estados Unidos) está no vértice dessa estrutura. Ele é dotado de um poder de monopólio supremo cujo objetivo é apoiar o setor bancário e o sistema financeiro, se necessário à custa do resto, inclusive das pessoas. Ideologicamente, é respaldado por inúmeros think tanks (Fundação Heritage, Instituto Manhattan, Instituto Cato, Fundação Ohlin) que promovem idéias pró-capitalistas e de direita. As críticas a essa vasta centralização do poder de monopólio de classe são abundantes tanto na esquerda quanto na extrema direita do espectro político. É inegável a dedicação com que o Federal Reserve e o FMI protegem o poder de monopólio de classe de uma oligarquia financeira. Embora as evidências sejam mais do que nítidas, a máscara que os think tanks e os meios de comunicação tecem em volta dessas instituições, apresentando-as como grandes protetoras das liberdades de mercado individuais, consegue esconder seu caráter de classe do público geral. A organização do “capital comum de classe” pela centralização do sistema financeiro nos leva de volta às contradições centrais na forma-dinheiro. HARVEY, David. *17 Contradições e o fim do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 136-137.

deve permear todos os valores constitucionais de formar a constituir as respostas adequadas ao seu texto, respostas aptas a dar soluções que assegurem a máxima integridade e coerência aos valores constitucionais.

Nessa medida, a análise dos instrumentos de controle e transparência da política monetária, em especial da gestão da dívida pública, é um tema de fundamental importância. Ou seja, a resposta a todas as questões emergentes desse conflito devem ser construídas a partir de uma interpretação que pressuponha a reafirmação da cidadania e a valoração do conteúdo democrático constitucional, pois tal é primordial para afirmação do direito frente a tentativas de sua predação por argumentos de ordem política e econômica.

As leis e programas de ação política de uma comunidade constituem o seu acordo político. É evidente que a legislação tributária é um elemento central do acordo político, mas todas as outras partes da legislação também pertencem a esse acordo: as políticas fiscal e monetária, as leis trabalhistas, as leis e programas ambientais, o planejamento urbano, a política externa, a política de assistência médica, a política de transporte, as regulamentações de alimentos e medicamentos e tudo o mais. Quando se modifica qualquer uma dessas leis ou programas de ação política, modifica-se também a distribuição da riqueza e das oportunidades na comunidade, das as mesmas escolhas, a mesma sorte, as mesmas capacidades e todas as outras variáveis pessoais de cada cidadão. Por isso, não podemos fugir ao desafio da igual consideração afirmando que os recursos do indivíduo dependem de suas escolhas, e não das escolhas do governo. Dependem de ambos²¹.

A crise financeira de 2008 desmistificou muitos dos postulados utilizados na tentativa de blindar o mercado econômico financeirizado do controle democrático, tornando mais clara a necessidade de aprimorar os mecanismos de transparência não só do mercado financeiro, mas principalmente das instituições responsáveis pela sua fiscalização e regulação. As deficiências dos mecanismos de transparência dos mercados financeiros, sem dúvida, foi um dos principais motivos que facilitaram um conjunto de práticas abusivas e fraudulentas responsáveis pelo abalo da economia mundial e seus efeitos nefastos sobre toda a sociedade.

3. A TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL COMO PRESSUPOSTO DA GESTÃO DA POLÍTICA MONETÁRIA

Como visto as opções de política econômica da gestão monetária não podem ficar imunes ao debate democrático e ao controle social, pelo menos em uma sociedade que se afirma como Estado democrático de direito. A intensidade e a qualidade do processo democrático estão intimamente correlacionadas aos mecanismos de controle social e a amplitude dos instrumentos de transparência.

A transparência na atuação do Estado, o grau de abertura dos processos estatais na tomada de decisões e de publicidade, inclusive no que tange aos critérios e argumentos utilizados para tomada de tais decisões pode ser percebido como um “barômetro” de realização do Estado democrático de Direito, como defende SOMMERMANN²². E, como não poderia deixar de ser, a transparência e o controle social da gestão da política monetária, da sua formulação à execução, é condição de grande relevância no arcabouço institucional de sociedades balizadas pelo ideal democrático.

A realização do ideal democrático, a valorização da cidadania e a afirmação da própria República são valores constitucionais centrais na interpretação dos desafios da realidade sob o ponto de vista do direito. A consecução desses valores básicos do Estado Constitucional pressupõe critérios de transparência e controle cada vez mais eficientes, abrangentes e eficazes. Como um sucedâneo evolutivo do princípio constitucional da publicidade, os mecanismos de transparência atendem na essência o princípio constitucional da publicidade.

21 DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 540.

22 SOMMERMANN, Karl-Peter. La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. In: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

Já não basta uma mera publicação formal do ato, a modernidade pressupõe o conhecimento das responsabilidades dos atores, os fundamentos adotados para suas decisões e os critérios estabelecidos para sua atuação. Na lição de PIÑAR MAÑAS²³, a transparência possui três elementos constitutivos: a) o processo de elaboração de decisões deve ser aberto e participativo; b) as decisões devem ser motivadas e razoáveis; c) a informação que serve de base a adoção de decisões deve ser, na medida do possível, acessível ao público.

Condições essenciais para o controle democrático e a aferição da responsabilidade política, uma vez que a qualidade do exercício da cidadania pressupõe, essencialmente, um acesso amplo e qualificado às informações de interesse público.

A transparência, por decorrência, também, é um elemento obrigatório a permear toda a Administração, seja na proteção dos direitos do administrado, na organização administrativa ou na prestação de serviços e políticas públicas. Seguindo o conceito de FREITAS²⁴, o direito a boa administração pública não se trata de uma simples diretriz ao administrador, mas de um verdadeiro feixe de direitos, um dever do qual correspondente um direito constitucional do administrado.

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem²⁵.

Embora a transparência não seja expressa entre os princípios que regem a administração pública, seguindo o entendimento de LIMBERGER²⁶, é, justamente, a transparência que realiza a integração entre o princípio democrático que permeia todo o sistema constitucional com o princípio da publicidade, enunciado no art. 37 da Constituição, e o direito à informação, consagrado no art. 5º, XXXIII.

Consequentemente, o modelo gestão monetária, obrigatoriamente, deve se mostrar adequado não só a assegurar o direito a informação da sociedade, mas a permitir que a informação se disponibilize de forma acessível, fidedigna e apta a instrumentalizar o debate democrático mais qualificado possível. O economista Jessé de SOUZA²⁷ entende que a legitimação da atual política monetária, na ausência de controle social e transparência capazes de proporcionar um debate democrático qualificado, tem se realizado inclusive sob argumentos que podem ser caracterizados por um certo “racismo científico”. Segundo o autor, as justificativas utilizadas pelo capital financeiro, nacional e internacional, para legitimar socialmente as altíssimas taxas de juros e de spread bancário no Brasil se apoiam em argumentos preconceituosos que buscam ressaltar uma suposta inferioridade moral do plano nacional geradora de tal distorção econômica. Nas palavras de SOUZA,

O alto custo do dinheiro no Brasil — e em outros países periféricos como ele —, que oprime toda a população em favor de uma meia dúzia de banqueiros e especuladores, é legitimado precisamente pelo suposto “risco” de emprestar dinheiro em um país onde a corrupção seria endêmica, um verdadeiro “traço cultural”. A legitimação aceita, “naturaliza” — não em último lugar porque a ciência dominante, no centro e na periferia, repete o mesmo preconceito, travestindo-o de conceitos com autoridade científica — e, por isso, não contestada, da situação privilegiada do setor financeiro sobre toda a sociedade advém de leituras hegemônicas que atualizam “culturalmente” um racismo que antes — até o início do século XX — era abertamente “racial”²⁸.

23 PIÑAR MAÑAS, José Luís. *Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario*. In: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

24 FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

25 FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22.

26 LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 44.

27 SOUZA, Jessé. *A Tólice da Inteligência Brasileira*. São Paulo: LeYa, 2015.

28 SOUZA, Jessé. *A Tólice da Inteligência Brasileira*. São Paulo: LeYa, 2015. p. 150.

Sem dúvida a disseminação de tais ideias, somente, é possível pela insuficiência de conhecimento acessível ao grande público sobre as questões afetas à gestão da política monetária que são encobertas por um suposto manto de tecnicidade ou naturalizadas.

Enquanto em países centrais, como os Estados Unidos, um mercado financeiro desregulado – que levou há pouco tempo o mundo inteiro à uma crise global de grandes proporções – é “eufemizado” como uma economia “alavancada”, quando, na verdade, opera massivamente com créditos sem qualquer segurança, os países periféricos são “estigmatizados” e obrigados a pagar um “mais-valor” por pura obra de preconceitos criado e confirmados com a autoridade da ciência²⁹.

Consequentemente, qualquer perspectiva para superação dessa deficiência institucional que afeta, diretamente, a qualidade do processo democrático passa pela discussão dos mecanismos de transparência e controle social dos órgãos competentes pela gestão monetária com vistas à construção de um sistema adequado ao ideal democrático, transparente, aberto à participação, sujeito a mecanismos de controle público e pautado pela persecução dos objetivos constitucionais.

4. TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL NA GESTÃO MONETÁRIA PELO BANCO CENTRAL - BACEN

A constatação de que argumentos de ordem econômica, a dívida pública, tem sido utilizados como forma de impedir a concretização dos valores e objetivos dirigentes da Constituição leva à necessidade de se analisar, por outro lado, em que ponto encontram-se as condições para o exercício da cidadania nesse sistema que, por pressuposto, deve ser o mais transparente e aberto dentro de uma ordem que tem como fundamento basilar se constituir em Estado Democrático de Direito.

Uma primeira observação nesse aspecto diz respeito às atribuições do Banco Central – BACEN – na gestão da dívida pública, uma vez que a instituição é a principal responsável pelos instrumentos de política monetária (em especial a taxa de juros de mercado, a taxa de redesconto e as alíquotas das reservas compulsórias sobre os depósitos do sistema bancário). São, justamente, esses instrumentos de política monetária que têm por objetivo alcançar o “bem estar” social desejado por meio da definição de níveis de preço (inflação), emprego e crescimento condizentes com o planejamento econômico.

Em tese, considerando uma interpretação adequada ao ordenamento constitucional, o modelo econômico a ser seguido pelos gestores do BACEN deve obrigatoriamente harmonizar níveis de preço, emprego e crescimento combatíveis com os objetivos constitucionais de redução das desigualdades, promoção do bem-estar e desenvolvimento nacional. Assim, o modelo econômico constituído e implementado pelo BACEN deveria almejar a estabilidade monetária com prosperidade, sendo a estabilidade monetária (controle da inflação) sempre ponderada e subordinada aos anseios de prosperidade da sociedade, ou seja, desenvolvimento econômico e políticas públicas que assegurem o emprego, renda e condições mínimas de sobrevivência e dignidade.

E, como é sabido, no campo da economia, não há consenso sobre modelo ou teoria econômica que tenha *a priori* a capacidade incontestável de condução desses objetivos. Vigora grande controvérsia entre as diferentes escolas de pensamento da ciência econômica, podendo-se, inclusive, afirmar que cada conjuntura econômica pode encontrar resolução em modelos concebidos por diferentes linhas de pensamento³⁰.

29 SOUZA, Jessé. *A Tolve da Inteligência Brasileira*. São Paulo: LeYa, 2015. p. 150.

30 Emblemático, nesse aspecto, é o artigo publicado por André Lara Resende, um dos idealizadores do plano Real, no Jornal Valor Econômico do dia 13/01/2017 (disponível em <http://www.valor.com.br/cultura/4834784/juros-e-conservadorismo-intelectual>). Nele, Resende faz uma crítica aos modelos que vem sendo utilizados para guiar a política monetária brasileira a partir da adoção do regime de metas para inflação, colocando em cheque inclusive o papel da taxa básica de juros no combate à inflação.

Comentando o abalo de credibilidade que atinge a ciência econômica, objeto do livro “Econocracy: O perigo de deixar a economia para os especialistas” dos economistas Joe Earle, Cahal Moran e Zach Ward-Perkins, o professor Luiz Gonzaga Belluzzo observa:

A crise financeira global que ainda avassala o planeta, entre outras coisas, desvelou a precariedade das teorias e previsões econômicas. A reputação dos economistas e o prestígio de sua arte de antecipar tendências sofrem danos sempre que o velho (e talvez nem tão surpreendente) capitalismo perpetra suas velhacarias³¹.

Complementando a seguir:

Mas – é bom repetir – as façanhas do velho e nem sempre surpreendente capitalismo (pródigo em crashes e pânico) lançaram no torvelinho da descrença as arrogâncias e certezas dos sabichões. Mas, para quem não sabe de seus prodígios, a fé não só é capaz de mover montanhas como também tem força para negar a realidade³².

Dessa forma, uma sociedade que objetiva seguir o primado da cidadania e democracia dever impor como premissa a máxima abertura, transparência e controle sobre a atividade da instituição monetária de forma que a condução da política econômica se dê sobre contínua legitimidade social, sem permitir sua captura por interesses particulares, setoriais ou externos.

Na gestão da política monetária, compete ao BACEN a importante atribuição de fixação da taxa básica de juros da economia. E a própria etimologia da palavra “juro” já aponta esse risco de captura por interesses não republicanos. Não por acaso, em espanhol é *interés*, em francês é *intérêt* e, em inglês, taxa de juro é *interest rate*. Portanto, é adequado considerar a taxa de juros como uma taxa que fixa “*interesse próprio*”, emergindo a questão de se saber a “quem atende esse interesse”.

Nesse aspecto, uma primeira observação a ser feita diz respeito à estrutura de funcionamento do BACEN. O desenho institucional do BACEN deveria considerar a existência de contrapontos, diversidade de opiniões e acompanhamento externo de outros órgãos como mecanismos de defesa contra tentativas de captura por interesses privados e/ou setoriais. A composição do comitê de política monetária, por exemplo, deveria ser representativa da diversidade de opiniões e agentes econômicos, sendo ao mesmo tempo pautada por rigorosos mecanismos externos de controle e acompanhamento. Impensável, dentro dos valores constitucionais brasileiros, que a direção do BACEN possa ser exercida por um grupo de pessoas representativa de um único segmento, por exemplo, somente do setor financeiro, por mais capacitada que tal equipe seja³³.

A discussão sobre o controle social e transparência da política monetária, portanto, passa, obrigatoriamente, também, pela análise da estrutura e funcionamento do Conselho Monetário Nacional. Ao Conselho Monetário Nacional, órgão superior do Sistema Financeiro nacional, compete a responsabilidade pela “formulação da política da moeda e do crédito, objetivando a estabilidade da moeda e o desenvolvimento econômico e social do País”.

O Conselho Monetário Nacional foi criado durante o período da ditadura militar brasileira por meio da Lei nº 4.595/1964. Originalmente, previa, na sua composição, o Ministro da Fazenda, na condição de presi-

31 BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Como a crise global abalou a reputação dos economistas. *Revista Carta Capital*, 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/941/como-a-crise-global-abalou-a-reputacao-dos-economistas>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

32 BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Como a crise global abalou a reputação dos economistas. *Revista Carta Capital*, 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/941/como-a-crise-global-abalou-a-reputacao-dos-economistas>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

33 O Federal Reserve Board dos EUA, por exemplo, é composto por 07 membros. Em sua maior parte oriundos do meio acadêmico e sem vinculação direta com o sistema financeiro (Wall Street). O Comitê Federal de Mercado Aberto (FOMC) do Banco Central dos EUA (FED) possui um mandato estatutário do Congresso estadunidense e inclui entre seus objetivos “maximização do emprego, preços estáveis e taxas de juros de longo prazo moderadas”.

Além disso, o Comitê procura explicar sua política monetária ao público tão claramente quanto possível com objetivo de facilitar a tomada de decisões pelas famílias, reduzir as incertezas econômicas e financeiras, aumentar a eficácia da política monetária. A transparência é considerada pela instituição uma demonstração essencial de uma sociedade democrática.

dente do Conselho, os presidentes do Banco do Brasil e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (atual BNDES) mais seis membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, escolhidos entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômicos-financeiros, com mandato de seis (6) anos.

Em 29 de junho de 1995, em relação ao conjunto de medidas adotadas pelo Plano Real, foi editada a Lei nº 9.069 que reduziu a composição do Conselho Monetário Nacional, apenas, ao Ministro da Fazenda (na qualidade de Presidente), ao Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao Presidente do Banco Central. Observa-se, facilmente, que a composição do Conselho Monetário Nacional instituído em plena ditadura militar brasileira albergava maior representatividade social, incorporando representantes da sociedade civil e do setor produtivo. Dessa forma, sem dúvida, em total antinomia ao projeto constitucional, houve um nítido esvaziamento da participação e controle social que, porventura, pudesse ser exercida pelo órgão sobre a condução da política monetária.

O problema envolvendo a legitimidade constitucional da atuação das autoridades monetárias em razão do excessivo déficit democrático destas instituições não é um fenômeno ou questão exclusiva do Brasil. Mesmo instituições referenciais como o Banco Central Alemão (*Bundesbank*) não estão imunes a essa deficiência, que se mostrou ainda mais acentuada e polêmica no caso do Banco Central Europeu:

la condición del BCE como Administración Independiente a la que Le resultaran directamente aplicables las críticas sobre la legitimidad constitucional de un fenómeno que quiebra el círculo democrático propio de las democracias contemporáneas. El BCE aparece como un poder desproporcionado en el seno de la débil e inmadura, todavía, estructura institucional de la Unión Europea³⁴.

Tais considerações reforçam a afirmação de SCAFF³⁵ no sentido de que tudo indica que o problema central do sistema político-financeiro brasileiro se encontra no fato do BACEN ser autônomo para assegurar o pagamento do serviço da dívida, blindado a qualquer controle parlamentar ou popular. Também BERCOVICI entende que houve um isolamento dos instrumentos financeiros capazes de viabilizar a concretização dos direitos sociais, afirmando que a sua efetividade passou a ser medida em si mesma, sem qualquer relação com os objetivos da política econômica estatal ou da ordem econômica constitucional.

A Lei de Responsabilidade Fiscal e a insana proposta de emenda constitucional instituindo o deficit nominal zero são meios de excluir o orçamento da deliberação pública, garantindo metas de política monetária muitas vezes impostas de fora e em favor de interesses econômicos privados, que desejam uma garantia sem risco para seus investimentos ou para sua especulação financeira. A implementação da ordem econômica e da ordem social da Constituição de 1988 ficaram restritas, assim, às sobras orçamentárias e financeiras do Estado. A constituição financeira de 1988 foi, deste modo, “blindada”³⁶.

Outro ponto importante da discussão diz respeito à concentração de poderes e atribuições outorgada a instituição BACEN:

Quando é designado ao BC a busca da estabilidade de preços e há liberdade de uso de instrumentos na busca desse objetivo é entendido que foi concedido maior autonomia ao BC. Dado que autonomia é sinônimo de autocracia, nos quais alguns elementos democráticos são violados, a autonomia deve ser balanceada pela transparência das ações do BC. O ponto crucial a ser destacado é que o BC não deve ser responsável pela estabilidade de preços, que é responsabilidade do governo, mas pela produção de tal estabilidade. Em outras palavras, o governo determina o que a estabilidade de preços significa cabendo ao BC, a busca da meta pretendida pelo governo³⁷.

34 LOMBARTE, Artemi Rallo. *La Constitucionalidad de las administraciones independientes*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 95.

35 SCAFF, Fernando Facury. *Dívida Pública atrasa ampliação de direitos fundamentais e investimento público*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-09/contas-vista-divida-publica-atrasa-ampliacao-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

36 BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Fernando. *A Constituição direigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 10 out. 2016.

37 MENDONÇA, H. E. A Teoria da Independência do Banco Central: uma interpretação crítica. *Revista Est. Econ.* São Paulo, v. 30, n. 01, p. 101-127, jan./mar. 2000.

O Banco Central – BACEN é uma autarquia federal, inserida na administração pública indireta, cuja criação e estrutura funcional foi concebida, logo após o golpe de Estado de 1964, por meio da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Consequentemente, a concepção da instituição por e sob um regime autoritário, também, torna premente a análise e discussão de reformas que compatibilizem o seu papel em um regime democrático, fundamentado no papel da cidadania. Trata-se de se perquirir se o seu atual modelo institucional é, efetivamente, adequado aos fundamentos constitucionais.

Esse questionamento desdobra-se no grau de autonomia da instituição, na nomeação dos seus dirigentes, na competência para fixação dos objetivos da política monetária (por exemplo, meta de inflação, desemprego e regime cambial) na competência e definição dos meios para alcançar tais objetivos. Por outro lado, também, pressupõe a criação de controles e fiscalização (mandatos dos dirigentes, estabelecimento de impedimentos e quarentena, critérios para afastamento, acompanhamento e fiscalização por agentes externo).

Trata-se de discutir um modelo institucional para instituição que se mostre realmente adequado aos fundamentos constitucionais, no qual o elemento autonomia deve ser tratado em suas várias nuances. Se, por um lado, a autonomia diz respeito às garantias, prerrogativas e impedimentos dos dirigentes da instituição, por outro também pode abranger a competência e liberdade para definição de objetivos e instrumentos da política monetária. Um modelo que estabeleça autonomia total e absoluta, ou seja, competência para definição dos objetivos da política monetária (autonomia meta) conjuntamente com escolha dos meios para alcançar tais objetivos (autonomia instrumento), se mostra antagônico ao projeto constitucional brasileiro.

Da mesma forma, muitos aspectos fundamentais para o controle democrático continuam sem a devida transparência e controle social. Um exemplo marcante desse fato é a não divulgação dos detentores dos títulos da dívida pública. Em que pese o cidadão, atualmente, ter acesso nos portais da transparência a quase todos os dados referentes às despesas do Estado, inclusive os vencimentos detalhados de cada um dos servidores públicos, há total sigilo sobre quem são os detentores dos títulos da dívida pública nacional.

As operações de derivativos de crédito, denominadas *swaps* cambiais, também, expressam muito bem as deficiências já expostas. Embora venham representando um impacto bilionário nas despesas da União nos últimos anos³⁸, são regradas por uma resolução do BACEN (Resolução nº 2.933, de 28 de fevereiro de 2002), e não possuem qualquer controle externo ao BACEN.

E, por fim, como destaca SCAFF³⁹ há clara inadequação no sistema de controle e acompanhamento orçamentário e financeiro, posto que os valores utilizados para pagamento dos juros fruto da política monetária não são determinados pelos instrumentos de planejamento orçamentário (LDO, Plano Plurianual), mas apurados pelo saldo, comprimindo todas as despesas através de contingenciamento, para que o superávit primário corresponda ao serviço da dívida pública a pagar.

O montante que o governo brasileiro paga de juros anuais aos seus credores decorre de deliberação exclusiva do Poder Executivo, sem a possibilidade de qualquer interferência do Poder Legislativo - o que é, para dizer o mínimo, pouco democrático⁴⁰.

Como resultado, os credores da dívida pública brasileira possuem ampla proteção constitucional contra ingerências parlamentares na determinação orçamentária do montante a pagar. Tal fato é ainda mais antagônico quando considerado que:

O Senado Federal criou normas de controle para que o Estado brasileiro não se endivida em demasia,

38 As operações de swap cambial têm gerado elevadíssimos prejuízos ao Tesouro Nacional. Em 2014 o prejuízo foi superior a R\$ 10 bilhões, tendo alcançado somente em 2015 a majestosa cifra de R\$ 102 bilhões. Os dados constam das demonstrações financeiras publicadas pelo Banco Central disponível em: http://www.bcb.gov.br/htms/inffina/be201512/Demonstra%E7%F5es_dez2015.pdf.

39 SCAFF, Fernando Facury. *Dívida Pública atrasa ampliação de direitos fundamentais e investimento público*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-09/contas-vista-divida-publica-atrasa-ampliacao-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

40 SCAFF, Fernando Facury. Crédito Público e Sustentabilidade Financiera. Revista Direito à Sustentabilidade, Unioeste, v. 1, n. 01, p. 45, 2014.

comprometendo sua capacidade de pagamento. Porém, o valor de quanto se paga de juros pela dívida pública interna e externa não tem nenhum controle parlamentar⁴¹.

Diante do exposto, se verifica a existência de um enorme deficit institucional desde a promulgação da Constituição no aprimoramento dos mecanismos de transparência e controle da gestão da política monetária no Brasil. As operações de *swap* cambial são um bom exemplo no qual se podem verificar todas as deficiências de regulação, controle e transparência até aqui apresentadas.

5. AS OPERAÇÕES DE SWAP CAMBIAL

A administração das reservas cambiais do país é uma das principais funções a autoridade monetária a quem compete intervir nos mercados de câmbio conforme o modelo de política econômica adotado exigir. Além da simples compra e venda de moeda estrangeira, as operações cambiais se sofisticaram muito nas últimas décadas, especialmente com a utilização de derivativos referenciados na oscilação cambial. Ao vender títulos referenciados em uma posição em moeda estrangeira, via de regra em dólar, essas operações permitem ao setor privado adquirir posições em divisa estrangeira para utilização como lastro em operações de proteção contra variação cambial (*hedge*) ao mercado (instituições financeiras e demais agentes econômicos).

A contratação é realizada por meio de um leilão em sistema eletrônico do BACEN, sendo registrada na Bolsa de Valores (BM&F Bovespa). Os contratos seguem um modelo padrão que pode ter por objeto a negociação do diferencial entre a taxa de juros efetiva dos depósitos interfinanceiros (DI) e a variação da taxa de câmbio em relação do dólar estadunidense, contrato denominado *swap* cambial com ajuste periódico (SCC); ou a variação entre o diferencial da taxa básica de juros doméstica (SELIC) e a variação da taxa de câmbio em relação do dólar estadunidense, contratação denominada *swap* cambial com ajuste periódico baseado em operações compromissadas de um dia (SCS).

As operações de *swap* cambial são o principal instrumento de câmbio utilizado pela autoridade monetária no Brasil. E essa proteção cambial é um valioso instrumento para o setor produtivo na medida em que permite planejamento e controle com a proteção contra os riscos de variação cambial abrupta em contratos de exportação e importação. Não se questiona, portanto, a pertinência dessas operações nem sua adequação ao objetivo de desenvolvimento econômico, mas tão somente a pouca transparência e controle existente sobre a atividade da autoridade monetária no manejo desse instrumento econômico.

Somente a existência de rigorosos mecanismos de transparência e controle pode prevenir e evitar desvios de finalidade nas operações de *swap* cambial, evitando que os recursos públicos que lhes dão lastro deixem de fomentar o desenvolvimento econômico e o setor produtivo para servir a mera especulação financeira. Nessa seara, muitas são as questões que necessitam de regulamentação e controle, posto que, atualmente, não é público o quanto das expressivas operações com títulos públicos indexados ao dólar realmente são realizadas ou servem realmente ao setor produtivo e quanto ficam em mão do setor financeiro lastreando investimentos com viés puramente especulativos. Essas são informações vitais, inclusive, para se ter clareza em relação à oscilação e características dessas operações em cada ciclo econômico, ou seja, como operam os agentes econômicos nos períodos de instabilidade e estabilidade cambial.

Mas, sem dúvida, o primeiro aspecto a considerar sobre o tema diz respeito à regulação. Em que pese a importância e grande impacto financeiro dessas operações diretamente no Tesouro Nacional, seu regramento é feito pela resolução nº 2.933, de 28 de fevereiro de 2002 do BACEN, que faculta às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil a realização de operações de

41 SCAFF, Fernando Facury. Crédito Público e Sustentabilidade Financiera. Revista Direito à Sustentabilidade, Unioeste, v. 1, n. 01, p. 46, 2014.

derivativos de crédito, nas modalidades, formas e condições a serem por ele estabelecidas. Essas operações, por força da resolução nº 2.689/2000, também são permitidas a aplicação de recursos de investidores não residente no mercado de câmbio^{42,43}.

Como somente as instituições financeiras são autorizadas a manter carteira de câmbio, os derivativos cambiais possuem como característica a não conversibilidade, ou seja, o resultado das operações (ganhos ou perdas) é liquidado em reais. Em decorrência as operações podem ser realizadas pela autoridade monetária com maior flexibilidade uma vez que não pressupõem a existência de reservas em moeda estrangeira para liquidação dos contratos.

Sem a necessidade de manter divisas em moeda estrangeira para lastrear as operações, contratadas com residentes e não residentes, com liquidação indexada a taxa interna juros (SELIC), as operações com derivativos cambiais têm sido utilizadas pelo BACEN como um potente instrumento de administração da política cambial. Atraindo moeda estrangeira, especialmente em razão das baixas taxas de juros existentes na economia mundial, essas operações auxiliam na manutenção de uma taxa de câmbio valorizada e, conseqüentemente, no controle inflacionário. Contudo, essa opção econômica gera diversos efeitos negativos, dentre os quais, o qual interessa destacar nesse trabalho, o forte e não mensurável *a priori* impacto sobre o endividamento público.

Uma vez que as operações com derivativos cambiais são não conversíveis, liquidadas em reais, os possíveis resultados negativos dos contratos são repassados ao Tesouro Nacional, impactando, diretamente, a dívida pública. E, nesse aspecto, se percebem, facilmente, as deficiências quanto à legitimidade, controle e transparência.

Primeiramente, em que pese a importância e a magnitude financeira das operações com derivativos cambiais, as contratações têm sido baseadas em simples resolução do BACEN, ou seja, não há uma disciplina legal fruto do debate parlamentar democrático, sujeita ao contraditório, o qual, possivelmente, possibilitaria a inserção de mecanismos públicos e sociais de controle, fiscalização e transparência.

Os contratos cambiais, por sua própria natureza, não permitem previsibilidade financeira sobre o impacto orçamentário gerado, podendo inclusive gerar resultados positivo em determinadas circunstâncias. Desse modo, não há como realizar uma previsão ou limite orçamentário destinado a custea-los, seus impactos se farão sentir diretamente sobre o endividamento público. Endividamento que, como visto, serve de justificativa ou força a adoção de cortes de despesas do governo que atingem, de modo mais incisivo, as políticas públicas que consubstanciam justamente os objetivos visados pelo projeto constitucional brasileiro⁴⁴.

De outro modo, o que também pode ser creditado à falta da construção do regramento por meio do processo parlamentar aberto e democrático, não se observa a criação de mecanismos, de institutos legais que obriguem que as contratações sejam precedidas da exposição da fundamentação econômica que as justifiquem. Tal medida é essencial para permitir um acompanhamento *a posteriori* em relação aos resultados obtidos em face da motivação que consubstanciou tais contratações. Somente assim se poderá verificar a eficiência e eficácia da política monetária, permitindo a realização dos necessários ajustes ou realizando possíveis correções de rumo.

42 Resolução 2.689 do BACEN, de 26 de janeiro de 2000. Art. 1º Estabelecer que a aplicação dos recursos externos ingressados no País por parte de investidor não residente, por meio do mercado de câmbio de taxas livres, nos mercados financeiro e de apítais, deve obedecer ao disposto nesta Resolução.

Parágrafo 1º Para fins do disposto nesta Resolução, consideram-se investidor não residente, individual ou coletivo, as pessoas físicas ou jurídicas, os fundos ou outras entidades de investimento coletivo, com residência, sede ou domicílio no exterior

43 Importa salientar também que o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI), somente permite a abertura e movimentação de contas em moedas estrangeiras no país por um número bastante restrito de agentes autorizados a operar no mercado de câmbio.

44 O professor David Harvey, analisando as contradições que ameaçam o futuro do sistema capitalista, destaca dentre elas as práticas predatórias do sistema financeiro. Nesse aspecto observa que “A ironia é que essas formas de espoliação são cada vez mais aplicadas sob o disfarce virtuoso de uma política da austeridade necessária para recuperar a suposta saúde de um capitalismo doente”. HARVEY, David. *17 Contradições e o fim do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 63.

Outro apontamento, não menos importante e também decorrente da questão da legitimidade, diz respeito à transparência em sentido estrito das operações com derivativos cambiais. Não há instrumentos de divulgação e controle que permitam a sociedade saber quem são os contratantes, com quais instituições financeiras, quais os valores envolvidos e com quais objetivos monetários foram contratadas as respectivas operações.

Enfim, um conjunto de elementos que justificam não só a adoção de ferramentas tecnológicas e jurídicas de transparência, mas, inclusive, a criação de órgãos competentes para fiscalização, acompanhamento e controle da autoridade monetária com vistas a adequar seu funcionamento aos valores do projeto constitucional pátrio.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações na economia que cunharam o chamado processo de “financeirização” impuseram novos obstáculos à concretização do projeto de Estado almejado pela Constituição brasileira, em especial no que diz respeito ao seu financiamento. Na medida em que a esfera produtiva foi sendo subordinada à esfera financeira como o campo de excelência de valorização do capital, emergiram entraves ao financiamento das políticas públicas com o sistema de financiamento articulando uma dinâmica que prioriza a transferência de recursos (via Estado) ao atendimento dos interesses dos mercados financeiros.

Nessa nova fase de funcionamento econômico, as opções de política monetária, que determinam em grande parte as condicionantes sobre a capacidade de financiamento do Estado, passaram em grande parte a ser “naturalizadas”, ou seja, tornadas impassíveis às injunções da democracia através de um conjunto de concepções que objetivam mascarar o forte conflito de interesses subjacente. No caso brasileiro, um conflito grave e profundo entre uma dívida pública produzida por políticas monetárias avessas ao debate democrático e uma dívida social legitimada pelo pacto constituinte.

Logicamente, a construção de uma ordem jurídica democrática e afirmativa dos valores da cidadania deve pressupor um sistema de gestão monetária pautado pela transparência e sujeito ao controle social. No caso brasileiro, esse pressuposto enfrenta como dificuldade inicial o fato da estrutura do sistema financeiro nacional ter sido criada por e sob inspiração de um regime autoritário. Como agravante a esse fato, as alterações realizadas após a redemocratização promoveram um verdadeiro esvaziamento dos poucos espaços de participação e controle social anteriormente existente, em sentido oposto ao espírito constitucional.

A concretização constitucional capaz de dar efetividade aos objetivos de redução das desigualdades, promoção do bem-estar e desenvolvimento nacional é intrinsecamente ligada à condução dos instrumentos de política monetária que devem persegui-los por meio da definição de níveis de preço (inflação), emprego e crescimento condizentes com tais objetivos. Logo, a Constituição não autoriza a adoção de qualquer modelo econômico pela autoridade monetária, mas tão somente daqueles fundamentados nos valores por ela almejados. A gestão da política monetária deve se subordinar à Constituição e buscar a estabilidade monetária ponderada e subordinada aos anseios maiores da sociedade por desenvolvimento econômico e justiça social. Os instrumentos adotados devem ser capazes de articular e garantir as políticas públicas que assegurem o emprego, a renda e as condições mínimas de sobrevivência e dignidade que inspiraram o pacto constituinte.

Portanto, o ideal democrático constitucional projeta a adoção de um desenho institucional de gestão monetária que persiga tais objetivos e proteja o sistema contra ingerências e tentativas de captura por interesses privados estranhos aos valores constitucionais.

A adequação à Constituição exige da gestão monetária uma estrutura institucional que valorize a transparência e o controle, estabeleça processos dialéticos de tomada de decisões que permitam o contraponto, o acompanhamento externo e a aferição periódica dos resultados. Resta que a discussão sobre a moderniza-

ção do modelo de gestão monetária, em qualquer dos seus elementos, deve primar pela sua conformação à Constituição, redemocratizando e legitimando-o socialmente.

Democratização e legitimidade que devem orientar a discussão sobre a conveniência de reforma de vários pontos do sistema, como o grau de autonomia da instituição, a nomeação dos seus dirigentes, a fixação dos objetivos da política monetária (meta de inflação, desemprego e regime cambial), a criação de controles e fiscalização por agentes externos. Trata-se de discutir um modelo institucional para instituição que se mostre realmente adequado aos fundamentos constitucionais.

Como visto na breve análise das operações com derivativos cambiais (swaps), além das questões institucionais, as deficiências do ponto de vista da adequação constitucional transparecem em muitos pontos inclusive na utilização dos instrumentos de política monetária.

No caso dos swaps, novamente, em primeiro plano, emerge a questão da legitimidade. As operações são regradas por uma simples resolução do próprio BACEN, inexistindo um instituto debatido e aprovado democraticamente que permita o estabelecimento de instrumentos de controle por agentes externos. Sem acautelar a motivação econômica que justifica as contratações, se impossibilita o acompanhamento a *posteriori* em relação aos resultados obtidos. Da mesma forma, são inúmeros os pontos de lacuna na transparência, por exemplo, não há previsão para divulgação dos contratantes; com quais instituições financeiras; quais os valores envolvidos e com quais objetivos monetários foram contratadas as respectivas operações.

Como não poderia deixar de ser nesse contexto, há nítida debilidade e insuficiência de controle social, dificultando que temas tão essenciais para a definição dos rumos da sociedade possam ser apropriados e debatidos democraticamente. Enfim, esse conjunto de debilidades permite sustentar a existência de forte inadequação do sistema de gestão da política monetária ao projeto Constitucional. Conclusão que impõe uma discussão sobre a pertinência de mudanças que assegurem a transparência e a participação social; criem órgãos de fiscalização, acompanhamento e controle e, em especial; objetivem fortalecer o ideal democrático.

REFERÊNCIAS

ARRIGHI, Giovanni; SILVER, Beverly J. *Caos e governabilidade no moderno sistema mundial*. Rio de Janeiro: UFRJ-Contraponto. 2001.

AVELÃS NUNES, Antônio José. *As voltas que o mundo dá...* Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Como a crise global abalou a reputação dos economistas. *Revista Carta Capital*, 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/941/como-a-crise-global-abalou-a-reputacao-dos-economistas>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Fernando. *A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt>. Acesso em: 10 out. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOLZAN DE MORAIS. *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- CHESNAIS, F. *A Mundialização de Capital*. São Paulo: Xamã, 1998.
- COSTA, Fernando Nogueira da. *Brasil dos Bancos*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- FREITAS, Juarez. Direito constitucional à democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2011.
- FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 8-26, jan./jun. 2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HARVEY, David. *17 Contradições e o fim do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado do bem-estar social na idade da razão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- KRELL, Andreas Joaquim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 33, 2004.
- LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência: informação pública em rede*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- LOMBARTE, Artemi Rallo. *La Constitucionalidad de las administraciones independientes*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- MAZZA, Willame Parente. *Estado e Constituição: Crise financeira, política fiscal e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MENDONÇA, H. E. A Teoria da Independência do Banco Central: uma interpretação crítica. *Revista Est. Econ.* São Paulo, v. 30, n. 01, p. 101-127, jan./mar. 2000.
- MÉSZÁROS, István. *Para além do Capital*. São Paulo: Boitempo, 2002.
- PIÑAR MAÑAS, José Luís. Transparencia y protección de datos: las claves de um equilibrio necesario. In: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- SCAFF, Fernando Facury. Crédito Público e Sustentabilidade Financiera. *Revista Direito à Sustentabilidade*, Unioeste, v. 1, n. 01, p. 34 – 47, 2014.
- SCAFF, Fernando Facury. *Dívida Pública atrasa ampliação de direitos fundamentais e investimento público*. Disponível

em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-09/contas-vista-divida-publica-atrasa-ampliacao-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado Social*. Coimbra: Fundação Francisco Manoel Santos, 2013.

SOMMERMANN, Karl-Peter. La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. In: GARCÍA MACHO, Ricardo (Org.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

SOUZA, Jessé. *A Tólice da Inteligência Brasileira*. São Paulo: LeYa, 2015.

STIGLITZ, Joseph. *O Preço da Desigualdade*. Lisboa: Bertrand, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Gestão dos espaços marinhos no
contexto das energias marinhas
renováveis**

**Management of marine spaces
in the context of marine
renewable energies**

Tarin Frota Mont'Alverne

Maira Melo Cavalcante

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Gestão dos espaços marinhos no contexto das energias marinhas renováveis*

Management of marine spaces in the context of marine renewable energies

Tarin Frota Mont`Alverne**

Maira Melo Cavalcante***

RESUMO

As Energias Marinhas Renováveis (EMR) estão inseridas no contexto de compartilhamento dos espaços marinhos na União Europeia (UE), com possíveis conflitos de interesses. Este artigo possui o objetivo de analisar a gestão dos espaços marinhos e o instrumento de Planejamento do Espaço Marinho como meios de possibilitar o desenvolvimento de EMR, com perspectivas para o Brasil. Inicialmente, apresenta-se a política de Crescimento Azul da UE e outras políticas de gestão de espaços e incentivos de EMR na UE. Em seguida, discute-se a governança dos mares e oceanos e especificam-se as questões jurídicas da gestão dos espaços marinhos. Ao final, analisa-se a fundamentação político-jurídica do Planejamento do Espaço Marinho e as tensões entre racionalidades do crescimento econômico e da abordagem ecossistêmica na gestão das atividades industriais localizadas nos mares e oceanos. Conclui-se que o instrumento normativo da PEM aspira a harmonização entre os objetivos do crescimento econômico dos Estados costeiros e da proteção do meio ambiente marinho. Essa harmonização realiza-se com base em uma perspectiva estratégica e integrada de alocação de atividades no espaço oceânico dentro da abordagem ecossistêmica, ou seja, dentro dos limites ecológicos e sobre uma base equitativa. O PEM com enfoque na abordagem ecossistêmica constitui boa prática dos países europeus a ser considerada para a gestão integrada do espaço marinho brasileiro e possibilita a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento de EMR.

Palavras-Chave: Governança dos Mares. Planejamento do Espaço Marinho. Energias Marinhas Renováveis.

ABSTRACT

Marine Renewable Energies (MRE) are inserted in the context of sharing of marine spaces in the European Union (EU), with possible conflicts of interest. This paper aims to analyze the management of marine spaces and the Marine Spatial Planning (MSP) legal instrument as a means of enabling the development of MRE, with perspectives for Brazil. The first section presents the EU Blue Growth policy, other Community policies concerned. The second section discusses governance of the seas and oceans and specifies the legal issues of management of marine space. Finally, we analyze the

* Recebido em 07/08/2017
Aprovado em 13/09/2017

** Professora da Faculdade de Direito e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente - Université de Paris V e Universidade de São Paulo (2008). Mestre em Direito Internacional Público - Université de Paris V (2004). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (2001). Email: tarinfmontalverne@yahoo.com.br

*** Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade Federal do Ceará. Pesquisadora do Projeto Ciências do Mar/CAPES. Email: mcmaira@gmail.com

political and legal basis of the Marine Spatial Planning and the tensions between rationalities of economic growth and the ecosystem approach in the management of industrial activities located in the seas and oceans. It is concluded that the normative instrument of MSP aims at harmonizing the goals of economic growth of the coastal states and the protection of the marine environment. This harmonization is based on a strategic and integrated approach to the allocation of activities in the ocean space within the ecosystem approach, i.e. within ecological limits and on an equitable basis. The MSP with a focus on the ecosystem approach is a good practice in European countries to be considered for the integrated management of the Brazilian marine space and it provides the legal security necessary for the development of MRE.

Keywords: Ocean Governance. Marine Spatial Planning. Marine Renewable Energies.

1. INTRODUÇÃO

As fontes de energias marinhas renováveis representam oportunidades para fomentar o crescimento econômico, a criação de empregos, a segurança do abastecimento energético, e impulsionar a competitividade com a inovação tecnológica¹. As Energias Marinhas Renováveis – EMR constituem um novo horizonte para a produção de energia descarbonizada, a serem exploradas pelos países costeiros.

A instalação, a produção, a manutenção e o desmantelamento de EMR devem obedecer às normas do Direito do Mar por conferir competências, regular conflitos e estabelecer limitações para a utilização de um espaço marinho compartilhado. A produção de EMR configura, apenas, mais uma das atividades antrópicas nos mares e oceanos, portanto, o inevitável conflito de usuários legitima a utilização de instrumentos de governança do espaço marinho, especificamente o Planejamento do Espaço Marinho.

O objetivo deste trabalho é a análise das políticas de incentivos das EMR dentro da governança dos mares e oceanos na União Europeia, especificamente sua inserção no processo de gestão dos espaços marinhos por meio do instrumento de Planejamento do Espaço Marinho, como perspectivas para o Brasil. Para realizar a análise do contexto normativo acima, a abordagem metodológica adotada foi a qualitativa, realizada por meio dos métodos exploratórios de levantamento bibliográfico de livros e artigos, de pesquisa documental dos tratados internacionais do Direito do Mar e do Direito Internacional Ambiental, acordos regionais, diretivas da UE sobre economia azul, energias renováveis, planificação do espaço marinho, proteção ambiental e políticas marítimas, e legislação nacional dos países com empreendimento de EMR submetidos as referidas diretivas e tratados.

A análise das experiências dos países da União Europeia na governança dos mares, como o uso do PEM como motor de desenvolvimento das EMR em locais tradicionalmente ocupados por outros setores industriais, pode oferecer caminhos para possibilitar a inserção dessa atividade industrial no espaço marinho brasileiro. Ademais, as boas práticas na gestão dos espaços marinhos, também, podem contribuir para a construção da gestão de espaço marinhos no Brasil.

O artigo, inicialmente, apresenta as políticas de incentivo da UE para o desenvolvimento do setor de EMR, em seguida discute a governança dos mares e oceanos, com foco na gestão do espaço marinho. Posteriormente, analisa a fundamentação político-jurídica do PEM e as tensões entre o Crescimento Azul, expansão industrial nos mares e oceanos, e a abordagem ecossistêmica para a gestão dos espaços marinhos.

¹ COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação Energia azul: Materializar o potencial da energia oceânica nos mares e oceanos da Europa no horizonte de 2020 e mais além*. Bruxelas, 2014. p. 2.

2. AS POLÍTICAS DE INCENTIVO DE EMR NA UNIÃO EUROPEIA

O desenvolvimento das Energias Marinhas Renováveis² ocorreu no contexto de transição energética da União Europeia – UE após a adoção da Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, e seu adicional Protocolo de Quioto³. A tomada de consciência para redução da emissão dos gases de efeitos estufa, tendo em vista a diminuição dos efeitos da mudança climática, prescinde de três atitudes: a alteração do modelo energético; o desenvolvimento das energias renováveis; e, para possibilitar as medidas anteriores, a adaptação do direito energético⁴.

O estímulo das energias renováveis adveio com a política energética europeia, que, a partir do Tratado de Maastricht, passa a ser transeuropeia⁵. A necessidade de um quadro legislativo comum para o mercado de fontes de energia renováveis, visando atingir as metas de redução global e as metas de redução nacionais dos Estados membros, impulsionou a elaboração de Diretivas e políticas transnacionais direcionadas à produção energética.

A edição da Diretiva 2001/77/CE destina-se à promoção do aumento da contribuição das fontes de energia renováveis para a produção de eletricidade, incluindo dentre as fontes energéticas a energia eólica, a das marés e das ondas⁶. Dentre as obrigações dos Estados-Membros, encontra-se a reavaliação dos processos de autorização aplicáveis a centrais de produção de eletricidade a partir de fontes renováveis. Essa reavaliação deve permitir a redução das barreiras regulamentares e não regulamentares; a simplificação e a celeridade dos procedimentos administrativos; a garantia de objetividade, de transparência e de não discriminação; a adequação do sistema de rede de transporte e distribuição de energia, conferindo acesso prioritário à energia elétrica produzida por fontes de energia renováveis⁷.

A escolha política acerca dos mecanismos a serem utilizados para a promoção e quais fontes de energia renováveis devem ser estimuladas é de competência de cada Estado-Membro. No entanto, o quadro legal nacional deve estar adequado às disposições da Diretiva 2001/77/CE, que já prevê como alternativa energética as energias marinhas renováveis.

Em razão da maturidade tecnológica da energia eólica *onshore*, a pesquisa e o desenvolvimento da energia eólica *offshore* foi priorizado em diversos países europeus, a exemplo da Dinamarca, Alemanha e Reino Unido. Por esse motivo, o primeiro foco das políticas energéticas da Europa direcionadas para a utilização dos

2 As EMR incluem as energias oceânicas e a energia eólica *offshore*, em razão de todas possuírem uma correlação direta com o meio ambiente marinho, e, dessa forma, estarem aptas a produzir efeitos sobre esse ecossistema. As energias oceânicas são aquelas produzidas a partir dos recursos renováveis energéticos encontrados nos oceanos, quais sejam, as ondas, as marés, as correntes das marés, as correntes oceânicas, os gradientes térmicos e gradientes de salinidade.

3 O Protocolo de Quioto, que entrou em vigor em 2005, definiu metas de redução de emissões de gases de efeito estufa para os países europeus desenvolvidos, que fixaram metas nacionais entre 6% e 8%. Para o cumprimento dos termos do Protocolo de Quioto, os países industrializados devem reduzir as suas emissões de seis gases com efeito de estufa em média de 5,2% relativamente aos níveis de 1990 durante o primeiro período de cumprimento, que corresponde de 2008 a 2012. Os gases cuja a emissão deve ser reduzida são o CO₂, que é o mais importante, metano, óxido nitroso, hidrofluorcarbonetos, perfluorcarbonetos e hexafluoreto de enxofre (ONU, 1998). A União Europeia comprometeu-se a uma redução global de 8% suas emissões, a ser partilhada entre seus Estados-Membros em conformidade com o acordo de partilha de encargos. Ver: Decisão 2002/358/CEE do Conselho, de 25 de Abril de 2002.

4 ARSON, Alice. *Transition énergétique et transition juridique: le développement des énergies de sources renouvelables en France*. 2015. Tese de Doutorado. Université de Bordeaux, France. p. 22.

5 O Tratado de Maastricht foi assinado, em 1992, pela Alemanha, Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Espanha e Reino Unido. De acordo com o tratado as medidas relacionadas ao domínio da energia passam a ser objeto de ação da Comunidade Europeia, respeitado o princípio da subsidiariedade.

6 A Diretiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de setembro de 2001, no seu artigo 2º, define as fontes de energia renováveis como as fontes de energia não fósseis renováveis, a saber, a energia eólica, solar, geotérmica, das ondas, das marés, hidráulica, de biomassa, de gases dos aterros, de gases das instalações de tratamento de lixo e do biogás.

7 Diretiva 2001/77/CE de 27 de setembro de 2001.

mares e oceanos recaiu sobre a energia eólica marítima, especialmente o Terceiro Pacote sobre o Mercado Interno da Energia de outubro de 2007 e o Pacote Energia e Clima de janeiro de 2008.

Nesse cenário de inovação tecnológica, a energia eólica marítima foi considerada uma prioridade política apta a contribuir para os objetivos da política energética europeia, quais sejam, a redução das emissões de GEE, a garantia de segurança energética e a melhoria na competitividade da UE. Sua importância deve-se aos fatores ligados à disponibilidade geográfica vasta na região europeia, ao processo de produção sem a utilização de combustíveis fósseis, e, principalmente, por tratar-se de um setor industrial com liderança mundial de empresas europeias⁸.

Além das políticas energéticas, paralelamente, outros setores foram determinantes para a criação de um mercado interno de energia eólica *offshore*, dos quais podemos destacar as políticas de incentivo tecnológico e de organização do espaço marítimo.

As políticas de incentivo tecnológico e de infraestruturas da cadeia de abastecimento foram determinantes para garantir a concorrência da UE no setor mercado de energia eólica marítima. Destaca-se o Plano Estratégico Europeu para as Tecnologias Energéticas - PLANO SET⁹, em que a energia eólica *offshore* é qualificada, como tecnologia disponível ou em fase final de desenvolvimento, para contribuir na promoção dos objetivos fixados para 2020¹⁰. Ressalta-se, também, a criação da Iniciativa Europeia sobre Energia Eólica, centrada na validação e demonstração de grandes turbinas e de grandes sistemas relevantes para aplicações em terra e no mar. Essas iniciativas industriais europeias possuem o objetivo de integração dos esforços da Comunidade, dos Estados-Membros e do setor privado.

Na perspectiva da organização do espaço marinho, a Política Marítima Integrada – PMI integra a energia *offshore* como um dos usuários legítimos do mar, conferindo a esse setor interesse legítimo na planificação do espaço marinho¹¹. A sinergia entre essas duas políticas impulsionou o crescimento de instalações e produção de energia eólica marítima nos Estados-Membros, com uma abordagem econômica direcionada para conferir previsibilidade e segurança jurídica aos investidores desse setor industrial.

Em relação à formação de um quadro político-jurídico mais estável para o crescimento industrial das energias marinhas renováveis, a Diretiva 2009/28/CE amplia o conceito de energias renováveis para abarcar as energias oceânicas e fixa objetivos nacionais obrigatórios para os Estados-Membros de quotas de energia proveniente de fontes renováveis consumida pelos sectores dos transportes, da eletricidade e do aquecimento e arrefecimento em 2020.

A Diretiva 2009/28/CE reconheceu a decisão política da UE ao incluir as energias oceânicas na determinação das quotas de energia provenientes de fontes renováveis, que deverão ser especificadas¹². O incentivo para o desenvolvimento de energias marinhas renováveis está inserido na arquitetura política-normativa europeia desenhada para o crescimento de economia azul, como meio de superar a atual crise econômica. A economia azul refere-se à toda atividade econômica realizada no mar ou que dependa de seus recursos, exceto as atividades militares¹³.

8 COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Energia Eólica Marítima*. Acções necessárias para a realização dos objetivos da política energética para 2020 e mais além. Bruxelas, 2008. p. 3.

9 De acordo com o Plano SET, dentre os desafios tecnológicos fundamentais da UE nos próximos 10 anos para a realização dos objetivos de 2020 encontra-se a duplicação da capacidade de produção de energia das maiores turbinas eólicas, com parques eólicos no mar como principal aplicação. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Plano Estratégico Europeu para as Tecnologias Energéticas (PLANO SET)*: Para um futuro com baixas emissões de carbono. Bruxelas, 2007. p. 5.

10 Os objetivos assumidos pela União Europeia no setor energético para 2020 são a redução de 20% das emissões de gases com efeito de estufa e garantir 20% de fontes de energia renováveis no universo energético da EU. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Uma Política Energética para a Europa*. Bruxelas, 2007. p. 5-14.

11 COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Uma Política Marítima Integrada para a União Europeia*. Bruxelas, 2007. p. 6.

12 Diretiva 2009/28/CE de 23 de Abril de 2009: É necessário fixar regras transparentes e inequívocas para calcular a quota de energia proveniente de fontes renováveis e para determinar quais são essas fontes. Nesse contexto, deverá ser incluída a energia presente nos oceanos e noutras massas de água sob a forma de ondas, correntes marinhas, marés, gradientes de energia térmica oceânica e gradientes de salinidade.

13 COMISSÃO EUROPEIA. *La croissance bleue: des possibilités de croissance durable dans les secteurs marin et maritime*. Brux-

A economia azul deve ser compreendida a partir da interdependência entre seus setores, que compartilham aptidões e infraestruturas comuns, como portos e redes de distribuição de eletricidade. O caráter de interdependência torna imperativo a perspectiva da sustentabilidade e a preocupação com a qualidade do meio ambiente marinho, pois a utilização dos recursos marinhos por um setor econômico depende, diretamente, do uso sustentável por outros atores¹⁴.

A gestão sustentável do meio ambiente marinho, ou seja, a perspectiva da política ambiental da economia azul, resulta da aplicação da Diretiva Estratégia Marinha, a Diretiva 2008/56/CE. O principal escopo dessa diretiva é obter ou manter um bom estado ambiental no meio marinho europeu até 2020, que, por consequência, mantém a biodiversidade e resguarda o potencial produtivo dos mares e oceanos¹⁵.

A perspectiva da sustentabilidade adotada na economia azul manifesta-se por meio da preservação dos serviços fornecidos pelo ecossistema marinho. A necessidade de manutenção do bom estado desse ecossistema, caracterizado pela sua fragilidade, possui o intuito de permitir à Europa o aproveitamento pleno do potencial, antes inexplorado, dos recursos marinhos, oceânicos e costeiros, a favor da criação de empregos e do desenvolvimento econômico¹⁶.

Para fornecer a infraestrutura comum primordial para prosperidade da economia azul, a política de planificação do espaço marinho resultou na Diretiva 2014/89/EU, que fornece um quadro jurídico estável. A segurança jurídica almejada por essa diretiva obriga a elaboração da planificação dos mares e oceanos dos Estados-Membros costeiros, com os objetivos de conferir a previsibilidade necessária para os investimentos financeiros de alto risco e inserir uma abordagem ecossistêmica no desenvolvimento sustentável dos mares e oceanos¹⁷.

Nesse contexto propício para o crescimento das EMR nos países europeus, o mercado de energia eólica marinha teve seu grande ano em 2015. Até o final de 2015, mais de 91%, aproximadamente 11 MW, de instalações de eólica *offshore* estão localizadas em países europeus. O Reino Unido assume o maior mercado desse setor industrial marítimo, pois detém mais de 40% da capacidade instalada, seguido pela Alemanha, Dinamarca, China, Bélgica, Holanda, Suécia, Japão, Finlândia, Irlanda, Coreia do Sul, Espanha, Noruega, Portugal e Estados Unidos¹⁸.

Quanto às energias oceânicas, apenas as centrais de barragem para a produção de energia das marés estão em funcionamento na França e na Coreia do Sul, possuindo quase que exclusivamente o mercado energético global nesse setor¹⁹. A *Rance Tidal Power Station*, que é a primeira usina maremotriz construída em 1966 na França, detém a capacidade de 240 megawatts. A maior e mais recente usina maremotriz foi construída na Coreia do Sul em 2011, denominada de *Sibwa Lake Tidal Power Station*, possui a capacidade de 254 megawatts.

As condições fático-jurídicas que permeiam as EMR na Europa foram cruciais para a fixação de sua posição de líder nessa fatia do mercado energético com potencial de crescimento exponencial. Tendo em consideração os esforços na pesquisa e desenvolvimento de tecnologias voltadas para a redução de custos das

elles, 2012. p. 2.

14 COMISSÃO EUROPEIA. *La croissance bleue: des possibilités de croissance durable dans les secteurs marin et maritime*. Bruxelles, 2012. p. 4.

15 Diretiva 2008/56/CE de 17 de Junho de 2008.

16 Essa perspectiva resta evidente quanto aos objetivos da economia azul e a inserção da sustentabilidade como meio de consecução desse fim. «L'objectif étant de mobiliser le potentiel inexploité des océans, des mers et des côtes de l'Europe en faveur de l'emploi et de la croissance. Elle peut contribuer à la compétitivité internationale de l'UE, à l'utilisation efficace des ressources⁵, à la création d'emplois et à l'émergence de nouvelles sources de croissance tout en préservant la biodiversité et en protégeant le milieu marin, garantissant ainsi les services fournis par des écosystèmes marins et côtiers en bon état et résilients». Bruxelles, 2012. p. 3.

17 Artigo 1º da Diretiva 2014/89/EU prevê como objetivo estabelecer um quadro para o ordenamento do espaço marítimo, a fim de promover o crescimento sustentável das economias marítimas, o desenvolvimento sustentável das zonas marinhas e a utilização sustentável dos recursos marinhos.

18 GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL. *Global wind report: Annual market update 2015*. Bruxelas, 2016. p. 49.

19 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Medium-Term Renewable Energy Market Report 2015*. Paris, 2015.

instalações de EMR e para a criação de conversores de energia de fontes oceânicas, os países europeus visam à ampliação do mercado de consumo desse setor energético, que pode abranger o mercado interno brasileiro.

O fato de que essa alternativa de energia renovável não está isenta de ocasionar alterações no âmbito social, econômico e ambiental gera a necessidade de regulamentação do Direito, com a finalidade de fornecer segurança jurídica para as relações entre os usuários do mar e para os investimentos financeiros determinantes para crescimento da pesquisa, desenvolvimento e produção das EMR. A experiência normativa europeia pode contribuir para a formação de uma política nacional brasileira de incentivo à produção de EMR como uma das fontes renováveis de produção de energia elétrica, especialmente em razão das boas práticas de governança entre os atores desse setor econômico e os atores públicos direcionados para a gestão dos espaços marinhos.

3. GOVERNANÇA DOS MARES E OCEANOS

As EMR estão inseridas em um contexto de crescente industrialização dos mares e oceanos. O crescimento da atividade industrial e da ocupação dos espaços marinhos ocorreu devido ao rápido progresso tecnológico direcionado para exploração dos recursos marinhos, à tomada de consciência da finitude dos recursos terrestres e de água doce, e à necessidade de redução dos GEE²⁰.

A economia azul ou economia marítima pode ser conceituada como a gama de atividades relacionadas ao mar, cuja condições de desenvolvimento dependam do mar totalmente ou parcialmente. As atividades econômicas incluem o setor primário de extração de recursos, o setor manufatureiro e o setor de serviços, que podem ser realizadas no mar ou em terra, ou em dupla localização no mar e na terra²¹.

Em meio às atividades estritamente marinhas, podem-se elencar as relacionadas a) aos recursos, como energia, recursos minerais e recursos vivos; b) ao transporte, responsável por 80% do comércio mundial, especialmente os manufaturados; c) à gestão do meio ambiente marinho, correspondente à ação pública, e também do setor privado. De forma mais abrangente, as atividades econômicas marinhas podem ser estendidas a outros setores, geralmente relacionados com os mercados anteriormente indicados, como o setor industrial de construções e reparação de navios; o setor financeiro de seguros e bancos; o turismo; e os serviços de defesa e de investigação científica²².

A expansão da fronteira industrial para os mares e oceanos demandam o equilíbrio entre o desenvolvimento da economia azul e a proteção de meio ambiente. Esse contexto prescinde da evolução das estruturas jurídicas e regulamentares, por meio de estruturas de governança marinha mais holística, com a capacidade de acomodar os vários usos do ambiente marinho e o interesse de seus usuários²³.

Alguns fatores contemporâneos relacionados ao uso dos mares e oceanos emergem no âmbito das relações internacionais, que podem ser pontuados: a diversidade de novas atividades que envolvem a utilização de recursos marinhos somadas às tradicionais navegação e pesca; a dificuldade de novos acordos multilaterais; e a quebra das expectativas em relação à capacidade das organizações intergovernamentais de promover a organização da comunidade internacional. Nesse contexto, há um aumento exponencial na complexidade da governança dos mares e oceanos²⁴.

20 WRIGHT, Glen. Regulating marine renewable energy development: a preliminary assessment of UK permitting processes. *Underwater Technology*, v. 32, n. 1, p. 40, 2014.

21 KALAYDJIAN, Régis. Maritime Economy: Definition and Main Aspects. In: MONACO, André; PROUZET, Patrick (Ed.). *Value and Economy of Marine Resources*. London: ISTE Ltd, 2014. p. 233.

22 KALAYDJIAN, Régis. Maritime Economy: Definition and Main Aspects. In: MONACO, André; PROUZET, Patrick (Ed.). *Value and Economy of Marine Resources*. London: ISTE Ltd, 2014. p. 235-244.

23 WRIGHT, Glen. Regulating marine renewable energy development: a preliminary assessment of UK permitting processes. *Underwater Technology*, v. 32, n. 1, p. 40, 2014.

24 BARROS-PLATTAU, Ana Flávia et al. Correndo para o mar no antropoceno: a complexidade da governança dos oceanos e a

A complexidade acima referida insere-se dentro de um contexto maior no âmbito das relações internacionais, em que a fragmentação de regimes internacionais e a heterogeneidade das demandas a serem solucionadas configuram novos arranjos na sociedade internacional. Esse cenário culmina na busca por meios flexíveis de cooperação e na promoção de novos métodos de decisão e de ação, cuja governança global tornou-se um dos principais motores²⁵.

A estratégia de tentativa de resolução de grandes problemas globais por meio de normas generalizadas é alterada para resolução de problemas específicos, através da articulação de regimes especializado. Os regimes especializados, que tiram sua legitimidade da racionalidade técnica das agências executivas, assumiram uma posição-chave nos processos deliberativos globais com a interação permanente de diversas organizações temáticas, transnacionais, públicas e privadas²⁶.

O regime especializado na governança dos mares e oceanos, no seu sentido institucional e restrito, pode ser considerado como o conjunto de instituições, regras e processos legais que possibilitam a adoção de um marco legal e institucional para a ação sobre um espaço marinho delimitado, e em seguida o desenvolvimento de intervenções públicas e privadas relacionadas a esse espaço²⁷.

As normas internacionais elaboradas pelas organizações intergovernamentais pertencentes à Organização das Nações Unidas (ONU) são pertinentes para a governança do oceano, especificamente as relacionadas ao comércio marítimo, à pesca, ao trabalho marítimo, segurança marítima e proteção do meio ambiente marinho. Essas normas completam o sistema normativo da governança do oceano, e, portanto, devem ser compreendidas em conjunto com os dispositivos da CNUDM.

As instituições especializadas da ONU que possuem competência para tratar de assuntos correlacionados com a governança dos mares e oceanos são Organização Marítima Internacional, Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (i.e., *Food and Agriculture Organization*, FAO), Organização das Nações Unidas pela Educação, Ciência e Cultura (i.e., *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, UNESCO), Organização Internacional do Trabalho (OIT). Há, ainda, órgãos subsidiários dentro da ONU, como o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD); dentro da UNESCO, como a Comissão Oceanográfica Intergovernamental (IOC-UNESCO); e no próprio âmbito da CNUDM, como a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos e a Comissão de delimitação da plataforma continental. A governança do oceano caracteriza-se por uma complexidade temática, geográfica e institucional, que resulta na formação de governanças²⁸.

Há uma maior complexidade quando se trata da atividade industrial de EMR, pois acresce a esse quadro institucional de governança do oceano as instituições e normas próprias da governança das mudanças climáticas. Dentre as quais encontram-se a Convenção das Nações Unidas sobre Mudança Climática e suas instituições, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (i. e., *Intergovernmental Panel on Climate Change*, IPCC), a *International Energy Forum*, *Renewable Energy Policy Network for the 21st Century* (REN21), a *Sustainable Energy for All*, *International Partnership for Energy Efficiency Cooperation* (IPEEC), o *Clean Energy Minis-*

estratégia brasileira de gestão dos recursos marinhos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 156, 2015.

25 CHEVALLIER, Jacques. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? *Revue française d'administration publique*, n. 1, p. 206, 2003.

26 TORELLY, Marcelo. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileira*, v. 15, n. 6, p. 40-43, 2016.

27 GALLETTI, Florence. Les transformations du droit international de la mer: entre gouvernance de «l'espace» et gouvernance de la «ressource» en mer. In: MONACO, Andre (Ed.); PROUZET, Patrick (Ed.). *Gouvernance des mers et des océans*. Londres: ISTE, 2015. p. 22.

28 A governança global elaborada quando da criação da ONU em 1945, criou também os organismos de cooperação técnica setoriais denominados de instituições especializadas, que foram reunidas no âmbito do sistema das Nações Unidas. CHABAUD, Catherine. Quels moyens et quelle gouvernance pour une gestion durable des océans? *Avís du Conseil économique, social et environnemental*, Paris, p. 191, jul. 2013.

terial, UN Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS), a Agencia Internacional de Energia (i. e., *International Energy Agency*, IEA), a Agencia Internacional de Energias Renováveis (i. e., *International Renewable Energy Agency*, IRENA), o Banco Mundial e seus mecanismos de financiamento, dentre outras.

No âmbito da estrutura organizacional da IEA, a Iniciativa Tecnológica Internacional em Energia do Oceano (i. e., *Implementing Agreement on Ocean Energy Systems*, OES-IEA) é uma organização intergovernamental e multinacional fundada em 2001, com o objetivo de fornecer suporte para os participantes interessados em desenvolver atividades de investigação, desenvolvimento e demonstração em tecnologia de energia extraída das propriedades químicas e físicas da água do mar.

A inclusão de atores privados é um dos pontos mais importantes para a governança global, que não se reporta apenas às instituições e organizações formais onde ocorrem a gestão dos assuntos internacionais²⁹. Assim, a função dos atores internacionais, com a inclusão das Organizações Não governamentais (ONGs), dos movimentos civis, das empresas multinacionais e dos mercados de capitais globais, na observância das regras de um sistema especializado de governança constitui fator pertinente para seu próprio êxito.

No que se refere às EMR, algumas associações internacionais exercem importantes funções na movimentação do mercado de energias renováveis, seja na elaboração de relatórios informativos do setor, seja na representação dos interesses das indústrias nos fóruns das organizações intergovernamentais, seja na distribuição de informações sobre o setor para os governos no processo de elaboração de políticas públicas de incentivo.

Dentre as quais pode-se destacar o desempenho das seguintes associações: *Global Wind Energy Council*³⁰ (GWEC), para o estabelecimento e ampliação do mercado de energia eólica *offshore* nos EUA, na Europa e na China; *WindEurope*³¹, para fixar o setor de energia eólica como indústria convencional na Europa; e a *Ocean Energy Europe*³² (OEE), para o desenvolvimento das energias oceânicas, melhorar o acesso ao financiamento e aumentar as oportunidades de negócios nesse setor.

A economia azul no contexto da crescente industrialização dos oceanos corresponde a um emaranhado de atividades antropogênicas nos mares e oceanos, que possuem interesses distintos, por vezes excludentes, de aproveitamento econômico dos espaços e dos recursos marinhos. A limitação espacial, decorrente do compartilhamento dos mares por diversos usuários, impulsiona a busca por soluções de resolução de conflitos.

Os conflitos são inerentes aos usos dos espaços marinhos, especialmente agravados com o aumento das atividades industriais, que recentemente inclui a produção de energias renováveis *offshore* em seu rol. O desenvolvimento de EMR direciona seu interesse de ocupação para as áreas superficiais e intermediárias com proximidade relativa das costas, tendo em vista a maturidade tecnológica para essas zonas e a necessidade de interligação com a rede de eletricidade instalada na costa.

29 ROSENAU, James. *The study of world politics: Globalization and governance*. London e New York: Routledge, 2006. v. 2. p. 121.

30 GWEC é uma associação comercial internacional para o setor de energia eólica, que representa mais de 1.500 empresas, organizações e instituições em mais de 80 países, incluindo fabricantes, desenvolvedores, fornecedores de componentes, institutos de pesquisa, associações nacionais de energia eólica e renováveis, fornecedores de eletricidade, finanças e companhias de seguros. Disponível em: <<http://www.gwec.net/about-winds/about-gwec/>>.

31 A *WindEurope* é uma remodelação da *European Wind Energy Association* (EWEA), direcionada para adequar-se aos novos desafios do mercado de energia eólica, mais competitivo e estratégico. A *WindEurope* é uma associação com mais de 450 membros, ativos em mais de 50 países, formada por fabricantes de turbinas eólicas com uma participação líder no mercado mundial de energia eólica, fornecedores de componentes, institutos de pesquisa, associações nacionais de energia eólica e renováveis, desenvolvedores, contratados, fornecedores de eletricidade, empresas de finanças e seguros e consultores. Disponível em: <<https://windeurope.org/about-us/>>.

32 A *Ocean Energy Europe* é a maior rede de profissionais de energia oceânica do mundo, composto por 115 organizações, incluindo as principais empresas de serviços públicos, industriais e institutos de pesquisa da Europa, para representar os interesses do setor de energia oceânica da Europa. A OEE comprometeu-se com a Comissão Europeia, o Conselho, o Parlamento, o Banco Europeu de Investimento e os ministérios nacionais acerca de todos os dossiês que afetam o setor, energia, clima, finanças, redes e consentimento. Disponível em: <<https://www.oceanenergy-europe.eu/en/association/about-the-association>>.

Para agravar, encontra-se de um lado o desenvolvimento de EMR em um contexto complexo e desafiador, enquanto do outro a saúde dos oceanos continua em declínio. Por conseguinte, o acúmulo dessas circunstâncias exige dos oceanos acomodação e satisfação de demandas cada vez maiores, induzindo conflitos reais ou potenciais de espaço e recurso marinho³³. Esse panorama peculiar de compartilhamento dos mares e oceanos encontra-se em evidência no meio ambiente marinho europeu, cuja existência de mares transfronteiriços requer dos Estados costeiros o compartilhamento de forças para gestão dessas atividades.

A percepção de interligação entre a dinâmica dos ecossistemas marinhos e as necessidades socioeconômicas, de segurança alimentar e criação de empregos, nutre a expectativa de melhora na gestão e no planejamento integrado de zonas costeiras e marinhas dos Estados. Essa abordagem resultaria no crescimento azul sustentável, a ser gerenciado por processos e instrumentos de gestão baseada em ecossistemas³⁴.

Acerca dos instrumentos de gestão do espaço marinho disponíveis em normas internacionais, regionais e locais, as Áreas de Proteção Marinha³⁵ (APM) são direcionadas para a proteção ambiental da biodiversidade marinha ocasionando a exclusão ou limitação de atividade marítima nessas áreas. O Gerenciamento Integrado na Zona Costeira³⁶ (GIZC) foi a primeira abordagem de governança marinha com o objetivo de equilibrar as atividades humanas de uso dos espaços.

Conquanto, esses instrumentos não fornecem um quadro de gestão holística para os usos dos oceanos industrializados, que requer novas fórmulas para gerir a exploração dos recursos marinhos de forma sustentável e para organizar estruturas de governança que possibilitem ou facilitem essa abordagem de desenvolvimento sustentável³⁷. Esse instrumento de gestão integrada é o Planejamento Espacial Marinho (PEM), adotado no âmbito da União Europeia como alternativa para gestão dos espaços compatível com a complexidade do crescimento azul.

4. FUNDAMENTAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO PLANEJAMENTO DO ESPAÇO MARINHO

O ordenamento, planificação ou planejamento do espaço marinho consiste no processo por meio do qual as autoridades competentes dos Estados analisam e organizam as atividades humanas nas zonas marítimas para alcançar objetivos ecológicos, econômicos e sociais³⁸.

33 YOUNG, Michaela. Building the Blue Economy: The role of marine spatial planning in facilitating offshore renewable energy development. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 30, n. 1, p. 150, 2015.

34 IGLESIAS-CAMPOS, Alejandro; BARBIÈRE, Julian; MENGIST, Wondifraw Getinet. Marine Spatial Planning Towards Blue Growth. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, n. 29, p. 12-13, 2015.

35 Definida de forma mais específica na Decisão VII/5: Marine and coastal biological diversity, da 7ª Conferência das Partes 7 da Convenção sobre Diversidade Biológica: “Área protegida marinha e costeira”, qualquer área definida dentro ou adjacente ao ambiente marinho, juntamente com as suas águas e flora, fauna e características históricas e culturais associadas, que foram reservadas por legislação ou outros meios eficazes, incluindo o costume, cuja sua biodiversidade marinha e / ou costeira goza de um nível de protecção mais elevado que o seu entorno (tradução livre)”.

36 A Agenda 21 define objetivos para o GIZC no parágrafo 17.5. “Os Estados costeiros comprometem-se a praticar um gerenciamento integrado e sustentável das zonas costeiras e do meio ambiente marinho sob suas jurisdições nacionais. Para tal, é necessário, *inter alia*: (a) Estabelecer um processo integrado de definição de políticas e tomada de decisões, com a inclusão de todos os setores envolvidos, com o objetivo de promover compatibilidade e equilíbrio entre as diversas utilizações; (b) Identificar as utilizações de zonas costeiras praticadas atualmente, as projetadas, e as interações entre elas; (c) Concentrar-se em questões bem definidas referentes ao gerenciamento costeiro; (d) Adotar medidas preventivas e de precaução na elaboração e implementação dos projetos, inclusive com avaliação prévia e observação sistemática dos impactos decorrentes dos grandes projetos; (e) Promover o desenvolvimento e a aplicação de métodos, tais como a contabilidade dos recursos naturais e do meio ambiente nacionais, que reflitam quaisquer alterações de valor decorrentes de utilizações de zonas costeiras e marinhas, inclusive poluição, erosão marinha, perda de recursos naturais e destruição de habitats. (f) Dar acesso, na medida do possível, a indivíduos, grupos e organizações interessados, às informações pertinentes, bem como oportunidades de consulta e participação no planejamento e na tomada de decisões nos níveis apropriados”.

37 WRIGHT, Glen. Marine governance in an industrialised ocean: a case study of the emerging marine renewable energy industry. *Marine Policy*, v. 52, p. 79, 2015.

38 Artigo 3º, 2, da Diretiva 2014/89/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 23 de julho de 2014, que

O instrumento normativo do PEM aspira a harmonização entre os objetivos do crescimento econômico dos Estados costeiros e da proteção do meio ambiente marinho. Essa harmonização realiza-se com base na perspectiva estratégica e integrada de alocação de atividades no espaço oceânico dentro dos limites ecológicos e sobre uma base equitativa. Para tal, seus objetivos principais são: a) mediar e reconciliar diferentes usos do espaço marinho atribuindo-os à diferentes atividades marinhas, e b) garantir a capacidade de fornecimento de serviços ecossistêmicos dos oceanos necessários para nossas condições socioeconômicas, através da regulação dessas atividades humanas³⁹.

Esse processo político contínuo de planificação permite a criação de plano de gestão com um horizonte de 10 a 20 anos, com a definição das prioridades para a área marítima, no tempo e no espaço, por escolhas entre diferentes usos marinhos e medidas de conservação⁴⁰. O PEM caracteriza-se por ser construído por meio da participação em um fórum de interessados, com a intenção de garantir apoio a longo prazo para sua consecução em razão da inclusão do cidadão em seu processo de elaboração⁴¹.

A participação dos interessados, também, possui função determinante em relação à identificação das áreas adequadas para atividades econômicas específicas. A localização das instalações tende a ser restrita a locais determinados por condições técnicas de viabilidade que devem ser indicadas no processo de participação das partes interessadas. Para parcela de empreendedores da indústria de EMR, a estreita relação entre EMR e PEM pode ocasionar efeitos negativos adversos resultantes da exclusão de áreas dentro do processo de zoneamento do espaço marinho, em favor de outros usuários legítimos. Como efeito positivo, o zoneamento oceânico, ao indicar quais áreas são pré-determinadas para o desenvolvimento de EMR, ocasionaria a redução de custos e aumento da celeridade no processo de licitação ambiental, ampliando a segurança jurídica para essa atividade industrial *offshore*⁴².

O PEM encontra sua fundamentação jurídica em instrumentos previstos no direito internacional, no direito regional comparado e no direito interno. No âmbito internacional, apesar da ausência de menção direta ao planejamento, a CNUDM regula a atuação dos Estados costeiros, ao definir o exercício da soberania de acordo com as zonas marinhas. Ao tempo em que reconhece direitos de exploração de recursos no mar territorial e na ZEE, impõe a obrigação de gestão e de proteção ao meio ambiente marinho⁴³.

A adequação entre o interesse de proteção do meio ambiente, como meio de preservar o valor da biodiversidade marinha, e a exploração sustentável do potencial econômico dos recursos marinhos impulsionou a elaboração, pela UNESCO, de um guia com abordagem passo a passo sobre o PEM⁴⁴.

As principais características comuns do PEM são a gestão ecossistêmica equilibrando metas e objetivos ecológicos, econômicos e sociais em busca do desenvolvimento sustentável; a integração entre setores e agências em diversos níveis de governo; a gestão baseada no local ou na área; a adaptação adquirida por

estabelece um quadro para o ordenamento do espaço marítimo.

39 YOUNG, Michaela. Building the Blue Economy: The role of marine spatial planning in facilitating offshore renewable energy development. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 30, n. 1, p. 155, 2015.

40 WRIGHT, Glen. Marine governance in an industrialised ocean: a case study of the emerging marine renewable energy industry. *Marine Policy*, v. 52, p. 82, 2015.

41 IGLESIAS-CAMPOS, Alejandro; BARBIÈRE, Julian; MENGIST, Wondifraw Getinet. Marine Spatial Planning Towards Blue Growth. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, n. 29, p. 18, 2015.

42 YOUNG, Michaela. Building the Blue Economy: The role of marine spatial planning in facilitating offshore renewable energy development. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 30, n. 1, p. 158-159, 2015.

43 Parte XII sobre proteção e preservação do meio ambiente marinho da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar.

44 Marine spatial planning: A step by step approach towards ecosystem-based management, produzido pela Comissão Intergovernamental Oceanográfica e pelo Programa *Man and the Biosphere (MaB)* coordenado pela Divisão de Ciências Ecológicas e da Terra, em 2009. O desenvolvimento e a implementação do PEM envolvem os seguintes passos: 1) Identificar os fins e estabelecer as autoridades responsáveis; 2) Obter suporte financeiro; 3) Organizar o processo por meio de pré-planejamento; 4) Proporcionar a participação das partes interessadas; 5) Definir e analisar as condições existentes; 6) Definir e analisar as condições futuras; 7) Preparar e aprovar o plano de gestão espacial; 8) Implementar e fazer cumprir o plano de gestão espacial; 9) Monitorar e avaliar desempenho; 10) Adaptar o processo de gestão espacial marinha.

experiências; conotação estratégica e preventiva com foco no longo prazo; a participação das partes interessadas envolvidas ativamente no processo de planejamento das atividades marinhas⁴⁵.

O instrumento direcionador da UNESCO sobre PEM indica princípios a serem considerados no processo de escolha para determinar a natureza e as características do PEM. A partir de um panorama geral, pode-se indicar os princípios jurídicos compatíveis com o planejamento marinho: o princípio da integridade do ecossistema, o princípio da integração setorial ou institucional, princípio da confiança pública na gestão do bem comum, o princípio da transparência, princípio da precaução e princípio do poluidor-pagador.

Assim, em relação ao direito internacional, não há um documento vinculativo para implementação de planos de PEM nos Estados, seja por ser um instrumento novo ainda em processo de aprendizado, ou por tratar-se de instrumento direcionado para mares e oceanos industrializados, com problemas recentes ou sob iminência em continentes distintos do europeu. Diversas conjunturas podem ser elencadas, mas, conforme o observado, os países fortes nos setores de indústrias *offshore* tomaram a iniciativa de implementação desse instrumento de gestão de espaços para impulsionar a economia azul.

Estima-se que, na próxima década, mais de 40 países terão adotado cerca de 60 a 70 instrumentos de PEM, tanto no nível nacional das ZEE, subnacional no Mar Territorial, e estadual ou provincial. Com essa previsão, a UNESCO edita outro documento de suporte técnico para avaliar os atuais PEM, que em alguns países estão na sua segunda ou terceira geração⁴⁶. O guia reforça a importância do monitoramento e avaliação como elementos precoces inseridos no processo de PEM, bem como o estabelecimento de objetivos mensuráveis e específicos.

No âmbito do direito supranacional da União Europeia, a energia eólica *offshore* constituiu um dos propulsores para o planejamento dos mares e oceanos⁴⁷ nos países europeus como a Bélgica, Alemanha, Países Baixos e Reino Unido. Essa função deve-se à sua inserção em um ambiente anteriormente ocupado por outras atividades e à exclusão ou compartilhamento de espaços ocasionados por sua instalação e produção.

A interação entre o PEM e os setores das energias renováveis pode ocasionar, na prática, a forte vinculação adotada na Escócia. O governo escocês determinou que propósito fundamental do ordenamento marinho é assegurar eficiência ao licenciamento dos projetos de desenvolvimento de energias marinhas renováveis, para o cumprimento de metas estabelecidas pelo país⁴⁸.

Outros fatores políticos serviram de impulso para a planificação do espaço marinho, como a sequência de diretivas, políticas e regulamentos da União Europeia sobre meio ambiente, pesca, energias renováveis e gestão intersectorial e integrada⁴⁹. Dentre as quais pode-se destacar, por serem especificamente voltadas para uma gestão do espaço marinho, a Política Marítima Integrada⁵⁰, a Diretiva Quadro Estratégia Marinha⁵¹, e a Diretiva da Planificação do Espaço Marítimo⁵².

A Política Marítima Integrada (PMI), ou Livro Azul, representa uma iniciativa da União Europeia para estimular o desenvolvimento da economia azul sob uma abordagem integrada de setores conexos, abrangendo serviços como transporte marítimo, portos, energia eólica *offshore*, turismo, pesca e outros. O Livro Azul atua em conformidade com dois princípios, a subsidiariedade e a competitividade.

45 EHLER, Charles; DOUVERE, Fanny. *Marine Spatial Planning: a step-by-step approach toward ecosystem-based management*. Paris: UNESCO. 2009. p. 18.

46 EHLER, Charles. *A Guide to Evaluating Marine Spatial Plans*. Paris: UNESCO, 2014.

47 JAY, Stephen. Planners to the rescue: Spatial planning facilitating the development of offshore wind energy. *Marine Pollution Bulletin*, v. 60, n. 4, p. 194, 2010.

48 DAVIES, Ian M.; WATRET, Robert; GUBBINS, Matt. Spatial planning for sustainable marine renewable energy developments in Scotland. *Ocean & Coastal Management*, v. 99, p. 72, 2014.

49 QIU, Wanfei; JONES, Peter. The emerging policy landscape for marine spatial planning in Europe. *Marine Policy*, v. 39, p. 183, 2013.

50 COM(2007) 575.

51 DIRETIVA 2008/56/CE.

52 DIRETIVA 2014/89/UE.

A subsidiariedade determina o esforço de divulgação das boas práticas na economia azul e do compartilhamento de dados e informações, mas resguarda a competência dos Estados-Membros na tomada de decisão das políticas marítimas para cada país. A competitividade garante concorrência equitativa aos setores industriais europeus, na medida que previne a adoção de normas estritas que não forem adotadas no âmbito internacional.

Sob o prisma desses princípios, a PMI possui uma forte conotação de desenvolvimento econômico dos mares e oceanos europeus, que reflete na adoção do instrumento da planificação do espaço marinho com objetivo de previsibilidade necessária para o planejamento de investimentos na indústria marítima⁵³.

Na realidade um dos principais motores para a adoção do PEM é a sua pretensão de conciliação entre os usuários do espaço marinho, a partir da identificação da potencialidade dos usos de serem compatíveis ou incompatíveis. O PEM, em teoria, atribuiria áreas distintas para usos incompatíveis e conformaria os usos passíveis de coexistência no mesmo espaço marinho, resultando em mapas de zoneamento oceânico. De certa forma, ao planejar a atuação dos usuários, o PEM fornece a previsibilidade, a certeza jurídica, a transparência e o direcionamento político do desenvolvimento de uma determinada área, que beneficiaria o investimento das indústrias⁵⁴.

Por seu caráter de promoção da integração intersetorial, a PMI abrange todas as políticas e legislações referentes ao espaço marinho. Há, portanto, uma busca de harmonização dos interesses legítimos de usuários no âmbito político, dentre os quais a proteção ao meio ambiente marinho figura apenas como um dos setores de interesse na ocupação do espaço.

Com efeito, a PMI, apesar de citação expressa como princípio orientador, não confere real inserção de uma abordagem ecossistêmica dos usos dos mares e oceanos na Europa. A preocupação da utilização da abordagem ecossistêmica restringiu-se ao setor pesqueiro, com a preocupação da adoção de uma política europeia de pesca que fosse compatível com a estratégia para o meio marinho.

A abordagem ecossistêmica encontra-se na Diretiva Quadro Estratégia Marinha, garantindo que as atividades antropocêntricas sejam administradas a níveis compatíveis com um bom estado ambiental⁵⁵ e preservando a capacidade de respostas dos ecossistemas marinhos a essas atividades. Trata-se da aplicação do uso sustentável dos mares e oceanos europeus, que deve ser integrado a toda política e regulamentação acerca da utilização do espaço e dos recursos marinhos.

A definição da abordagem ecossistêmica pode ser extraída da Decisão V/6 da Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, constituindo uma estratégia para a gestão integrada da terra, águas e recursos vivos, que promove a conservação e o uso sustentável de forma equitativa. A abordagem ecossistêmica impõe a integração das medidas de gestão dos espaços terrestres, litorais e do meio ambiente marinho, portanto, incompatível com a noção de fronteiras.

A adoção da Diretiva da Planificação do Espaço Marinho, em 2014, pela União Europeia impõe a abordagem ecossistêmica para o estabelecimento e aplicação do planejamento do espaço marinho. Após a diretiva, os Estados-membros possuem obrigação de apresentar o instrumento de ordenamento do espaço marinho em conformidade com os princípios apontados na diretiva, resguardando-se a soberania acerca da harmonização entres os usuários legítimos.

Na Diretiva 2014/89/UE do PEM, podem-se identificar os princípios, citados anteriormente, como norteadores dos planos de PEM a serem elaborados pelos Estados costeiros, como abordagem ecossistemi-

53 QIU, Wanfei; JONES, Peter. The emerging policy landscape for marine spatial planning in Europe. *Marine Policy*, v. 39, p. 186, 2013.

54 YOUNG, Michaela. Building the Blue Economy: The role of marine spatial planning in facilitating offshore renewable energy development. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 30, n. 1, p. 158, 2015.

55 Artigo 3º da Diretiva 2008/56/CE.

ca⁵⁶, princípio da integração setorial⁵⁷ e princípio da precaução⁵⁸. Cumpre salientar que a Diretiva 2014/89/UE deixa a cargo do Estado determinar a forma como os objetivos serão refletidos e ponderados nos seus planos de PEM⁵⁹. Como decorrência, a adoção de PEM em muitos países e regiões acontece de formas diversas, não havendo uma única maneira de planejar. A necessidade de adaptação do PEM aos contextos locais, resguardados os elementos essenciais de planejamento, permite a efetividade desse⁶⁰.

A entrada em vigor da Diretiva de Planificação do Espaço Marinha possui o escopo de diminuição dos conflitos, da coordenação, cooperação transfronteiriça e proteção do meio ambiente, contudo, as tensões permaneceram evidentes, transformando a Diretiva do PEM a base normativa da PMI⁶¹.

Antes da Diretiva 2014/89/UE, o instrumento de PEM decorria da política intersetorial e integral da PMI, com uma abordagem de desenvolvimento da economia azul dos setores marinhos. Em seguida, a edição da Diretiva Estratégia Marinha promoveu uma abordagem ecossistêmica, com ênfase no bom estado ambiental. A desconexão entre as racionalidades contidas em cada abordagem tornou-se manifesta com as tensões entre interesses econômicos e ambientais no processo de PEM. Uma análise das lógicas conflitantes entre abordagem de desenvolvimento econômico e abordagem ecossistêmica pode traçar caminhos para a redução das incongruências e a proximidade com a integração da gestão dos espaços marinhos.

5. TENSÕES ENTRE O CRESCIMENTO AZUL E A ABORDAGEM ECOSISTÊMICA

Os incentivos da economia azul sob os princípios da subsidiariedade e da competitividade direcionam a intenção da UE de fornecer as bases comuns necessárias para o crescimento econômico a partir dos setores marítimos, em especial os novos horizontes de aproveitamento de recursos marinhos como a biotecnologia marinha, o turismo, recursos minerais marinhos, aquicultura, e energia marinha renovável. A posição do setor privado dentro da política europeia é de liderança para alcançar os objetivos de crescimento sustentável.⁶²

Em tempo de crise econômica, a UE direciona esforços para que novos setores econômicos possam crescer. Nesse sentido, suas políticas estão voltadas para a criação de um quadro regulamentador que ofereça segurança jurídica para os investimentos na economia azul⁶³. Essa é a racionalidade empregada nos processos de decisão dentro desse setor econômico, de busca do crescimento sustentável que não inviabilize a utilização dos ecossistemas para as futuras gerações, mas que, também, não implique em barreiras para o desenvolvimento econômico.

Sob outra lógica, a proteção ambiental do meio ambiente marinho insere-se na governança dos mares e oceanos através da gestão integrada, com uma abordagem ecossistêmica para a proteção e conservação dos

56 Artigo 5º (1) da Diretiva 2014/89/UE. “Quando do estabelecimento e da aplicação do ordenamento do espaço marítimo, os Estados-Membros devem ter em conta aspetos económicos, sociais e ambientais, para apoiar o crescimento e o desenvolvimento sustentável no setor marítimo, aplicando uma abordagem ecossistêmica, e para promover a coexistência de atividades e utilizações pertinentes”.

57 O PEM descrito na Diretiva 2014/89/UE possui sua previsão de documento político da PMI, indicada na própria diretiva, que “considera o ordenamento do espaço marítimo como um instrumento estratégico intersetorial destinado a permitir que as autoridades públicas e às partes interessadas apliquem uma abordagem coordenada, integrada e transnacional”.

58 A Diretiva 2014/89/UE considera que “os Estados-Membros deverão ter em conta os princípios da precaução e da ação preventiva, estabelecidos no artigo 191.o, n. 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

59 Artigo 5º (3) da Diretiva 2014/89/UE.

60 IGLESIAS-CAMPOS, Alejandro; BARBIÈRE, Julian; MENGIST, Wondifraw Getinet. Marine Spatial Planning Towards Blue Growth. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, n. 29, p. 19, 2015.

61 JONES, Peter JS; LIEBERKNECHT, L. M.; QIU, W. Marine spatial planning in reality: introduction to case studies and discussion of findings. *Marine Policy*, v. 71, p. 261, 2016.

62 COMISSÃO EUROPEIA. *La croissance bleue: des possibilités de croissance durable dans les secteurs marin et maritime*. Bruxelles, 2012. p. 14.

63 COMISSÃO EUROPEIA. *La croissance bleue: des possibilités de croissance durable dans les secteurs marin et maritime*. Bruxelles, 2012. p. 3.

recursos marinhos. Para tanto, a lógica ecossistêmica configura-se como meta-princípio para a implementação do planejamento do espaço marinho, ou seja, possui a função de um princípio estrutural que transcende e engloba os outros princípios⁶⁴.

A compreensão da aplicação abordagem ecossistêmica disposto no quadro da CDB pode ser elucidada a partir dos 12 princípios⁶⁵ complementares e inter-relacionados que permeiam a sua utilização nos espaços marinhos.

Para a aplicação congruente da abordagem ecossistêmica no PEM, os objetivos da gestão dos recursos marinhos devem ser escolhidos pela sociedade (Princípio 1), na medida em que a gestão dos ecossistemas marinhos deve ocorrer de forma justa e equitativa de acordo com seus valores intrínsecos e pelos benefícios para os seres humanos. A gestão deve ser descentralizada para conduzir a uma maior eficiência, eficácia e equidade (Princípio 2) por envolver todas as partes interessadas visando o equilíbrio entre o interesse público geral e o interesse local sobre a ocupação do espaço marinhos.

A gestão das atividades econômicas no meio ambiente marinho prescinde de considerações dos efeitos reais ou potenciais de suas atividades em ecossistemas costeiros ou marinhos adjacentes (Princípio 3), que resulta na necessidade de análise cuidadosa dos possíveis impactos. Em um contexto de ganhos econômicos dos usos dos recursos marinhos, deve-se: reduzir as distorções do mercado que produzam efeitos negativos sobre a biodiversidade; direcionar os incentivos para a promoção da conservação e da utilização sustentável; internalizar custos e benefícios (Princípio 4).

A abordagem ecossistêmica possui como objetivo prioritário a manutenção dos serviços dos ecossistemas marinhos, com a conservação de suas estruturas e funcionamentos (Princípio 5), medida que reflete na manutenção a longo prazo da biodiversidade marinha. Além da imposição da restrição da gestão dos ecossistemas marinhos dentro dos limites de seu funcionamento (Princípio 6), ou seja, está condicionada as condições ambientais que delimitam a produtividade natural, estrutura, funcionamento e diversidade dos mares e oceanos. Como decorrência, a gestão dos espaços e recursos marinhos sob abordagem ecossistêmica tem como escopo o equilíbrio entre a conservação e a utilização da diversidade biológica e sua integração (Princípio 10).

A gestão dos espaços e dos recursos marinhos deve ser operacionalizada em escala espacial e temporal (Princípio 7), delimitando-se o espaço e o período temporal da atividade em conformidade com os objetivos definidos pela sociedade, e promovendo a conectividade entre áreas. Tendo em vista o reconhecimento das diversas escalas temporais e os próprios processos ecossistêmicos, os objetivos acima devem ser estabelecidos a longo prazo (Princípio 8), motivo pelo qual a gestão dos espaços marinhos possui um horizonte de 10 a 20 anos. No processo de gestão, deve-se internalizar as mudanças que ocorrem nos ecossistemas marinhos (Princípio 9), portanto, a abordagem ecossistêmica demanda uma gestão adaptativa que antecipe e atenda essas mudanças ao tempo que mantém uma postura cautelosa para decisões definitivas que possam clausurar questões abertas.

Para tanto, a abordagem ecossistêmica deve considerar todas as formas de conhecimento e informação (Princípio 11) para a tomada de decisão sobre a gestão dos mares e oceanos, incorporando alguns preceitos da “ecologia dos saberes”⁶⁶. Assim, sob a ótica da abordagem ecossistêmica, a gestão integrada dos mares e oceanos devem envolver todos os setores relevantes da sociedade e das disciplinas científicas (Princípio 12), tendo em vista a complexidade e a interação dos problemas relacionados ao ambiente marinho.

64 QUEFFELEC, Betty. Planification de l'espace maritime et approche écosystémique en contexte transfrontalier: illustration franco-belge. *VertigO-la revue électronique en sciences de l'environnement*, n. Hors-série 18, p. 2, 2013.

65 Decisão V/6 da Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica.

66 A ecologia dos saberes tem como consequência a relocação do conhecimento científico como parte de uma ecologia mais ampla de saberes, em que o conhecimento científico pode dialogar com o conhecimento laico, com o saber popular, com o saber indígena, com o saber do camponês. Ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

Do ponto de vista da aplicação, a compreensão da abordagem ecossistêmica possui variações a depender de fatores políticos, econômicos e sociais. Há uma coexistência de duas percepções da abordagem ecossistêmica entre os atores sociais: ecológica determinista e ecológica relativista. Para a visão ecológica determinista, a intervenção humana no meio ambiente marinho é estruturada de forma fundamental por processos ecológicos, enquanto na visão ecológica relativista, esses processos possuem um papel mais restrito, as atividades humanas não estão intrinsecamente entrelaçadas em estrutura de ecossistemas⁶⁷:

Aplicando-se à experiência do desenvolvimento das energias eólicas *offshore*, a divergências entre essas concepções de abordagem ecossistêmica enriquece o debate político e permite a abertura de questionamentos acerca da sua real aplicação e de quais interesses entre os usuários do espaço marinho foram privilegiados. Na Alemanha, o PEM conferiu uma prioridade aos setores econômicos de transporte e energias, restando o segundo plano para a conservação do meio ambiente marinho⁶⁸.

Após a breve explanação sobre as formas de pensamento das duas abordagens que influenciam o PEM, as distinções práticas podem ser averiguadas por meio do embate de seus interesses para a formulação da gestão do espaço marinho no contexto regional da UE. Analisa-se como as questões marinhas são postas diante da tensão entre a Diretiva de PEM, como face normativa da PMI e a Diretiva de Estratégia Marinha direcionada para a obtenção de um bom estado ambiental.

A interação entre as duas Diretivas deveria garantir que as políticas e incentivos do crescimento azul fossem compatíveis com a realização do bom estado ambiental. Entretanto, a implementação das obrigações vinculadas nas diretivas deu-se de forma diversa, fato que pode ser atribuído à distinção entre os atributos das diretivas. Apesar da confluência teórica de integração, a Diretiva de Planificação do Espaço Marinho distancia-se dos objetivos da Diretiva de Estratégia Marinha ao não mencionar qualquer obrigação de realização do bom estado ambiental⁶⁹.

A própria percepção do significado de bom estado ambiental também sofre variações, quando posta em situações práticas. O bom estado ambiental é definido, normativamente, como o estado ambiental das águas marinhas quando estas constituem oceanos e mares dinâmicos e ecologicamente diversos, limpos, são e produtivos nas suas condições intrínsecas, e quando a utilização do meio marinho é sustentável, salvaguardando assim o potencial para utilizações e atividades das gerações atuais e futuras⁷⁰.

As incertezas sobre o significado do conceito acima descrito recaem principalmente sobre as linhas de base ou condições de referência para o bom estado ambiental dos oceanos. O problema de determinação de linhas de base advém da ausência de dados científicos do meio ambiente marinho e da definição normativa ser uma derivação de valores sociais, ou seja, é uma construção social variável no tempo. Como resultado, o bom estado ambiental pode ser o intocável, o sustentável ou o *status quo*⁷¹.

Outrossim, podem-se apontar algumas deficiências da Diretiva de Estratégia Marinha indicadas por estudo empírico, quais sejam, os problemas de coerência com outras diretivas e políticas da UE, a imprecisão dos meios para implementar a abordagem ecossistêmica, as dificuldades na real participação dos interessados nas decisões, a desigualdade de condições entre os usuários dos mares e oceanos, ausência de dados, as cláusulas de exclusão de responsabilidade dos Estados, os obstáculos para a harmonização entre os Estados

67 JAY, Stephen; KLENKE, Thomas; JANBEN, Holger. Consensus and variance in the ecosystem approach to marine spatial planning: German perspectives and multi-actor implications. *Land Use Policy*, v. 54, p. 131, 2016.

68 JAY, Stephen; KLENKE, Thomas; JANBEN, Holger. Consensus and variance in the ecosystem approach to marine spatial planning: German perspectives and multi-actor implications. *Land Use Policy*, v. 54, p. 135, 2016.

69 JONES, Peter JS; LIEBERKNECHT, L. M.; QIU, W. Marine spatial planning in reality: introduction to case studies and discussion of findings. *Marine Policy*, v. 71, p. 261, 2016.

70 Artigo 3º da Diretiva 2008/56/CE.

71 BRENNAN, Jonathon et al. EU marine strategy framework directive (MSFD) and marine spatial planning (MSP): Which is the more dominant and practicable contributor to maritime policy in the UK?. *Marine Policy*, v. 43, p. 360, 2014.

e principalmente a falta de vontade política⁷².

As carências indicadas refletem argumentos de justificativa para a não implementação das obrigações contidas na Diretiva Estratégica Marinha nos Estados-Membros. As situações fáticas⁷³ que levaram a essas conclusões contradizem com os princípios elencados no quadro normativo da CDB, especificamente os relacionados à participação dos interessados, ao jogo de força entre os setores da economia azul e à ausência de dados para análise dos impactos sobre os ecossistemas marinhos.

Em muitos Estados, o objetivo do PEM aparenta ter se transformado na promoção do crescimento azul, em que as questões ambientais dentro do processo de PEM assumem uma posição de equiparação horizontal às outras questões a serem discutidas nas decisões de alocação de usuários do espaço marinho. Essa horizontalização privilegia os objetivos econômicos e pode resultar na utilização do PEM como meio de legitimar os novos usos dos mares e a expansão industrial dos oceanos, com a perda substancial de sua função como ferramenta para alcançar o desenvolvimento sustentável através de uma abordagem ecossistêmica⁷⁴.

Diante do exposto, a transposição das duas diretivas referidas demonstra um *modus operandis* antagônico, com uma maior priorização do desenvolvimento econômico em detrimento da obtenção do bom estado ambiental dos mares e oceanos. Nota-se a consistência de afirmativas sobre o desacoplamento do PEM do ecossistema, mesmo que expressamente seja qualificado como instrumento de abordagem ecossistêmica⁷⁵.

As considerações acerca da efetividade da abordagem ecossistêmica do PEM, de natureza política-sociológica, objetivam destacar a subutilização do instrumento de planejamento na gestão dos espaços oceanos. O instrumento de PEM pode oferecer muito além do que possibilitar o desenvolvimento das energias renováveis *offshore*, sem aferição de benefícios reais de sustentabilidade em um contexto de possível ameaça ao ambiente marinho⁷⁶.

Apesar da distorção das funções do PEM, operada pelos interesses dos setores industriais marinhos, esse instrumento possui benefícios para o desenvolvimento das EMR, a exemplo da resolução ou prevenção dos conflitos entre os diferentes usuários do espaço marinho, a formação de uma base que viabilize processos de concessões mais simplificados e céleres, a possibilidade de redução de lacunas de dados e conhecimentos científicos sobre os impactos ambientais associados à EMR.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, a exposição das tensões entre as abordagens com viés econômico e com viés ecossistêmico existentes na gestão do espaço marinho na UE, indica as contradições entre as implementações das re-

72 BRENNAN, Jonathon et al. EU marine strategy framework directive (MSFD) and marine spatial planning (MSP): Which is the more dominant and practicable contributor to maritime policy in the UK?. *Marine Policy*, v. 43, p. 365, 2014.

73 O estudo empírico analisa o contexto da aplicação do PEM no Reino Unido, que representa uma das maiores potências industriais marinhas, com especial liderança no crescimento do setor de EMR. Dentre as circunstâncias apontadas pelo estudo, o Reino Unido adota uma política cautelosa em relação à aplicação plena das restrições ambientais das diretivas da UE, bem como exige um elevado grau de certeza científica para autorizar essas restrições às atividades no meio marinho, o que revela uma abordagem sustentada em evidências e não regida pela precaução. Ademais o setor da indústria, de forma geral, possui forte influência no governo do Reino Unido, que evita atribuir restrições excessivamente dispendiosas a pretexto do princípio da proporcionalidade. Esta conjuntura revela a intenção do Reino Unido de utilizar-se da PEM para adequar as disposições da Diretiva Estratégia Marinha à sua cultura de equilíbrio entre desenvolvimento e proteção ambiental. Ver: BRENNAN, Jonathon et al. EU marine strategy framework directive (MSFD) and marine spatial planning (MSP): Which is the more dominant and practicable contributor to maritime policy in the UK?. *Marine Policy*, v. 43, p. 359-366, 2014. JONES, Peter JS; LIEBERKNECHT, L. M.; QIU, W. Marine spatial planning in reality: introduction to case studies and discussion of findings. *Marine Policy*, v. 71, p. 256-264, 2016.

74 YOUNG, Michaela. Building the Blue Economy: The role of marine spatial planning in facilitating offshore renewable energy development. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 30, n. 1, p. 172-173, 2015.

75 JONES, Peter JS; LIEBERKNECHT, L. M.; QIU, W. Marine spatial planning in reality: introduction to case studies and discussion of findings. *Marine Policy*, v. 71, p. 262, 2016.

76 YOUNG, Michaela. Building the Blue Economy: The role of marine spatial planning in facilitating offshore renewable energy development. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 30, n. 1, p. 172, 2015.

gulamentações adotadas. Essas tensões influenciam, diretamente, o setor da produção energética renovável *offshore*, tornando interessante extrair as boas práticas de planejamento do espaço marinho que harmonizam o incentivo das EMR e a consecução do bom estado ambiental dos mares e oceanos.

No âmbito local do Brasil, o sistema normativo de regulação volta-se para os recursos marinhos, deixando a gestão dos espaços marinhos em hiato. Entretanto o IX Plano Setorial para os Recursos do Mar⁷⁷ (IX PSRM) dispõe como um de seus objetivos promover estudos e subsídios para implementação do “Uso Compartilhado do Ambiente Marinho”⁷⁸.

Esse novo direcionamento político visa legitimar formalmente a questão do “Uso Compartilhado do Ambiente Marinho” no Brasil; propor a adequação do marco institucional, normativo e regulatório vigente, buscando a harmonização das políticas, normas e definições relacionadas ao “Uso Compartilhado do Ambiente Marinho”; e estabelecer diretrizes, ferramentas e metodologias adequadas, que possam ser utilizadas em apoio ao processo de tomada de decisões relacionadas ao uso do mar, tanto em nível governamental, quanto privado⁷⁹.

O IX PSRM, também, aborda as questões de integração, como função fundamental das instituições governamentais, da iniciativa privada, da sociedade civil organizada e das comunidades acadêmica e científica. Para tanto, necessita de um quadro normativo sobre o uso dos mares que permita a participação da iniciativa privada, seja para fomentar pesquisas ou no uso sustentável dos recursos.

Portanto, pode-se prever a adoção pelo Brasil de diretrizes para a formação de PEM. Essa conjuntura impulsiona por experiências normativas que forneçam opções de governança dos mares e oceanos, especialmente relacionadas com o incentivo da produção de EMR. Da experiência da UE, pode-se aferir que o PEM, em seus primeiros momentos experimentais, cabe lembrar seu caráter adaptativo e continuado, concentrou seus esforços para o desenvolvimento setorial de algumas atividades *offshore*, negligenciando as preocupações de preservação e conservação dos ecossistemas marinhos.

Entretanto, o instrumento normativo da PEM aspira a harmonização entre os objetivos do crescimento econômico dos Estados costeiros e da proteção do meio ambiente marinho. Essa harmonização realiza-se com base em uma perspectiva estratégica e integrada de alocação de atividades no espaço oceânico dentro dos limites ecológicos e sobre uma base equitativa.

REFERÊNCIAS

ARSON, Alice. *Transition énergétique et transition juridique: le développement des énergies de sources renouvelables en France*. 2015. Tese de Doutorado, Université de Bordeaux, France.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia et al. Correndo para o mar no antropoceno: a complexidade da governança dos oceanos e a estratégia brasileira de gestão dos recursos marinhos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, 2015.

BRENNAN, Jonathon et al. EU marine strategy framework directive (MSFD) and marine spatial planning (MSP): Which is the more dominant and practicable contributor to maritime policy in the UK? *Marine Policy*,

77 O IX Plano Setorial para os Recursos do Mar 2016-2019 foi aprovado pela portaria CIRM N° 191 de 26 de novembro de 2015.

78 O Grupo de Trabalho, criado por meio da Resolução CIRM n° 1/2013, entente preliminarmente que o termo Uso Compartilhado do Ambiente Marinho compreende o “Uso racional do mar, dos fundos marinhos e de seus recursos, definido por um processo político, com o suporte de parâmetros técnico-científicos, que busca harmonizar os distintos interesses ou pressões naquele espaço, com vistas à consecução de objetivos ambientais, econômicos e sociais, de modo a contribuir para o desenvolvimento sustentável do Brasil, em áreas sob jurisdição nacional ou controle, respeitada a salvaguarda de interesses estratégicos e de Defesa Nacional”

79 COMISSÃO INTERMINISTERIAL PARA OS RECURSOS DO MAR. *IX Plano Setorial para os Recursos do Mar 2016-2019*. Brasil, nov. 2015.

v. 43, p. 359-366, 2014.

CHABAUD, Catherine. Quels moyens et quelle gouvernance pour une gestion durable des océans? *Année du Conseil économique, social et environnemental*, Paris, jul. 2013.

CHEVALLIER, Jacques. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? *Revue française d'administration publique*, 2003.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Energia Eólica Marítima: Acções necessárias para a realização dos objectivos da política energética para 2020 e mais além*. Bruxelas, 2008.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Plano Estratégico Europeu para as Tecnologias Energéticas (PLANO SET): Para um futuro com baixas emissões de carbono*. Bruxelas, 2007.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Uma Política Energética para a Europa*. Bruxelas, 2007.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Uma Política Marítima Integrada para a União Europeia*. Bruxelas, 2007.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação Energia azul: Materializar o potencial da energia oceânica nos mares e oceanos da Europa no horizonte de 2020 e mais além*. Bruxelas, 2014.

COMISSÃO EUROPEIA. *La croissance bleue: des possibilités de croissance durable dans les secteurs marin et maritime*. Bruxelles, 2012.

COMISSÃO INTERMINISTERIAL PARA OS RECURSOS DO MAR. *IX Plano Setorial para os Recursos do Mar 2016-2019*. Brasil, nov. 2015.

DARSON, Alice. *Transition énergétique et transition juridique: le développement des énergies de sources renouvelables en France*. 2015. Tese de Doutorado. Université de Bordeaux, 2015.

DAVIES, Ian M.; WATRET, Robert; GUBBINS, Matt. Spatial planning for sustainable marine renewable energy developments in Scotland. *Ocean & Coastal Management*, v. 99, 2014.

EHLER, Charles. *A Guide to Evaluating Marine Spatial Plans*. Paris, UNESCO, 2014.

EHLER, Charles; DOUVERE, Fanny. *Marine Spatial Planning: a step-by-step approach toward ecosystem-based management*. Paris: UNESCO. 2009.

GALLETTI, Florence. Les transformations du droit international de la mer: entre gouvernance de «l'espace» et gouvernance de la «ressource» en mer. In: MONACO, Andre (Ed.); PROUZET, Patrick (Ed.). *Gouvernance des mers et des océans*. Londres: ISTE, 2015.

GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL. *Global wind report: Annual market update 2015*. Bruxelas, 2016.

IGLESIAS-CAMPOS, Alejandro; BARBIÈRE, Julian; MENGIST, Wondifraw Getinet. Marine Spatial Planning Towards Blue Growth. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, n. 29, p. 9-25, 2015.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Medium-Term Renewable Energy Market Report 2015*. Paris, 2015.

JAY, Stephen. Planners to the rescue: Spatial planning facilitating the development of offshore wind energy. *Marine Pollution Bulletin*, v. 60, n. 4, p. 493-499, 2010.

JAY, Stephen; KLENKE, Thomas; JANBEN, Holger. Consensus and variance in the ecosystem approach to marine spatial planning: German perspectives and multi-actor implications. *Land Use Policy*, v. 54, p. 129-138, 2016.

JONES, Peter JS; LIEBERKNECHT, L. M.; QIU, W. Marine spatial planning in reality: introduction to case studies and discussion of findings. *Marine Policy*, v. 71, p. 256-264, 2016.

KALAYDJIAN, Régis. Maritime Economy: Definition and Main Aspects. In: MONACO, André;

- PROUZET, Patrick (Ed.). *Value and Economy of Marine Resources*. London: ISTE Ltd, 2014.
- QIU, Wanfei; JONES, Peter. The emerging policy landscape for marine spatial planning in Europe. *Marine Policy*, v. 39, p. 182-190, 2013.
- QUEFFELEC, Betty. Planification de l'espace maritime et approche écosystémique en contexte transfrontalier: illustration franco-belge. *VertigO-la revue électronique en sciences de l'environnement*, n. Hors-série 18, 2013.
- ROSENAU, James. *The study of world politics: Globalization and governance*. London e New York: Routledge, 2006. v. 2.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- TORELLY, Marcelo. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileira*, v. 15, n. 6, 2016.
- WRIGHT, Glen. Marine governance in an industrialised ocean: a case study of the emerging marine renewable energy industry. *Marine Policy*, v. 52, p. 77-84, 2015.
- WRIGHT, Glen. Regulating marine renewable energy development: a preliminary assessment of UK permitting processes. *Underwater Technology*, v. 32, n. 1, p. 39-50, 2014.
- YOUNG, Michaela. Building the Blue Economy: The role of marine spatial planning in facilitating offshore renewable energy development. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 30, n. 1, p. 148-174, 2015.

AGRADECIMENTOS.

À Capes pelo financiamento do projeto “A Estratégia Brasileira para a Gestão Sustentável dos Recursos Vivos e Não-Vivos Marinhos”, aprovado no Edital de Ciências do Mar, e à Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Funcap).

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A aplicação do princípio da
precaução ante os riscos
advindos das novas tecnologias
bélicas**

**The application of the
precautionary principle to
the risks arising from new war
technologies**

Alice Rocha da Silva

Mario Abrahão Antônio

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

A aplicação do princípio da precaução ante os riscos advindos das novas tecnologias bélicas*

The application of the precautionary principle to the risks arising from new war technologies

Alice Rocha da Silva**

Mario Abrahão Antônio***

RESUMO

O presente artigo analisa a possibilidade do emprego do Princípio da Precaução, tradicional no Direito Ambiental, para o controle dos riscos e incertezas que envolvem a utilização de novas tecnologias de armas para as pessoas e determinados bens protegidos pelos princípios e regras do Direito Internacional Humanitário, tendo como paradigma a polêmica envolvendo o desenvolvimento das chamadas Armas Autônomas Letais – AAL, capazes de, em um conflito armado, deslocarem-se no terreno, identificarem e atacarem alvos, sem qualquer intervenção humana. Visando ao objetivo do presente estudo, pretende-se traçar a diferenciação dessa tecnologia com outros sistemas de armas atualmente existentes; apontar as divergências de opinião em torno da compatibilidade desses sistemas com, pelo menos, dois princípios protetivos basilares do DIH, quais sejam, da “Humanidade” e “Distinção”, bem como analisar inquietações que, ainda, não foram bem esclarecidas sobre critérios de responsabilização por atos praticados por esses engenhos que venham a ser classificados como crimes de guerra. Por fim, inspirando-se na “Teoria da Sociedade de Risco”, de Ulrich Beck, apresenta-se uma proposta de adoção do Princípio da Precaução no âmbito do Direito Internacional Humanitário, por intermédio da criação de uma regra, seja nas Convenções de Genebra, seja na Convenção sobre Armas Convencionais ou em um Tratado específico, que estabeleça uma disciplina para as novas tecnologias de armas que seja semelhante à que é empregada para as novas tecnologias cuja incerteza científica quanto aos seus efeitos para o meio ambiente e seu potencial de dano justifiquem uma postura de precaução.

Palavras-Chave: Sistemas autônomos de armas. Princípios do Direito Internacional Humanitário. Sociedade de Risco e Princípio da Precaução.

ABSTRACT

The present article presents the discussions about the possibility of application of the Precautionary Principle, adopted in the International Envi-

* Recebido em 27/07/2017

Aprovado em 17/08/2017

** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université Aix-Marseille III. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Email: rochaalice@yahoo.com.br

*** Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialista em Direito Humanitário pela Universidade de Brasília – UnB/Universidade de Bochun - Alemanha. Assessor jurídico do exército brasileiro. Email: rjabel@bol.com.br

ronmental Law, in order to manage and control risks posed by the use of new weapons technologies, such as the so called “Lethal Autonomous Weapons”, and the risks they pose to persons and specific goods protected by the principles and rules governing the International Humanitarian Law. As robotic devices able to deploy and engage targets, without any human intervention, discussions arise in the international stage about the pros and cons of this new technology. Notwithstanding, the present study is to point out the differences of such systems in comparison to other weapons systems currently in use; to present the controversy on how this new technology would affect the observance of two paramount protective principles of IHL, namely, “Humanity” and “Distinction”. Furthermore, the present study makes considerations on how the accountability can be determined in cases when these machines, for malfunction or any other cognitive failure, happens to commit any act that should be considered war crimes. Finally, inspired by the Ulrich Beck’s Theory of “Societal Risk”, which is the basis for the application of Precautionary Principle in the Environmental Law, the present work will present a proposal to regulate the adoption of methods and means of war which poses potential risks to persons and goods protected by humanitarian rules, by the adoption of the mentioned principle in the International Humanitarian Law, in order to inspire the creation of a rule, whether in the Geneva Conventions, the Convention on Conventional Weapons or in any other specific treaty, in order to discipline the use of any new weapons technologies, similarly the one adopted for any other new technologies while pending the scientific uncertainties over the potential risks for the natural environment and the damage potential they present, which legitimates the adoption of precautionary measures.

Key Words: Autonomous Weapons Systems. International Humanitarian Law Principles. Societal Risks and Precautionary Principle.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Humanitário¹ (DIH) surgiu em meados do Século XIX, por iniciativa do Suíço Henry Dunant, materializado após a publicação de sua obra *Lembranças de Solferino*². Ao longo do Século XX, o direito humanitário firmou-se como um dos grandes instrumentos de proteção à pessoa e determinados bens, nas situações de conflitos armados. A partir daí, consolidou-se a ideia de que noções de “humanidade”, “consciência” e “ética” em situações de conflito devem fazer parte da bagagem de informações dos combatentes e dos planejadores da guerra.

Em termos de evolução tecnológica, a partir da segunda metade do Século XX, houve o desenvolvimento massivo da tecnologia militar. A começar pelas “bombas-cluster”, relatórios do Human Rights Watch atestam que aumentou o número de pessoas inocentes vitimadas por esse tipo de bombas no conflito da Síria, até o ano de 2013³. Outra questão controversa envolvendo o emprego de novas tecnologias tem sido a utilização dos Drones de ataque, cujo emprego crescente tem causado vítimas inocentes em vários cenários de conflito.

Na vertente das novas tecnologias, apresenta-se o problema do desenvolvimento das Armas Autônomas Letais (AAL), ou seja, armas robóticas que terão a capacidade de atuarem, desde o momento de deslocamento aéreo, marítimo ou aéreo, até a identificação do seu alvo e do ataque, sem qualquer tipo de intervenção de um operador humano. É o conceito de operação *Human-out-of-the-loop*. Considerando-se que o ser humano estará fora dessa equação, as incertezas quanto à sua evolução e potencial capacidade de emprego compatível, ou não, com o DIH, acendem as discussões em diversos meios científicos e acadêmicos quanto aos

1 Também denominado “Direito Internacional dos Conflitos Armados” – DICA.

2 DUNANT, Henry. *Lembranças de Solferino*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Genebra, 2016.

3 Human Rights Watch. 22 de março de 2013. Síria: Cresce o número de vítimas de bombas de fragmentação. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2013/03/22/249136>>.

possíveis riscos de seu uso⁴. Acredita-se que a possibilidade de aplicação análoga do Princípio da Precaução no DIH colaborará para o reforço das regras humanitárias, no sentido de, liminarmente, impedir o desenvolvimento ou, ao menos, fixar uma moratória ao emprego de certas armas, enquanto não houver confirmação plena e cabal de que seu uso não afetará os padrões de proteção previstos no DIH.

Nesse sentido, utilizando-se de fontes doutrinárias especializadas sobre princípios e regras do DIH, bem como estudos relativos à finalidade do Princípio da Precaução, com fulcro na Teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck, pretende-se expor as incertezas que, ainda, pairam sobre a questão, os potenciais riscos para as pessoas e bens protegidos pelas regras humanitárias, em especial as inspiradas nos Princípios da Humanidade e da Distinção, e, ainda, fundamentar a possibilidade de aplicação do Princípio da Precaução no DIH, em situações nas quais haja incerteza científica quanto aos efeitos do emprego de certas armas para a proteção às pessoas e aos bens em situações de conflito armado.

2. OS POTENCIAIS RISCOS DAS AAL PARA A PROTEÇÃO DAS PESSOAS E DETERMINADOS BENS EM CONFLITOS ARMADOS

Em todos os períodos de inovações tecnológicas envolvendo os instrumentos da guerra, algumas tiveram um caráter disruptivo, a saber, uma tecnologia que se apresenta tão inovadora que acaba exigindo uma mudança na condução das operações e, conseqüentemente, pode apresentar conseqüências de ordem social e jurídica⁵. Tendo tal fato em consideração, o objetivo do presente capítulo é abordar a polêmica envolvendo defensores e adversários à ideia do desenvolvimento das AAL, bem como fazer uma análise mais pontual e direta, buscando nas próprias Convenções de Genebra e seu Protocolo Adicional I, os potenciais riscos para as pessoas e determinados bens que podem advir de seu uso, e que devem ser objeto de solução.

2.1. A polêmica sobre os riscos do uso das AAL para a proteção das pessoas e determinados bens ante os princípios do DIH

Debate crescente nos meios acadêmicos, em especial, na área internacional, é o que envolve o desenvolvimento e emprego das AAL e se estas podem ou não trazerem riscos para as pessoas civis e outras pessoas fora de combate ou protegidas, e determinados bens, conforme os princípios do DIH.

De um lado, Ronald C. Arkin, Professor Regente de Ciência da Computação e Diretor do Laboratório de Robótica da Universidade Técnica de Atlanta, Georgia, apresenta diversas características dos robôs e que podem viabilizar sua utilização de uma maneira mais eficiente que a humana, em um cenário de conflito.⁶ O autor assevera que os robôs poderão atuar de maneira mais efetiva que os seres humanos, haja vista não possuírem, por exemplo, instinto de autopreservação, podendo, portanto, atuar em operações suicidas, nem as características emocionais que podem ofuscar seu julgamento ou resultar em sentimentos de medo, raiva, vingança, histeria ou frustração, ante situações de conflito. Ademais, robôs são imunes a posturas psicológicas pré-concebidas, influenciadas pelo ambiente, que causam distorções de percepção em cenários de stress.

Outro autor, Michael N. Schmitt, em seu artigo “**Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics**”,⁷ defende o desenvolvimento e emprego das AAL. Sua

4 RIVAS, Milton Meza. *Los sistemas de armas completamente autónomos: um desafio para la comunidad internacional em el seno de las Naciones Unidas*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento Opinión. 18 de agosto de 2016.

5 MARSAL Jordi. *Tecnologias disruptivas y sus efectos sobre la seguridad*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento de trabajo 12/2015. Mayo 2015. p.7

6 ARKIN, Ronald C. *The case for ethical autonomy in unmanned systems*. Atlanta: Georgia Institute of Technology, 2009.

7 Harvard National Security Journal Features. 2013. Disponível em: <http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2013/02/Schmitt-Autonomous-Weapon-Systems-and-IHL-Final.pdf>

defesa é uma resposta às observações realizadas pelo Relatório do Human Rights Watch (HRW) “*Losing Humanity: The case against killer robots*”⁸. O argumento apresentado pelo autor, em linhas gerais, é que toda e qualquer arma que é considerada legal, ou permitida pelo DIH, como um rifle, pode ser utilizada ilegalmente. Tal questão, portanto, não seria suficiente para tornar as AAL ilegais per se, no mesmo nível, por exemplo, das armas biológicas, as quais, independentemente do alvo a ser atingido, são sempre consideradas ilegais.

Representando os que veem no uso de AAL um perigo em potencial para as pessoas e bens protegidos segundo os princípios do DIH, Christof Heyns, Relator Especial da ONU sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, em seu Relatório apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, apresenta outros argumentos contrários ao seu uso em operações estritamente bélicas, e que levam em conta, justamente, os valores que dão sustentação ao DIH. Segundo o Relator Especial, em que pese os robôs autônomos não sofrerem de sentimentos como vingança, pânico, fadiga, preconceito ou temor, possuem limitações importantes se comparados aos humanos. Alega que os robôs, embora possam ser muito eficientes para o desempenho de questões “quantitativas”, possuem uma capacidade muito limitada para fazer avaliações “qualitativas”.⁹

Além dessas questões, o Relator Especial levanta inquietações como o fato de os robôs poderem ser objeto de apropriação, pirataria informática e suplantação de seus sistemas. Ademais, podem ocorrer erros de funcionamento. Sendo sujeitos a defeitos, não há indícios do quanto as possíveis falhas podem ser, ou não, catastróficas. Por fim, a regulação e o emprego de veículos de combate não tripulados, os drones, ainda são objeto de controvérsia, em especial ante ao regime de assassinatos seletivos que são promovidos por intermédio desses veículos. A criação de robôs autônomos letais pode trazer mais uma problemática para essa questão. Na seara dos conflitos internos¹⁰, o Relator Especial aponta, também, interessante questão sobre a possibilidade de utilização de meios autônomos. Não sendo dotadas de capacidade de empatia e de avaliações éticas ou morais, essas máquinas poderão, segundo o Relator, serem utilizadas contra os inimigos internos e para aterrorizar a população em geral, reprimir manifestações e empreender “guerras” contra grupos dissidentes.

Alguns alertas começam a surgir, também, de entidades como o HRW¹¹. Questão de relevo apontada pelo HRW refere-se a dúvidas sobre as responsabilizações caso as AAL venham a atuar de maneira a cometerem atos considerados ilegais pelas regras do DIH. Segundo a entidade, ainda não está esclarecido a quem caberá a responsabilidade em tal situação. Acerca desse problema de responsabilização, há, contudo, uma imputação que não apresenta maiores dificuldades de aferição, que é a responsabilidade estatal decorrente de violações praticadas pelo uso indevido ou inadequado das AAL. Robins Geiss, ao discorrer sobre gerenciamento de riscos e responsabilidade estatal relativo ao emprego das AAL¹², observa que, conforme as regras geralmente reconhecidas de responsabilidade estatal, um Estado pode ser responsabilizado na seara internacional por atos contra as leis de guerra, em caso de utilização de meios ou métodos proibidos.

Corroborando esse entendimento, Marina Spinedi, Professora de Direito Internacional da Universidade de Florença, ao comentar questão levada perante a Corte internacional de Justiça¹³, entende que considerar o fato de que crimes de guerra como tortura, assassinato de prisioneiros de guerra, genocídio, além de outros

8 HUMAN RIGHTS WATCH/IHRC. International Human Rights Clinic. *Losing humanity: the case against killer robots*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>>

9 NACIONES UNIDAS/ASAMBLEA GENERAL. A/HRC/23/47. *Informe del relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*. Christof Heyns. 9 de abril de 2013.

10 Art. 3º Comum às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e Protocolo Adicional II, de 1977.

11 WAREHAM, Mary. Article: *Banning killer robots in 2017*. The Cipher Brief. January 15, 2017.

12 GEISS, Robin. *Autonomous weapons systems: risk management and state responsibility*. Third CCW meeting of experts on lethal autonomous weapons systems. Geneva. 11-15 april 2016.

13 Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/121>>.

crimes contra o DIH que sempre são cometidos pelo agente na sua qualidade de indivíduo, não é um argumento convincente. Para a autora, atos cometidos por um agente, atuando na qualidade de seu representante oficial, é um crime, em última instância, praticado pelo Estado, considerando-se que tal agente atuava em nome ou na qualidade de um representante estatal¹⁴.

Todavia, a questão da responsabilidade penal em caso de violações contra pessoas e bens protegidos pelo DIH, em decorrência do emprego de AAL, pode se complicar. No plano internacional, o art. 28 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional¹⁵, cuja competência para julgamento de crimes de guerra está estabelecida em seu art. 5º, determina a responsabilidade criminal do comandante militar ou pessoa que atue, efetivamente, como chefe militar, por crimes da competência do Tribunal, que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos, ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças, nos seguintes casos descritos abaixo:

- i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes;

Ante a hipótese de emprego de AAL, o termo “forças” há de ser aplicável não somente àquelas compostas por humanos, mas, também, por engenhos autônomos, partindo-se da premissa de que estes serão capazes de cumprir missões sem qualquer intervenção humana. Nesse contexto, para que haja a responsabilidade do comandante ou chefe de forças, é imprescindível que ele tenha ou deva ter conhecimento, nesse último caso, a depender das circunstâncias, de que as AAL cometerão ou, o que é mais difícil, se não, impossível, estarão se preparando para cometer crimes. A questão se torna, ainda, mais complicada nas situações em que, ao terem sido lançadas para empreenderem uma operação ou ataque, as AAL forem alvo de intervenções eletrônicas, hackers ou outras formas de contramedidas que subvertam seu sistema ou introduzam comandos que levem à prática de atos criminosos.

A percepção de todas essas possibilidades exigirá do comandante um conhecimento constante de todas as ações empreendidas pelo equipamento e, o que é mais complexo, uma perfeita noção de todas as suas características de funcionamento e possíveis fragilidades materiais e de programação, para antecipar as consequências de algum defeito de programação ou de algum componente que estiver comprometendo o bom funcionamento da arma, com indícios de que a AAL estará se comportando de maneira a evidenciar uma preparação para a prática de algum ato qualificado como criminoso.

Ao fim e ao cabo, para que tal situação se resolva e o comandante ou chefe de forças não corram o risco de serem responsabilizados, as AAL acabarão, na prática, operando, sempre, na modalidade *Human-on-the-loop*, pois, sempre, haverá a conveniência da supervisão de algum humano para que, caso algo dê errado, as AAL sejam, imediatamente, colocadas fora de operação. Esse único exemplo, que por si só já poderia colocar toda a discussão sobre o uso de AAL em cheque, merece ser objeto de atenção por parte dos estudiosos. Outra disposição do artigo que fixa a responsabilidade do comandante é quando

- ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Reitera-se a dificuldade que um comandante ou chefe de forças poderá ter, especialmente, para prevenir que uma AAL venha a cometer atos classificados como delituosos. Essa ação de prevenção exigirá que o comandante disponha de constantes mecanismos de aferição e testes, antes e durante cada operação, que assegurem que o engenho, ao ser lançado, estará operando segundo os padrões fixados em sua programação, e adequados para a missão pretendida. A repressão, por seu turno, exigirá, como apontado anteriormente, a operação *Human-on-the-loop*.

14 SPINEDI, Marina. State responsibility VS individual responsibility for international crimes: *tertium non datur?* EJIL. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/13/4/1566.pdf>>.

15 Brasil. Decreto n. 4388/2003, Estatuto de Roma. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm Acesso em 19 mar 2018.

Ou seja, a bem da verdade, se foram levadas em consideração as possibilidades de imputação de responsabilidades aos comandantes e superiores hierárquicos por erros cometidos por AAL, e a sua preocupação em não serem responsabilizados por isso, não haverá uma autonomia completa, posto que todas as vezes haverá a preocupação, em tese, de que haja constantemente um supervisor responsável para detectar alguma alteração no funcionamento da máquina e, se for o caso, deter esse funcionamento de imediato.

Abordando as divergências na seara da política internacional, alguns outros países já se posicionam contrários à utilização de sistemas autônomos de armas, como Bolívia, Cuba, Equador, Egito, dentre outros, por verem nas decisões tomadas pelos países interessados no uso de AAL fontes de preocupações de ordem ética e jurídica.¹⁶ Ao tratar do assunto relativo à aquisição de drones de combate para o Exército alemão, por exemplo, autoridades governamentais da área de defesa, com destaque para a então Ministra de Defesa Alemã, Ursula Von der Leyen, em um discurso no Parlamento alemão, em 02 de julho de 2014, manifestaram a intenção de advogarem pelo banimento no plano internacional de sistemas autônomos de armas cujas decisões críticas não estejam sob a responsabilidade de um ser humano.¹⁷

2.2. Potenciais riscos para as pessoas e seus bens ante o Princípio da Humanidade

Esse princípio tem como linha de pensamento a ideia de que o objetivo da guerra é eliminar ou tornar inviável a empreitada militar do inimigo, mediante o enfraquecimento ou destruição de sua capacidade bélica. Esse conceito é o que modernamente está sendo introduzido, a fim de que a guerra não se torne uma carnificina insana.

Tomando como exemplo o regime a ser imposto aos Prisioneiros de Guerra, o art. 13 da Terceira Convenção de Genebra de 1949 estabelece que “*os prisioneiros de guerra deverão ser tratados humanamente em todas as circunstâncias*”; o art. 17, por sua vez, estabelece que “*não se poderá infligir aos prisioneiros de guerra tortura física ou moral*”; o art. 42 por sua vez, estabelece que “*o uso de armas contra os prisioneiros de guerra, em particular contra aqueles que se evadam ou tentem evadir-se, só será um recurso a que sempre se precederão intimações adaptadas às circunstâncias.*”

Não se pode evitar a cogitação de que a eventual utilização de AAL, na posição de sentinelas em campo de internação de prisioneiros de guerra, em uma modalidade de operação “*Human-out-of-the-loop*”, poderá causar um impacto ou aumentar a carga psicológica dos prisioneiros de guerra, na medida em que, ao não conhecerem as características de funcionamento de uma máquina e ao estarem confinados em um determinado espaço, poderão sofrer o temor de se deslocarem em áreas do campo ou praticar determinados gestos que poderão ser “mal interpretados” pelas AAL como tentativa de fuga ou ato hostil e, assim, sofrerem algum tipo de reação armada.

Verifica-se que, embora seja reconhecido o fato de que um ser humano, em um posto de sentinela, pode ser acometido de uma falsa percepção que o faça atuar de maneira equivocada, a sensação de que sua segurança individual está a depender da “interpretação” que uma máquina pode fazê-lo, podendo, potencialmente, “agir” contra a sua integridade física, acrescentando uma carga psicológica muito maior sobre a “potencial vítima”, inclusive pela ausência de qualquer possibilidade de interação entre “sentinela” e prisioneiro, mesmo por intermédio de sinais ou contatos visuais ou gestuais.

Outra questão importante refere-se à hipótese na qual AAL possam ser empregadas em áreas onde existam povoações, especialmente no caso dos chamados conflitos internos. Para Geiss, citando o Relatório do Representante Especial da ONU, a presença dessas armas em um ambiente urbano, operando em meio às pessoas, poderá fazer com que essas não tenham uma vida livre de sobressaltos e temores.¹⁸

16 GEISS, Robin. *The international-law dimension of autonomous weapons systems*. Study. Friedrich Ebert Stiftung. p. 4-23 October 2015.

17 GEISS, Robin. *The international-law dimension of autonomous weapons systems*. Study. Friedrich Ebert Stiftung. p. 4-23 October 2015. p.3.

18 GEISS, Robin. *The international-law dimension of autonomous weapons systems*. Study. Friedrich Ebert Stiftung. p. 4-23 October 2015. p. 18

Outra passagem que revela a importância de práticas humanas e éticas em um cenário de conflito, e que não se coaduna com a existência ou emprego de engenhos autônomos como atacantes, sem qualquer intervenção humana imediata no sentido de impedir reflexos ou consequências indesejadas, está disposta no art. 15 da Primeira Convenção de Genebra de 1949, que trata da proteção aos feridos em campanha. Esse artigo estabelece que “*Em todo tempo, e especialmente após um combate, as Partes em conflito tomarão sem tardança todas as medidas possíveis para buscar e recolher os feridos e os enfermos, para protegê-los contra a pilhagem e os maus tratos e proporcionar-lhes a assistência necessária, assim como para buscar os portos e impedir que sejam despojados.*”

Questiona-se se o programa desenvolvido para uma AAL poderá prever que os feridos inimigos poderão sofrer maus tratos por parte da população local adversária, estimulada, inclusive, pela ausência do elemento humano, e intervir de imediato para evitar uma atrocidade ou impedir que sejam pilhados, e de que maneira poderá fazer isso (utilizando violência contra a população local, da própria nacionalidade da força usuária?).

2.3. Potenciais riscos para as pessoas e seus bens ante o Princípio da Distinção

Pelo princípio da distinção, exige-se que, no momento do planejamento e lançamento de um ataque, se realize a correta diferenciação entre os alvos que podem ser considerados de natureza eminentemente militar, daqueles de natureza civil.

Especialmente no contexto dos atuais conflitos, os quais não são mais travados por “Exércitos” em campo aberto, visivelmente paramentados, com símbolos, estandartes, cores e sinais distintivos, e longe de concentrações urbanas, os combates passaram a conjugar tropas regulares com combatentes de características as mais variáveis, em trajes muitas vezes civis, em ambiente urbano, além da utilização de equipamentos adaptados que não se aproximam de características militares (carros de passeio, caminhonetes, etc.). Ademais, como elemento complicador, não é incomum a utilização de igrejas, escolas e até mesmo hospitais, como locais de depósito de armas, suprimentos e esconderijos de combatentes irregulares, ou até mesmo para lançamento de ataques, colocando em perigo as pessoas que ali, normalmente, trabalham, e que são protegidos pelo DIH (médicos, professores, alunos, pessoal de confissões religiosas etc.). Esses locais, sendo utilizados com essa finalidade, perdem a proteção que o DIH lhes confere, podendo ser alvo de ataques, caso desempenhem papel crucial nas hostilidades.¹⁹

Além disso, sob coação, as pessoas não combatentes são utilizadas como escudos humanos ou, por razões de incapacidade ou enfermidade, não podem sair do local, como é o caso dos pacientes de um hospital, por exemplo. Acerca da questão relacionada a escudos humanos, inclusive, aponta-se fenômeno que tem sido detectado nos últimos anos e que são os chamados “escudos humanos voluntários”²⁰. Tratam-se de pessoas civis que se dispõem a demonstrar sua oposição à guerra, colocando-se, fisicamente, em locais que possuem interesse militar, seja por sua natureza, seja por sua finalidade. Destarte, ante a hipótese, não prevista pelos planejadores de uma operação, da presença de diversos civis, diante de um alvo que, sendo considerado militar, deve ser destruído, poderá uma AAL ter a capacidade de perceber esse imprevisto re-frear o ataque, ou continuará segundo as diretrizes sobre as quais foi programada?

As dúvidas se tornam mais complexas quando se analisa outra questão crucial para a observância do Princípio da Distinção, e que envolve a noção de “participação direta nas hostilidades” por civis, segundo o DIH. A publicação intitulada “*Guia para Interpretação sobre a noção de participação direta das hostilidades, segundo o Direito Internacional Humanitário*”²¹ tem por objetivo melhorar a proteção de civis, de maneira a melhor escl-

19 Convenção de Genebra I, de 12 de agosto de 1949. Art. 21. Protocolo I aos Convênios de Genebra de 1949. Título IV. População Civil. Arts 48 e sgts.

20 QUÉGUINER, Jean-François. Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades. *International Review of the Red Cross*, n. 864, Dez. 2006.

21 ICRC. MELZER, Nils. *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. ICRC, may, 2009. Disponível em: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>

recer os critérios de distinção entre civis e combatentes, bem como entre civis que, eventualmente, estejam tomando parte diretamente das hostilidades daqueles que assim não estejam.

Segundo referido documento, uma pessoa é considerada civil para efeitos de aplicação correta do Princípio da Distinção, quando não se inclua na definição geral de “Forças Armadas”, conforme o art. 43 do Protocolo Adicional I, tampouco participa de um “*levée en masse*”, ou seja, a população de um território ocupado que, ao ver a aproximação do inimigo, tome armas, espontaneamente, para combatê-los. Essa perda da qualidade de civil, porém, somente permanece enquanto a pessoa atua de acordo com os requisitos da “participação direta nas hostilidades”²², ainda que de maneira espontânea, esporádica e desorganizada. Ao deixar de perpetrar os atos que constituam o referido conceito, a pessoa retorna ao seu *status* de civil para fins de proteção conforme o Princípio da Distinção.

Considerando-se que civis, em atuação espontânea, desorganizada e esporádica, não usam uniformes ou empregam qualquer outro sinal distintivo, uma AAL que seja programada para identificar um agressor civil, baseada, apenas, em dados biométricos ou de identificação facial, poderá realizar um ataque, mesmo que referido civil, ao ter desistido de participar diretamente das hostilidades, não esteja mais perpetrando qualquer ato hostil. Será a identificação da “pessoa” que ensejará o ataque para o qual a AAL foi programada. Caso, por outro lado, a AAL seja programada para identificar uma pessoa civil, somente quando esta estiver portando uma arma, deverá ter a capacidade de identificar se se trata de um alvo legítimo ou de um “caçador”, apenas, buscando o seu sustento na natureza, por exemplo.²³

Em que pese a existência de expedientes em conflitos assimétricos²⁴, nos quais as forças beligerantes irregulares utilizam-se das chamadas “crianças soldados”, a comunidade internacional tem empreendido projetos e efetuado ações que foram significativas na redução do número de crianças envolvidas direta ou indiretamente em conflitos. E essas medidas constituem-se, justamente, em mecanismos de combate à captura e doutrinação dessas crianças por grupos que as utilizam, bem como pela criação de projetos que as afastem das influências e da “sedução” desses grupos.

Ora, ao se estabelecer que um sistema autônomo de armas, em um conflito assimétrico, poderá não atuar ou interromper um ataque, ante a percepção de que alguém é ou possui as características de uma criança, poderá estimular que grupos se utilizem de crianças para empreenderem operações ou servirem de verdadeiros “escudos humanos” contra tais artefatos, fato que, também, é uma infração aos princípios do DIH, sendo facilitado pela ausência de uma presença humana que venha a constatar esses atos, proibidos no cenário do conflito, e estabelecer medidas para contornar o problema.

3. A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO RESPOSTA AOS RISCOS POTENCIAIS DAS AAL

Como demonstrado, a compatibilidade ou não das AAL com as regras de proteção às pessoas e determinados bens, segundo os princípios do DIH, ainda, é objeto de intensa discussão e não logrou obter um entendimento uniforme entre os experts na área tecnológica, defensores do emprego de dispositivos autônomos em situações de conflito, e entidades dedicadas à observância das regras de proteção às pessoas e seus bens.

Assim, a questão central é saber até que ponto não há a necessidade de um aperfeiçoamento das normas

22 ICRC. MELZER, Nils. *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. ICRC, may, 2009. Disponível em: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>. p.26

23 ICRC. MELZER, Nils. *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. ICRC, may, 2009. Disponível em: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>. p.40

24 GEISS, Robin. *Las estructuras de los conflictos asimétricos*. International review of the Red Cross. Diciembre de 2006, n° 864.

do DIH para fazer frente a essa tecnologia disruptiva, produtora de riscos que, ainda, não foram totalmente considerados.

3.1. Considerações sobre o Princípio da Precaução e seu papel na sociedade de risco

A sociedade de risco se caracteriza pela carência ou a impossibilidade de se preverem as situações de perigo que se apresentam em face de diversos fatores relacionados ao desenvolvimento da sociedade nos campos ético, social, tecnológico, cultural etc., e que colocam em cheque a sociedade como um todo na sua forma de enfrentá-los.

Para Ulrich Beck²⁵, o advento da industrialização e do desenvolvimento tecnológico trouxe um conjunto de riscos da mais variada ordem, de gravidade para a sociedade como um todo, e que são desconhecidas, tais como os riscos ecológicos, nucleares e econômicos. O sofrimento e a miséria que os seres humanos infligiram a si mesmos já não são mais reservados a uma categoria específica ou, como menciona Beck, aos “outros”, como negros, judeus, dissidentes e outras minorias.

Assim, embora a miséria e as presenças indesejáveis de uma minoria possam ser segregadas, perigos advindos de fontes mais “democráticas”, que não escolhem seus destinatários com base em categorizações, não podem ser mais segregados. Cria-se, então, uma violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade.²⁶

A inquietação lançada por Beck, funda-se nas incertezas acerca das ações que podem ser tomadas para evitar ou mitigar os riscos que, atualmente, se apresentam para as populações, inquietação esta que, nas palavras do autor, “*revelam o tipo de suscetibilidade objetiva na qual o diagnóstico do perigo coincide com a sensação de inelutável desamparo diante dele*”.²⁷

A partir da Era da Modernidade, não existem mais controles militares ou policiais, ou arames farpados para a proteção de fronteiras contra os perigos advindos das transformações econômicas, políticas, sociais e tecnológicas. Para Beck, a humanidade é testemunha ocular, sujeito e objeto de uma ruptura no interior da modernidade, modernidade esta que passa a adquirir um novo perfil, denominado “sociedade (industrial) de risco”.

A indagação que Beck traz em sua obra retrata a angústia que se impõe ante as transformações de uma sociedade que, se anteriormente visava à solucionar o problema da melhor distribuição de riquezas, objeto do Estado Social, atualmente se volta para o gerenciamento dos riscos advindos pelas novas atividades geradas pelo desenvolvimento tecnológico e pela globalização. Assim, indaga Beck, “*como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente produzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de “efeitos colaterais latentes”, isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) aceitável?*”²⁸

Outra passagem da obra de Beck²⁹ retrata, com maior clareza, a concepção dos riscos como o que chama de “*o ainda não evento que desencadeia a ação*”, apresentando, justamente, a necessidade de uma postura prospectiva com relação aos perigos futuros, ainda que não totalmente identificáveis. Para Beck, os riscos não se esgotam em efeitos ou danos já ocorridos. Há nos riscos, também, um componente futuro, o qual se baseia em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou no que denomina num suposto “amplificador do risco”.³⁰

25 GEISS, Robin. Las estructuras de los conflictos asimétricos. *International review of the Red Cross*. Ginebra, n. 864. p. 7, dic. 2006.

26 GEISS, Robin. Las estructuras de los conflictos asimétricos. *International review of the Red Cross*. Ginebra, n. 864. p. 7, dic. 2006.

27 GEISS, Robin. Las estructuras de los conflictos asimétricos. *International review of the Red Cross*. Ginebra, n. 864. p. 8, dic. 2006.

28 GEISS, Robin. Las estructuras de los conflictos asimétricos. *International review of the Red Cross*. Ginebra, n. 864. p. 24, dic. 2006.

29 GEISS, Robin. Las estructuras de los conflictos asimétricos. *International review of the Red Cross*. Ginebra, n. 864. p. 40, dic. 2006.

30 GEISS, Robin. Las estructuras de los conflictos asimétricos. *International review of the Red Cross*. Ginebra, n. 864. p. 7, dic. 2006.

Para Beck, dentro de tal ótica, riscos têm uma relação direta com antecipação, com “destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes” e que, nesse sentido, já são reais hoje. Como exemplo, Beck apresenta informações de natureza ambiental. O autor refere-se a um laudo que retrata altas concentrações de nitrato decorrentes da fertilização com nitrogênio, mas que havia se infiltrado pouco ou que sequer havia se infiltrado nas camadas profundas dos grandes aquíferos subterrâneos, de onde se extrai água potável.

Embora esses nitratos sejam substâncias que se decompõem no subsolo, não há evidências de como isso ocorre e por quanto tempo isso ocorrerá. Beck assevera que “*teme-se que, após alguns anos ou décadas, as atuais eluviações de nitrato, com um retardamento correspondente à vazão, terão alcançado mesmo os lençóis freáticos mais profundos... Em outras palavras, a bomba-relógio está armada. Nesse sentido, os riscos indicam um futuro que precisa ser evitado.*”³¹

Ademais, Beck afirma que a verdadeira força social do argumento do risco reside nas “ameaças projetadas para o futuro”. São, segundo Beck, “riscos que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a elas se torna impossível e que, já como suposição, como ameaça futura, como prognóstico sincreticamente preventivo, possuem e desenvolvem relevância ativa”.

Continua Beck, afirmando que o núcleo da consciência do risco não está no presente, mas sim no futuro. “Ao invés do passado, na sociedade de risco entra em cena o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como causa da vivência e da atuação presente. Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises do amanhã ou do depois de amanhã, para tomar precauções em relação a eles”.³²

A resposta a essas inquietações e outras análogas, nas quais os riscos se projetam para o futuro e demandam uma postura antecipadamente ativa, tem como uma de suas variantes, justamente, a instrumentalização do Princípio da Precaução, que, na seara da proteção ambiental (largamente utilizada por Beck como paradigma), serve para orientar as decisões sobre os caminhos do desenvolvimento tecnológico e até que ponto deve ser aceitável ou não os riscos para a proteção ambiental diante de incertezas científicas.³³

O Princípio da Precaução permaneceu ausente do campo do Direito Internacional Ambiental durante muito tempo.³⁴ A finalidade do princípio é antecipar e evitar potenciais danos ao meio-ambiente derivados da inserção de novos métodos ou tecnologias, antes que efetivamente tais danos possam ocorrer. Uma de suas feições, senão a única, mais importante, é que pelo Princípio da Precaução ocorre a modificação do ônus da prova científica, o qual passa a pesar sobre os que têm interesse na condução da atividade, cuja incerteza científica persiste.³⁵

A Declaração Ministerial da Segunda Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte, de 25 de novembro de 1984, é tida como o primeiro documento internacional a fazer referência ao Princípio da Precaução. Em seu texto, ficou estabelecido que “...a fim de proteger o Mar do Norte de possíveis efeitos danosos da maioria das substâncias perigosas, uma abordagem de precaução é necessária, a qual pode exigir ação para controlar os insumos de tais substâncias mesmo antes que um nexos causal tenha sido estabelecido por evidência científica clara e absoluta”.

Outro documento tido como referência pelos autores quando se estuda o Princípio da Precaução é o Princípio nº 15 da Declaração do Rio, o qual estabelece que “*com o fim de proteger o meio ambiente, os estados devem aplicar amplamente o critério de precaução conforma às suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes em função do custo para impedir a degradação do meio-ambiente*”.

31 GEISS, Robin. Las estructuras de los conflictos asimétricos. *International review of the Red Cross*. Genebra, n. 864. p. 7, dic. 2006.

32 GEISS, Robin. *Las estructuras de los conflictos asimétricos*. International review of the Red Cross. Diciembre de 2006, nº 864.

33 SILVA, Solange Teles da. *Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas*. Organizadores: Marcelo Dias Varela e Ana Flávia Barros Platiau. Belo Horizonte: Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União, 2004.

34 STEVENS, Mary. The precautionary principle in the international arena. *Sustainable Development Law & Policy*. Article 7, v. 2, Issue 2 spring/Summer 2002.

35 STEVENS, Mary. The precautionary principle in the international arena. *Sustainable Development Law & Policy*. Article 7, v. 2, Issue 2 spring/Summer 2002.

Na li3o de Paulo de Bessa Antunes³⁶, o Princ3pio da Precau3o, tamb3m chamado Princ3pio da Cautela, 3 o princ3pio jur3dico ambiental apto a lidar com situa3es nas quais o meio-ambiente venha a sofrer impactos causados por novos produtos e tecnologias que, ainda, n3o possuam uma acumula3o hist3rica de informa3es que assegurem, claramente, em rela3o ao conhecimento de um determinado tempo, quais as consequ3ncias que poder3o advir de sua libera3o no ambiente. Segundo o mesmo autor³⁷, tendo por base o princ3pio como exposto no Princ3pio 15 da Declara3o do Rio, diante da incerteza cient3fica decorrente dos efeitos de novas t3cnicas ou processos para o meio ambiente, a comunidade internacional adotou o consenso de que a prud3ncia 3 prefer3vel diante de situa3es nas quais os danos possivelmente advindos n3o cheguem ao ponto de serem irrecuper3veis.

Em artigo intitulado “*Sociedade de risco e o princ3pio da precau3o; conceito, finalidade e a quest3o de sua imperatividade*”, Henrique Lopes Dornelas³⁸ aponta algumas das caracter3sticas fundamentais do Princ3pio da Precau3o que, *mutatis mutandi*, podem fundamentar sua aplicabilidade no 3mbito do DIH, na parte relativa ao desenvolvimento de tecnologia de armas, as quais, inclusive, podem ser utilizadas em detrimento do meio-ambiente³⁹. Sen3o vejamos:

1) **Incerteza do dano ambiental**: consiste no fato de levar-se em considera3o as incertezas cient3ficas e poss3veis danos irrevers3veis que podem ser ocasionados em uma atua3o tendo por base premissas cient3ficas que podem demonstrarem-se err3neas...

2) **Tipologia do risco ou amea3a**: trata-se da an3lise do risco ou do perigo, conforme o setor que puder ser atingido pela atividade ou obra projetada... a Conven3o da Diversidade biol3gica que n3o exige que a amea3a seja “s3ria e irrevers3vel”, mas que seja “sens3vel”, quanto 3 possibilidade de redu3o ou da perda da diversidade biol3gica. J3 a Conven3o-Quadro sobre Mudan3a do Clima refere-se 3 amea3a de danos “s3rios ou irrevers3veis”...

3) **Obrigatoriedade do controle do risco para a vida e o meio-ambiente**: est3 previsto de forma expressa no art. 225, §1º, da Constitui3o Federal, em que est3 previsto que incumbe ao Poder P3blico controlar a produ3o, a comercializa3o e o emprego de t3cnicas, m3todos e subst3ncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio-ambiente, sendo este considerado como essencial 3 sadia qualidade de vida;

Outros tra3os que s3o regentes na aplica3o do Princ3pio da Precau3o e que podem ser transladados de maneira adequada quando se fala em desenvolvimento de armas e seus riscos para as pessoas e determinados bens, ademais, s3o a preocupa3o com a manuten3o da chamada “equidade intergeracional” e o da “invers3o do 3nus da prova”.

O conceito de “equidade intergeracional” decorre das incertezas que surgem com as mudan3as mundiais, especialmente ap3s a segunda metade do S3culo XX, fruto n3o apenas das transforma3es sociais, demogr3ficas e dos costumes, mas, especialmente, das evolu3es tecnol3gicas que tiveram significativo impacto no que se refere 3 explora3o de recursos e, conseqüentemente, no equil3brio e qualidade ambientais.

Por conseguinte, diversos diplomas internacionais⁴⁰ levam em considera3o a ideia de que as a3es da atual gera3o n3o podem trazer como efeito o comprometimento dos direitos e interesses das gera3es futu-

36 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007. p. 33

37 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

38 DORNELAS, Henrique Lopes. Sociedade de Risco e o princ3pio da precau3o: conceito, finalidade e a quest3o de sua imperatividade. *Revista UNLABEU*, v. 4, n. 6, jan./abr. 2011. p.129.

39 CHOSSUDOVSKY, Michael. *As armas da nova ordem mundial t3m capacidade de provocar mudan3as clim3ticas*. Dispon3vel em: <https://midia independente.org/pt/green/2007/02/373212.shtml> Acesso em 19 mar 2018.

40 Declara3o de Estocolmo de 1972 – “O homem...tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente para a atual e as futuras gera3es”.

Conven3o Quadro das Na3es Unidas sobre Mudan3as Clim3ticas: “As partes devem proteger o sistema clim3tico para o benef3cio das atuais e futuras gera3es da humanidade”.

ras. A questão das armas nucleares e os testes realizados no desenvolvimento da tecnologia nuclear para fins militares, além das minas antipessoal, são uma patente demonstração de como as ações perpetradas por uma geração podem causar impactos ou estender efeitos indesejáveis para gerações futuras, comprometendo o meio-ambiente e, conseqüentemente, a sua qualidade de vida.

Quanto à inversão do ônus da prova, estabelece-se a obrigação ao interessado no exercício da atividade de provar que a sua adoção não acarretará danos graves e irreversíveis ao meio-ambiente. Esses dois princípios, efetivos na doutrina do Direito Ambiental, ao serem utilizados no âmbito do DIH, poderá levar a uma reinterpretação das medidas de prevenção no desenvolvimento de armas previsto no art. 36 do Protocolo Adicional I.

3.2. A viabilidade jurídica de aplicação do Princípio da Precaução no DIH ante os potenciais riscos decorrentes das AAL: A Cláusula Martens

A possibilidade de aplicação do Princípio da Precaução em searas não correspondentes à proteção ambiental não é ideia desprovida de lógica. Em artigo no qual comenta sobre os Direitos e Interesses das Gerações Futuras e o Princípio da Precaução⁴¹, Alexandre Kiss, Diretor de pesquisas CNRS/França e professor emérito da Universidade de Estrasburgo, França, assevera que o Princípio da Precaução foi adotado, somente, no campo da proteção ambiental. Outras áreas importantes e que tocam os direitos das futuras gerações, a exemplo da ciência, da arte e da preservação de monumentos históricos, (podendo-se incluir o desenvolvimento de métodos de guerra), não foram beneficiados por qualquer obrigação internacional que imponha a aplicação do princípio em tela.

O referido autor cita, como exemplo, que poderia contemplar o Princípio da Precaução a Convenção da UNESCO para a Proteção da Herança Cultural e Natural do Mundo, de 23 de novembro de 1972, cujo art. 5(c) menciona somente a “*necessidade de estudos técnicos e científicos, de pesquisa e desenvolvimento dos meios pelos quais o Estado poderá neutralizar os perigos que ameaçam sua herança cultural e natural*”. Segundo o autor, não há qualquer menção a medidas de precaução em face de incertezas científicas.

Por causa dessa constatação, o autor considera o regime legal para a proteção ambiental mais avançado que o regime para a proteção da herança cultural (similarmente ao que ocorre com o regime de proteção à pessoa e a seus bens em situações de conflito armado). Assim, seguindo a mesma linha de raciocínio do presente trabalho, Alexandre Kiss entende que “*um dos alvos no desenvolvimento do Direito Internacional deve ser a expansão dos campos de aplicação do Princípio da Precaução ao campo da herança cultural*”⁴². A mesma aspiração do autor alimenta a ideia de expansão do Princípio da Precaução para o campo da proteção à pessoa e seus bens em situações de conflitos armados, em face do surgimento de novas tecnologias.

Com base nesse entendimento, e não obstante as deficiências normativas presentes nas normas do DIH que garantam uma proteção antecipada de efeitos graves, ante o surgimento de novas tecnologias cujos efeitos, ainda, apresentam-se duvidosos, o Protocolo Adicional I apresenta disposição que confere razoável suporte lógico à tese de viabilidade jurídica na aplicação do Princípio da Precaução no âmbito do DIH, e que se encontra no art 55, que estabelece medidas de proteção do meio-ambiente natural⁴³.

41 KISS, Alexandre. *Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução*. Capítulo I. Disponível em: <http://www.marcelodiasvarella.org/marcelodiasvarella/International_Environmental_Law_files/versao_del_rey.pdf>.

42 KISS, Alexandre. *Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução*. Capítulo I. Disponível em: <http://www.marcelodiasvarella.org/marcelodiasvarella/International_Environmental_Law_files/versao_del_rey.pdf>.

43 Protocolo Adicional I. Artículo 55 – Protección del medio ambiente natural. 1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños AL medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.

2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

Referido artigo disp3e que na realiza33o da guerra dever3 ser dada relev3ncia 3 prote33o ao meio-ambiente natural contra os efeitos ou danos extensos, duradouros e graves. Ademais, estabelece que essa prote33o englobar3 a proibi33o de emprego de m3todos ou meios de fazer a guerra que “sejam concebidos” para causar, ou que “possam ser previstos” que causem, tais danos ao meio-ambiente natural, comprometendo a sa3de ou a sobreviv3ncia da popula33o. Determina o artigo, em seu item 2, ainda, que s3o proibidos os ataques contra o meio-ambiente natural a t3tulo de repres3lias. As medidas, conquanto aproximadas, n3o se identificam com a l3gica estabelecida para a aplica33o do Princ3pio da Precau33o, que 3 utilizada em casos de incerteza cient3fica quanto aos efeitos do emprego de determinada tecnologia. Pela l3gica do artigo 55, j3 h3 a certeza da finalidade danosa do meio ou m3todo bem como a possibilidade de previs3o, sem d3vidas, de que haver3 dano ao meio-ambiente natural.

N3o obstante, se o DIH, nesse ponto, estabelece medida de veda33o perempt3ria quando o meio ou m3todo seja concebido para causar ou quando se preveja que cause danos ao meio ambiente, n3o h3 porque excluir a possibilidade de barrar o desenvolvimento de novas tecnologias, mediante a aplica33o da l3gica do Princ3pio da Precau33o, caso haja incertezas de danos graves, extensos e duradouros, n3o apenas ao meio-ambiente, mas, tamb3m, com rela33o aos demais bens protegidos.

Al3m da exist3ncia de um precedente pontual que, em certa medida, estabelece meios de preven33o ou precau33o contra as incertezas dos efeitos das tecnologias de guerra, a possibilidade de constru33o jur3dica para a inser33o do Princ3pio da Precau33o no 3mbito do DIH, diante do problema posto pelas AAL, pode ser inferida, tamb3m, pela an3lise da chamada “Clausula Martens”, a qual alarga as vias de aplica33o das regras de prote33o 3 pessoa e a determinados bens, permitindo o acolhimento de regras e princ3pios derivados de outros ramos do Direito, internacionalmente reconhecidos, al3m das regras j3 formalmente estabelecidas nos diplomas espec3ficos de DIH.

Segundo a Cl3usula Martens, expressa no art. 1º do Protocolo Adicional I aos Conv3nios de Genebra, nos casos n3o previstos nos textos das conven33es ou em outros acordos internacionais, as pessoas civis e os combatentes ficam sob a prote33o e o imp3rio dos “princ3pios do direito das gentes”, derivados dos usos estabelecidos, dos “princ3pios de humanidade” e dos “ditames da consci3ncia p3blica”.

Partindo-se da ideia de que o “Direito das Gentes” serve de base para a colmata33o de lacunas existentes nas regras de DIH, n3o h3 como afastar a possibilidade de aplica33o do Princ3pio da Precau33o para assegurar a prote33o das pessoas e determinados bens, ante a hip3teses n3o previstas de inser33o de novos m3todos ou novas tecnologias de guerra que tragam amea3as ou riscos n3o previstos ou de efeitos incertos.

Na cl3ssica obra “Direito das Gentes”, de Emer de Vattel⁴⁴, s3o estabelecidos importantes pilares doutrin3rios para o entendimento do surgimento, das caracter3sticas e das rela33es entre os Estados que atualmente servem de guia para as disciplinas das Rela33es Internacionais e do Direito Internacional P3blico, sendo o termo “Direito das Gentes”, na li33o de Vicente Marotta Rangel, ao prefaci3r essa magistral obra, entendido como a ci3ncia do direito “*que tem lugar entre as Na33es ou Estados, e das obriga33es correspondentes a esse direito*”⁴⁵. Segundo ainda Rangel, “*Foi somente depois de Vattel que o termo direito das gentes foi adequadamente substituído por direito internacional, denomina33o essa atribu3da, como se sabe, 3 iniciativa de Jeremy Bentham, que a empregou em 1789...*”⁴⁶

A men33o aos princ3pios de humanidade e aos ditames da consci3ncia p3blica remete 3 ideia de que a constru33o das regras do DIH, at3 pelo fato que motivou sua sistematiza33o (Batalha de Solferino), 3 movida por valores que tocam mais diretamente ao esp3rito humano ou a sentimentos de ordem 3tica ou moral.

44 VATTEL, Emer. *Direito das gentes*. Bras3lia: Instituto de Pesquisa de Rela33es Internacionais Editora Universidade de Bras3lia, 2004.

45 VATTEL, Emer. *Direito das gentes*. Bras3lia: Instituto de Pesquisa de Rela33es Internacionais Editora Universidade de Bras3lia, 2004. pref3cio XLVIII.

46 VATTEL, Emer. *Direito das gentes*. Bras3lia: Instituto de Pesquisa de Rela33es Internacionais Editora Universidade de Bras3lia, 2004. pref3cio XLIX

Ao analisar as quest6es 6ticas que surgem pelo poss6vel emprego das AAL, Peter Asaro⁴⁷ assinala que 6 importante notar a diferen76a entre Direito e Moral por duas raz6es.

Segundo Asaro, a primeira raz6o 6 que, enquanto o Direito pode determinar que certa a76o 6 permitida segundo a lei, ele n6o garante que esse mesmo ato seja moral. Ademais, observa o autor que “enquanto o DIH determina que 6, legalmente, permitido matar um inimigo combatente, isso n6o significa, necessariamente, que devemos matar um determinado inimigo, em uma situa76o determinada. N6o 6 porque se pode fazer alguma coisa que se deve fazer”.

Em segundo lugar, se concluirmos que h6 uma necessidade de uma nova lei ou regula76o, a fonte dessa lei deve estar baseada em firmes bases morais. Essa tarefa dever6 envolver a elabora76o ou clarifica76o da lei existente, mas o desenvolvimento de uma nova lei deve, t6m, possuir uma diretriz moral.

Por fim, assevera Asaro que a Cl6usula Martens serve n6o somente para estender a prote76o que pode n6o estar claramente definida sob o DIH, mas t6m aponta para os princ6pios de humanidade e para os ditames da consci6ncia p6blica como fontes v6lidas para o DIH.

Sendo um princ6pio atualmente consagrado na seara internacional, instrumentalizado em diversos diplomas firmados entre Estados no que tange 6 quest6o da prote76o internacional do meio ambiente, o Princ6pio da Precau76o encontra acolhida na jurisprud6ncia internacional sobre as obriga76es que os Estados devem adotar nas suas rela76es r6cprocas, podendo-se citar diversos casos onde o referido princ6pio foi objeto de considera76o, como os levados ao conhecimento da Corte Internacional de Justi76a pela Nova Zel6ndia contra a Fran76a, em face dos testes nucleares realizados por este 6ltimo, a quest6o das papeleiras, envolvendo Argentina e Uruguai, dentre outros casos cuja men76o detalhada faz-se desnecess6ria tendo em vista sua ampla divulga76o entre os estudiosos da quest6o do Direito Ambiental.

A possibilidade de vincula76o do Princ6pio da Precau76o com os valores expostos na Cl6usula Martens pode ser percebido, considerando-se a vis6o de Ana Maria Moreira Marchesan, no sentido de que “*filosoficamente, o princ6pio da precau76o 6 sustentado por uma 6tica da responsabilidade, na qual o imperativo categ6rico para a civiliza76o tecnol6gica consiste na aquisi76o de conhecimento acerca dos efeitos a longo prazo da tecnologia desenvolvida, com a aplica76o da invers6o do 6nus da prova e a imposi76o de elevados e diferenciados standards qualitativos para o exerc6cio da atividade danosa.*”⁴⁸

N6o s6o no campo doutrin6rio, mas t6m no jurisprudencial, verifica-se a import6ncia que 6 conferida 6 Cl6usula Martens como instrumento de integra76o das regras do DIH. Em sua opini6o consultiva sobre a “legalidade da amea76a ou da utiliza76o de armas nucleares”⁴⁹, a Corte Internacional de Justi76a estabeleceu que a Cl6usula Martens “*provou ser um meio efetivo para disciplinar a r6pida evolu76o da tecnologia militar*”.

A Corte, t6m, defendeu a ideia de que a Cl6usula Martens possui *status* de costume internacional. Por fim, a Corte assevera que “*Uma arma que n6o esteja coberta pelas normas do DIH deve ser considerada contr6ria 6 Cl6usula Martens se de sua utiliza76o possam decorrer viola76es aos princ6pios de humanidade e da consci6ncia p6blica*”.⁵⁰

Assim, a Cl6usula Martens oferece o suped6neo jur6dico adequado para se defender a ideia da transposi76o de princ6pios consagrados em outros ramos do Direito Internacional P6blico para o 6mbito do DIH, dentre os quais o Princ6pio da Precau76o, quando surjam lacunas que fragilizem a tarefa de prote76o das

47 ASARO, Peter. Ethical issues raised by autonomous weapons systems. The New School, USA. Autonomous Weapons Systems: Technical, military, legal and humanitarian aspects. Expert meeting. Geneva, Switzerland, 26-28, march 2014.

48 MARCHEZAN, Ana Maria Moreira. Artigo: As esta76es de r6dio-base de telefonia celular no contexto de uma sociedade de riscos. *Cad. Jur. S6o Paulo*, v. 6, n. 2, p. 139-155, abr./jun. 2004. Dispon6vel em: <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOMACE/pdf/artigos/As.ERBs.telefonia.celular.no.contexto.de.uma.sociedade.de.riscos-Ana.Marchesan.pdf>>.

49 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion*. General List n6o 95. July, 8, 1996. Dispon6vel em: <https://fas.org/nuke/control/icj/text/iunan_ijudgment_19960708_Advisory_Opinion.htm>.

50 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion*. General List n6o 95. July, 8, 1996. Dispon6vel em: <https://fas.org/nuke/control/icj/text/iunan_ijudgment_19960708_Advisory_Opinion.htm>.

peças e bens em situações de conflito armado, diante do surgimento de novas tecnologias de guerra. É a aplicação do brocardo jurídico “*ubi eaden ratio, ubi eaden legis dispositio*”.

3.3. Forma de inserção do Princípio da Precaução no âmbito do DIH

Nos Convênios de Haia, foram estabelecidas declarações e convenções sobre restrições ou proibição a certas armas, como, por exemplo, a já citada Declaração de São Petersburgo, de 1868, a fim de proibir o uso de determinados projéteis em tempos de guerra, a Convenção relativa à colocação de minas submarinas automáticas de contato, a proibição de utilização de armas cujos efeitos sejam indiscriminados, de armas incendiárias, dentre outras.

Assim, a exemplo da Convenção de 1976 sobre a proibição de técnicas que sejam danosas ao meio-ambiente, e que, em certa medida, apoia-se em argumentos relacionados a incertezas de ordem científica para o estabelecimento de medidas de prevenção ou precaução, é possível idealizar-se uma Convenção a fim de compor o conjunto dos diplomas de Haia, não proibindo de maneira peremptória, mas prevendo a aplicação do Princípio da Precaução no Desenvolvimento e Emprego de certas armas, enquanto, ainda, pendentes incertezas científicas sobre os seus efeitos para as regras de proteção do DIH.

Poderia referida convenção, inclusive, adotar texto semelhante ao da Declaração do Rio, e seu Princípio 15, sobre o Princípio da Precaução, com todos os requisitos ali fixados, incluindo a inversão do ônus da prova quanto à compatibilidade com os princípios e regras de proteção humanitárias, não só das AAL, mas de qualquer arma a ser desenvolvida nas mesmas condições e, conseqüentemente, estabelecendo uma vedação ao seu uso até que uma entidade, seja a Assembleia Geral da ONU, o Conselho de Segurança ou o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, possa atestar referida compatibilidade.

Não se tratando de uma vedação absoluta, como aconteceu com outros tipos de armas, cujos efeitos de antemão já se mostraram danosos, não haverá impedimentos ou interrupção das pesquisas na área de autonomia robótica, haja vista sua possibilidade de emprego, também, para fins pacíficos. Essa previsão, inclusive, é similar ao que foi estabelecido na Convenção sobre a proibição de utilizar técnicas de modificação ambiental com fins militares ou outros fins hostis.

Um segundo caminho é o estabelecimento de medidas disciplinadoras ou restritivas por intermédio de uma nova convenção, específica para lidar com a questão, mediante a convocação de plenipotenciários dos Estados, cujo objetivo seria a de limitar o emprego de certas armas convencionais, enquanto pendentes as dúvidas ou incertezas científicas sobre a sua compatibilidade com as regras de proteção do DIH.

Um exemplo clássico é a Convenção de Ottawa sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição⁵¹, aberta a assinaturas em Ottawa, em 3 de dezembro de 1997. Essa Convenção traz, em seu preâmbulo, os aspectos humanitários que levaram à sua aprovação, e que podem se aplicar para motivar a não utilização antecipada ou prematura de AAL, e que se baseia no princípio do direito internacional humanitário de que o direito das partes em um conflito armado de escolher métodos ou meios de combate não é ilimitado, no princípio que proíbe o uso, em conflitos armados, de armas, projéteis ou materiais, ou métodos de combate de natureza tal que causem danos superfluos ou sofrimento desnecessário, e no princípio de que uma distinção deve ser estabelecida entre civis e combatentes.

Por derradeiro, e como medida considerada mais adequada pelos estudiosos do tema, há, também, a possibilidade de inserção de previsões em tratado já existente, no caso, na Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais, que Podem ser Consideradas como Excessiva-

51 BRASIL. Decreto nº 3.128, de 5 de agosto de 1999. Promulga a Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição.

mente Lesivas ou Geradoras de Efeitos Indiscriminados, conhecida como Convenção sobre Certas Armas Convencionais, adota em Genebra, em 10 de outubro de 1980.⁵² Conforme estabelecido no artigo 8 dessa Convenção, em qualquer tempo após a sua entrada em vigor, qualquer Estado-Parte poderá propor emendas ao seu texto ou a qualquer Protocolo anexo. Qualquer proposta de emenda será comunicada ao Depositário, que é o Secretário-Geral das Nações Unidas, o qual a notificará aos demais Estados-Parte, e indagará sua opinião acerca de se uma conferência deve ser convocada para considerar a proposta.

Em qualquer tempo, após a sua entrada em vigor, qualquer Alta Parte Contratante poderá propor, também, protocolos adicionais relativos a outras categorias de armas convencionais, não cobertas pelos protocolos anexos existentes, o que poderá incluir, portanto, um protocolo específico para as AAL. Qualquer proposta de protocolo adicional será comunicada ao Depositário, que a notificará aos demais Estados-Parte, de acordo com o mesmo procedimento. Havendo concordância, o Depositário convocará, prontamente, uma conferência para a qual todos os Estados serão convidados.

Periodicamente, ocorre a revisão sobre o alcance e o funcionamento da Convenção e seus Protocolos, e para considerar qualquer proposta de Emenda da Convenção e de seus protocolos anexos. Acerca do problema específico as AAL, em 2014, os Estados-Parte na Convenção realizaram uma reunião informal de experts, em que se discutiu, pela primeira vez, a questão relacionada às AAL e suas consequências, tendo sido levantadas diversas preocupações e questionamentos⁵³. Uma das decisões foi que os Estados deveriam, já a partir dessa ocasião, elaborar seus posicionamentos e possíveis propostas, além do compartilhamento de informações, desenvolvimento de boas-práticas e a decisão sobre a imposição de uma moratória ou um total banimento dessas armas, já desde a sua fase de pesquisa.

Em 14 de novembro de 2014, os Estados-Parte resolveram que seria necessária a continuidade das discussões sobre o assunto, tendo sido agendada uma nova rodada em Genebra, marcada para 13-15 de abril de 2015. Muitos apresentaram a sua concepção de que as AAL representam grande impacto para os Direitos Humanos e em outras situações não cobertas pela Convenção.

Ao apresentarem suas considerações iniciais acerca do desenvolvimento e utilização das AAL, um total de 15 (quinze) países, dentre os quais o Brasil, apresentaram suas considerações sobre a sua visão acerca do desenvolvimento e utilização de tais engenhos. A posição do Brasil não incluiu uma opinião que levasse a uma postura precaucionária, limitando-se a enfatizar que a utilização de tais sistemas deve observar os ditames dos Direitos Humanos e do DIH, e que as discussões no seio da Convenção não devem obstaculizar a discussão do tema em outros fóruns, como o Conselho de Direitos Humanos.⁵⁴

Posteriormente, em outra reunião realizada em 2016, a conferência sobre a revisão da Convenção decidiu convocar, novamente, um grupo de peritos ou experts governamentais para continuarem a discutir a questão das AAL.⁵⁵ O primeiro encontro desse grupo, após essa reunião, que estava agendado para ocorrer entre 21 e 25 de agosto de 2017, em uma primeira sessão, foi cancelado. Contudo, o adiamento prevê que a primeira sessão só ocorrerá justamente, nessa data (13 a 17 de novembro de 2017)⁵⁶. Ao que tudo indica, as discussões sobre uma regulação adequada das AAL ainda demandarão certo tempo.

52 BRASIL. *Decreto nº 2.793, de 20 de agosto de 1998*. Promulga a Convenção sobre Certas Armas Convencionais, que Podem ser Consideradas como Excessivamente Lesivas ou Geradoras de Efeitos Indiscriminados.

53 UNIVERSITÉ DE GENÈVE. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. *Academy Briefing nº 8. Autonomous weapon systems under international Law. Discussions in the convention on certain conventional weapons framework*. p. 6, november, 2014

54 UNIVERSITÉ DE GENÈVE. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. *Academy Briefing nº 8. Autonomous weapon systems under international Law. Discussions in the convention on certain conventional weapons framework*. p. 6, november, 2014. Table 1. State positions and issues raised at the CCW experts meeting, May, 2014. p.7.

55 UNITED NATIONS OFFICE AT GENEVA. The Convention on Certain Conventional Weapons. *Background on Lethal autonomous weapons systems (LAWS)*. Disponível em: <<https://www.unog.ch>>

56 UNITED NATIONS OFFICE AT GENEVA. The Convention on Certain Conventional Weapons. *Background on Lethal autonomous weapons systems (LAWS)*. Disponível em: <<https://www.unog.ch>>.

Não obstante, essa reunião, caso realmente ocorra, pode ser a oportunidade para que seja apresentada uma nova abordagem sobre a questão das AAL, com a proposta de inserção da Convenção ou em um protocolo anexo, de medidas fundamentadas no Princípio da Precaução, inspiradas nos diplomas de Direito Internacional Público que o consagram, as quais estabeleceriam uma moratória ou, ao menos, a limitação de emprego de meios robóticos para missões que não envolvam operações de ataque, até que as dúvidas científicas existentes sobre a sua compatibilidade com as regras de proteção do DIH sejam dirimidas, sem que, de tal medida, decorram prejuízos para a continuidade das pesquisas na área da autonomia robótica, em consideração, inclusive, à sua potencial utilidade benéfica no campo civil e em alguns setores do meio militar.

Ante a previsão da inversão do ônus da prova, caberá a comprovação da parte interessada na utilização de meios autônomos de que suas características técnicas, seus programas e formas de emprego não apresentem riscos para as pessoas e bens segundo as regras do DIH, mediante testes e termos específicos de responsabilização. Essa comprovação seria certificada por uma entidade neutra (um ISSO 9001 para armas?), podendo tal entidade ser o CICV, o qual, por força dos artigos 3, 2), e 9, da Primeira Convenção de Genebra, de 12 de agosto de 1949, dentre outras disposições, possui destacado papel nas ações de proteção e divulgação quanto à observância das regras do DIH. Interessa notar que a disposição a ser inserida na Convenção, ou em algum protocolo a ela anexo, poderá ser redigida não somente para abranger as AAL, mas quaisquer novas tecnologias que venham a ser idealizadas ou desenvolvidas nas mesmas condições.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da necessidade de manutenção de sua aplicabilidade, o DIH deve estar sob constante revisão, de forma a mantê-lo atualizado e com eficácia assegurada, de maneira a evitar um vácuo ou lacuna normativa, mesmo em face da cada vez maior evolução científico-tecnológica no campo das armas.

Como observado, a tecnologia da guerra, desenvolvida a partir da segunda metade do século passado, teve como efeito a inversão do saldo de baixas, o qual passou a pender sobremaneira sobre a população civil. De armas totalmente passivas, desenvolveram-se máquinas e dispositivos capazes de operarem cada vez mais de forma independente de intervenção humana direta, bem como com capacidade de gerar maior número de baixas e de destruição na força oponente. Infelizmente, esse desenvolvimento acarretou, também, um aumento significativo de vítimas entre as pessoas e bens protegidos pelo DIH.

No que se refere às armas automáticas, por serem engenhos projetados para atuar sob padrões pré-determinados, de maneira a que, diante de um evento ou situação específica, empreendem uma resposta pré-programada, estas não apresentam maiores consequências para a observância das regras humanitárias, haja vista que sua capacidade de identificação e engajamento é limitada à supervisão de um operador, que pode abortar o desfecho letal em caso de identificação errônea ou mau funcionamento do sistema.

No campo das armas remotamente pilotadas, Drones ou Veículos Aéreos Não Tripulados (VANT), estas não são ilegais per se, considerando-se que sua concepção e finalidades operacionais, ainda, observam os limites previstos nas regras do DIH para que uma arma seja considerada legal. A despeito das vantagens em sua utilização, há, atualmente, polêmica quanto à forma com que estão sendo utilizadas, como para a prática de “assassinatos seletivos” em territórios de terceiros Estados. Não obstante, ainda que os erros ou violações às regras humanitárias ou de direitos humanos ocorram, estes decorrem de equívocos na sua política de utilização ou de falhas operacionais do que de alguma limitação que lhes seja intrínseca.

Embora as AAL com total autonomia ainda não estejam em uso e não se tenha, ainda, uma definição clara de quando poderão realmente estar, o seu desenvolvimento é, claramente, um objetivo de certos governos. Ao se proceder a uma análise mais detalhada das regras de proteção do DIH, construídas com base nos princípios da Humanidade e da Distinção, observam-se algumas regras humanitárias que poderão ter

sua eficácia enfraquecida caso não haja um conhecimento adequado dos possíveis efeitos das AAL. Diante de toda polêmica e inquietações que, ainda, existem no plano técnico e jurídico, verifica-se que, atualmente, uma decisão definitiva sobre os riscos das AAL para as pessoas e determinados bens protegidos pelo DIH ainda não foi objeto de consenso.

Os avanços na ciência e tecnologia são, invariavelmente, acompanhados de novas formas de risco, capazes de gerar danos incontroláveis para as sociedades, e que devem ser dotados de mecanismos de mitigação. Dentre tais riscos não se podem excluir as novas tecnologias de armas, que exigem da comunidade internacional, a cada passo de seu surgimento, uma análise sobre os potenciais danos que seu emprego poderá causar para as pessoas e bens protegidos pelo DIH.

Segundo a Teoria de Ulrich Beck, a sociedade de risco se caracteriza pela carência ou a impossibilidade de se preverem as situações de perigo que se apresentam em face de diversos fatores relacionados ao desenvolvimento da sociedade nos campos ético, social, tecnológico, cultural etc., e que colocam em cheque a sociedade como um todo na sua forma de enfrentá-los. Para referido autor, ainda, o advento da industrialização e do desenvolvimento tecnológico trouxe um conjunto de riscos da mais variada ordem, de gravidade para a sociedade como um todo, e que são desconhecidas, tais como os riscos ecológicos, nucleares e econômicos.

Esses riscos apontados por Beck devem, preponderantemente, ser encarados em suas consequências futuras, ainda que não previstas, exigindo, portanto, uma ação prospectiva, de maneira a evitá-los ou mitigá-los. São riscos que possuem uma fonte de criação variada, originada de todo processo de industrialização e de transformação política e social que adveio da nova “Sociedade Industrial de Risco”.

Transportada a questão para a seara dos riscos ambientais, consagra-se, no âmbito do Direito Internacional Ambiental, o Princípio da Precaução, com base no qual as incertezas científicas quanto aos riscos advindos das inovações tecnológicas não eximem da responsabilidade em se tomarem medidas de proteção prévias que eliminem ou mitiguem até níveis aceitáveis os riscos que poderão advir para o meio-ambiente e, conseqüentemente, para o bem estar das populações. Ao traçar a relação entre riscos e desenvolvimento científico, verifica-se, portanto, que a tecnologia, além de oferecerem promessas de uma vida melhor, é acompanhada de riscos ou ameaças potenciais.

Diferentemente do que ocorre no Direito Ambiental, observa-se, em relação à análise das disposições do DIH, que as medidas adotadas visando à proteção da população civil e seus bens partem, sempre, do pressuposto de que os efeitos dos ataques já são conhecidos e que, portanto, exigem medidas de prevenção por parte do atacante, especialmente porque os meios ou instrumentos utilizados são conhecidos e tidos como compatíveis com as regras humanitárias.

Com a possibilidade do advento de armas totalmente autônomas, surgem as dúvidas sobre a capacidade que uma AAL terá ou não de realizar uma avaliação que seja adequada e suspender ou evitar um ataque, especialmente nas situações em que se deparem com imprevistos não contabilizados em seus programas e que exijam resposta imediata. Os potenciais riscos advindos dessas situações reforçam a necessidade de um aperfeiçoamento das medidas protetivas do DIH, do mesmo nível das que são estabelecidas pelo Princípio da Precaução, como empregado no Direito Ambiental.

Considerando-se o **Princípio da Precaução do Direito Ambiental** como paradigma, conclui-se que é juridicamente possível estender os fundamentos e finalidades desse princípio para o DIH, com vistas à criação do **“Princípio da Precaução no Desenvolvimento de Novas Armas”**, a par dos princípios da distinção, proporcionalidade, necessidade militar e humanidade. A Cláusula Martens abre a oportunidade para que princípios reconhecidos pela comunidade internacional como regentes das relações entre os Estados possam ser incorporados ao DIH, visando ao atendimento de sua finalidade primordial que é a proteção de pessoas e de determinados bens contra os riscos advindos dos conflitos armados e das tecnologias deles decorrentes.

Em que pese a aparente demora dos Estados-Parte em discutirem definitivamente a questão e as relativas divergências de postura, os procedimentos para a realização de uma atualização da Convenção já estão estabelecidos, podendo ser oportunizada por ocasião da futura reunião de Experts para a discussão da atualização da Convenção sobre Armas Convencionais, a ser realizada ainda em 2017, conforme apontado.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.
- ARKIN, Ronald C. *The case for ethical autonomy in unmanned systems*. Atlanta: Georgia Institute of Technology, 2009.
- ASARO, Peter. Ethical issues raised by autonomous weapons systems. The New School, USA. Autonomous Weapons Systems: Technical, military, legal and humanitarian aspects. Expert meeting. Geneva, Switzerland, 26-28, march 2014.
- BRASIL. Decreto n. 4388/2003, Estatuto de Roma. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm Acesso em 19 mar 2018.
- CHOSSUDOVSKY, Michael. *As armas da nova ordem mundial têm capacidade de provocar mudanças climáticas*. Disponível em: <https://mídiaindependente.org/pt/green/2007/02/373212.shtml> Acesso em 19 mar 2018.
- DORNELAS, Henrique Lopes. Sociedade de Risco e o princípio da precaução: conceito, finalidade e a questão de sua imperatividade. *Revista UNLABEU*, v. 4, n. 6, jan./abr. 2011.
- DUNANT, Henry. *Lembranças de Solferino*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Genebra, 2016.
- GEISS, Robin. *Autonomous weapons systems: risk management and state responsibility*. Third CCW meeting of experts on lethal autonomous weapons systems. Geneva. 11-15 april 2016.
- GEISS, Robin. Las estructuras de los conflictos asimétricos. *International review of the Red Cross*. Genebra, n. 864. p. 7, dic. 2006.
- GEISS, Robin. *The international-law dimension of autonomous weapons systems*. Study. Friedrich Ebert Stiftung. p. 4-23 October 2015.
- ICRC. International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts. 31st International conference of the red cross and red crescent. Geneva, Switzerland. 28 november-01 december 2011.
- ICRC. MELZER, Nils. *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. ICRC, may, 2009. Disponível em: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the threat or use of nuclear weapons. Advisory opinion*. General List n° 95. July, 8, 1996. Disponível em: https://fas.org/nuke/control/icj/text/iunan_ijudgment_19960708_Advisory_Opinion.htm
- KISS, Alexandre. *Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução*. Capítulo I. Disponível em: http://www.marcelodiasvarella.org/marcelodiasvarella/International_Environmental_Law_files/versao_del_rey.pdf.
- MARCHEZAN, Ana Maria Moreira. Artigo: As estações de rádio-base de telefonia celular no contexto de uma sociedade de riscos. *Cad. Jur. São Paulo*, v. 6, n. 2, p. 139-155, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOMACE/pdf/artigos/As.ERBs.telefonia.celular.no.contexto.de.uma.sociedade.de.riscos-Ana.Marchesan.pdf>.

MARSAL Jordi. *Tecnologias disruptivas y sus efectos sobre la seguridad*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento de trabajo 12/2015. Mayo 2015. p. 7

MAURER, Peter. *Interview*: International Committee of the Red Cross. The use of armed drones must comply with laws. 10/05/2013. Disponível em: <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/interview/2013/05-10-drone-weapons-ihl.htm>>.

NACIONES UNIDAS/ASAMBLEA GENERAL. A/HRC/23/47. *Informe del relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns*. 9 de abril de 2013.

QUÉGUINER, Jean-François. Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades. *International Review of the Red Cross*, n. 864, Dez. 2006.

RIVAS, Milton Meza. *Los sistemas de armas completamente autónomos: um desafio para la comunidad internacional em el seno de las Naciones Unidas*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento Opinión. 18 de agosto de 2016.

SCHARRE, Paul. *Autonomous weapons and operational risk*. Ethical Autonomy Project. Center for a New American Security. February, 2016.

SILVA, Solange Teles da. *Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas*. Organizadores: Marcelo Dias Varela e Ana Flávia Barros Platiau. Belo Horizonte: Del Rey e Escola Superior do Ministério Público da União, 2004.

SPINEDI, Marina. State responsibility VS individual responsibility for international crimes: tertium non datur?EJIL. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/13/4/1566.pdf>>.

STEVENS, Mary. The precautionary principle in the international arena. *Sustainable Development Law & Policy*. Article 7, v. 2, Issue 2 spring/Summer 2002.

UNITED NATIONS. Geneva. *2017 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems*. Disponível em: <[http://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/F027DAA4966EB9C7C12580CD0039D7B5?OpenDocument](http://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/F027DAA4966EB9C7C12580CD0039D7B5?OpenDocument)>.

UNIVERSITÉ DE GENÈVE. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Academy Briefing n° 8. Autonomous weapon systems under international Law. Discussions in the convention on certain conventional weapons framework. p. 6, november, 2014.

USA. Department of Defense. DARPA. *Darpa Grand Challenge*: ten years later. Autonomous vehicle challenge led to new technologies and invigorated the prize challenge model of promoting innovation. March, 13, 2014. Disponível em: <<https://www.darpa.mil/news-events/2014-03-13>>.

VATTEL, Emer. *Direito das gentes*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais Editora Universidade de Brasília, 2004.

WAREHAM, Mary. *Article*: Banning killer robots in 2017. The Cipher Brief. January 15, 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo

The brazilian state's choice by fundamental right to health: the duty to finance high cost medicines

Andre Studart Leitão

Thiago Patrício de Sousa

Alexandre Antonio Bruno da Silva

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo*

The brazilian state's choice by fundamental right to health: the duty to finance high cost medicines

Andre Studart Leitão**

Thiago Patrício de Sousa***

Alexandre Antonio Bruno da Silva****

RESUMO

A nova ordem brasileira inaugurada pela Constituição Federal de 1988 trouxe a saúde como um direito de todos e dever do Estado. Este, formado por União, estados-membros, Distrito Federal e municípios. Questiona-se se cabe dentro desse dever estatal a obrigação desses entes de fornecer medicamentos a todos os brasileiros que dele precisem para se curar de suas doenças, até mesmo os mais dispendiosos. Para responder a essa pergunta, revisam-se os diplomas atinentes à matéria, o modo como o Estado obtém receitas, o entendimento construído pelo STF, a partir do fenômeno da judicialização da política, e a literatura relativa a esse tema. Conclui-se que o aumento das despesas pelo ente condenado para financiar uma medicação não é considerado um óbice para o Judiciário condenar o gestor administrativo a fornecer medicamentos de alto custo para um só indivíduo, pois o Estado brasileiro assumiu o dever de cuidar da saúde dos brasileiros e residentes no Brasil, sem qualquer ressalva ao fator financeiro. No entanto, o STF sinaliza que a capacidade financeira do demandante deverá ser considerada como um dos requisitos para a concessão de liminares judiciais que obriguem o ente estatal a arcar com os custos de medicação. Assim, tal posicionamento aponta para uma mudança nesse cenário, que concilia o dever estatal com o princípio constitucional da igualdade material.

Palavras-Chave: SUS. Medicamentos de alto custo. Saúde. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The new Brazilian order inaugurated by Federal Constitution of 1988 brought health as a right for all and as a duty to State. This, formed by Union, member states, Federal District and municipalities. It is questioned whether it is within this duty of the State to obligate these entities to provide medicines to all Brazilians who need them to cure themselves of their illness, even the most costly ones. To answer this question, we review the

* Recebido em 27/10/2017

Aprovado em 19/11/2017

** Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor do Programa de Pós-Graduação stricto sensu do Centro Universitário Christus.

Email: andrestudart@hotmail.com

*** Bacharel em Comunicação Social – Jornalismo pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Faculdade Farias Brito. Especialista em Gestão de Pessoas pelo Centro Universitário Estácio do Ceará. Técnico Ministerial da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará.

Email: thiago.sousa@mpce.mp.br

**** Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFC. Mestre em Informática pela PUC-RJ. Professor do Programa de Pós-Graduação stricto sensu do Centro Universitário Christus. Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditor-Fiscal do Trabalho.

Email: alexandre.bruno@terra.com.br

literature, the diplomas related to the subject, the way the State obtains revenues and the understanding built by the STF, from the phenomenon of the judicialization of politics. It is concluded that the increase of expenses by the federative entity condemned to finance a medication is not considered an obstacle to the Judiciary to order the administrative manager to provide high cost drugs for a single individual, because the Brazilian State assumed the duty to care for the health of Brazilians and residents in Brazil, without any reservation to the financial factor. However, the STF indicates that the financial capacity of the plaintiff should be considered as one of the requirements for the granting of judicial injunctions that oblige the state entity to bear the costs of medication. Thus, this position points to a change in this scenario, which reconciles the State's duty with the constitutional principle of material equality.

Keywords: SUS. High cost medicines. Health. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

Na atual Carta Constitucional brasileira, o direito à saúde encontra-se previsto em seção própria do capítulo da Seguridade Social, especificamente como direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF), classificado como um direito social (art. 6º, CF) e de competência comum de todos os entes federados (art. 23, II, CF)¹.

Nem sempre foi assim. Constitucionalmente, a saúde apareceu no texto de 1934, em seu art. 10, II, com a previsão de que competia, concorrentemente, e não comumente, à União e aos Estados cuidar da saúde e assistência públicas², excluindo dessa competência o Distrito Federal, os Territórios e os municípios. O texto da Constituição de 1937, por outro lado, só trazia disposições acerca da legislação sobre o tema, prevendo a competência exclusiva da União para legislar sobre saúde (art. 16, II)³. Da mesma maneira, a Constituição de 1946 apenas se ateve à competência da União para legislar sobre saúde (art. 5º, XV, “b”)⁴, disposição que se manteve na Carta de 1967. Todas as Constituições anteriores às de 1988 reservavam, no máximo, dois incisos para tratar do tema da saúde; daí a atual Carta Maior dispor de maneira mais abrangente.

Paralelamente à sucessão desses textos constitucionais e elevação da saúde ao *status* de dever estatal, diversos segmentos da população brasileira sempre padeceram de mazelas, algumas conhecidas, outras não, tais como varíola, meningite, paralisia infantil, câncer, esclerose múltipla, síndrome da imunodeficiência adquirida e, mais recentemente, doenças antes inexistentes no Brasil como a febre zica e o vírus Chikungunya. Todos esses casos terminavam desembocando na precária rede de assistência à saúde pública.

Dessarte, por uma escolha do Estado brasileiro em cuidar da saúde da sua população, partilhando o encargo com todos os entes federados, faz-se imperioso discorrer acerca do atual funcionamento do sistema que custeia a saúde pública no Brasil, partindo-se do seguinte questionamento: é dever do Estado brasileiro custear todo e qualquer risco social da sua população em matéria de saúde? Delimitando-se ainda mais o objeto: é irrestrito o financiamento estatal à medicação de alto custo, assim considerada pelo Ministério da Saúde, da sua população que não pode ter acesso a ela?

Para responder a esses questionamentos, adotamos como metodologia pesquisa bibliográfica de livros, legislação e acervos documentais e jurisprudenciais disponíveis na Internet, acerca das escolhas que o Esta-

1 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-22142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

2 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 23abr. 2017.

3 BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

4 BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

do brasileiro fez na condução da sua política, os direitos envolvidos, o modo como distribuiu a responsabilidade de cada ente cuidar da saúde da sua população, a composição do orçamento destinado ao alcance dos seus objetivos e a forma como ocorre a efetivação do direito à saúde.

A partir dessa análise, busca-se criticar o atual modo de financiamento da saúde no Brasil pelo Estado e a forma como esse direito vem sendo, de fato, efetivado, a partir da intervenção do Poder Judiciário na condução da gestão do Poder Executivo.

2. A ESCOLHA PELA SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O direito à saúde é doutrinariamente classificado como um direito que integra o rol de direitos humanos, fundamentais e sociais. Na tradicional classificação de Comparato⁵, um direito é humano por ser inerente à própria condição humana; fundamental quando esse direito humano é reconhecido expressamente pela autoridade política e positivado no ordenamento jurídico de um Estado; e social, por ser garantido pelo Estado a uma coletividade determinada ou determinável, a quem o poder público executa uma série de políticas públicas, que visam garantir o amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres, tais como educação, seguridade social e trabalho, que estão expressamente previstos no art. 6º da CRFB/88.

Destarte, além de um direito humano, fundamental e social, a saúde é classificada por Martha Nussbaum como uma capacidade humana central⁶. Em seu livro *Fronteiras da Justiça*, aquela autora utiliza o que ela chama de “enfoque das capacidades” como uma alternativa às abordagens de cunho econômico-utilitaristas, que buscam medir a qualidade de vida de um país de acordo com o seu Produto Nacional Bruto (PNB), parâmetro que desconsidera as desigualdades sociais existentes na distribuição de riqueza e renda — que não é equitativa — e o acesso da sua população às políticas públicas. A proposta do “enfoque das capacidades” é fornecer uma base filosófica para explicar as garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, com o mínimo de respeito que a dignidade humana requer, e que atuam como a fonte de princípios políticos para uma sociedade liberal pluralística.

Essas capacidades humanas centrais muito se assemelham à abordagem dos direitos humanos, porque estão relacionadas à ideia de dignidade humana, em que o ser humano deve ser tratado como um fim, e não como um meio. São constituídas pelo seguinte rol exemplificativo: vida; saúde física; integridade física; sentidos, imaginação e pensamento; emoções; razão prática; afiliação; outras espécies; lazer; e controle sobre o próprio ambiente. Depreende-se dessa lista que a saúde física está intrinsecamente relacionada às demais capacidades, devendo o Estado garanti-las, minimamente, para que a sua população viva com dignidade, sob pena de não ser plenamente justo.

Se traçarmos um paralelo entre as capacidades humanas acima listadas com as frentes de ações do governo federal brasileiro, identificamos que estas encontram-se segmentadas em 26 Ministérios, 4 Secretarias Especiais e 23 Conselhos, em que destacamos para este trabalho 1 Ministério da Saúde, 1 Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 1 Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) e 1 Conselho Nacional de Saúde (CNS)⁷.

Historicamente, a saúde somente ganhou um Ministério de Estado próprio em 1953, quando se separou do Ministério da Educação, sendo instituído pela Lei n.º 1.920, com a finalidade de tratar dos problemas ati-

5 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71-79.

6 NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Traduzido por Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 92.

7 GOVERNO federal é formado por ministérios, secretarias e órgãos especiais. *Portal Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/governo-federal-e-formado-por-ministerios-secretarias-e-orgaos-es-peciais>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

mentes à saúde humana⁸. Mas, antes que isso ocorresse, desde 1919 o Poder Legislativo pleiteava a transformação do Departamento de Saúde Pública em um Ministério da Saúde Pública, mas sua atenção era voltada para a promoção de ações sanitárias e de assistência hospitalar. Apenas em 1930, com o governo provisório que se instituiu com a Revolução de 1930, a saúde pública ganhou o *status* de um Ministério específico, mas dividia seus assuntos com a educação.

Galdino observa que, durante um período totalitário no Brasil, notadamente a partir de 1937, com o Estado Novo, floresceram os direitos sociais, enquanto os direitos individuais não eram tutelados⁹. Nesse contexto, cabe suscitar a classificação que a doutrina constitucionalista faz quanto aos direitos fundamentais, diferenciando-os em três gerações principais. Conforme Ferreira Filho, o termo “gerações” indica os grandes momentos em que se reconhecem famílias de direitos com características jurídicas comuns e peculiares. A 1ª Geração contempla os direitos individuais, civis e políticos; a 2ª Geração abarca os direitos coletivos, sociais e culturais; a 3ª Geração contempla os direitos de solidariedade¹⁰.

Nessa classificação, há, ainda, uma dicotomia acerca da atuação do Estado na efetivação desses direitos em positivo/negativo, ou uma ação/omissão estatal. Os direitos de 1ª geração implicam uma abstenção do Estado, enquanto os de 2ª e 3ª geração exigem uma prestação estatal. De acordo com Galdino, essa positividade refere-se a dispêndio de recursos, enquanto os direitos negativos não gerariam custos para o Estado, pois independem de qualquer prestação pública¹¹. No entanto, essa dicotomia não mais se justifica.

Holmes e Sunstein afirmam que todos os direitos são positivos e, portanto, demandam custos para o Estado¹². Exemplificativamente, analisamos o direito de votar e ser votado. Se esse direito fundamental, enquadrado na 1ª geração, de fato exigisse uma abstenção estatal, sequer poderia ser exercido, haja vista que é o Estado quem disponibiliza urnas, cédulas de votação, juízes eleitorais e funcionários para concretizar esse direito e tudo isso exige custos.

Partindo-se, então, da premissa de que todas as gerações de direitos fundamentais demandam uma prestação estatal, questiona-se: quem possui direito à saúde no Brasil? Segundo o artigo 196 da Carta Maior vigente, todos possuem direito à saúde, e o Estado deve garanti-lo. Nessa acepção de “todos”, fazendo-se uma interpretação sistemática com o art. 196, I, da CRFB/88, chega-se à conclusão de que a saúde é garantida a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

No caso específico do Estado brasileiro, sob a égide da nova ordem inaugurada com a Carta Constitucional de 1988, o direito à saúde pretende ser universal e gratuito, até mesmo para quem pode arcar com os custos de um tratamento dispendioso. Trata-se do principal entrave para a sua devida efetivação, uma vez que a saúde contempla um vasto sistema que envolve todos os entes federativos e vai desde o fornecimento de medicação até a realização de complexos procedimentos cirúrgicos, realizados por um corpo médico custeado pelo Estado brasileiro, para atender à sua população que, em 2016, alcançou o número de 206 milhões de habitantes¹³.

Essa ideia de gratuidade da saúde está diretamente ligada ao modelo paternalista que o Estado brasileiro adotou para tratar com os seus cidadãos. Esse modelo, segundo Dias, Freitas e Leitão, data desde a época colonial, quando era utilizado como forma de controle social dos escravos¹⁴. Conforme aqueles autores, o

8 BRASIL. *Lei n. 1.920, de 25 de julho de 1953*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1920.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

9 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 173.

10 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

11 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 151-152.

12 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999. p. 48.

13 POPULAÇÃO brasileira cresce 0,8% e chega a 206 milhões. *Portal Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/08/populacao-brasileira-cresce-0-8-e-chega-a-206-milhoes>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

14 DIAS, Eduardo Rocha; FREITAS, Brenda Barros; LEITÃO, André Studart. Inclusão excludente, assistência, educação e pa-

paternalismo implica intervencionismo excessivo do Estado em vários aspectos individuais e coletivos dos seus cidadãos com o objetivo de proteger, a qualquer custo, e de institucionalizar o controle por dependência social. Isso, atualmente, ocorre nos programas assistencialistas do governo federal e também pode ser encontrado na previsão constitucional que dispôs a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. A crítica daqueles autores é porque os gestores brasileiros adotam o paternalismo sem qualquer planejamento ou prévio estudo socioeconômico consistente, criando obrigações que, futuramente, o Estado terá dificuldades ou não poderá cumprir.

Além disso, o próprio termo “saúde” é abrangente. Segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), da qual o Brasil é signatário, saúde não é ausência de doença, mas um estado de completo bem-estar físico, mental e social¹⁵. Tal definição não reduz a abrangência da expressão e, no caso brasileiro, contempla uma rede de atendimento voltada para a realização tanto de ações preventivas como curativas para garantir o bem-estar da sua população.

Assim, diante da impossibilidade prática de se garantir um acesso universal e gratuito à saúde para cada membro da sua população, haja vista que isso demanda elevados custos para o Estado brasileiro, é necessário que se considere o aspecto da equidade na saúde como realização de justiça social. Conforme Amartya Sen, a equidade na saúde é multidimensional, incluindo a distribuição de atendimento, a capacidade de realizar a boa saúde e a justiça processual, com a observância da versatilidade dos recursos e dos arranjos sociais que ligam a saúde à organização da sociedade¹⁶. A equidade é, portanto, mais ampla do que a desigualdade na saúde, onde ricos e pobres podem dispor de mais ou menos recursos financeiros para alcançar o tratamento ou a cura de uma mesma moléstia.

Além de propor um sistema único de saúde universal e gratuita no Brasil, a Carta Magna de 1988 se estruturou no princípio da dignidade da pessoa humana, que alberga vários direitos fundamentais como o de poder usufruir de boa saúde e à vida, que também está relacionado com o direito à saúde, pois um Estado que não garante esse último também não garante o direito à vida e ofende a dignidade do homem. Mas, ao estender a perspectiva individual da pessoa humana para a coletividade, o constituinte, no “*caput*” da Constituição vigente, também garante a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Ao passo que se deve reconhecer que essa igualdade entre eles é formal perante a lei, também se faz mister ressaltar que todos não estão materialmente no mesmo patamar de igualdade e necessitam receber do Estado um tratamento que reconheça as suas desigualdades individuais, e, conseqüentemente, possa lhes prestar mais ou menos atenção para ser justo.

Desse modo, diante da opção do Estado brasileiro por prestar saúde gratuita a todos e da impossibilidade concreta de efetivar essa prestação, implicando uma rede de assistência deficiente e precária, faz-se necessário conhecer o sistema de financiamento à saúde no país e seus entraves à efetivação do disposto no texto constitucional.

3. O SISTEMA DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA: O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil trazidos no artigo 3º, I, da sua atual Constituição é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. No ensinamento de Machado, legali-

paternalismo. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 306-327, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/479>>. Acesso em: 5 out. 2017.

15 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Biblioteca virtual de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

16 SEN, Amartya. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Traduzido por Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 90-91.

dade e solidariedade são princípios complementares na tarefa de controlar o Poder, pois, em uma sociedade livre, não se pode prescindir da legalidade, que é uma conquista da civilização contra o arbítrio do Estado. E é porque se deve construir uma sociedade justa que se admite a atuação estatal na promoção da distribuição da renda, sendo o princípio da solidariedade um fundamento para a atuação do Estado¹⁷.

Para alcançar seus objetivos constitucionais, o Estado é financiado, principalmente, pela arrecadação de tributos, e, segundo Machado¹⁸, o gasto público deve ser realizado visando à solidariedade social.

Durante a vigência da atual Constituição Federal, foram criadas, basicamente, duas grandes fontes de custeio para a seguridade social, integrada pela assistência social, previdência e saúde: as contribuições sociais e a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), que esteve vigente no país de janeiro/97 a dezembro/2007.

Esta última foi prevista pela Emenda Constitucional nº 12/96, que alterou o art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sob a alegativa de financiar a saúde por meio do desconto inicial de 0,25% sobre a movimentação de valores e de créditos de natureza financeira, durante o prazo de dois anos, sendo a cobrança da CPMF instituída pela Lei nº 9.311/96. No entanto, quando essa contribuição foi prorrogada por mais três anos por meio da Emenda Constitucional nº 21/99, sua alíquota aumentou para 0,38% nos primeiros doze meses e para 0,30% no restante do período, sendo destinado o percentual de 0,20% para a saúde e o restante da alíquota para o custeio da previdência social. Em sua segunda prorrogação, que aconteceu por meio da Emenda Constitucional nº 37/2002, o produto de arrecadação da alíquota da CPMF passou a ser de 0,20% para a saúde, 0,10% para a previdência social e de 0,08% para o Fundo de Combate e Arrecadação da Pobreza, passando a alíquota a financiar, inteiramente, a seguridade social. A contribuição foi novamente prorrogada pela Emenda Constitucional nº 42/2003 e perdurou até o final de dezembro/2007.

Dessarte, com a extinção daquela contribuição, atualmente a fonte de custeio da seguridade social brasileira, nos termos do art. 195 da CFRB/88, é a proveniente dos orçamentos da União, dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios, além, principalmente, das contribuições sociais oriundas do empregador, do trabalhador, dos segurados da previdência social sobre o benefício que excede o teto do regime geral de previdência, da receita de concursos de prognósticos e do importador de bens ou serviços do exterior. Esse modo plural de financiar a seguridade social é o que se denomina de diversidade da base de financiamento.

De acordo com o escólio de Balera, essa regra de estrutura da base de financiamento pode ser decomposta em elementos objetivo e subjetivo, em que o primeiro compreende a diversidade de fatos que gerarão as contribuições sociais, enquanto o segundo exige a consideração das pessoas naturais ou jurídicas que realizarão as contribuições¹⁹.

Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 195, §4º, ainda traz a possibilidade de serem instituídas outras fontes para garantir a expansão ou a manutenção da seguridade social, isto é, a base de financiamento da seguridade pode ser expandida para além daquela prevista no artigo 195 da CFRB/88.

Especificamente no que concerne à saúde no Brasil, a assistência médica pública opera-se por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual não é de todo público, pois ele funciona em parceria com a livre iniciativa do setor privado, em caráter complementar, quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial de uma determinada área, tal como expressamente dispõe o art. 24 da Lei n.º 8.080/90, que regula o funcionamento das ações e serviços de saúde²⁰.

17 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 46.

18 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 48.

19 BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 20-21.

20 BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

Além disso, o art. 2º, §1º, da lei do SUS delimita que o dever do Estado em relação à saúde consiste em formular e executar políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças, bem como estabelecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. No entanto, esta não é uma obrigação exclusiva do poder público, como repisa o §2º do mesmo dispositivo ao enfatizar que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Conforme preconiza o artigo 23, II, da CF/88, é da competência comum da União, dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios cuidar da saúde e da assistência pública. No entanto, cabe à União instituir e arrecadar as contribuições da seguridade social por meio da Receita Federal do Brasil. Concentremo-nos, então, no orçamento da União.

A Carta Constitucional de 1988 traz, em seu art. 165, §5º, III, que o orçamento da seguridade social integra a lei orçamentária anual, que é a lei sancionada pelo Poder Executivo Federal e que estima a receita e a despesa da União para o exercício financeiro anual.

Conforme, também, a Lei Maior, existem percentuais mínimos a serem aplicados à saúde e que, no caso da União, não podem ser inferiores a 15% da Receita Corrente Líquida do respectivo exercício financeiro (Art. 198, §2º, I). Assim, a Lei Orçamentária Anual (LOA) deverá observar esse percentual mínimo para ser aprovada, o que não significa a restrição dos gastos com saúde no exercício financeiro apenas ao que foi orçado na lei, haja vista a possibilidade de se recorrer a créditos adicionais para se obter mais recursos diante de despesas não previstas na lei orçamentária ou que foram previstas de maneira insuficiente, conforme prevê o art. 40²¹ da Lei n.º 4.320/64.

Destarte, é possível apontar a concessão de liminares condenando o Estado a fornecer uma medicação, ou o surto de uma doença que provoque o aumento do atendimento de casos de uma determinada doença em postos de saúde ou em hospitais, para que se desequilibre a tênue relação entre despesas previstas e as receitas efetivamente empregadas no exercício financeiro e se demande créditos adicionais.

Dessa possibilidade de se aditar a LOA, constantemente decorrem vários problemas na administração e repasse dos recursos para a saúde. Eis alguns deles:

O primeiro é que tal cenário de se demandar créditos adicionais anualmente se repete. Some-se a isso a falta de transparência desses gastos pelos gestores públicos. Acerca desse tema, destaca-se que a Lei n.º 8.689/93, que extinguiu o antigo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), dispunha, em seu revogado artigo 12, que o gestor do SUS, em cada esfera do governo, apresentaria, trimestralmente, ao conselho de saúde correspondente, além das câmaras de vereadores respectivas, assembleias legislativas e às duas Casas do Congresso Nacional relatório circunstanciado sobre sua atuação naquele período, detalhando montante, fonte dos recursos aplicados e auditorias²².

Tal disposição foi revogada em 2012, porém, não era cumprida. Conforme Balera observa, se o preceito do artigo 12 fosse cumprido, em pouco tempo, seria possível mapear a situação e estabelecer políticas de prevenção, recuperação e tratamento²³.

Na avaliação de Balera, o setor de saúde conta com um quantitativo fixo da receita pública de seguridade social, oriundo da receita de impostos, que é de difícil apuração, além da verba resultante da receita das contribuições sociais para a seguridade²⁴.

Nesse sentido, Machado também pontua que o gasto público costuma ser objeto de péssima gestão, em que se verifica o desperdício e a corrupção, razão pela qual por maior que seja a arrecadação, os recursos públicos são

21 Art. 40. São créditos adicionais, as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento.

22 BRASIL. *Lei n. 8.689, de 27 de julho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.

23 BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 30.

24 BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 28.

sempre insuficientes, o que enfraquece a ideia de solidariedade como fundamento da cobrança de tributo, uma vez que os contribuintes percebem que a solidariedade não passa de um pretexto para a cobrança do tributo²⁵.

Além do mais, uma das principais críticas ao sistema de financiamento da seguridade social consiste no fato de a própria União receber os recursos das contribuições sociais por meio de um órgão de sua estrutura — Secretaria da Receita Federal do Brasil — e repassá-los para os demais entes federativos.

Para Machado, este não é apenas um problema de direito financeiro, mas de saber quem é o sujeito ativo das contribuições sociais e que ele entende ser o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia que deve ser aperfeiçoada para realizar as finalidades da seguridade social. Contudo, a União apenas repassa para o INSS o necessário para cobrir o seu déficit orçamentário e se apropria do restante arrecadado, configurando o uso indevido do dinheiro destinado à atividade previdenciária, o que fere o caráter descentralizado da administração do orçamento da seguridade social²⁶.

O resultado disso é que a própria União, ao se incumbir de ser arrecadadora, gestora e beneficiária das contribuições sociais, termina por atrair para si o ônus de arcar com a saúde de usuários que incumbiria a outros entes como o município ou o estado-membro onde a assistência deve ser prestada e que não dispõem de tantos recursos financeiros.

Diante desse cenário, além da ausência de uma autarquia independente dos demais entes para arrecadar as contribuições sociais, critica-se, também, a utilização dos problemas da saúde pública no Brasil como chamariz para a criação de tributos e o seu posterior desvirtuamento, como ocorreu no caso da CPMF, ignorando as falhas da estrutura do sistema de arrecadação e repasse das contribuições sociais.

Ao final do ano de 2016, inserida num momento de grave crise financeira no país, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016²⁷, que alterou dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para instituir um novo regime fiscal que limita os gastos públicos e ao qual todos os entes federativos devem se submeter pelos próximos 20 anos. Tal inovação incluiu o artigo 110²⁸, que manteve a necessidade de observância dos percentuais mínimos da Receita Corrente Líquida da União para a saúde e a educação no ano de 2017. No entanto, o artigo, também, estabeleceu que, para os anos seguintes, deverão ser observados os valores mínimos aplicados para aquelas áreas a partir de 2017, os quais serão corrigidos anualmente, segundo o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), com base na inflação acumulada nos últimos 12 meses, encerrada em junho do exercício anterior. Essa metodologia de cálculo somente poderá ser revista pelo Presidente da República no décimo ano de vigência desse regime fiscal, quando poderá propor alterações nela, por lei complementar.

O texto da EC/95, da maneira como foi colocado, cria entraves para a prestação pública à saúde no Brasil, pois desconsidera o crescimento da população brasileira, destinatária desse dever estatal. Além disso, é impossível prever o aparecimento de novas doenças no país, que podem vir a exigir o emprego de mais ações de caráter curativo do Estado. É importante, ainda, ressaltar que a EC nº 95, atualmente, é objeto de ações de controle de constitucionalidade no STF, ajuizadas por partidos políticos, que alegam o ferimento de vários dispositivos constitucionais, notadamente os que tratam dos direitos fundamentais e sociais, restando aguardar o desfecho pelo Poder Judiciário.

25 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 48.

26 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 429.

27 BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

28 Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

4. JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À MEDICAÇÃO VERSUS ORÇAMENTO DO PODER EXECUTIVO

Os direitos sociais são prioritariamente manejados pelo Poder Legislativo, que positiva o ordenamento jurídico, e pelo Poder Executivo, que governa a máquina pública, com base no que foi legislado. No entanto, uma vez que eles falhem nas suas funções típicas, o Poder Judiciário pode ser acionado por meio de remédios jurídicos específicos, constitucionalmente previstos na ordem interna, como o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança e ações próprias de controle de constitucionalidade, a agir e corrigir uma omissão ou uma ilegalidade praticada pelos dois outros Poderes.

Assim, dadas as limitações de ordem financeira para que o Estado preste assistência à saúde de maneira plena, é muito comum que, diariamente, o Judiciário brasileiro receba muitas ações para que o Estado, seja ele a União, um estado-membro, ou um município, custeie um tratamento dispendioso ou forneça uma medicação de alto custo em nome do direito à saúde. Nesse momento, os juízes deverão sopesar o direito à saúde, e inevitavelmente, à vida do demandante, diante de questões orçamentárias do ente ou entes demandados, restando a solução de tal demanda ao casuísmo de cada ação, e de onde é medido o grau de responsabilidade de cada ente.

Nesse momento, opera-se o que Galdino define como justiciabilidade, nome dado à exigibilidade que representa a possibilidade de acesso ao aparato jurisdicional para tutela daquilo que se reconheça como direito subjetivo do indivíduo²⁹. Além disso, aquele autor reconhece que, no ordenamento jurídico brasileiro, todos os direitos fundamentais são dotados de exigibilidade em sede judicial.

Na doutrina pátria, o mínimo existencial tem sido frequentemente referido como o “núcleo essencial” dos direitos fundamentais sociais, reforçando a ideia de exigibilidade das prestações materiais perante o Judiciário. A ideia de um núcleo essencial de uma norma jusfundamental surge como uma categoria desenvolvida com a finalidade de proteger o conteúdo dos direitos fundamentais frente a qualquer restrição.

É preciso ressaltar que nem sempre um direito fundamental social terá como núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial. Entretanto, no caso do direito à saúde a correspondência entre o núcleo essencial e o mínimo existencial é clara.³⁰ O direito à saúde integra o núcleo mínimo existencial à concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Descabe a alegação de impossibilidade de fornecimento de medicamento em virtude da necessária adequação ao caráter programático da norma e das restrições orçamentárias. Não é razoável sobrepor tais questões ao pleno exercício do direito à saúde.

Além disso, nem as normas constitucionais referentes ao direito à saúde e nem a lei do SUS, que apenas prevê o modo como esse dever será desenvolvido pelo Estado, fazem qualquer ressalva expressa a questões de ordem econômica, financeira ou orçamentária como um limite de atuação do dever estatal. A própria jurisprudência sumulada pelos tribunais é silente acerca de qualquer condicionamento à prestação de medicamentos à prévia reserva orçamentária. Desse modo, qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil pode acionar o Poder Judiciário e requerer que o ente federativo lhe custeie uma medicação, em nome do direito à saúde, do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, independentemente das ações programadas pelo Poder Executivo para as suas diversas áreas de atuação.

Há, no entanto, algumas súmulas que foram editadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Rio Grande do Sul), relativas a questões procedimentais do direito à saúde, das quais destacamos a súmula nº 98³¹, que traz, como regra, o registro da medicação solicitada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária

29 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 145.

30 SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; MODENA, Ana Isabel. *Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais Sociais*. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., *Anais...*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2237.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

31 Súmula 98/TRF – 4ª Região: Ressalvadas as hipóteses excepcionais, o registro na Anvisa constitui condição necessária ao for-

(Anvisa); e a súmula nº 101³², que prevê a necessidade de produção de provas para atestar a adequação e a necessidade do pedido para o deferimento judicial. Observa-se, assim, que o indeferimento de pretensões em ações envolvendo a saúde está muito mais ligado a questões formais, do que necessariamente à indisponibilidade do dever prestacional do ente.

Por estar intrinsecamente ligado ao direito à vida, não é difícil de se comprovar judicialmente a situação de perigo que o atraso no fornecimento de uma medicação pode acarretar à saúde do paciente — a fumaça do bom direito e o perigo do dano iminente e irreparável — e, conseqüentemente, obter uma liminar determinando que o ente demandado forneça a medicação requerida. Conforme observa Amaral, é difícil que uma pessoa negue a pretensão buscada sabendo que essa negativa pode acarretar na perda de uma vida³³.

Por sua vez, o STF, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, acerca da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, teceu considerações acerca da cláusula da “reserva do possível” na promoção de políticas públicas pelo Estado brasileiro para a concretização dos direitos de segunda geração.

Originalmente, a reserva do possível surgiu no Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1972, no julgamento de dois controles concretos acerca da constitucionalidade das normas estaduais que limitavam a admissão ao curso superior de medicina nas universidades de Hamburg e da Baviera³⁴. Naquele julgamento, a questão da reserva do possível consistia naquilo que o indivíduo pode, racionalmente falando, exigir da coletividade. Já no texto da ADPF nº 45, o Ministro relator Celso de Mello ponderou que a cláusula da reserva do possível é composta por um binômio que compreende “(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”³⁵. Ausentes um dos elementos desse binômio, descaracterizada estaria a possibilidade estatal de realização desses direitos.

Dessarte, a interpretação do Tribunal brasileiro acrescentou o requisito financeiro para o Estado efetivar as políticas públicas previstas em sua Carta Constitucional, o que é apontado por muitos críticos como uma distorção do instituto da reserva do possível que, na Alemanha, está intrinsecamente relacionado à razoabilidade de se exigir uma prestação individual estatal em face da coletividade. Por outro lado, no mesmo texto da ADPF nº 45, o Ministro Celso de Mello abre como possibilidade de se acionar o Poder Judiciário quando os demais Poderes agirem de modo irrazoável ou com a clara intenção de neutralizar a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, atingindo o núcleo de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.

Em suma, o STF estabeleceu critérios para a reserva do possível, ao mesmo tempo que garantiu o acesso do indivíduo pela via judiciária quando o Estado lhe houver recusado, injustificadamente, a fruição de bens de segunda geração. Isso é muito vago e amplia ainda mais as divergências doutrinárias sobre o tema da reserva do possível, em vez de pacificá-las, pois o que seria, afinal, agir de modo irrazoável? Seria o gestor público fazer mau uso do dinheiro público? Desviá-lo em proveito próprio? E isso deve ser previamente comprovado em uma sentença judicial para então requerer a prestação de um medicamento de alto custo? Prestação esta limitada ao valor do que foi desviado ou que será ressarcido pelo mau gestor?

necimento de medicamentos por decisão judicial.

32 Súmula 101/TRF – 4ª Região: Para o deferimento judicial de prestações de saúde não inseridas em um protocolo pré-estabelecido, não basta a prescrição do médico assistente, fazendo-se necessária a produção de provas atestando a adequação e a necessidade do pedido.

33 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001. p. 25.

34 MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Traduzido por Beatriz Henig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45*. Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF n. 345. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - “Reserva do Possível” (Transcrições)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

Desse modo, dada a sua amplitude de interpretação, o critério da reserva do possível, da forma como exposto na ADPF, termina por não restringir efetivamente a prestação estatal dos direitos de segunda geração. O resultado disso é que os juízes julgam conforme o que está previsto no ordenamento jurídico, diante daquele caso concreto, independentemente do orçamento estatal.

Segundo Holmes e Sunstein, diante de um problema individual trazido em uma ação, não é possível o juiz mensurar a urgência dele diante de outros problemas sociais que competem entre si pela atenção do governo — e que ele desconhece — ou mesmo levar em consideração o teto anual de gastos previstos pelo governo naquela área. Eles defendem que os direitos são relativos porque demandam custos, não pretensões absolutas, e sugerem que as decisões judiciais sejam tomadas levando em conta os custos do orçamento³⁶. Foi inclusive citando a ideia desses dois autores que o Ministro Celso de Mello fundamentou o relatório da ADPF nº 45.

Contudo, não é esta a visão dos juízes. De acordo com Galdino, os efeitos econômicos das decisões judiciais sequer são considerados, até porque o juiz limita sua visão às pretensões postas pelas partes, ignorando os efeitos sociais, até mesmo por não dispor de instrumentos mínimos para prever as consequências dos seus julgados. Eis porque costuma-se afirmar que um juiz pensa num caso individual, enquanto o gestor do Executivo pensa no coletivo³⁷.

Ilustrativamente, em 2009, o Ministro Gilmar Mendes indeferiu um pedido de suspensão de liminar ajuizado pelo estado da Bahia contra decisão interlocutória que o condenou juntamente com o município de Camacan a fornecer o medicamento NAGLAZYME para duas crianças pelo período mínimo de um ano. O Ministro não acatou o argumento utilizado pelo procurador daquele estado de que aquela decisão provocaria grave lesão à ordem e à economia públicas, além da possibilidade do efeito multiplicador de decisões como aquela, e o rebateu alegando que o alto custo do medicamento não é motivo para não fornecê-lo³⁸.

Esse cenário, no entanto, está prestes a ser modificado com a inclusão de um novo elemento a ser ponderado pelo Poder Judiciário: a situação econômica do demandante. Atualmente, tramitam no Supremo Tribunal Federal dois Recursos Extraordinários – RE 566471 e RE 657718 — sob a relatoria do ministro Marco Aurélio, acerca do acesso a medicamentos de alto custo pela via judicial, quando a medicação solicitada judicialmente não constar no rol estabelecido pelo Ministério da Saúde. Em ambos os recursos, o ministro relator se manifestou pelo seu improvimento em sessão ocorrida na data de 15 de setembro de 2016, opinando pelo dever do Estado de fornecer os medicamentos, ainda que não registrados na Anvisa, desde que comprovadas a imprescindibilidade da medicação e a incapacidade financeira do paciente e de sua família. O julgamento encontra-se suspenso desde então, em virtude de um pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso³⁹.

Independentemente do resultado daqueles recursos, o relator já sinalizou que é necessária a observância da situação econômica do demandante para custear a compra da medicação, desde que não implique prejuízo do seu sustento. Seria, assim, um modo de conjugar o dever estatal da saúde com o princípio da igualdade material.

Como explanado no tópico anterior, a União é quem recebe os recursos destinados à seguridade social no Brasil e quem efetua os repasses devidos à saúde, sendo fácil concluir que ela, normalmente, é deman-

36 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999. p. 95-98.

37 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 161.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n.319/BA. Relator: Ministro Presidente Gilmar Mendes. *Jusbrasil*. Data de julgamento: 28/10/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135267/suspensao-de-liminar-sl-319-ba-stf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

39 BRASIL. Supremo Tribunal federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

dada judicialmente em conjunto com outro ente (Estado-membro e município) e é quem suporta o maior ônus das decisões judiciais que obrigam a prestar a medicação requerida, seja através de uma liminar ou de uma sentença de mérito.

Cabe repisar que a obrigação de prestar assistência à saúde a todos foi uma escolha do Estado brasileiro, remetendo para aquilo que Galdino aborda como escolha trágica, porque, diante da escassez de recursos financeiros para proteger todos os direitos, o Estado escolheu quais direitos tutelar, alocando recursos para tanto, em detrimento de outros direitos que não serão protegidos⁴⁰. Nesse caso, conforme Amaral pontua, se o Estado está sempre obrigado a ter recursos para atender às pretensões que lhe são demandadas, deve-se reconhecer também o direito dele de obter esses recursos⁴¹ e, como abordado anteriormente, além dos tributos já existentes, o texto constitucional também permite a criação de novos tributos para o financiamento da seguridade social.

Por fim, o Estado pode ser demandado judicialmente a financiar uma medicação de alto custo em um caso específico, mas é livre para, também, criar receitas de novos tributos para financiar a seguridade social e, conseqüentemente, essas decisões judiciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dever de prestar assistência à saúde dos brasileiros e residentes no país foi uma opção política do constituinte brasileiro. Mas, ao criar essa obrigação para si, o Estado o fez sem qualquer ressalva que indicasse uma limitação de custos para o momento de efetivá-la, nem no texto constitucional, nem nos diplomas normativos que regulamentaram o direito à saúde; daí porque, da maneira como foi positivado no ordenamento jurídico interno, esse dever é irrestrito. As eventuais limitações a esse dever, portanto, referem-se aos seus destinatários, conforme expresso no artigo 196 da CRFB/88.

Ao deparar-se com uma demanda individual ajuizada por um autor hipossuficiente que pede ao Estado o fornecimento de medicação prescrita por um médico, o juiz não deverá esbarrar em entraves de ordem econômica. Ao contrário, com fundamento na dignidade da pessoa humana, deverá resguardar o direito à saúde.

A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no processo de efetivação de políticas públicas dos direitos sociais e que são de competência dos Poderes Executivo e Legislativo advém da aplicação do texto constitucional e da própria lei que regulamenta o Sistema Único de Saúde no país. Ambos os diplomas, em nenhum momento, trazem a expressão “limitado ao teto da lei orçamentária” para cumprir a assistência à saúde, o que possivelmente não deixaria dúvidas para o seu intérprete para conciliar a saúde com o custo estatal daquele direito.

Doutrinariamente, tentou-se fazer isso adaptando para o Brasil a questão da reserva do possível, importada da Alemanha, acrescentando-se o fator financeiro para limitar a obrigação estatal. Isso restou inexistente, haja vista que no próprio voto do Ministro que defendia a observância da situação financeira do ente, abriu-se a possibilidade de o Poder Judiciário ser acionado se o Estado-administração lhe houver recusado, injustificadamente, a fruição de direitos de segunda geração. Ademais, o próprio STF, em manifestações futuras, salientou que o alto custo de um medicamento não é motivo para o ente demandado não fornecê-lo.

No entanto, seria utópico responsabilizar o ordenamento jurídico pela tensão entre Poderes, ou mesmo aguardar que o STF resolva, definitivamente, a questão com o julgamento dos recursos extraordinários

40 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 211.

41 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001. p. 37.

mencionados acima, pois seria, de certa forma, judicializar a solução de um problema que pode em parte ser solucionado com o emprego de ações do gestor público, especialmente de fiscalização. Uma vez condenado a fornecer uma medicação de alto custo, nada impede que o Poder Executivo venha a criar políticas para acompanhar rigorosamente a necessidade da sua manutenção ao paciente.

Além disso, essa fiscalização, também, deve ser possível para a sociedade acompanhar a gestão da seguridade social, tal como previsto em lei. Ressalte-se, ainda, que o atual modo de captação e gestão dos recursos financeiros para a seguridade social é duvidoso, tendo em vista que a própria União recebe e repassa para os demais entes os valores arrecadados, apropriando-se de parte desses recursos e empregando-os em áreas outras que não a seguridade social. Também é questionável que se venha a criar um tributo tendo como chamariz a necessidade de financiar a saúde e, uma vez conseguida a sua implantação, distorcê-lo, para vir a financiar a seguridade social como um todo, tal como ocorreu com a extinta CPMF.

Em suma, deve-se reconhecer as falhas de todo o sistema de financiamento da saúde para torná-lo sustentável e não atacar a judicialização das políticas públicas, baseada no que está disposto em texto constitucional.

O que parece possível do ponto de vista judicial é a inserção, dentre os requisitos para a concessão de liminares, da necessidade de se comprovar a incapacidade financeira do paciente para a aquisição das doses de medicamentos necessárias para o seu tratamento. Tal parâmetro somente pode ser medido no caso concreto. Por outro lado, seria um critério confiável, do ponto da justiça processual, para o alcance da equidade na saúde e, conseqüentemente, para a realização de justiça social.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001.
- BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-22142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 abr. 2017.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 23abr. 2017.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 1.920, de 25 de julho de 1953*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1920.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 8.689, de 27 de julho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 45*. Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF n. 345. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - “Reserva do Possível” (Transcrições)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n. 319/BA. Relator: Ministro Presidente Gilmar Mendes. *Jusbrasil*. Data de julgamento: 28/10/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135267/suspensao-de-liminar-sl-319-ba-stf>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Eduardo Rocha; FREITAS, Brenda Barros; LEITÃO, André Studart. Inclusão excludente, assistência, educação e paternalismo. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 306-327, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/479>>. Acesso em: 5 out. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GOVERNO federal é formado por ministérios, secretarias e órgãos especiais. *Portal Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/governo-federal-e-formado-por-ministerios-secretarias-e-orgaos-es-peciais>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Traduzido por Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Traduzido por Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

POPULAÇÃO brasileira cresce 0,8% e chega a 206 milhões. *Portal Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/08/populacao-brasileira-cresce-0-8-e-chega-a-206-milhoes>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

SEN, Amartya. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Traduzido por Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; MODENA, Ana Isabel. Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais Sociais. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., *Anais...* Disponível em: <http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2237.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Biblioteca virtual de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Por que a área do direito não tem cultura de pesquisa de campo no Brasil?

Why the studies on law do not present a culture of field research in Brazil?

Fayga Silveira Bedê

Robson Sabino de Sousa

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Por que a área do direito não tem cultura de pesquisa de campo no Brasil?*

Why the studies on law do not present a culture of field research in Brazil?

Fayga Silveira Bedê**

Robson Sabino de Sousa***

RESUMO

A ciência evolui não apenas pela confirmação das ideias, mas pelo seu falseamento. Apesar da importância da pesquisa de campo como meio hábil para se testar hipóteses, contrastar crenças e evidências e fazer avançar o conhecimento, verifica-se que, na área do direito, as pesquisas costumam limitar-se, apenas, à pesquisa bibliográfica. O presente estudo tem como objetivo mapear os principais fatores que têm dado ensejo à perpetuação desse quadro, por meio de hipóteses que demandarão pesquisas futuras, a fim de se testar a validade de seu potencial explicativo, de modo a aprimorar os diagnósticos ora traçados e caminhar rumo às suas soluções. Assim, o trabalho parte da via indutiva, calcada na observação participativa e não participativa dos estudos que, via de regra, são produzidos na área do Direito. A partir da observação de casos particulares, que se repetem de forma sistemática, chega-se à constatação, de caráter generalizante, de que a pesquisa jurídica brasileira ainda está circunscrita, em sua maior parte, à pesquisa bibliográfica, enquanto as pesquisas de campo permanecem sendo uma exceção. A baixa incidência da pesquisa de campo constitui um importante obstáculo ao amadurecimento da pesquisa jurídica no Brasil, assim, busca-se esquadriñar hipóteses capazes de esclarecer alguns dos fatores que têm afastado os pesquisadores jurídicos dos estudos de campo. Como as reflexões ora desenvolvidas são de natureza hipotético-indutivas, seu potencial explicativo deve ser submetido à comunidade de pesquisadores interessados em retomá-las, posteriormente, a fim de submeter tais hipóteses aos necessários testes da via dedutiva, seja para confirmá-las, seja para falseá-las. A título de conclusões provisórias, podem-se apontar como possíveis razões da baixa incidência da pesquisa de campo no Brasil, entre outras: (i) a apropriação, pela Academia, de uma lógica inerente ao ambiente forense, transmudando-se a pesquisa jurídica numa espécie de “pesquisa-advocatória”, pela qual uma parcela da pesquisa jurídica estaria tão contaminada pelo viés de confirmação, que os pesquisadores evitariam ir a campo para não incorrerem no risco de se defrontarem com resultados capazes de frustrar as suas expectativas e preferências ideológicas; (ii) a disseminação de um modelo de ensino jurídico pouco afeito ao debate, ao questionamento e à crítica, o qual forjaria um ambiente acadêmico fortemente impactado pela mera reprodução de argumentos de autoridade, em detrimento do espírito crítico, autônomo e investigativo que está na base de uma autêntica pesquisa de campo.

Palavras-chave: Pesquisa de campo. Cultura de pesquisa. Metodologia científica. Ensino jurídico. Pesquisa jurídica.

* Recebido em 31/10/2017
Aprovado em 11/12/2017

** Professora do Mestrado e da Graduação em Direito da Unichristus. Doutora em Sociologia pela UFC. Mestre em Direito pela UFPR. Graduada em Direito pela UFC. Editora da Revista Opinião Jurídica. Email: faygabede@hotmail.com

*** Mestrando em Direito Processual e Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus - Unichristus. Bacharel em Direito pela Unifor. Assessor Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil. Email: robsonsud@hotmail.com

ABSTRACT

Science does not develop only by the confirmation of hypothesis, but also by its falseabilities. Despite the importance of field research as a capable mean to test hypothesis, to contrast beliefs and evidences and to burst the knowledge, in Law, researches are usually limited to bibliography. This study aims to map the main factors that contribute to the maintenance of this framework, presenting hypothesis that will demand be tested by future researches designed to check their validity, for enhancing the present diagnosis. The work was based on induction, from participatory and non-participatory observations of papers produced in Law, in Brazil, developing the perception that the Brazilian legal investigation is still largely confined to bibliographical research, while field research remains an exception. Understanding that the low incidence of field research is an important hindrance to the maturation of legal investigation in Brazil, it is sought to explore hypotheses capable of clarifying some of the factors that have kept juridical researchers out from field quests. As the reflections developed here are inductive-hypothetical, in nature, their explanatory potential must be submitted to the community of researchers interested in retrieving them later, in order to submit such hypotheses to the necessary tests of the deductive path, either to confirm them, or to falsify them. By way of provisional conclusions, the following are pointed out in particular: (i) the appropriation by the Academy of a logic inherent in forensic environment, with legal research becoming a sort of “research-advocacy”, whereby a portion of research would be so contaminated by the confirmation bias that researchers would avoid going to the field not to incur the risk of facing results that could frustrate their expectations and ideological preferences; (ii) the dissemination of a model of legal education unsuited to debate, questioning and criticism would forge an academic environment strongly impacted by the mere reproduction of authoritative arguments, to the detriment of critical, autonomous and investigative spirit that underlies an authentic field research.

Keywords: Field Research. Research Culture. Scientific Methodology. Law Teaching. Juridical Research.

1. INTRODUÇÃO

A ciência é conhecimento em constante evolução, ou seja, em processo. Por intermédio da aplicação de métodos de controle e aferição de resultados, parte-se de um problema, cuja identificação é possível por meio de observação sistemática. Em seguida, levantam-se hipóteses que talvez possam explicar ou colaborar para a compreensão do problema apontado, mas tais suposições devem ser submetidas a diversos estudos, pelos quais serão adequadamente testadas. Assim, a(s) hipótese(s) que explicaria(m) um problema de estudo deve(m) ser objeto de contínua tentativa de falseamento, a fim de que se possa testar a sua validade como modelo explicativo. Nesse sentido, a não confirmação e o falseamento de hipóteses que foram suscitadas por um pesquisador podem vir a se configurar ainda no bojo da mesma pesquisa, quando é o próprio pesquisador que termina por desconfirmá-la. O falseamento, também, pode ser obtido *a posteriori*, pela retomada da questão, em novos estudos, os quais podem ser empreendidos pelo mesmo pesquisador ou por terceiros.

A partir de uma concepção popperiana de ciência, não faria sentido compreender o falseamento de uma hipótese como o equivalente ao “fracasso” da pesquisa, uma vez que a constatação de resultados comprovadamente falsos conduz, por exclusão lógica, a um número menor de possibilidades de erro rumo à descoberta da verdade, contribuindo-se, lenta e gradualmente, para a evolução da ciência, no mais das vezes, por tentativa e erro.¹

1 POPPER, Karl R. *Lógica das ciências sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. Em nome dos festejadíssimos metodólogos Howard Becker e Feyerabend, pede-se licença, desde logo, para quebrar (respeitosamente) certo protocolo de usos e costumes, que convencionou não ser de bom tom a citação de autores em sede de introdução e conclusão. Escudados na compreensão de que o método não deve ser um cárcere para autores e pesquisadores, mas um instrumento do qual se valem para chegar (mais

Assim, uma *ambiance* favorável ao desenvolvimento do pensamento científico só pode ser cultivada a partir da humildade que se depreende de sucessivos e reiterados falseamentos. No âmbito da pesquisa jurídica, ainda há muito a ser feito em termos de construção de uma cultura mais próxima de certos padrões de cientificidade. Antes de mais nada, é preciso incorporar a lógica do erro e da tentativa como premissas elementares de trabalho, a fim de se depurar o modelo de pensamento dogmático, de modo a aproximar a pesquisa jurídica do atual paradigma científico. Afinal, ainda com Popper,² o que não pode ser objeto de crítica e de falseamento é insuscetível de ser tratado pela ciência. Aliás, o que não pode ser objeto de falseamento, crítica e debate pertence à esfera do *dogma*.

Nesse contexto, a pergunta de partida que ora se coloca é: quais os principais fatores que têm dificultado o florescimento de uma cultura de pesquisa de campo na área jurídica? Dito em outras palavras: por que os pesquisadores da área jurídica se limitam, em sua grande maioria, à realização de pesquisa bibliográfica, privando-se de ir a campo?

Do cotejo das pesquisas publicadas nos periódicos brasileiros mais bem-conceituados no Programa Qualis da Capes, constata-se, por meio de *observação*³ — participativa e não-participativa —, que, ainda hoje, a pesquisa de campo na área jurídica constitui muito mais a exceção do que a regra. Após compulsar muito material, refinando a pesquisa, é que se coletam alguns estudos em que se pode verificar a realização de pesquisas de campo, sejam qualitativas, sejam quantitativas.

Observando-se tal fenômeno, percebe-se que ele não ocorre nas ciências da saúde e nas ciências exatas. E até mesmo nas ciências humanas e sociais aplicadas — excetuando-se, por óbvio, a Filosofia — a regra geral é a de que os pesquisadores testem seus conhecimentos, buscando falsear suas hipóteses por meio de pesquisas de campo. Basta olhar para as pesquisas na área de Sociologia e Administração — para ficar apenas nos exemplos mais próximos — que se poderá observar a disseminação da pesquisa de campo como o padrão de comportamento amplamente esperado pelos pares de suas respectivas comunidades.

Tomando-se a pesquisa de campo como um meio hábil para se depurar teorias e para se buscar evidências factuais, testando a validade de hipóteses iniciais, a sua disseminação entre os pesquisadores do Direito poderia agregar valor e emprestar maior grau de cientificidade à pesquisa jurídica. De fato, os estudos de campo tendem a garantir muito mais consistência aos resultados obtidos, pois confrontam as *crenças* do senso comum teórico às *evidências* apresentadas pelo campo. Naturalmente, as eventuais discrepâncias encontradas no senso comum teórico, ante os dados obtidos pelo estudo de campo, só poderão ser depuradas se o pesquisador houver logrado manter-se atento e aberto a percebê-las. Assim, a disseminação de uma cultura de estudos de campo poderia trazer muitos benefícios à pesquisa jurídica, desde que, é claro, houvesse, concomitantemente, uma abertura epistemológica do próprio olhar do pesquisador, para ver, ouvir, escutar, sentir.⁴

Nesse quadrante, entende-se justificada a importância do presente trabalho, na medida em que se tem como objetivo buscar diagnosticar quais os principais entraves e dificuldades para que a pesquisa de campo

ou menos) são e salvos à outra margem do rio, postula-se a necessidade de citar, sim, aqui e ali, certos autores cujas ideias atravessam estas reflexões, iluminando-as, desde a introdução até a conclusão, sem que se possa abrir mão delas sem prejuízo do próprio trabalho. Assim, optou-se por priorizar a ética da pesquisa acadêmica — dando-se-lhes os devidos créditos aos seus devidos autores — em detrimento da boa etiqueta metodológica. Pede-se a compreensão do leitor. Veja-se: BECKER, Howard S. *Métodos de pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: HUCITEC, 1993; FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.

2 POPPER, Karl R. *Lógica das ciências sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

3 A observação é a base fundamental de toda pesquisa de campo. Por meio dela, aprende-se a reconhecer a existência de problemas de ordem individual e/ou social, em suas mais variadas dimensões, possibilitando, em um primeiro momento, a identificação de um problema, e, a partir daí, a escolha e a análise dos caminhos metodológicos mais adequados a cada problema de estudo. Para maiores aprofundamentos sobre o tema, consultar: BECKER, Howard S. *Métodos de pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: HUCITEC, 1993. p. 47-64;65-99; BECKER, Howard S.; PENEFF, Jean. *Le goût de l'observation: comprendre et pratiquer l'observation participante en sciences sociales*. Paris: La Découverte, 2009; OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. O trabalho do antropólogo: olhar, ouvir, escrever. In: OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O trabalho do antropólogo*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 1998. p. 17-35.

4 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. O trabalho do antropólogo: olhar, ouvir, escrever. In: OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O trabalho do antropólogo*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 1998. p. 17-35.

se dissemine no âmbito da pesquisa jurídica, a exemplo do que já ocorre na quase totalidade das áreas de estudo da ciência.

O ponto de partida para o presente trabalho é a observação sistemática de que ainda não há uma cultura consolidada de pesquisa de campo entre os juristas e pesquisadores brasileiros,⁵ razão pela qual, as pesquisas de graduação, e, até mesmo, aquelas realizadas em sede de mestrado e doutorado, limitam-se, muitas vezes, à pesquisa estritamente bibliográfica.

Por meio de observação, compulsando-se a documentação referente às pesquisas jurídicas publicadas em diversas revistas de estrato A, no Programa Qualis, verificou-se que ainda há uma baixa incidência da pesquisa de campo entre os pesquisadores do Direito no Brasil.⁶ Em face dessas observações iniciais, buscou-se dialogar com a literatura concernente ao tema, por meio de revisão bibliográfica de caráter crítico.

Uma vez levantada a pergunta de partida e recortado o problema a ser enfrentado,⁷ convém esclarecer que a via metodológica foi indutiva, propondo-se o presente trabalho a levantar algumas hipóteses que podem ajudar a compreender a baixa incidência de pesquisa de campo na área jurídica, de modo a facilitar o trabalho de futuros pesquisadores que desejem testar dedutivamente as hipóteses ora apresentadas, e, se possível, construir caminhos para a superação do atual estado de coisas.

Ou, mais amiúde: o trabalho se dá por meio de indução, calcada na observação participativa e não-participativa dos estudos que, via de regra, são produzidos na área do Direito. Com base na observação de casos particulares, que se repetem de forma sistemática, chega-se à constatação, de caráter generalizante, de que a pesquisa jurídica brasileira ainda está circunscrita, em sua maior parte, à pesquisa bibliográfica, enquanto que as pesquisas de campo permanecem como uma ocorrência circunscrita, no mais das vezes, a alguns centros de excelência e/ou à iniciativa isolada de alguns (poucos) pesquisadores. Compreendendo-se que a baixa incidência da pesquisa de campo constitui um importante obstáculo ao amadurecimento da pesquisa jurídica no Brasil, busca-se esquadriñar hipóteses capazes de esclarecer alguns dos fatores que têm afastado os pesquisadores jurídicos dos estudos de campo. Como as reflexões ora desenvolvidas são de natureza hipotético-indutiva, seu potencial explicativo deve ser submetido à comunidade de pesquisadores interessados em retomá-las, posteriormente, a fim de submeter tais hipóteses aos necessários testes da via dedutiva, seja para confirmá-las, seja para falseá-las.

2. PRINCIPAIS RAZÕES PARA A BAIXA INCIDÊNCIA DA PESQUISA DE CAMPO NO DIREITO: ALGUMAS HIPÓTESES TRAÇADAS

Parte-se da premissa de que a cultura de baixa incidência de pesquisa de campo na área jurídica se instaurou em razão de múltiplos fatores de natureza interdependente, gerando, assim, um reforço mútuo entre tais fatores, capaz de consolidar a perpetuação desse estado de coisas. Assim, qualquer pretensão de elencar um rol exauriente de razões que expliquem o problema refoge aos estreitos limites do presente trabalho. De toda sorte, pretende-se analisar quais os possíveis obstáculos à pesquisa de campo na área jurídica que podem ser considerados mais esclarecedores e relevantes pelo seu potencial de explicação para a problemática.

5 Para um mapeamento riquíssimo do estado da arte da pesquisa de campo no Direito, veiculada em publicações americanas de excelência, vide: EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras da inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

6 Essa constatação, a partir da produção dos periódicos, vem corroborar a sensação difusa que já trazíamos, desde os primeiros contatos com os livros comumente adotados nas graduações brasileiras, e, até mesmo, em boa parte dos livros de cunho especializado que se nos apresentam em sede de mestrado e doutorado.

7 QUIVY, Raymond; VAN CAMPENHOUDT, Luc. *Manual de investigação em ciências sociais*. Lisboa: Gradativa, 2005.

2.1. De como a academia reproduz a lógica do fórum, criando a cultura da “pesquisa-advocatória”: eu pesquiso o que já sei e procuro o que já queria encontrar

Observa-se, de forma sistemática e recorrente, que a Academia tem reproduzido uma lógica que é própria do ambiente do fórum. Em vez de cumprir o seu papel de *locus* do debate e da crítica teórica em relação a práxis jurídica, a Academia tem funcionado muitas vezes como um espaço de mera reprodução técnica dos vieses que são inerentes à prática advocatória.

A disseminação de certos cacoetes da mentalidade advocatória entre os pesquisadores se dá por múltiplas vias de contaminação e reforço, as quais serão examinadas, oportunamente, mais adiante. Uma das vias para que essa mentalidade se alastre talvez consista no fato de que, no Brasil, o magistério permanece sendo uma carreira pouco atraente do ponto de vista financeiro. Por isso, ainda é bastante comum que os professores da área jurídica tenham como sua principal fonte de renda o exercício da advocacia e/ou o exercício de cargos públicos no Poder Judiciário ou nos demais poderes.

Em princípio, claro que seria bastante desejável que um pesquisador transitasse, confortavelmente, da teoria à prática e da prática à teoria. Contudo, quando essas passagens (em movimentos sucessivos de idas e vindas) não se dão de forma autorreflexiva, corre-se o risco de transpor para a Academia uma lógica de raciocínio que é tipicamente advocatória, fazendo com que emergja a deplorável categoria da “pesquisa advocatória”, reproduzindo-se a mesma lógica do fórum.

Com efeito, pesquisas ditas “advocatórias” são estudos maculados *a priori* por um forte viés de confirmação, nos quais todos os argumentos convergem para um único fim: comprovar a validade da hipótese preferida do pesquisador, o qual a defende como se fora uma “cliente em apuros”.

Para Haack,⁸ a investigação fingida tem como característica o fato de o falso investigador não querer, sinceramente, descobrir a verdade. Assim, em vez de se comportar como o verdadeiro investigador que Haack desejaria, esse perfil de pesquisador se comporta como se estivesse no fórum. Ou, como na expressiva formulação de um dos respondentes da pesquisa de campo levada a efeito por Nitish Monebhurrin: “São advogados da própria tese.”⁹

Ele argumenta em favor de uma proposição prévia na qual deposita as suas crenças e ideologias mais caras, comprometendo-se, de antemão, com a sua defesa, e mostra-se tendencioso, ao selecionar apenas as “evidências” que são convenientes ao reforço de seus argumentos, valendo-se de um raciocínio fajuto (*fake reasoning*) que exclui do seu campo de visão todas as evidências porventura desabonadoras.¹⁰

No ambiente do fórum, é inerente ao jogo da advocacia que o advogado esteja comprometido com a sustentação de um ponto de vista prévio — o do seu cliente, por óbvio. Mas esse caráter agônico pelo qual se pautam disputas judiciais irreconciliáveis não pode ser transposto irrefletidamente para o ambiente acadêmico, sob pena de implicar graves prejuízos para todos os sujeitos que precisariam dispor de estudos mais consistentes, isentos e confiáveis nos quais pudessem pautar a sua prática e/ou os seus estudos teóricos. Quando a lógica do fórum contamina o imaginário da pesquisa jurídica, fica-se à mercê de “achados” que jamais estiveram “perdidos”, isto é, de pesquisas fajutas que jamais se propuseram a ancorar suas ideias em dados e evidências da realidade fática. A pesquisa, nesse caso, não passa de pretexto para disputas egoicas em torno de verdades previamente construídas. Para Baptista

8 HAACK, Susan. *Manifesto de uma moderada apaixonada*: ensaios contra a moda irracionalista. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2011.

9 A fala bastante sintomática é de um professor de Direito no Rio de Janeiro, cuja identidade foi preservada. Em pesquisa de campo qualitativa, de natureza exploratória, levada a efeito por Monebhurrin, sobre as articulações entre o uso da Internet como ferramenta de pesquisa e a qualidade da pesquisa jurídica produzida, o respondente é muito eloquente ao reportar o modo como os estudantes se comportam em suas pesquisas: “São advogados da própria hipótese.” MONEBHURRIN, Nitish. Pensando na Articulação entre a Internet como Instrumento de Pesquisa Jurídica e o Rígido Acadêmico. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 167, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/viewFile/1141/390>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

10 HAACK, Susan. *Manifesto de uma moderada apaixonada*: ensaios contra a moda irracionalista. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2011.

Muitas vezes, a competição pela consagração se resume ao contraditório de teses, por si só, em vez de representar um efeito comprometido com a produção intelectual. Os “juristas” disputam a produção do “saber jurídico” de forma tal que – a busca desse mencionado – leva à mútua desqualificação, ou seja, ganhar a disputa interna do campo pela criação do “saber jurídico” supõe, necessariamente, desqualificar a tese oposta; e esse inesgotável duelo de opiniões resulta em opiniões e anulações recíprocas.¹¹

A pesquisa que tenta apenas defender uma ideologia não se presta como investigação científica, mas apenas como simulacro de pesquisa, por reproduzir uma mentalidade que só faria sentido entre advogados no bojo de uma disputa judicial. Segundo Haack:¹²

Os advogados, contudo, não são investigadores [...]. Os jurados, estão, entretanto, a tentar descobrir se a culpa do réu fora estabelecida em grau necessário pela prova admissível apresentada. E um jurado desempenhará essa função melhor quanto mais se aproximar de um investigador genuíno. E muitos transformam as pesquisas em um debate ideológico. A ciência, ao contrário, quase sempre evolui ao ser refutada, não existindo a necessidade de ganhar e comprovar a pergunta que serviu como ponto de partida ao tema estudado.

Assim, chega-se a uma primeira hipótese: de que a lógica do fórum, incrustada no imaginário advocatício, acaba se disseminando pelo ambiente acadêmico, de um modo geral, seja pela via dos professores que também são advogados militantes, seja pela via dos doutrinadores que advogam, seja pelo compartilhamento desse mesmo modelo de pensamento por todos os atores envolvidos na seara jurídica, alcançando até mesmo acadêmicos profissionais — de quem se esperaria uma maior isenção investigativa, por força de ofício, mas que, de tanto manejarem o mesmo *corpus* doutrinário, acabam integrados à mesma lógica da “pesquisa advocatícia”.

Em um modelo de pensamento fortemente comprometido com crenças e ideologias, a pesquisa de campo não tem qualquer razão de ser, pelo alto risco que ela implica de fazer ruir, mediante os dados obtidos, justamente aquelas verdades com as quais se tinha maior apego. Portanto, não admira que tantos pesquisadores-advocatícios, de forma consciente ou não, mantenham-se “a salvo” da pesquisa de campo, uma vez que não estão sinceramente interessados em pôr suas hipóteses em risco. Nesse caso, parece-lhes mais oportuno manter uma distância regulamentar do campo, a fim de salvaguardar suas crenças e ideologias de toda e qualquer possibilidade de confronto com evidências em contrário.

Ocorre que pesquisas com forte grau de viés, em que os pesquisadores nem sequer se propõem a controlá-lo, constituem na verdade um simulacro, pois se mantêm infensas à realidade. São pesquisas que já nascem comprometidas e sujeitas a um forte grau de distorção em seus resultados, uma vez que os sujeitos da pesquisa adotam uma postura hermeticamente blindada contra dados contrastantes. Tais “pesquisadores” permanecem incapazes de enxergar aquilo que não se dispuseram a ver; permanecendo, igualmente, incapazes de encontrar aquilo que não se dispuseram a procurar: tautológicos como um cão correndo atrás do próprio rabo. Não por acaso, esse tipo de estudo limita-se, confortavelmente, a reproduzir a doutrina já existente, deixando de analisar, contextualizar, debater e criticar as ideias festejadas pela doutrina. São, muitas vezes, uma má forma de revisão de literatura, por se limitarem a uma ruminação estéril, que implica a estagnação do pensamento jurídico.

11 BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A Importância da interdisciplinariedade na pesquisa jurídica: olhando o Direito sob outro viés. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 16., 2008, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Conpedi, 2008. p. 1014. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antiores/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+\(15%2C+16+e+17+de+novembro+de+2007\)>](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antiores/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+(15%2C+16+e+17+de+novembro+de+2007)>). Acesso em: 2 jul. 2017.

12 HAACK, Susan. *Manifesto de uma moderada apaixonada*: ensaios contra a moda irracionalista. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2011. p. 64-65.

2.2. De como o ensino jurídico arrefece o espírito científico ao fortalecer o argumento de autoridade

Como já foi dito, várias são as possíveis razões pelas quais o pesquisador do direito, de um modo geral, não se utiliza da pesquisa de campo. No presente trabalho, parte-se da hipótese de que o problema se inicia desde a graduação em Direito, embora não seja exclusivo dos graduandos: grande parte das dissertações de mestrado e teses de doutorado permanecem alheias a essa possibilidade.

Uma das principais hipóteses que explicaria o impacto negativo do tradicional modelo ensino de jurídico sobre a cultura da pesquisa de campo diz respeito a uma segunda forma pela qual a Academia vem reproduzindo a lógica do fórum: a disseminação do culto do argumento de autoridade.

De fato, a estrutura escalonada e piramidal sobre a qual o Poder Judiciário se assenta parece conspirar para a despoticização do pensamento autônomo. A própria necessidade intrínseca do sistema de garantir um mínimo de previsibilidade e de segurança jurídica produz uma demanda pragmática de homogeneização do pensamento que em nada favorece o espírito do livre-pesquisador.

Essa mentalidade homogeneizante inculca uma espécie de espírito de sujeição e se espalha do Poder Judiciário para a Academia e vice-versa. Assim, geração após geração, graduandos, mestrados e doutorandos são ensinados a dar credibilidade, irrefletidamente, aos entendimentos das mais altas cortes do país, bem como às posições esposadas pela doutrina.

Esse nível de violência simbólica¹³ não exige apenas uma adesão intelectual, mas, ao se imiscuir no conjunto de crenças individuais e coletivas dos sujeitos assujeitados, exige um autêntico ato de fé. Nesse quadrante, são sintomáticos os termos “dogmática” e “doutrina” jurídica, os quais vêm passando de geração a geração, aparentemente incólumes, apesar do desconforto óbvio que tais termos deveriam representar.

Assim, a Academia acaba reproduzindo, nas salas de aula, — e até mesmo em suas atividades de pesquisa —, o olhar assujeitado a que muitos professores são condicionados, tanto na sua percepção sobre os autores dos livros que adotam, quanto no modo como veem as cortes cujos entendimentos pautarão suas posições em sala e, por via de consequência, o seu modo de pensar. Pela mão de mestres assim, é que se desencanta a possibilidade de construir uma pesquisa jurídica mais próxima do ideário de ciência comungado pelas outras áreas. Veja-se como Pedro Demo descreve o modelo de sala de aula que, em vez de fomentar, aniquila a pesquisa:

Não são ambientes de estudo ou aprendizagem, nem de leitura assídua, muito menos de construção do conhecimento. **O próprio docente não produz conhecimento, não por culpa, mas por defeito original de formação [...].** Espera do aluno o mesmo reprodutivismo do qual é representante legítimo e consumado.¹⁴

Pedro Demo alerta, em especial, para o caso de docentes que “não possuem texto próprio, não pesquisam e elaboram, não são autores.”¹⁵ Por óbvio, o autor não está se referindo especificamente ao Direito. Mas, ao afirmar que “Quem não é autor, não tem nada para dizer [pois] Sem produção própria não pode existir docência, porque esta decairia para mero instrucionismo”¹⁶, infelizmente, o cenário por ele descrito acaba sendo um retrato inquietante do ensino jurídico.

E mais.

No ambiente jurídico, essa condição é bem mais velada, pois nem todos os professores que publicam sistematicamente compreendem a sua pesquisa como a necessária manifestação de seu livre-pensamento.

13 BOURDIEU, Pierre. Introdução a uma sociologia reflexiva. In: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989. p. 17-58.

14 DEMO, Pedro. *Avaliação sob o olhar propedêutico*. Campinas: Papyrus, 1996. p. 9-10. (grifo nosso)

15 DEMO, Pedro. *Avaliação sob o olhar propedêutico*. Campinas: Papyrus, 1996. p. 9-10.

16 DEMO, Pedro. *Avaliação sob o olhar propedêutico*. Campinas: Papyrus, 1996. p. 12.

Portanto, a pesquisa jurídica publicada certamente converterá muitos professores em *escritores*, mas quantos, dentre estes, poderão ser considerados legítimos *autores*, no sentido foucaultiano, cujas ideias possam ser consideradas fundantes de um verdadeiro sistema de pensamento¹⁷, ou, pelo menos, originais o suficiente para irrigarem múltiplos afluentes? Quantos terão *assinado* o seu texto — na célebre expressão de Geertz¹⁸ — a partir de reflexões originais advindas das experiências personalíssimas que só o contato direto com seu campo de estudos pode suscitar? Quantos terão sequer ido a campo para ver com seus olhos e ouvir com seus ouvidos, a fim de confrontar o pensamento dos teóricos com a realidade fática subjacente ao seu objeto de estudos? Quantos terão construído sua autoria sem dependerem tanto da chancela de autores de renome para validar as realidades que encontram em seu próprio campo de estudos?

E, indo além: até que ponto a inculcação de um novo repertório de procedimentos de campo no âmbito da pesquisa jurídica não poderia contribuir para mitigar a tentação de se usurpar as ideias de outrem? Será que o estímulo à prática da pesquisa de campo não poderia criar uma aclimatação mais propícia ao pensamento original, em vez de se cultivar a pressa e/ou a reprodução automatizante de ideias irrefletidas que, no limite, podem acabar conduzindo até mesmo ao plágio acadêmico? Como ressalta Richard Posner, há um feixe de valores distorcidos que orbitam em torno da Academia, e que, acrescente-se, se não forem combatidos por boas práticas de pesquisa, podem pôr a perder até mesmo pesquisadores que poderiam ter sido capazes de uma contribuição original e relevante:

O plágio é, de certo modo, resultado das pressões que acadêmicos sofrem para inovarem, da vontade em se destacarem o mais rapidamente possível com um raciocínio brilhante. O individualismo, o culto à personalidade, o desejo de reconhecimento, de prosperidade contribuem para tanto.¹⁹

Assim, a falta de uma cultura bem consolidada de pesquisa de campo acaba resumindo a experiência da pesquisa jurídica a uma revisão de literatura incapaz de duvidar. Portanto, alheia à possibilidade de fazer — e receber — críticas. Leniente demais para ferir suscetibilidades (e como são muitas!). Infensa à inovação, a pesquisa jurídica mostra-se incapaz de romper com o *stablishment*. Ao se poupar do campo, o pesquisador do direito se esquece de que quem revisa, deve ser capaz de re-ver: ver de novo, e melhor.

Uma vez mais, é de Posner <<a voz que clama no deserto>>, levantando-se contra a cultura de conservadorismo e apego excessivo ao passado e às tradições, cujos valores estão de tal modo impregnados no imaginário jurídico, que acabam por sufocar o potencial de inovação e abertura da área frente a um novo *modus operandi* na condução da pesquisa jurídica:

Com centenas de artigos e inúmeros livros publicados, alguns deles traduzidos para o português, Posner se denomina um escritor compulsivo e é ácido crítico de ideias e instituições. Tido como o jurista mais citado dos Estados Unidos, Posner denuncia em seus escritos a “jurisdependência do passado”, no sentido de que dentre todas as profissões, aquela que mais fortemente se volta para a história é o Direito, pois venera a tradição, o precedente, o ritual, as práticas antigas, o costume, os textos antigos, a terminologia arcaica, a sabedoria, a experiência que vem acompanhada da idade, a maturidade, e também a chamada gerontocracia e a interpretação estimada como resgate dos fatos históricos.²⁰

E, nas palavras do próprio Posner, o tom de denúncia soa ainda mais eloquente:

[O Direito] Desconfia da inovação, das rupturas, das ‘mudanças de paradigma’, bem como da energia e do ímpeto dos jovens. Essas atitudes arraigadas são obstáculos para aqueles que, como eu, gostariam de direcionar o direito para caminhos mais científicos, econômicos e pragmáticos.²¹

17 FOUCAULT, Michel. O que é um autor? In: FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: Vega, 1992.

18 GEERTZ, Clifford. *Obras e vidas: o antropólogo como autor*. Tradução de Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

19 POSNER, 2007 apud MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; VARELLA, Marcelo Dias. Plágio em trabalhos acadêmicos: propostas de políticas institucionais de integridade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 356, jan./jun. 2015.

20 POSNER, 2011 apud POSNER, Richard. Como eu escrevo. Tradução de Ana Caroline Pereira Lima e Thiago Santos Aguiar de Pádua. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 11, jan./jun. 2014.

21 POSNER, Richard. *Fronteiras da Teoria do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 167.

Quando se soma uma prática de pesquisa meramente bibliográfica com as velhas práticas de se usar o argumento de autoridade como subterfúgio para se furar ao questionamento, à crítica e ao debate, inicia-se uma lógica soturna de circularidade, em que professores assujeitados formam profissionais assujeitados, que serão os próximos operadores e professores [!] igualmente submissos, prontos a invocar dogmaticamente o argumento de autoridade²² apenas para encerrar mais rápido qualquer possibilidade de discussão de ideias, seja em sala de aula, seja em relações de orientação. É que o mesmo professor que desaprendeu a arte de recorrer às próprias ideias acabará fadado a ceifar essa possibilidade no coração dos seus orientandos de pesquisa. Nesse sentido, apesar de não se dirigir estritamente à realidade do ensino jurídico, a radiografia de Pedro Demo lhe cai como uma luva:

Para conseguir promover a formação do aluno, não apenas o acesso reprodutivo ao diploma, o docente precisa, antes de mais nada, realizar em si o que espera do aluno. Ou seja, para que o aluno aprenda bem, é indispensável um docente que aprenda bem. É bem provável que o discente saia à imagem e semelhança do docente [...]. Diplomados que terminam o curso e depois nunca mais estudam, pesquisam, inovam são resultado, em grande parte, de docentes que apenas ensinavam.²³

Na área do Direito, tem ocorrido um aumento exponencial do volume de pesquisa veiculada em periódicos científicos. Mas não se verifica um aumento minimamente relevante dos estudos que refletem sobre as práticas de pesquisa no Direito. Em outras palavras: não se têm empreendido estudos sistemáticos que possam aferir se o aumento da produtividade foi acompanhado de um aumento correspondente da qualidade da pesquisa jurídica.

O cenário ora descrito poderá vir a se agudizar, sobremaneira, sob o signo das métricas de produtivismo que as áreas de humanidades vêm sendo impelidas a encampar, cada vez mais, a partir de uma lógica de trabalho que costumava estar mais presente nas áreas duras.²⁴ Com a ascensão dessa nova lógica de trabalho, cria-se uma tendência à produção fordista de ideias em série [!], o que desnatura a qualidade de artesanaria — ou de <<artefacto>>, na expressão de Mills²⁵ — qualidade tão cara aos ideais da pesquisa de campo, notadamente, as de caráter qualitativo²⁶, cuja natureza intrínseca repousa na ideia de verticalização, demonstrando-se o pesquisador na presença desse Outro — o sujeito cujas impressões, significados, motivações e representações são objeto do olhar atento do pesquisador.

A essa altura, seria o caso de se questionar se a vertiginosa corrida pela produtividade não constituiria um fator a mais de resistência às práticas de campo. E aqui reside um tendencial paradoxo: em que medida vale a pena privilegiar o produtivismo e a aceleração do tempo que sua lógica requer, precisamente quando a área do Direito tem movido uma série de esforços para consolidar um número cada vez maior de Programas de *Stricto Sensu* calcados na excelência? Afinal, “Os cursos com nota 6 são aqueles que têm programa de doutorado [...], **contribuem de forma diferenciada para a formação de professores em todo o Brasil e influenciam o pensamento jurídico nacional.**”²⁷

22 Para compreender melhor as construções da lógica informal que conduzem a esses escapismos argumentativos, vide: WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. E, manifestando-se pela necessidade de enfrentar as questões postas, a partir de um raciocínio jurídico que não renuncie à sua problematização, vide: MONEBHURRUN, Nitish. *Metodologia jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos*. Saraiva: São Paulo, 2015; MONEBHURRUN, Nitish. Pensando na Articulação entre a Internet como Instrumento de Pesquisa Jurídica e o Rigor Acadêmico. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 147-170, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/viewFile/1141/390>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

23 DEMO, Pedro. *Avaliação sob o olhar propedêutico*. Campinas: Papirus, 1996. p. 12.

24 Para maiores aprofundamentos sobre as possíveis implicações do produtivismo, vide: REGO, Teresa Cristina. Produtivismo, pesquisa e comunicação crítica: entre o veneno e o remédio. *Revista Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 40, n. 2, p. 325-346, abr./jun. 2014.

25 MILLS, C. Wright. Sobre o artesanato intelectual. In: MILLS, C. Wright. *Sobre o artesanato intelectual e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 21-58.

26 MARTINS, Heloisa Helena T. de Souza. Metodologia qualitativa de pesquisa. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 30, n. 2, p. 289-300, maio/ago. 2004.

27 VARELLA, Marcelo Dias; LIMA, Martônio Mont' Alverne Barreto. Políticas de revalidação de diplomas de pós-graduação em direito no Brasil: dificuldades e desafios para o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 147, jan./

Não seria, portanto, o caso de se pensar, ainda mais seriamente, em uma política acadêmica de fomento à pesquisa de campo na área jurídica, de modo a impulsionar trabalhos com maior potencial de inovação, pautados em reflexões singulares, originais e diferenciadas? Em sentido convergente, sinalizam Monebhurrún e Varela. A partir de uma pesquisa de campo qualitativa e quantitativa, na qual procederam a uma hercúlea pesquisa documental, os autores buscaram identificar as características que distinguem as teses de doutorado consideradas excelentes (pelos seus respectivos programas de pós-graduação) do conjunto geral das teses. Entre as diversas características que distinguem as teses excelentes das teses medianas ou ruins, segue-se uma conclusão particularmente sintomática:

Outro problema identificado foi a falta de análise de estudos de casos e jurisprudências, nas teses analisadas, cerca de 40% não contém estudos de caso ou análise dos julgados. É como se o direito existisse apenas como uma disciplina puramente teórica, uma ciência social não aplicada. Uma pesquisa séria em direito dificilmente pode ignorar o direito vivo, tal como aplicado na prática. Uma boa pesquisa em direito, exceto em raros temas, pressupõe estudos de casos, análise de jurisprudências nacionais, estrangeiras, e conforme o caso, internacionais.²⁸

Com efeito, no presente trabalho, parte-se da hipótese de que, enquanto não houver uma disseminação da pesquisa de campo, a comunidade de pesquisadores em Direito se sentirá tentada a reproduzir as lições de subserviência colhidas pelos operadores do Direito, no ambiente hierarquizado do Poder Judiciário, as quais são imperceptivelmente naturalizadas em seu cotidiano de trabalho. Isto é: aquilo a que a área convencionou chamar de pesquisa não ultrapassará os limites da mera revisão de literatura.

Pois bem. Como se sabe, o autoritarismo e a subserviência são as faces de uma mesma moeda. Desde o século XVI, o jovem filósofo La Boétie²⁹ vaticinava: com que poder o tirano haveria de nos tyrannizar senão com aquele que nós mesmos lhe demos? Assim, professores cuja formação acadêmica não lhes ensinou a questionar argumentos de autoridade tendem a resistir à ideia de que seus alunos o façam, pois fazê-lo implicaria, primeiramente, pôr em xeque as ideias do próprio professor, e, em seguida, as ideias dos autores que ele adota e, num plano mais geral, todo o conjunto de crenças professadas pela dogmática em cuja forma o seu pensamento foi forjado.

Assim, a lógica do argumento de autoridade, tão cultivada em todos os escalões do Poder Judiciário, produz danos ainda mais agravados, quando transposta para o ambiente acadêmico, pois institui uma cultura de refração ao pensamento autônomo, segundo a qual, o argumento de autoridade vale mais que a autoridade do argumento — no perspicaz jogo de palavras de Pedro Demo.³⁰

Portanto, o modo como se dá o ensino jurídico é uma das grandes chaves de acesso para se entender as razões da baixa incidência da pesquisa de campo, ficando a maior parte dos trabalhos unicamente adstrita à pesquisa bibliográfica. Para Warat,³¹ a universidade moderna impõe padrões de consumo e fabrica o que se chama de pesquisa de instrução, um espaço de controle no qual se determina a cada momento o que se deve legitimar como verdadeiro. Por seu turno, o jurista passa a ser visto como um produto das faculdades de Direito, suscitando-se certo estranhamento em torno de advogados que adotem posturas distintas do modelo-padrão.

A despeito de algumas vozes — tal como a de Miguel Reale³² — despotencializarem ao menos em parte o peso da doutrina, o que se observa é que o imaginário jurídico tem se mantido, de certa forma, refém do

jun. 2012. (grifo nosso)

28 MONEBHURRÚN, Nitish; VARELLA, Marcelo Dias. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? uma análise a partir da própria percepção dos programas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 432-433, jul./dez. 2013.

29 LA BOËTIE, Etienne de. *De la servitude volontaire ou contr'un*. Paris: Gallimard, 1993.

30 DEMO, Pedro. *Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2005.

31 WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2.

32 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Para quem os ensinamentos doutrinários jamais terão força para revelar a norma jurídica positiva que deva ser observada pelo juiz ou pelas partes, motivo pelo qual nem sequer os considera como fonte do direito.

pensamento autorizado. E esse ambiente reverencial condiz com o dogma, tanto quanto desafia em relação aos ideais científicos de debate, crítica e falseabilidade.

No entanto, não custa esclarecer que o problema não está em usar a doutrina. A doutrina é o solo teórico do qual se deve partir para avançar rumo às fronteiras do conhecimento. Sendo a pesquisa um empreendimento coletivo, no qual se avança lentamente, a partir das múltiplas contribuições produzidas pela comunidade de pesquisadores, a doutrina é não apenas importante, mas imprescindível. Portanto, o que ora se coloca como problemática é, na verdade, a postura dogmatizante que se tem em face da doutrina. E essa postura, ao que parece, é aprendida desde os bancos de graduação, mantendo-se muitas vezes inalterável durante o *stricto sensu*. Nesse sentido, como concluíram Monebhurrin e Varella³³, a mera compilação de textos não constitui uma autêntica pesquisa jurídica.

É preciso tratar os dados, problematizá-los, questioná-los de forma lógico-dialética e fazer inferências com lastro em evidências a partir da observação do mundo da vida. Uma pesquisa mal embasada ou equivocada, mesmo que não coloque diretamente a vida das pessoas em risco, como no caso da pesquisa jurídica, pode gerar políticas públicas desastrosas e ter consequências inimagináveis em diversos setores.

Apenas a título de exemplo, e sem entrar no mérito da decisão do STF que possibilitou a prisão após condenação em segunda instância, uma das razões que levou o Supremo a alterar o seu posicionamento anterior foram dados apontando que apenas 4% dessas condenações eram revistas pelas demais instâncias. Supondo que estes dados tenham sido objeto de uma pesquisa mal formulada — o que ora não se afirma, a não ser como um recurso hipotético para efeitos didáticos — a decisão do STF, que lhes admitiu como fundamento, poderia vir a gerar um gasto anual adicional de 1,1 bilhão de reais, custeados pelos cofres públicos, em razão do aumento de presos, produzindo uma verdadeira explosão carcerária ao antecipar cerca de 50 mil prisões por ano.³⁴ De acordo com a revista *The Economist*³⁵,

Even when flawed research does not put people's lives at risk - and much of it is too far from the market to do so - it squanders money and the efforts of some of the world's best minds. The opportunity costs of stymied progress are hard to quantify, but they are likely to be vast. And they could be rising.³⁶

Assim, para que a pesquisa jurídica avance em bases mais sólidas, é desejável dispor de pesquisas que se proponham a verificar, sistematicamente, os dados disponíveis, a fim de que se possa utilizar os dados secundários de forma mais segura, antes de replicá-los, além de se procurar infundir uma cultura de coleta primária de dados no bojo de pesquisas jurídicas — a serem realizadas pelos próprios juristas e/ou com o apoio de equipes multidisciplinares.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS – A IMPORTÂNCIA DA PESQUISA DE CAMPO PARA O AVANÇO DA PESQUISA JURÍDICA

Como já dito alhures, a ciência só pode avançar pela verificação. A pesquisa de campo qualifica a produção de conhecimento, ao confrontar crenças por meio de evidências. Pesquisas não submetidas ao falsea-

33 MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo Dias. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? uma análise a partir da própria percepção dos programas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 423-443, jul./dez. 2013.

34 EXPLOÇÃO carcerária: com presunção de culpa STF pode antecipar 50 mil prisões por ano. *Consultor Jurídico*, 5 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-05/presuncao-culpa-stf-antecipar-50-mil-prisoas-ano>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

35 Consoante o trecho citado, em livre tradução nossa: “Mesmo quando as pesquisas erradas não colocam a vida das pessoas em risco - e muito disto está longe do mercado para fazê-lo - elas gastam dinheiro e os esforços de algumas das melhores mentes do mundo. Os custos de oportunidade do progresso bloqueado são difíceis de quantificar, mas é provável que sejam vastos. E eles podem estar aumentando.”

36 PROBLEMS with scientific research: how Science goes wrong: Scientific research has changed the world. Now it needs to change itself. *The Economist*, 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/leaders/21588069-scientific-research-has-changed-world-now-it-needs-change-itself-how-science-goes-wrong>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

mento podem produzir consequências muito danosas, ao serem retransmitidas como “científicas”, sem um controle metodológico adequado e seguro acerca dos resultados obtidos. Assim, dados falsos, inconsistentes ou maculados de erro atrapalham os verdadeiros pesquisadores e bloqueiam o desenvolvimento da ciência. De acordo com a revista *The Economist*³⁷,

A SIMPLE idea underpins science: “trust, but verify”. Results should always be subject to challenge from experiment. That simple but powerful idea has generated a vast body of knowledge. Since its birth in the 17th century, modern science has changed the world beyond recognition, and overwhelmingly for the better. But success can breed complacency. Modern scientists are doing too much trusting and not enough verifying—to the detriment of the whole of science, and of humanity.³⁸

Detalhes que poderiam parecer irrelevantes em determinadas situações, podem alterar significativamente os resultados obtidos em uma pesquisa e isso pode não ser diagnosticado pela ausência de métodos adequados, especialmente quando a simplificação dos meios para obtenção dos resultados não é suficientemente percebida. Por isso, é importante verificar as informações, especialmente em sistemas complexos, nos quais é impossível conhecer todas as variáveis que interferem em seu funcionamento.³⁹

A evolução da ciência não se dá apenas pela comprovação de suas teses, mas também pela possibilidade de se verificá-la e falseá-la, o mesmo acontecendo em relação à pesquisa do direito. A evolução não ocorre quando algo anteriormente provado é confirmado, mas quando o conhecimento anterior é ultrapassado por meio da verificação e de seu falseamento.

A essa altura, convém fazer uma ponderação. Desde as primeiras lições, os calouros aprendem com Miguel Reale⁴⁰ que o Direito é constituído por fato, valor e norma. Mas, se a tese da tridimensionalidade do Direito está tão bem assentada no imaginário jurídico brasileiro desde os primeiros bancos escolares e se a comunidade de juristas concorda que o Direito é um fenômeno hipercomplexificado, precisamente em razão de sua tridimensionalidade, por que motivo — questionam Cavalcanti e Bedê⁴¹ — não haveria de ser igualmente tridimensional a pesquisa jurídica acerca de seu objeto? Como dar conta de um objeto de estudo tridimensional sem que as pesquisas que se produzem acerca dele não sejam elas mesmas abordadas a partir dessas múltiplas perspectivas? Dadas as questões de alta complexidade que desafiam o fenômeno jurídico, não seria o caso justamente de se cultivar práticas de pesquisa cada vez mais atravessadas pelas injunções fáticas, axiológicas e normativas que perpassam o Direito como objeto de estudo?

A partir dessa visada, urge, com muito mais razão, introduzir e cultivar práticas de pesquisa de campo entre os juristas, uma vez que o avanço da área dificilmente se dará sem que se amplie o *savoir-faire* metodológico para além da pesquisa bibliográfica. Afinal, a dimensão fática do Direito reivindica, pela sua natureza específica, que os pesquisadores da área jurídica estejam aptos a coletar, tratar e analisar dados, relativos aos fatos valorados pelas normas, por meio de métodos rigorosos de controle e aferição de resultados.

Essa cultura, infelizmente, ainda não está bem consolidada no Brasil, e, embora já haja iniciativas primárias, elas, ainda, são uma honrosa exceção. Por óbvio, não se introduzem novas práticas sem que estejam

37 PROBLEMS with scientific research: how Science goes wrong: Scientific research has changed the world. Now it needs to change itself. *The Economist*, 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/leaders/21588069-scientific-research-has-changed-world-now-it-needs-change-itself-how-science-goes-wrong>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

38 Em tradução livre: “Uma idéia SIMPLES baseia a ciência: ‘confie, mas verifique’. Os resultados devem sempre ser sujeitos ao desafio da experiência. Essa idéia simples, mas poderosa, gerou um vasto conhecimento. Desde o seu nascimento no século 17, a ciência moderna mudou o mundo e, de maneira esmagadora, para melhor. Mas o sucesso pode produzir complacência. Os cientistas modernos estão se tornando muito complacentes e não são suficientes para verificar, em detrimento de toda a ciência e da humanidade.”

39 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016.

40 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito: preliminares históricas e sistemáticas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

41 CAVALCANTI, Ricardo Henrique Silva de Sá; BEDÊ, Fayga Silveira. Pela Superação do Solipsismo na Busca do Conhecimento Jurídico. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 11, n. 15, p. 294-310, jan./dez. 2013.

apoiadas numa nova mentalidade. Para Sarmento,⁴² “Em certos momentos quando um paradigma deixa de responder às necessidades daquela comunidade, ou de corresponder as suas crenças, há uma crise que pode resolver-se numa mudança de paradigma, acarretando uma revolução científica.”

É importante que os pesquisadores jurídicos estejam atentos às transformações sociais para que possam analisá-las e não sejam apenas retransmissores de ideias já amplamente difundidas. Ocorre que tais transformações envolvem a realidade fática, desafiando uma pesquisa ancorada em evidências fáticas. Como a literatura jurídica não cultiva a pesquisa de campo, parece não demonstrar ainda a necessária preocupação de buscar uma ancoragem na realidade fática subjacente ao Direito.

Assim, o que se está a postular aqui não deixa de implicar, em certa medida, uma ruptura no modo como se concebe a pesquisa jurídica. Por outro lado, a evolução da ciência ocorre, via de regra, de forma acumulativa, lenta e gradual. E, mesmo quando se está diante de uma ruptura com a chamada “ciência normal”, introduzindo-se fatores que desencadearão a chamada “ciência paradigmática” — conforme as expressões cunhadas por Thomas Kuhn⁴³ — o modo de o novo modelo suplantar o anterior não se dá sem recuos e resistências, demandando tempo e cautela até que a comunidade científica se curve em face do novo paradigma. Outrossim, vale lembrar que a emergência de um novo modelo coexiste com todos os aspectos do modelo anterior que lhe sejam compatíveis, os quais funcionam como condição de possibilidade para os novos saberes.

Em apertada síntese, apontaram-se, ao longo do trabalho, algumas possíveis razões da baixa incidência da pesquisa de campo no Brasil, em especial: (i) a apropriação, pela Academia, de uma lógica inerente ao ambiente forense, transmudando-se a pesquisa jurídica numa espécie de “pesquisa-advocatória”, pela qual uma parcela da pesquisa jurídica estaria tão contaminada pelo viés de confirmação, que os pesquisadores evitariam ir a campo para não incorrerem no risco de se defrontarem com resultados capazes de frustrar as suas expectativas e preferências ideológicas; (ii) a disseminação de um modelo de ensino jurídico pouco afeito ao debate, ao questionamento e à crítica, o qual forjaria um ambiente acadêmico fortemente impactado pela mera reprodução de argumentos de autoridade, em detrimento do espírito crítico, autônomo e investigativo que está na base de uma autêntica pesquisa de campo.

Não obstante, a tendência da pesquisa jurídica de se manter em um estado de inércia é compreensível: isto é, por ainda não estar familiarizada com uma cultura de pesquisa de campo, é razoável esperar que boa parte dos pesquisadores do Direito mantenha-se refratária a essa proposta; postergando, tanto quanto possível, o contato com uma realidade que pode lhe soar desconhecida, inóspita ou até mesmo sem-sentido.

No entanto, lidar com o desconhecido está na raiz do espírito científico, o qual é impulsionado precisamente pela necessidade de se fazer avançar as fronteiras do conhecimento. Parte-se do que se sabe para tatear rumo ao que (ainda) não se sabe, com o fim precípua de acumular conhecimento novo e assegurar melhores condições de vida para a humanidade.

Os juristas brasileiros, em sua maior parte, foram forçados sem o desejável esteio da pesquisa de campo. Gerações inteiras receberam uma formação de pesquisa deficitária, o que as tem levado a reproduzir uma falsa percepção de que a metodologia da pesquisa se reduz e se confunde com uma simples normalização de trabalhos acadêmicos. Nada mais trágico para os rumos de uma área de pesquisa cujos estudos afetam a vida cotidiana de todos os cidadãos.

Portanto, mesmo às cegas, ainda que tateando:

O mais importante, agora, é começar.

42 SARMENTO, Daniel. *Direito fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

43 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A Importância da interdisciplinariedade na pesquisa jurídica: olhando o Direito sob outro viés: In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 16., 2008, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Conpedi, 2008. p. 1006-1026. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+\(15%2C+16+e+17+de+novembro+de+2007\)>](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+(15%2C+16+e+17+de+novembro+de+2007)>). Acesso em: 2 jul. 2017.
- BECKER, Howard S. *Métodos de pesquisa em Ciências Sociais*. São Paulo: HUCITEC, 1993.
- BECKER, Howard S.; PENEFF, Jean. *Le goût de l'observation: comprendre et pratiquer l'observation participante en sciences sociales*. Paris: La Découverte, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. Introdução a uma sociologia reflexiva. In: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989. p. 17-58.
- CAVALCANTI, Ricardo Henrique Silva de Sá; BEDÊ, Fayga Silveira. Pela Superação do Solipsismo na Busca do Conhecimento Jurídico. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 11, n. 15, p. 294-310, jan./dez. 2013.
- DEMO, Pedro. *Avaliação sob o olhar propedêutico*. Campinas: Papyrus, 1996.
- DEMO, Pedro. *Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2005.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras da inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.
- EXPLOÇÃO carcerária: com presunção de culpa STF pode antecipar 50 mil prisões por ano. *Consultor Jurídico*, 5 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-05/presuncao-culpa-stf-antecipar-50-mil-prisoas-ano>>. Acesso em: 17 jun. 2017.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.
- FOUCAULT, Michel. O que é um autor? Lisboa: Vega, 1992.
- GEERTZ, Clifford. *Obras e vidas: o antropólogo como autor*. Tradução de Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.
- HAACK, Susan. *Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra a moda irracionalista*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2011.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- LA BOËTIE, Etienne de. *De la servitude volontaire ou contr'un*. Paris: Gallimard, 1993.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; VARELLA, Marcelo Dias. Plágio em trabalhos acadêmicos: propostas de políticas institucionais de integridade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 353-365, jan./jun. 2015.
- MARTINS, Heloisa Helena T. de Souza. Metodologia qualitativa de pesquisa. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 30, n. 2, p. 289-300, maio/ago. 2004.
- MILLS, C. Wright. Sobre o artesanato intelectual. In: MILLS, C. Wright. *Sobre o artesanato intelectual e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 21-58.
- MONEBHURRUN, Nitish. *Metodologia jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos*. Saraiva: São Paulo, 2015.

MONEBHURRUN, Nitish. Pensando na Articulação entre a Internet como Instrumento de Pesquisa Jurídica e o Rigor Acadêmico. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 147-170, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/viewFile/1141/390>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo Dias. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? uma análise a partir da própria percepção dos programas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 423-443, jul./dez. 2013.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. O trabalho do antropólogo: olhar, ouvir, escrever. In: OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O trabalho do antropólogo*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 1998. p. 17-35.

POPPER, Karl R. *Lógica das ciências sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POSNER, Richard. Como eu escrevo. Tradução Ana Caroline Pereira Lima e Thiago Santos Aguiar de Pádua. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 11-15, jan./jun. 2014.

POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PROBLEMS with scientific research: how Science goes wrong: Scientific research has changed the world. Now it needs to change itself. *The Economist*, 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/leaders/21588069-scientific-research-has-changed-world-now-it-needs-change-itself-how-science-goes-wrong>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

QUIVY, Raymond; VAN CAMPENHOUDT, Luc. *Manual de investigação em ciências sociais*. Lisboa: Gradativa, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito: preliminares históricas e sistemáticas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

REGO, Teresa Cristina. Produtivismo, pesquisa e comunicação crítica: entre o veneno e o remédio. *Revista Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 40, n. 2, p. 325-346, abr./jun. 2014.

SARMENTO, Daniel. *Direito fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VARELLA, Marcelo Dias; LIMA, Martônio Mont' Alverne Barreto. Políticas de revalidação de diplomas de pós-graduação em direito no Brasil: dificuldades e desafios para o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 143-161, jan./jun. 2012.

WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 2.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

V. 8, nº1