



CRIMINOLOGIA VIOLÊNCIA E CONTROLE SOCIAL

Felipe da Veiga Dias . Marília De Nardin Budó . Gabriel Ferreira dos Santos (Orgs.)

IMED

Inspira quem transforma



A violência estruturalmente enraizada nos sistemas penais latino-americanos produz a cada dia novas vítimas. Nunca a crítica criminológica, que trouxe à tona o caráter reprodutor das desigualdades de classe, raça e gênero dos sistemas penais, esteve tão atual. Pesquisadoras e pesquisadores de todo o Brasil no campo das ciências criminais, têm tido a oportunidade de testemunhar seu objeto de pesquisa – o sistema de controle penal – aprofundar suas raízes na sociedade. A difusão de uma cultura centrada na punição, pública ou privada; de uma linguagem de ódio que divide a sociedade em “nós” e “eles”; da legitimação discursiva das violações de direitos básicos, mostram que a crítica tem ainda um papel fundamental a desempenhar. Daí a necessidade da produção científica crítica comprometida com a superação das desigualdades e injustiças, bem como pela superação do próprio sistema de controle penal e da violência irracional que ele carrega. Esta obra coletiva tem o objetivo de trazer a público pesquisas realizadas no interior de universidades no campo das ciências criminais, encabeçados por jovens pesquisadoras e pesquisadores de várias regiões do país. Nota-se na diversidade de objetos e problemas de pesquisa, bem como de metodologias e referenciais teóricos, a riqueza dessas produções científicas. Cada trabalho em sua singularidade traz uma contribuição diferente, mas, principalmente essas/es jovens pesquisadoras/es mostram, da maneira mais clara, sua posição politicamente engajada na crítica às práticas penais e na construção de um direito penal e processual penal comprometido com a limitação do arbítrio punitivo, na defesa dos direitos fundamentais.

Marília De Nardin Budó



 **editora fi**
www.editorafi.org

**CRIMINOLOGIA,
VIOLÊNCIA E
CONTROLE SOCIAL**



COMITÉ EDITORIAL

Prof^ª. Dr^ª. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Prof^ª. Dr^ª. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof^ª. Dr^ª. Leilane Serratine Grubba

Prof^ª. Dr^ª. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Prof^ª. Dr^ª. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof. Dr. Mher Arshakyan

Coleção

Justiça, Democracia e Sustentabilidade

VOL IV

**CRIMINOLOGIA,
VIOLÊNCIA E
CONTROLE SOCIAL**

Organizadores:

Felipe da Veiga Dias

Marília De Nardin Budó

Gabriel Ferreira dos Santos

φ editora fi

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

Fotografia de capa: Marcelo VALLE -

<https://www.facebook.com/marcelovallefotografia/>

A regra ortográfica usada foi prerrogativa dos autores.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Coleção Justiça, democracia e sustentabilidade - VOL IV

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

DIAS, Felipe da Veiga; BUDÓ, Marília De Nardin; SANTOS, Gabriel Ferreira dos (Orgs.)

Criminologia, violência e controle social. [recurso eletrônico] / Felipe da Veiga Dias; Marília De Nardin Budó; Gabriel Ferreira dos Santos (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

264 p.

ISBN - 978-85-5696-167-9

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Criminologia. 2. Violência. 3. Cultura 4. Ética. 5. Controle social 6. Direito I. Título.

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

PREFÁCIO

JOVENS PESQUISADORAS/ES NAS CIÊNCIAS CRIMINAIS E A ATUALIDADE DA CRÍTICA: UMA APRESENTAÇÃO

A violência estruturalmente enraizada nos sistemas penais latino-americanos produz a cada dia novas vítimas. Nunca a crítica criminológica, que trouxe à tona o caráter reprodutor das desigualdades de classe, raça e gênero dos sistemas penais, esteve tão atual. Pesquisadoras e pesquisadores de todo o Brasil no campo das ciências criminais, têm tido a oportunidade de testemunhar seu objeto de pesquisa – o sistema de controle penal – aprofundar suas raízes na sociedade. A difusão de uma cultura centrada na punição, pública ou privada; de uma linguagem de ódio que divide a sociedade em “nós” e “eles”; da legitimação discursiva das violações de direitos básicos, mostram que a crítica tem ainda um papel fundamental a desempenhar. Daí a necessidade da produção científica crítica comprometida com a superação das desigualdades e injustiças, bem como pela superação do próprio sistema de controle penal e da violência irracional que ele carrega.

Esta obra coletiva tem o objetivo de trazer a público pesquisas realizadas no interior de universidades no campo das ciências criminais, encabeçados por jovens pesquisadoras e pesquisadores de várias regiões do país. Nota-se na diversidade de objetos e problemas de pesquisa, bem como de metodologias e referenciais teóricos, a riqueza dessas produções científicas.

O primeiro artigo da obra, de autoria de Poliana da Silva Ferreira e Riccardo Cappi, propõe o estudo das práticas sobre a produção de estatísticas de homicídio, a partir da cidade de Salvador, de modo a questionar as reinterpretações dos dados realizadas pela Secretaria de Segurança Pública. Sabendo-se que tais estatísticas acarretam consequências na produção de políticas públicas para o enfrentamento do homicídio, compreender a maneira como esses dados são produzidos é fundamental. Assim, nas palavras da autora e do autor: “Observar as diversas formas de *contar*, nos faz encarar a produção institucional dessas mortes por outro viés”.

Seguindo na ótica criminológica, Thomaz Delgado De David e Luiza Rosso Mota expõem, no artigo “A política criminal punitivista e sua dogmática jurídica legitimadora: revisitando a emergência de uma análise criminológica e crítica do sistema penal”, uma crítica dura e necessária à dogmática penal, fundada na obra de uma das maiores criminólogas brasileiras e latino-americanas, Vera Regina Pereira de Andrade.

O texto de Ana Luiza Teixeira Nazário e Augusto Jobim do Amaral, intitulado “Cultura e criminalização: um estudo de caso sobre o funk na cidade de porto alegre trata criticamente sobre o preconceito com a cultura popular e os processos de criminalização que dele decorrem”, sempre em conjunto com o racismo e outros tipos de negação do outro. Por trazer o relato de uma pesquisa empírica realizada na cidade de Porto Alegre, cumpre com o papel de enraizar a criminologia na realidade social, metodologia ainda incipiente no campo do direito.

Felipe da Veiga Dias e Andressa Piccinini Bertão, em “Gênero e a luta pelos direitos da mulher na era digital”, tratam sobre tema essencial para todos os debates que se querem situados nas ciências criminais: o debate sobre a estrutura patriarcal e suas consequências na sociedade.

No texto “A criminalização dos movimentos sociais por meio do juizado especial criminal”, Matheus Rufino dos Santos e Daniela Felix Teixeira analisam a maneira como pequenos danos ao patrimônio têm sido objeto de criminalização pelo JECRIM quando provocados em protestos de movimentos sociais. Politizar a análise sobre a atuação do sistema de justiça criminal permite notar seu foco seletivo contrário a qualquer contestação da ordem.

Chegando aos temas de direito e processo penal, Verônica Scartazzini Morgenstern e Raquel Tomé Soveral tratam sobre as dificuldades inerentes ao reconhecimento dos limites da memória humana quando utilizada na prova testemunhal no curso de um processo penal. O texto se intitula “A falsa memória de abuso sexual inserida por meio de uma alienação parental: consequências para o processo penal” e traz importante contribuição para o debate. Da mesma forma, o texto “O valor processual do depoimento (testemunhal ou vitimário) infantil”, de Matheus Tomé e Ney Fayet Júnior, tratando especificamente

sobre como sopesar o depoimento das crianças no processo penal.

Para contribuir com o debate dogmático penal, o texto “O domínio da organização como forma independente de autoria mediata à luz do referencial teórico de Claus Roxin”, de Fábio Fleck Borba e Fábio Freitas Dias aborda a teoria do domínio do fato e uma necessária leitura adequada à realidade brasileira, apesar de ser ela importada.

A prática da audiência de custódia no estado do Rio Grande do Sul é o objeto do trabalho de André Machado Maya e Ana Carolina Filippin Stein. No texto “Audiência de custódia: da normatividade às resistências inerentes ao habitus que marca o campo jurídico-penal”, a autora e o autor mostram, através de observação não participante em audiências de custódia em Porto Alegre, as dificuldades de sua aplicação prática, sobretudo diante das resistências dos/as atores/as do sistema de justiça criminal.

Ainda na esfera da crítica do direito processual penal, Bruna Mesquita Gasparin e Gabriel Ferreira dos Santos apresentam seu estudo fundado na Constituição e nas garantias processuais a respeito do direito de o/a réu/ré não produzir prova contra si próprio/a. O artigo se intitula “Coleta de perfil genético frente às garantias constitucionais do *nemo tenetur se detegere* e da presunção de inocência” e traz importante contribuição em um tema sempre polêmico.

No texto “Da guerra às drogas à legalização: um comparativo entre Estados Unidos da América e Brasil”, Francisca Bortolini e Marília de Nardin Budó expõem criticamente a maneira como ocorreu a importação da política de guerra às drogas no Brasil, a partir dos Estados Unidos, buscando compreender que impacto haveria nos dias atuais a política de flexibilização da proibição do comércio e do consumo da *Cannabis sativa* naquele país. Reconhecendo-se a influência daquela política da década de 1960 no Brasil e o número de pessoas presas atualmente em função da comercialização dessa erva, a importância do trabalho está justamente na demonstração da desatualização dessa política, mesmo quando vista sob o olhar colonizado de que se revestiu a guerra às drogas.

Cada trabalho em sua singularidade traz uma contribuição diferente, mas, principalmente essas/es jovens pesquisadoras/es

mostram, da maneira mais clara, sua posição politicamente engajada na crítica às práticas penais e na construção de um direito penal e processual penal comprometido com a limitação do arbítrio punitivo, na defesa dos direitos fundamentais. Diante dessa proposta, deseja-se a todas e a todos uma excelente leitura!

Marília De Nardin Budó

Doutora em Direito – Professora do PPGD IMED

Outono de 2017.

SUMÁRIO

COMO SE CONTA QUEM MORRE? ESTRATÉGIAS METODOLÓGICAS PARA O ESTUDO DE PRÁTICAS INSTITUCIONAIS EM DIREITO Poliana da Silva Ferreira; Riccardo Cappi	13
A POLÍTICA CRIMINAL PUNITIVISTA E SUA DOGMÁTICA JURÍDICA LEGITIMADORA: REVISITANDO A EMERGÊNCIA DE UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA E CRÍTICA DO SISTEMA PENAL Thomaz Delgado De David; Luiza Rosso Mota	31
CULTURA E CRIMINALIZAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O FUNK NA CIDADE DE PORTO ALEGRE Ana Luiza Teixeira Nazário; Augusto Jobim do Amaral	47
GÊNERO E A LUTA PELOS DIREITOS DA MULHER NA ERA DIGITAL Andressa Piccinini Bertão; Felipe da Veiga Dias	85
A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS POR MEIO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL Matheus Rufino dos Santos; Daniela Felix Teixeira	101
A FALSA MEMÓRIA DE ABUSO SEXUAL INSERIDA POR MEIO DE UMA ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO PENAL Verônica Scartazzini Morgenstern; Raquel Tomé Soveral	121
O VALOR PROCESSUAL DO DEPOIMENTO (TESTEMUNHAL OU VITIMÁRIO) INFANTIL Matheus Tomé; Ney Fayet Júnior	155
O DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO FORMA INDEPENDENTE DE AUTORIA MEDIATA À LUZ DO REFERENCIAL TEÓRICO DE CLAUS ROXIN Fábio Fleck Borba; Fábio Freitas Dias	173
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DA NORMATIVIDADE ÀS RESISTÊNCIAS INERENTES AO HABITUS QUE MARCA O CAMPO JURÍDICO-PENAL Ana Carolina Filippou Stein; André Machado Maya	189
A COLETA DE PERFIL GENÉTICO FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO NEMO TENETUR SE DETEGERE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA Bruna Mesquita Gasparin; Gabriel Ferreira dos Santos	215
DA GUERRA ÀS DROGAS À LEGALIZAÇÃO: UM COMPARATIVO ENTRE ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E BRASIL Francisca Bortolini; Marília de Nardin Budó	245

COMO SE CONTA QUEM MORRE? ESTRATÉGIAS METODOLÓGICAS PARA O ESTUDO DE PRÁTICAS INSTITUCIONAIS EM DIREITO

*Poliana da Silva Ferreira*¹

*Riccardo Cappi*²

1. Introdução

Este texto tem por objetivo discutir o processo de concepção e elaboração metodológica de uma pesquisa com recorte criminológico, com possibilidades de aplicação de seus aportes a outros tipos de pesquisa empírica em Direito. A pesquisa de que será questão foi realizada no âmbito da produção de um trabalho de conclusão de curso “*Contando*” as mortes: análise das maneiras de ver os homicídios de jovens em Salvador³. Contudo, aqui interessa-nos menos apresentar de maneira aprofundada os dados empíricos, os resultados e as conclusões da dita pesquisa, do que explicitar o processo de sua construção, desde seu objeto teórico até a formulação da abordagem metodológica proposta. Em outras palavras, trata-se de oferecer um olhar sobre uma maneira de fazer pesquisa, mais do que apresentar a pesquisa em si.

Para tanto, haverá um esforço em expor detalhadamente os passos percorridos para a concretização do projeto, desde o desenho da pesquisa até as técnicas utilizadas, isto é, a concepção do arcabouço metodológico para dar conta da pergunta de pesquisa e de seus objetivos.

¹ Mestranda em Direito e Desenvolvimento (Direito GV). Graduação em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Criminologia da UNEB.

² Doutor em Criminologia pela Université Catholique de Louvain, UCL, Bélgica. Professor da Universidade do Estado da Bahia – UNEB, professor colaborador da Universidade Federal da Bahia, professor colaborador da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia e professor titular da Universidade Estadual de Feira de Santana.

³ Pesquisa financiada pelo Programa de Iniciação Científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e desenvolvida junto ao Grupo de Pesquisa em Criminologia da Universidade do Estado da Bahia, realizada por Poliana da Silva Ferreira, sob orientação de Maíra Rocha Machado e supervisão de Riccardo Cappi.

Para contextualizar as leitoras e os leitores, vale dizer que a pesquisa se desenvolveu a partir da seguinte questão de partida: “como são observados e contados os homicídios em Salvador pelos diferentes atores sociais que atuam na Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia?”. Neste sentido, o objetivo anunciado era o de “compreender a construção estatística dos homicídios que atingem a população de Salvador – em especial os jovens –, a partir da produção e uso de dados pela Secretaria de Segurança Pública da Bahia”, durante a vigência do Plano Estadual de Segurança Pública do estado para os anos de 2012 a 2015.

Em prática, visamos estudar a relação complexa que existe entre os “fatos” e as maneiras de observá-los e contá-los. Pode-se dizer que os fatos ganham existência e relevância social em função e através de sua observação, de sua descrição e em função da forma como são narrados (CAPPI, 2014; FERREIRA, 2016).

Como se pode notar, este tipo de pesquisa não está voltado para os processos de construção das normas que criam condutas criminalizáveis – no processo de criminalização primária⁴ –mas para a forma como essas normas são implementadas no cotidiano das instituições (ZAFFARONI, 1999; BARATTA, 2002; FLAUZINA, 2006). Esta distinção é importante no âmbito da pesquisa empírica, pois estabelece, no campo do Direito, uma diferença crucial entre o estudo da produção das normas jurídicas e o estudo da maneira como estas são operacionalizadas através das práticas dos atores sociais e jurídicos.

Este texto está dividido em três partes. Na primeira, apresentamos a concepção epistemológica da pesquisa e a construção de seu objeto teórico. Na segunda, será dada especial ênfase ao arcabouço metodológico, onde serão destacadas as contribuições do modelo proposto por Dominique Monjardet (1995) – para o estudo das práticas policiais francesas. Na terceira

⁴ Termo utilizado, em criminologia, para designar os processos de construção de normas.

parte, apresentamos a utilização desse modelo em nossa pesquisa, oportunidade em que serão relatados os resultados obtidos.

2. Construção do objeto

Cabe uma discussão inicial a respeito de como observar as práticas no campo que nos interessa.

Trata-se de pensar a construção do objeto, começando por aquilo que escolhemos distinguir de um todo, o elemento que decidimos observar para nos “cegar” em relação a seu entorno (KAMINSKI, 2016) e que se constitui como um sistema de relações construídas propositalmente pelo(a) pesquisador(a) opondo-se ao senso comum, ao objeto “real”, pré-construído pela percepção imediata dos atores (BOURDIEU et. al., 2015).

A primeira tarefa da pesquisa é construir, a partir das experiências e olhares das pesquisadoras e dos pesquisadores, um primeiro recorte dentro do universo de possibilidades que uma temática pode oferecer: escolhe-se, de início, uma definição do objeto “subjetivamente construído pelo ator político humano” (DEMO, 1995, p. 23). Desde esse primeiro momento, o que está em jogo são as relações que estabelecemos com nosso objeto, sejam elas de natureza política, emocional, cognitiva, ou mesmo psicológica, sendo esta lista não exaustiva, lembrando que a análise, presente em toda pesquisa, remete à relação pesquisador(a)-objeto.

Assim, a escolha do nosso objeto de pesquisa – a maneira como a Secretaria de Segurança Pública constrói o problema dos homicídios de jovens negros na Bahia - resultou das nossas experiências prévias em relação ao campo, das nossas leituras anteriores e dos contextos nos quais nos inserimos, e claro, da nossa sensibilidade teórica (LAPERRIÈRE, 2008).

O segundo movimento consiste em construir o problema de pesquisa. Para traduzirmos nossa investigação em uma questão com validade científica, utilizamos os critérios propostos por Raymond Quivy e Luc Van Campenhoudt (1995) para caracterizar uma boa questão de pesquisa. Segundo os autores, ela precisa ter clareza, por ser precisa, ser unívoca e concisa; ter

exequibilidade, ou seja, ser praticável, viável, factível e por fim, ser pertinente, o que quer dizer que a questão deve ter uma intenção genuína de compreender os fenômenos estudados, ou seja, deve constituir-se como uma verdadeira pergunta. Em outras palavras, uma pergunta, além de terminar com um ponto de interrogação, deve corresponder a uma zona de não-saber, de ignorância por parte do(a) pesquisador(a) em relação ao fenômeno estudado. Assim, por exemplo, não constituem perguntas válidas interrogações do tipo: “será que o sistema penitenciário é falido?”, “devemos ser favoráveis ou contrários às práticas abusivas da polícia?”, “deve-se descriminalizar a prática do aborto?”. Estas perguntas pecam, entre outras lacunas, por serem falsas perguntas e/ou por referir-se a aspectos de caráter prescritivo, no fundo já conhecidos ou esperados por quem as formula.

Nessa perspectiva, lançamos mão do exercício de escrever e reescrever nossa questão de partida. Inicialmente, havia vários questionamentos, de diferentes ordens e perspectivas. Para ilustrar, citamos como exemplo os seguintes:

Como são construídos os índices de homicídios?

Como as mortes de jovens negros são percebidas por diferentes atores sociais, tais como imprensa, movimentos sociais, familiares e comunidade?

Como são construídos socialmente os elementos representativos destas mortes?

Afinal como são “contados” os homicídios de jovens negros, para que se tornem (ou não) politicamente significativos?

A formulação final da questão resultou do amadurecimento da revisão de literatura, como das diversas entradas e saídas do campo empírico. Quanto mais avançávamos nas leituras e nas observações em torno dos altos índices de homicídios, da seletividade da violência letal e da ineficiência das políticas públicas propostas para reverter esse quadro, mais clara se tornara nossa pergunta. Ao cabo, chegamos à seguinte formulação: *como são observados e contados os homicídios em Salvador*

pelos diferentes atores sociais que atuam na Secretaria de Segurança Pública da Bahia?

Antes de continuar, vale ressaltar um aspecto importante da construção da pesquisa: a escolha de uma pergunta de pesquisa implica em renunciar a outras possíveis perguntas e esta operação nem sempre é fácil para o(a) pesquisador(a). Isto, contudo, ajuda a focar e orientar com maior precisão o trabalho a ser desenvolvido.

A abordagem proposta nos parece ter uma dupla característica. De um lado, convida a observar uma prática conduzida no âmbito jurídico, por atores especificamente destinados a esta tarefa. Em outras palavras, o que interessa é descrever e compreender as lógicas subjacentes a determinadas práticas. Por outro lado, no nosso caso, a prática a ser observada nos remete também a maneira segundo a qual uma instituição ou seus atores reconstróem um fato. Uma formulação geral, desta questão de pesquisa poderia ser “Como os atores lidam com um problema, num determinado contexto?”. Centrada em torno do “como”, ela pode inaugurar uma pesquisa referida tanto às “maneiras de fazer” quanto às “maneiras de representar e de pensar”, contextualizadas no âmbito do direito, na esfera das práticas voltadas para operacionalização de normas específicas.

3. Modelo metodológico

De acordo com os objetivos fixados, apresentamos o exercício realizado para desenvolver a metodologia da pesquisa, lembrando que a finalidade precípua desse texto é apresentar um modelo de pesquisa que estuda as práticas no campo do Direito. Para isso, distancia-se da acepção do Direito entendido meramente enquanto Lei, prevalecendo o estudo no plano da implementação das normas. Assim, tratamos em primeiro lugar das diversas dimensões da (nossa) observação e, em seguida, das técnicas adotadas. Isto corresponde definir o arcabouço metodológico – o “mapa da viagem” – e, em seguida, os meios – os “meios de transporte” – lembrando que, no decorrer da pesquisa, as observações emergentes, os resultados provisórios e

os incidentes de percurso, podem sempre levar a um novo agenciamento desses diversos aspectos.

Dito de outra maneira, as técnicas são os meios específicos utilizados para coleta e análise de dados. Já o método, refere-se à composição orquestrada pelo(a) pesquisador(a) na escolha de técnicas dentre um conjunto a sua disposição, isto é, à forma como as técnicas são selecionadas e orientadas num dado trabalho. O método é, portanto, “o conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para se atingir o conhecimento” (GIL, 2007, p. 28).

3.1 Dimensões da observação

De maneira genérica, nossa questão de pesquisa pode ser formulada da seguinte maneira: “Como os atores A, B, C lidam com o desempenho das tarefas x,y,z, regidas pelas normas U, V, W?” A qualidade desta questão é de abrir para o estudo das práticas e das representações dos atores sobre as mesmas. Para tanto, a metodologia adotada – “o estudo dos caminhos, dos instrumentos usados para se fazer ciência” (DEMO, 1995, p. 11) – será apresentada nas linhas que seguem, lembrando que esta constitui um arcabouço lógico de compreensão, que precede a escolha das técnicas específicas a serem utilizadas.

Assim, ainda num plano epistemológico, adotamos uma tripla forma de observar nosso objeto, de acordo com nossa pergunta, conforme o modelo proposto pelo sociólogo francês Dominique Monjardet (1996). Este, ao fazer um estudo de sociologia da força pública, tendo como objeto a polícia francesa, entende que ela é a um só tempo: um *instrumento de poder*, e que, portanto, dá ordens; um *serviço público*, suscetível de ser requisitado por qualquer pessoa e *uma profissão*, com interesses próprios (MONJARDET, 2002).

A partir destas considerações, o trabalho de Monjardet nos oferece um precioso arcabouço para pensar e observar as “práticas”, desdobrando três dimensões, articuladas entre elas: a da *instituição*, a da *organização* e a da *cultura e práticas profissionais*. Para Monjardet (2002), todo sistema policial se constitui nessas

três dimensões estruturais que correspondem, respectivamente, aos valores, ao trabalho e aos interesses das polícias. Como há de se esperar, esta “tripla determinação” não remete a uma interação harmônica. . Ao contrário, “essas três dimensões podem se confrontar como lógicas de ação distintas e concorrentes” (MONJARDET, 2002, p. 15) que cabe observar, compreender e interligar, para termos uma leitura complexa do fenômeno em tela. Nossa intuição é que esta repartição em dimensões da observação pode ser proposta, de maneira geral e com algumas adaptações, para qualquer pesquisa voltada para o estudo empírico das práticas no âmbito do Direito. Vejamos com mais cuidado de que se trata.

A primeira das três dimensões, a *instituição*, é definida como “um conjunto de regras estatais que visam à satisfação de interesses coletivos” (MONJARDET, 1996, p. 18). São os dispositivos criados para manter os valores da instituição policial. A *instituição*, portanto, constitui-se, no caso estudado por Monjardet, nas “missões da polícia”, objeto de enunciados detalhados, “sob a forma de leis de polícia ou *police acts*, isto é, sob a forma legislativa” (MONJARDET, 2002, p. 29). Em nossa pesquisa, é o conjunto de normas que disciplinam e instituem a produção estatística concernente aos crimes violentos letais intencionais⁵. De maneira, mais geral, a *instituição*, remete a tudo o que institui as práticas que pretende-se estudar, isto é, as normas que formalmente as regem, que constituem obviamente uma dimensão importante a ser observada na pesquisa.

A segunda dimensão, a *organização*, diz respeito à organização de trabalho, não só formal – estrutura, hierarquias, organograma, recursos humanos e materiais disponíveis para execução das normas que instituem o procedimento como um

⁵ Crimes Violentos Letais Intencionais – CVLI: é uma categoria criada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP convencionada para que os estados brasileiros adotassem uma mesma metodologia de produção de estatísticas para os crimes letais contra a vida. Na Bahia, os Crimes Violentos Letais Intencionais correspondem aos registros de homicídios dolosos, latrocínio e lesões corporais seguidas de morte, sendo que o primeiro representa cerca de 95% do volume do indicador, de acordo com o Plano Estadual de Segurança Pública do Governo da Bahia para os anos de 2012-2015.

todo – mas também informal, isto é, a necessária interpretação e adaptação a estas mesmas regras, sempre conforme Monjardet (1996). Logo, sob a perspectiva informal a análise recai sobre o “conjunto dos comportamentos e normas observáveis segundo as quais a organização realmente funciona” (BERNOUX, 1958 apud MONJARDET, 2002, p. 41). Ou, ainda:

A noção de organização informal à primeira vista não designa um desvio, mas simplesmente o fato de que todo processo de trabalho organizado necessita de interpretação e adaptação das regras, no caso, negociação e compromisso; e que ela nunca funciona portanto em conformidade perfeita com as normas que supostamente a dirigem, mesmo quando estas não são contraditórias (MONJARDET, 2002, p. 41).

Segundo Monjardet (2002), polícia é uma organização complexa, regida por regras coercitivas, cujos membros estão longe de compartilhar uma visão idêntica acerca das finalidades da polícia em geral e de suas próprias missões em particular. Nesse sentido, a organização informal desempenha um papel determinante. Em nossa pesquisa, para observarmos a “organização” buscou-se todos os órgãos que interagem ao longo da produção estatística, a definição do fluxo de suas atividades – através de organograma oficial e real – assim como, suas respectivas interações, canais formais e informais de diálogo e fluxos de informações. De maneira geral, a *organização*, como dimensão da observação, remete a aspectos, formais e informais, próprios a estrutura organizacional, necessários para interpretação e adaptação das normas – gerais e abstratas – observadas na dimensão *instituição*.

Por fim, Monjardet se detém sobre a dimensão profissional. Aqui “há uma visão puramente instrumental da polícia” (2002, p. 151). Sobre esse ponto, afirma Monjardet:

o funcionamento policial real é incompreensível se não forem levadas em conta as dimensões pertinentes da profissão, as propriedades e as ‘utilidades particulares’ daqueles a quem a força pública é confiada. Como toda

profissão, com efeito, os policiais têm interesses próprios, expressos notadamente pelas coalizões profissionais (MONJARDET, 2002, p.152).

Assim, a terceira dimensão deve ser observada como o resultado da “interação cotidiana entre os profissionais, suas tarefas, e o público” (MONJARDET, 1996, p. 145), bem como do policial com seus superiores hierárquicos. A cultura profissional, como acontece com outras categorias profissionais, constitui-se e reproduz-se a partir dos interesses materiais, – remuneração, condições e ritmo de trabalho –, corporativos – ligados a situações específicas do exercício do trabalho – e das suas inter-relações, e da articulação entre estes interesses.

Para Monjardet,

a análise da cultura profissional é o calcanhar-de-aquiles de toda pesquisa sobre polícia. O exercício é obrigatório (...). É como se, no processo de interpretação de seus dados, o pesquisador se encontrasse confrontado com a necessária consideração de uma “variável” imprevista, ou subestimada no protocolo de pesquisa, que por conseguinte convém designar-se sob o termo “cultura profissional”, e à qual será referido, como princípio explicativo das condutas, o que parece escapar à lógica organizacional, quer esta seja apreendida em termos hierárquicos (prescrições, controle, sanção) ou em termos racionais (objetivos, meios, eficácia) (2002, p.162).

No caso de nossa pesquisa, e de maneira geral, a observação da cultura e práticas profissionais é essencial para compreensão do objeto de estudo, uma vez que a atuação dos atores nunca é apenas dedutível e compreensível a partir da observação das normas que as instituem e das organizações que as sustentam. Cabe adentrar a cultura, as representações próprias aos personagens envolvidos, sua maneira peculiar de ressignificar a própria atuação. Dito de uma maneira abrupta, seria como querer estudar e compreender as práticas da Operação Lava-Jato unicamente a partir das leis penais e processuais penais, bem como dos organogramas institucionais que são supostos regê-las.

O exercício de transposição do modelo de observação proposto por Dominique Monjardet é especialmente útil para o estudo empírico das práticas institucionais – em toda pesquisa deste tipo –, porque permite um olhar tridimensional do objeto, o que possibilita uma análise cruzada dos diferentes níveis de observação, adequada para uma aproximação da complexidade do objeto observado. Em nosso caso, resultou em um aporte precioso para compreender os processos de identificação e interpretação, por parte dos atores envolvidos, das normas que regem a produção das estatísticas de homicídios na Bahia e a compreensão da organização das estruturas criadas para seu funcionamento.

3.2 Técnicas

Uma vez apresentado o arcabouço metodológico da pesquisa, o mapa lógico das maneiras de buscar a resposta a nossa pergunta de pesquisa, torna-se necessário especificar as técnicas a serem adotadas. No plano empírico, isto remete à adequação entre o que estamos observando – no plano teórico-epistemológico – e a técnica a ser utilizada.

Nesse sentido, as técnicas foram mobilizadas e utilizadas em função da dimensão a ser valorizada em cada momento da pesquisa. Assim, quando focamos na primeira dimensão destacada por Monjardet (2002), a *instituição*, priorizou-se como técnica de pesquisa a leitura e análise de documentos.

A análise documental é um método de coleta de dados realizado sobre um documento escrito, isto é, manuscrito ou impresso, registrado em papel. Em nosso caso, trabalhou-se com documentos públicos, ainda que alguns desses não estivessem acessíveis ao público em geral (CELLARD, 2008). Para desenvolvermos a análise dos documentos, foram seguidas algumas das etapas propostas por André Cellard (2008): exame do contexto no qual o documento foi produzido - o que engloba a conjuntura política, econômica, social e cultural –, verificação da autenticidade/confiabilidade do texto, observação dos conceitos-chave e lógica interna.

Assim, o acesso aos dados se deu por intermédio de documentos públicos disponíveis no website da Secretaria de Segurança Pública da Bahia: as próprias estatísticas criminais e os marcos normativos, a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado da Bahia e a Portaria 341/2012. Outros textos, porém, foram disponibilizados pela Superintendência Integrada de Ações Policiais (SIAP), a exemplo de documentos institucionais e protocolos de atuação.

Quando tomamos por foco a *organização*, buscamos compreender a estrutura funcional criada para a implementação da legislação que norteia a produção das estatísticas de homicídios e da disposição dos órgãos que participam deste procedimento. Para tanto, foram priorizadas duas técnicas: observação direta de locais e práticas e entrevistas semidirigidas. Elas foram fundamentais para a construção de esquemas e organogramas que facilitaram nossa compreensão a respeito dessa dimensão. A primeira, enquanto técnica de pesquisa qualitativa, “implica a atividade de um pesquisador que observa pessoalmente e de maneira prolongada situações e comportamentos pelos quais se interessa, sem reduzir-se a conhecê-los somente por meio das categorias utilizadas por aqueles que vivem essas situações” (CHAPOULIE, 1984, p. 585 apud JACCOUD; MAYER, 2008, p. 255). Já a segunda, figura como um instrumento em que o pesquisador busca esclarecimentos. A entrevista semidirigida permite sondagens e convites a estender as questões levantadas, o que está em jogo são os argumentos e artifícios utilizados pelos entrevistados (MAY, 2004).

Para ambas as técnicas as fontes complementares de dados foram, de um lado, as visitas aos órgãos responsáveis pelos registros policiais e pela produção estatística criminal, isto é, a Coordenação de Documentação e Estatística Policial, Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa e a Superintendência Integrada de Ações Policiais, e por outro, a leitura de notas técnicas, registros de comunicações e modelos de relatórios de local de encontro do cadáver do Serviço de Investigação de Local do Crime, planilhas com dados relativos aos crimes violentos letais intencionais.

Por fim, para nos aproximarmos das práticas policiais realizamos a observação não participante, técnica que permite capturarmos comportamentos no momento em que eles se produzem ou são produzidos, sem a mediação de um documento ou um testemunho (QUIVY; CAMPENHOUDT, 2008) e sem interferir na dinâmica ou sucessão dos fatos. Nessa ocasião, realizamos a leitura dos documentos já mencionados e entrevistas semidirigidas. Foram 13, no total, entre os profissionais que atuam em diversas fases da produção estatística de homicídios e em diferentes órgãos.

As técnicas utilizadas possibilitaram não só a descrição das tarefas ao longo do fluxo de informações, mas a identificação das atribuições de cada órgão, a compreensão de como cada profissional compreende sua função e identifica problemas relacionados a esta.

Essa composição de técnicas que se complementaram ao longo da pesquisa nos permite acessar uma rede de informações que se retroalimenta em cada etapa da pesquisa. Nas dimensões institucional e organizacional, essa estratégia metodológica favoreceu a formação de uma espécie de “quebra-cabeça”, em que a revisão de literatura, a observação de locais e a realização de entrevistas possibilitaram ricas releituras sobre os fatos.

Os resultados advindos da mobilização do modelo metodológico de Dominique Monjardet e das diferentes técnicas utilizadas são brevemente sistematizados no tópico que segue.

4. Breve sistematização dos resultados

Para o(a) leitor(a) interessado(a), apresentamos sinteticamente os resultados da pesquisa realizada. O objetivo não é aprofundar a descrição⁶ mas sim mostrar a produtividade deste tipo de pesquisa empírica no campo do direito.

Assim, do ponto de vista normativo, a produção de estatísticas de homicídios institui-se a partir da Lei 11.370/09, chamada de lei Orgânica da Polícia Civil que, além de organizar a

⁶ Par este fim ver Ferreira (2016) ou, ainda, Cappi; Ferreira (2016).

estrutura de toda a Polícia Civil do Estado da Bahia, definindo sua finalidade, dispõe sobre a carreira de Delegado de Polícia Civil e de demais carreiras a esta vinculada, dedicando um capítulo específico para tratar das estatísticas criminais.

A Lei 11.370/09 atribui uma função estatística à Polícia Civil em seu art. 6º: “À Polícia Civil do Estado da Bahia compete: [...] x- organizar, executar e manter serviços de estudo, análise, estatística e pesquisa sobre criminalidade e violência, inclusive mediante celebração de convênios, com órgãos congêneres”. Além disso, ela cria outros órgãos que consolida uma estrutura que permite a implementação da norma anteriormente citada, como a Coordenação de Documentação e Estatística Policial-CEDEP e o Departamento de Homicídios, posteriormente nomeado de Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa – DHPP pela Portaria 341/12.

A referida Portaria é um importante instrumento de organização da produção estatística, porque ela além de descrever rotinas, procedimentos e atribuições, prevê a produção de um controle semanal das estatísticas, através de relatórios sobre os homicídios, tentados e consumados, ocorridos nas áreas de atuação das Delegacias Territoriais.

Portanto, cabe à Polícia Civil, por meio da CEDEP, a produção, sistematização e divulgação de dados concernentes os delitos de homicídio, em qualquer modalidade e sob qualquer denominação.

No âmbito da organização e da cultura e práticas profissionais, a produção das estatísticas criminais referentes a homicídios na Bahia realiza-se em rede e pode ser observada como um sistema, pois a sua constituição depende de etapas, as quais envolvem diferentes atuações. Em Salvador, ela resulta da interação de dinâmicas entre o Instituto Médico-legal Nina Rodrigues – IML, o Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa- DHPP, a Coordenação de Documentação e Estatística Policial – CEDEP e a Superintendência Integrada de Ações Policiais – SIAP, todos vinculados à Secretaria de Segurança Pública.

O processo se dá basicamente em quatro fases: coleta, sistematização, divulgação e utilização dos dados produzidos. Descrever a atuação de cada órgão, em cada uma dessas fases é imprescindível para compreendermos, posteriormente, como as deficiências e/ou equívocos ocorridos em cada uma delas pode vir a caracterizar uma forma de violência.

A partir das falas dos agentes que atuam direta ou indiretamente na produção das estatísticas criminais de homicídios em Salvador, destacam-se os pontos mais relevantes, que relatamos a seguir.

- a) A categoria de CVLI registra fatos com definições jurídicas diversas, isto é, apesar de ter a morte como resultado, ela condensa os homicídios, as lesões corporais seguidas de morte e os casos de latrocínio. A nomenclatura referida ao fato nem sempre é facilmente e rapidamente atribuível. Vale notar que são excluídos da composição deste indicador estratégico de controle de criminalidade os homicídios culposos, os suicídios e as tentativas de homicídios. Contudo, as entrevistas realizadas informam que, até que sejam elucidados estes serão vistos como homicídios e poderão, inclusive, entrar nas estatísticas correspondentes.
- b) Dentre as modalidades previstas referentes à categorização racial, utilizadas na produção de estatísticas criminais de homicídios, a parda chama a atenção pelo alto percentual de frequência: nos dois anos analisados, 52,17% e 52,19% foram identificados como pardos, constituindo a maioria dos casos. Um ponto importante a ser destacado é a ausência de definição objetiva de critérios de identificação racial. Esta falta pode ser explicada pela ausência de cursos de formação específica nesta seara. Assim, os critérios utilizados, segundo os entrevistados, são construídos a partir do senso comum e das experiências cotidianas. É importante chamar atenção para o fato de que, quando se trata de mortos encontrados com avançado estado

de decomposição, “a determinação da raça é talvez a tarefa mais difícil e menos precisa de qualquer análise forense” (MENDONÇA, 1994, p. 407).

- c) A mera introdução de novas tecnologias não pôde, por si só, melhorar a qualidade dos dados ofertados. O profissionalismo do servidor que trabalha com elas e a implementação de novos sistemas de informação que desconsideram o saber e a experiência deste servidor são elementos que influenciam na adaptação dos servidores a novas tecnologias, e obviamente, na qualidade da informação oferecida.
- d) A ideia segundo a qual a violência e o aumento da criminalidade, bem como o conseqüente número de homicídios, seriam decorrentes do envolvimento de jovens no tráfico de drogas é largamente propagada pelo Governador e pela Secretaria de Segurança Pública da Bahia e disseminada entre os seus agentes, incluindo os que atuam no âmbito da produção de estatísticas de homicídios. Essas ideias foram identificadas não só em falas oficiais, mas veiculadas nos instrumentos de publicidade do Governo do Estado⁷. Essa ideia também está muito forte entre aqueles que atuam na base do procedimento estatístico de homicídios: todos os policiais entrevistados que atuam na coleta de dados concordam com o fato de que a maioria das vítimas de homicídios teriam envolvimento com a comercialização e consumo de substâncias ilícitas.

5. Conclusões

Este texto se propôs apresentar a formulação de uma pesquisa voltada para o estudo das práticas no campo jurídico e,

⁷Em fevereiro de 2010, a Secretaria de Segurança Pública lançou uma campanha com o tema “A Bahia luta pela paz.” Exibida nos principais veículos de comunicação da capital e do interior, seu objetivo era “alertar as famílias e a população jovem sobre o risco do consumo de drogas”. As peças publicitárias informavam que 80% dos homicídios no estado eram causadas pelo *crack*. (PRVL, 2011, p. 113)

para este fim, utilizamos, a título de exemplo, um estudo realizado sobre a produção das estatísticas de homicídio em Salvador, a partir da maneira como a Secretaria de Segurança Pública reinterpreta-o, produzindo dados a seu respeito e alocando-o em determinado lugar no panorama da produção de políticas públicas. Observar as diversas formas de *contar*, nos faz encarar a produção institucional dessas mortes por outro viés.

Assim, num primeiro momento, ao apresentarmos como se deu a construção epistemológica de nossa pesquisa, discutimos em quais bases nos apoiamos para elaborar nosso objeto de pesquisa, bem como nossa questão de partida, mostrando os obstáculos enfrentados e os limites que nos cercam quando buscamos adotar critérios de validade científicos.

Num segundo momento, deu-se especial ênfase ao percurso metodológico em si. Na ocasião, apresentamos as contribuições da matriz de organização e análise de dados utilizada por Dominique Monjardet (1996). Nela, o estudo das práticas policiais é facilitado pelo recorte do objeto em três dimensões: a “instituição”, a “organização” e as “práticas profissionais”. Vimos que, para cada uma delas, devem-se privilegiar as técnicas mais adequadas à captura do fenômeno em estudo.

Na etapa final, apresentamos brevemente a utilização desse modelo em nossa pesquisa e os respectivos resultados obtidos.

Enfim, o trabalho buscou ilustrar a construção de uma pesquisa empírica em Direito, discutindo os métodos e as técnicas que, a cada vez, são adaptadas as formulações e problematizações singulares da pesquisa proposta.

Referências

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3 ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

CAPPI, Riccardo. **A maioria penal nos debates parlamentares: motivos do controle e figuras do perigo.** Letramento: Belo Horizonte, 2017.

CAPPI, Riccardo. O olhar que não se vê: figuras da alteridade e formas de controle. In.: CORREIA JÚNIOR, Rubens. *Criminologia do Cotidiano: Crítica às questões humanas através das charges de Carlos Latuff.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 245-262.

CAPPI, Riccardo; FERREIRA, Poliana da Silva. Contando as mortes de jovens negros: narrativas de um real insustentável. **Cadernos do CEAS**, Salvador, n. 238, p. 543-467, 2016.

CELLARD, André. Análise documental. In: POUPART, Jean. *et al.* (Org.). **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.** Petrópolis: Vozes, 2008. p. 295-316.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em Ciências Sociais.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA, Poliana da Silva. Uma Leitura da produção de estatísticas de homicídios em Salvador. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 4, n. 1, fev 2017, p. 94-113.

_____. **Contabilização das mortes e incalculáveis perdas: construção das estatísticas de homicídios de Salvador.** Monografia (Graduação) – Departamento de Ciências Humanas, Universidade do Estado da Bahia, Salvador, 2016.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro.** Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas da pesquisa social.** São Paulo: Atlas, 2007.

JACCOUD, Mylène; MAYER, Robert. A observação direta e a pesquisa qualitativa. In: POUPART, Jean. *et al.* (Org.). **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.** Petrópolis: Vozes, 2008. p. 254-294.

SEMINÁRIO Abordagens indutivas na pesquisa em direito. Dan Kaminski. São Paulo: Escola de Direito da FGV, 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=A4TTe_xtBXg. Acesso 12 de mar. 2017.

LAPERRIÈRE, Anne. A teorização enraizada (grounded theory): procedimento analítico e comparação com outras abordagens similares. In: POUPART, Jean. *et al.* (Org.). **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 353-385.

MAY, Tim. **Pesquisa social: questões, métodos e processos**. Tradução Carlos Alberto Silveira Netto Soares. 3 ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.

MENDONÇA, M. Cristina de; COSTA, J. Pinto da. Antropologia Forense. In.: **Revista Arquivos de Medicina**. Vol. 06, nº08, p. 405-412. Arquimed, 1994.

MONJARDET, Dominique. **Ce que fait la police** : Sociologie de la force pulique. Paris : La Découverte, 1996.

_____. **O que faz a polícia: Sociologia da força pública**. Tradução Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: EDUSP, 2002.

QUIVY, Raymond. CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de investigação em ciências sociais**. Tradução de João Marques, Maria Amália Mendes e Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2008.

TEIXEIRA, Elizabeth. **As três metodologias: academia, da ciência e da pesquisa**. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012: a cor dos homicídios no Brasil**. Rio de Janeiro: Cebela, Flacso; Brasília: SEPPPIR/PR, 2012.

ZAFFARONI, E. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. José Henrique Pierangeli. 2 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

A POLÍTICA CRIMINAL PUNITIVISTA E SUA DOGMÁTICA JURÍDICA LEGITIMADORA: REVISITANDO A EMERGÊNCIA DE UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA E CRÍTICA DO SISTEMA PENAL

Thomaz Delgado De David¹

Luiza Rosso Mota²

Introdução

É de fácil constatação na atualidade, sobretudo para os juristas, a coexistência de diversas problemáticas na área do sistema penal e da criminologia. Essas se evidenciam – consideradas as peculiaridades de cada localidade – a partir das consequências da dogmática jurídica e da política criminal tradicional, especialmente em relação à estrutura e à operacionalidade desse sistema.

No Brasil, a política criminal em vigência apresenta significativas contradições quando analisadas as suas pretensões e seus efeitos concretos na realidade social. Os conflitos que decorrem da atuação do aparelho jurídico estatal repressivo se manifestam de diferentes formas, sendo que, a partir de uma perspectiva que abrange a seletividade sistemática, é possível atribuir ao controle social exercido uma característica estigmatizadora e segregatória, conforme será exposto.

¹ Bacharelado em Direito no Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) e em Ciências Sociais na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Núcleo de Direito, Marxismo e Meio Ambiente (NUDMARX) da UFSM. Integrante do “Projeto de Pesquisa “Sistema penal e criminologia: diálogos interdisciplinares acerca de tendências contemporâneas das políticas de controle social” na UFSM. E-mail: thomaz_delgado@hotmail.com

² Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Público, com ênfase em Gestão Pública. Professora do curso de Direito na Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Professora substituta na UFSM. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Sistema penal e criminologia: diálogos interdisciplinares acerca de tendências contemporâneas das políticas de controle social” na UFSM. Endereço eletrônico: luiza_mota@yahoo.com.br

Diante disso, faz-se mister repensar o processo de criminalização e a estrutura jurídica que o ampara, com a finalidade de produzir conhecimentos jurídicos capazes de contrapor uma teoria meramente de justificação da dogmática jurídico-penal. Por isso, propõe-se uma revisita à emergente análise do sistema penal sob o viés criminológico crítico.

De imediato, é preciso advertir que não se intenta esgotar a temática ou propor soluções imediatas, algo que seria demasiadamente pretencioso. No entanto, a contribuição que se espera é no sentido de difundir uma análise histórica, contemporânea e crítica no âmbito juspenalista, a partir de uma sistematização apropriada.

Em termos metodológicos, pretende-se partir da totalidade concreta, que comporta relações sociais, jurídicas, econômicas e culturais que perpassam pela estruturação de um sistema penal eivado de contradições. Durante o processo de abstração dessa materialidade, serão buscadas formas de rearticular o conhecimento pré-científico, por intermédio da dialética e em atenção aos pressupostos do materialismo histórico.

Por conseguinte, o método de abordagem a ser utilizado consiste no materialismo histórico-dialético. Sequencialmente, efetuar-se-á um resgate sobre a construção histórica do pensamento criminológico e suas transições, para então compreender a insuficiência do sistema penal em uma perspectiva atual e, ao fim, associar isso à crítica da dogmática jurídica.

1 Criminologia: uma breve retomada histórica

A visão histórica do direito, costumeiramente apresentada nas bibliografias jurídicas é continuísta³ e evolucionista. Isso pois, conforme Ana Lúcia Sabadell (2006), os juristas, em sua doutrina, meramente inserem normatividades e concepções contemporâneas em períodos anteriores, com a

3 Sobre as características e críticas ao continuísmo, ver: (HESPANHA, 1997, p. 16-19, 34-57).

finalidade de conferir dignidade histórica ao aparelho jurídico na modernidade.

Em consonância com o procedimento histórico apontado na metodologia e com a dialética, é imperioso realizar uma retrospectiva que compreenda o surgimento do sistema penal e a evolução do pensamento criminológico pela superação de noções contraditórias. De início, destaca-se a transição do Estado absolutista para o Estado moderno, ocorrida após o marco histórico do iluminismo, que tem como base teórica as teses apresentadas pelos autores Jean Jacques Rousseau (ideário social), Thomas Hobbes (ideário político), John Locke e Adam Smith (ideário econômico), que geraram uma viragem epistemológica.

Para Michel Foucault, em “A verdade e suas formas jurídicas” e em “Vigiar e Punir”, a relação saber-poder é conceituada a partir de duas épocas distintas. Nesse sentido, no período absolutista o saber era visual, não-valorativo e, por conseguinte, utilizava-se de metáforas, como por exemplo a utilização da figura mitológica do Leviatã para descrever o Estado soberano⁴ (Hobbes), enquanto o poder tinha como objeto o povo e o sujeito era o soberano, isto é, ilimitado, coercitivo e negativo.

A partir da viragem epistemológica proporcionada pelo iluminismo, a relação entre o saber-poder passa a ter outra configuração. O saber passa a ser racional e prediletivo quando exige uma previsão legal (não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal) como um contrato preestabelecido entre as partes, ou seja, entre o povo e o governo, pela divisão dos poderes, etc.

De outro modo, o poder passa a ser disciplinar quando se torna utilitarista e busca maximizar benefícios e diminuir prejuízos. Tal configuração ocorre quando “o modo de funcionamento deste dispositivo não se caracteriza apenas pela repressão, pela violência, mas também pela produção de saberes que instrumentam táticas de controle, fixação e adestramento dos corpos” (RAUTER, 2003, p. 16).

4 Sobre a concepção de Estado hobbesiana, ver: (HOBBS, 2003).

Justamente nesse contexto, passam a surgir os modelos das prisões modernas, em que pese o poder disciplinar não esteja limitado ao Estado e, em uma perspectiva foucaultiana, se organize em dispositivos celulares. Nessa senda, Foucault constata a semelhança das prisões com outras instituições:

Acaso devemos nos admirar que a prisão celular, com suas cronologias marcadas, seu trabalho obrigatório, suas instâncias de vigilâncias e de notação, com seus mestres de normalidade, que retomam e multiplicam as funções do juiz, tenha-se tornado o instrumento moderno da penalidade? Devemos ainda nos admirar que a prisão se pareça com as fábricas, com as escolas, com os quartéis, com os hospitais, e todos se pareçam com as prisões? (2011, p. 214).

A provocação feita por Foucault demonstra a prisão como uma instituição de controle e poder disciplinar. Essa lógica organizacional, que acompanha a viragem epistemológica supramencionada, encontra amparo na proposta de reforma penal apresentada pelo Direito Penal Clássico, que tem como obra máxima o livro “Dos delitos e das penas”, de Cesare Beccaria:

Se cada indivíduo é comprometido com a sociedade, a sociedade é igualmente comprometida com o indivíduo por um contrato, que por sua natureza, obriga ambas as partes. Esse comprometimento, que desce desde o trono até o casebre e igualmente vincula o mais poderoso ao mais miserável dos homens, significa que é interesse de todos que as convenções úteis à maioria sejam observadas. A violação desse pacto por qualquer indivíduo é uma introdução à anarquia (2012, p. 15-16).

Em síntese, a escola clássica do Direito Penal, identificada com a ideologia liberal que vigorava, prometia segurança jurídica, pois nada mais apropriado à época do que a elaboração de um contrato preestabelecido que tiraria da mão do soberano o direito de punir. Dessa forma, o direito de punir

passou para uma representatividade eleita do legislativo e a técnica penal foi considerada como uma operação lógica.

Após relativo esgotamento da referida escola, surgiu sua crítica, principalmente através dos autores italianos Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garófalo, baseados nas ideias do psiquiatra Bénédict Morel. Nomeou-se, assim, como escola positivista, devido ao enfoque no método científico para estudar o criminoso e o privilégio dado ao empirismo e não mais ao racionalismo (iluminista). Isso é observável na crítica que Enrico Ferri direcionou à escola penal:

[...] as afirmações do direito individual em face do Estado, como reação contra abusos da Justiça Penal antes de Beccaria, chegaram – elas mesmas – ao maior excesso, em virtude da Lei do ritmo histórico, pela qual cada reação ultrapassa os limites da ação que provocou. O imputado foi considerado como uma vítima da tirania do Estado, e a Ciência Criminal atribuía Carrara a missão de limitar os abusos do poder: do que resultou uma diminuição dos direitos, outro tanto legítimos, da sociedade em face do delinquente (1931).

Eis o aporte necessário para a discussão do conceito de criminologia, pois sua origem está atrelada ao surgimento de novos elementos incorporados ao discurso jurídico liberal a partir do final do século XIX. No início, ele não apenas esconde a realidade violenta, mas instrumentaliza e maximiza seus efeitos. Contudo, a partir de dado momento o discurso criminológico passa a ter caráter positivo, isto é, pela instauração de novos procedimentos no sistema penal e alternativas ao controle social clássico, pela reforma das instituições penais e pelas consequentes novas formas de controle social.

Ora, após análise de duas correntes antagônicas como a Escola Clássica do Direito Penal e a Escola Positivista do Direito Penal, resta definir o objeto de estudo da criminologia hoje. Diante do exposto, a seguinte definição é apropriada:

Ocupa-se a criminologia do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito e,

para tanto, lança mão de um objeto empírico e interdisciplinar. Diferentemente do direito penal, a criminologia pretende conhecer a realidade para explicá-la, enquanto aquela ciência valora, ordena e orienta a realidade, com o apoio de uma série de critérios axiológicos. A criminologia aproxima-se do fenômeno delitivo sem prejuízos, sem mediações, procurando obter uma informação direta deste fenômeno. Já o direito limita interessadamente a realidade criminal, mediante os princípios da fragmentariedade e seletividade, observando a realidade sempre sob o prisma do modelo típico. Se a criminologia interessa saber como é a realidade, para explicá-la e compreender o problema criminal, bem como transformá-la, ao direito penal só lhe preocupa o crime enquanto fato descrito na norma legal, para descobrir sua adequação (SHECAIRA, 2008).

À vista disso, é imprescindível lembrar da ruptura epistemológica e metodológica que ocorre a partir do advento das teorias críticas da criminologia, quando desloca-se da perspectiva individual para os processos de criminalização, isto é, um estudo estrutural do fenômeno da criminalidade. Sendo possível a divisão da criminologia crítica em criminologia radical e criminologia nova⁵, que continuam a criticar a visão liberal do direito penal.

A seguir, será tratada a questão do modelo de sistema penal atual, com o devido realce que deve ser dado aos contrastes que o cercam. Para tanto, utilizar-se-á uma perspectiva criminológica crítica, introduzindo na análise suas principais características.

2 A insuficiência do modelo de sistema penal contemporâneo: entre promessas e efeitos contraditórios

O sistema punitivo estatal brasileiro não resiste a uma superficial análise para demonstrar sua crise institucional e política, tendo em vista as flagrantes constatações de desrespeito

5 Nesse sentido consultar: (MUÑOZ GONZALEZ, 1989).

aos Direitos Humanos e o inefetivo hiperencarceramento. Entretanto, apesar desses fatores que conduzem à deslegitimação do aparelho repressivo (e ideológico) de Estado, ainda ocorre sua manutenção e reprodução com respaldo no interesse público pela defesa social.

Nesse sentido, é evidente que há a necessidade de as pessoas sentirem-se protegidas sob a égide estatal, mas questiona-se a efetividade e a seletividade dessa defesa na medida em que, para a sensação de segurança de alguns indivíduos, atua-se repressivamente em face de outros. Com base nisso, advém duas noções fundamentais à pesquisa criminológica da sistemática penal na atualidade: a do etiquetamento e da teoria da defesa social.

O etiquetamento, ou *labelling approach*, indica que “o crime e o criminoso não são dados ontológicos, pré-constituídos à experiência, mas uma construção resultante de interações sociais” (BUDÓ, 2013, p. 31). Assim, a construção social da criminalidade se dá devido à tipificação de uma conduta enquanto criminosa e à estigmatização de seu perpetrador.

Considerar a criminalidade como uma construção ocorrida a partir de determinado lapso temporal não importa em desconsiderar que durante toda a história houveram condutas socialmente consideradas desviantes. Na concepção de Becker (2008, p. 22), “grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders”.

Por derradeiro, o processo de criminalização relaciona-se com a imputação de desvio a sujeitos e representa um sofisticado método de segregação e estigmatização. Nesse processo, há “três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção das normas [...], o mecanismo da aplicação das normas [...] e, enfim o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança” (BARATTA, 2002, p. 161).

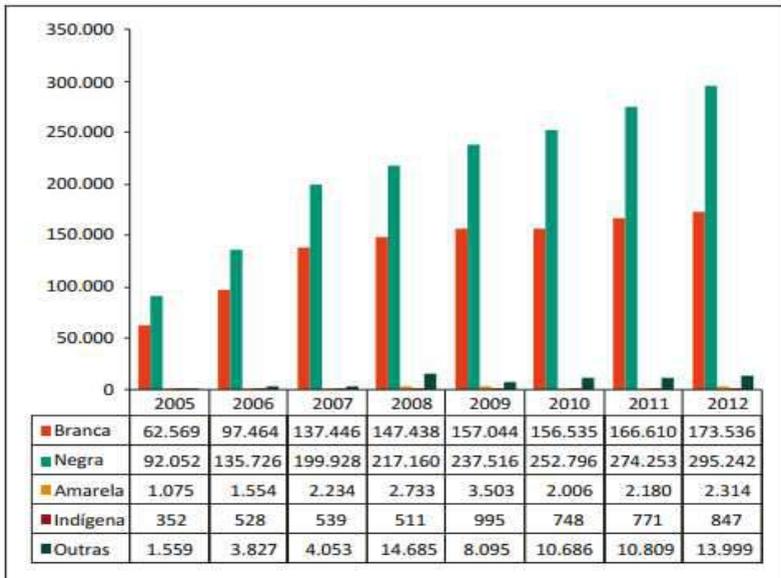
Esses estágios da criminalização, que se depreendem do sistema penal, vinculam-se à existência de previsão legal e se amparam no *jus puniendi* estatal para operar. Por isso, seria possível conceber, em interpretação restritiva, o sistema penal a

partir do surgimento do Estado moderno e não precisamente em outros contextos anteriores – de acordo com a proposta inicial que rompe com o continuísmo –, que também previam e aplicavam penas aos desviantes.

Ainda, sobre o etiquetamento, tem-se que os três mecanismos explicitados que compõem o processo criminalizatório atuam de acordo com outras construções sociais opressivas. Dessa forma, segmentos sociais que já são estigmatizados em razão de condições econômicas, cor, raça, etnia, entre outros fatores, tendem a ser mais vulneráveis ao processo de criminalização.

No entanto, deve-se destacar que isso não significa que os grupos criminalizados com maior frequência são os que cometem mais crimes, mas implica em uma constatação de que são facilmente associados como desviantes pelos agentes do sistema penal. Isso se evidencia com facilidade a partir de análises acerca da população carcerária brasileira, por exemplo, como no gráfico a seguir.

Gráfico 1 – População prisional segundo cor/raça no Brasil, de 2005 a 2012.



Fonte: Mapa do encarceramento, disponibilizado pela Secretaria-Geral da Presidência da República e pela Secretaria Nacional de Juventude (2015)

A pesquisa que deu suporte ao gráfico exposto apurou a quantidade de presos no Brasil em determinados lapsos temporais e demonstrou que há um número consideravelmente maior de negros apenados em relação aos brancos, ao apontar para as duas maiores parcelas. Todavia, em consonância com o exposto anteriormente, isso não significa que negros incorram em condutas tipificadas como crimes em maior escala do que os brancos, mas é um indicativo de que formas de opressão como o racismo permeiam a operacionalidade do sistema penal.

Da mesma forma, em outros estágios da criminalização que não resultam em pena de reclusão também há práticas decorrentes de estigmatizações. Até mesmo em abordagens policiais, situadas no mecanismo de aplicação das normas penais referido por Baratta, os dados apontam para a existência de repressão seletiva.

Gráfico 2 – Mortos em decorrência da ação policial segundo grupos de cor/raça, em taxas por 100 mil habitantes. Estado de São Paulo, 2011

	Negros	Branco
População residente	14.287.843	26.371.709
Mortos em decorrência da ação policial	193	131
TAXA	1,4	0,5

Fonte: Sumário Executivo “Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em flagrante” da UFSCar (2014)

Tendo em vista que a tabela acima demonstra que a população de negros residentes na localidade é substancialmente menor do que a de brancos e que, ainda assim, a população negra sofre quase triplamente com mortes em decorrência da ação policial, há indícios de racismo nessas abordagens. Em que pese o racismo seja um dos fatores mais nítidos para revelar a convergência entre opressões, também há outros que devem ser verificados, tendo esse sido utilizado com intuito elucidativo.

A partir disso, com o etiquetamento restado brevemente exemplificado, é necessário retomar o conceito de discurso jurídico-penal já compreendido e associá-lo à questão ideológica.

Em que pese considere-se que “o Aparelho (Repressivo) de Estado funciona maciça e predominantemente pela repressão [...] e secundariamente pela ideologia” (ALTHUSSER, 1996, p. 116), sem aparente legitimidade sua estrutura seria insustentável.

Nesse íterim, a ideologia da defesa social apresenta finalidades da dogmática jurídica que não correspondem aos seus efeitos concretos. Isso porque sob a justificativa de garantia da segurança criminaliza-se seletivamente, conforme demonstrado.

A problemática que conduz a isso não é exterior à própria organização do sistema penal. Assim, é pela forma como está estruturado e pela forma como funciona, [que o sistema penal] é absolutamente incapaz de realizar as funções declaradas em seu discurso oficial, principalmente, pela ideologia da defesa social (SANCHES, 2002, p. 16).

Em face disso, passa-se a verificar a dogmática jurídica e sua influência em uma tentativa de legitimação do sistema penal. De antemão, questiona-se de que forma o discurso legal mantém relação com uma pretensa legitimidade intentada.

2.1 A dogmática jurídico-penal na perspectiva criminológica

A dogmática jurídica (dever-ser) e o sistema penal (ser) estão intimamente ligados e o estudo de um modificará a percepção do outro, pois há uma relação de mútua influência. De acordo com Zaffaroni (1987, s.p.), “na medida em que tenhamos claro que uma coisa é a meta orientadora proposta e outra o grau de realização desta meta o dado da realidade nunca será uma objeção, senão um dado indispensável para a permanente dinâmica corretiva”.

Para uma análise criminológica com enfoque na legislação penal, é preciso concebê-la enquanto resultado de relações sociais e políticas, bem como uma prescrição de um ideal a ser perseguido pelo Estado. O Direito Penal e Processual Penal, enquanto materialidades documentadas, refletem interesses (dominantes) que se impõe sob o pretexto da segurança, utilizando-se da forma estatal.

À vista disso e também da crise do sistema penal, entre promessas e efeitos concretos já expostos, é necessário rever o paradigma fundante do direito penal. Assim, lembra Vera de Andrade (2015, p. 35):

Revisitar suas promessas significa então indagar: mas, em que medida têm sido cumpridas as funções declaradas da Dogmática penal na trajetória da modernidade? Tem a Dogmática penal conseguido garantir os Direitos Humanos individuais contra a violência punitiva? Tem sido possível controlar o delito com igualdade e segurança jurídica?

Diante do entendimento desses questionamentos e do conteúdo já analisado, sobressaem diversas contradições entre a dogmática penal e seus efeitos. Consequentemente, o funcionamento do sistema penal, já criticado sob um viés criminológico, dá margem à uma crítica da dogmática juspenalista.

Para uma investigação adequada acerca do conceito de dogmática jurídica, é necessário entendê-la como uma construção social pertencente à modernidade, bem como as funções que desempenha e suas justificativas. Ainda que os atuais institutos jurídicos mantenham semelhança aos provenientes de épocas passadas, é necessário compreender que cada contexto histórico enfrenta fatores como a cultura, a organização familiar, lazer, comportamentos, modo de produção econômica, racionalidade que influenciam nos rumos tomados na comunidade (SABADELL, 2006, p. 28).

A dogmática jurídica identifica-se como ciência do direito, uma vez que as teorias juspositivistas do direito (conceito de Hans Kelsen) definem que a ciência do direito deve responder somente ao seu método descritivo. Não obstante, a dogmática jurídico-penal, ainda que parte da dogmática jurídica, mantém certa distância devido às suas especificidades, como por exemplo a relação que mantém com a criminologia cristalizada através da escola positivista.

A dogmática jurídica aproxima-se do direito juspositivista, isto é, do direito positivado, desde que obediente a uma forma estabelecida e aplicável independentemente do seu conteúdo. Também, é necessário compreender que a dogmática jurídico-penal surge como um desdobramento do direito privado e, portanto, carrega um caráter privatista (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 81).

Por derradeiro, fixa-se o conceito de dogmática jurídica através da sua autoimagem, o que importa referir que essa desdobra-se na dogmática jurídico-penal, que se equivale ao conceito de discurso jurídico-penal apresentado pelo jurista Zaffaroni. O discurso jurídico-penal é fator essencial para a compreensão da operacionalidade do sistema repressivo, pois sua pretensa legitimação advém desse que, contraditoriamente, quando confrontado com a realidade, aponta uma crise de legitimidade.

Portanto, verificou-se que a insuficiência do modelo de sistema penal que está posto se relaciona com uma articulação político-jurídica dotada de expressiva aceitação no malho social. Nesse sentido, a legalidade e o seu discurso correspondente vêm sendo utilizados na tentativa de conferir legitimidade a uma sistemática insustentável, motivo pelo qual a crítica feita à dogmática jurídica se demonstra imprescindível.

Conclusão

À vista das transformações do pensamento criminológico ao longo dos séculos, tornou-se possível a percepção de que, superadas determinadas limitações existentes em outros períodos, atualmente a criminologia avança em um sentido de percepção da realidade concreta. No entanto, ainda há vários desafios pois, mesmo com um avanço exponencial do pensamento criminológico crítico, persiste uma política criminal punitivista em pleno funcionamento.

Essa política criminal, compreendeu-se, conecta-se diretamente com uma dinâmica marginalizante e ocorre com a participação fundamental do Estado. Em que pese o Estado e seu

aparelho jurídico ideológico e repressor tentem conferir legitimidade ao sistema penal e à sua política, trata-se de uma aparência suplantada fora do senso comum.

Para além da aparência, desvelou-se a essência do sistema penal com as contribuições existentes advindas da criminologia crítica. Sendo assim, contribuiu-se para uma teoria que rompe com o idealismo e com ilusões jurídicas.

Dá-se destaque aos principais elementos teóricos que podem ser extraídos da abordagem realizada: a) é de fundamental importância conhecer a historicidade do pensamento criminológico para situar-se no contexto hodierno; b) os objetivos reais do sistema penal são outros, diametralmente diferente dos declarados; c) etiquetamento, segregação e estigmatização não são efeitos colaterais do sistema penal, porquanto consistem em resultados diretos e esperados; d) o sistema penal é repleto de contradições insanáveis, senão pela superação do modelo que está posto; e) a ideologia da defesa social é expressa através dogmática jurídica e auxilia na tentativa de conceder ao sistema penal uma aparência de legitimidade.

Ainda, o concreto pensado resultante da aplicação do método materialista histórico-dialético foi capaz de evidenciar contradições existentes na relação entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal sob a perspectiva criminológica crítica. As transformações sociais foram apreendidas em razão da superação de contradições porque, tratando-se do sistema penal, fez-se necessário desvendar sua operacionalidade para contrapor suas incoerências.

Portanto, depreende-se de todo o exposto, em linhas gerais, a operacionalidade do sistema penal, seu entendimento e sua crítica pela criminologia – cuja historicidade foi explorada –, bem como a sua crise de legitimidade e o papel apologético desempenhado pela dogmática jurídica. Espera-se que, a partir desta revisita a temas tão caros à criminologia, sejam suscitadas novas questões e debates.

Referências

- ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado. In ADORNO, Theodor W: **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2015.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Neury Carvalho. Lima: Hunter Books, 2012.
- BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- BUDÓ, Marília De Nardin. **Mídia e controle social**: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A função social da dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980;
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Trad. Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.
- FOUCAULT. Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 39 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- HESPANHA. António Manuel. **Panorama histórico da cultura europeia**. Lisboa. Europa América. 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo. Martin Fontes. 2003.

MUÑOZ GONZALEZ, Luz. **La criminologia “radical”, la “nueva” y la criminologia “crítica”: matizaciones y precisiones em torno a sus nombres**. *Eguskilore*. San Sebastián, nº 2, p. 267-282. 1989.

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

SABADELL, Ana Lúcia. **Tormenta juris permissione: tortura e processo penal na península ibérica (séc. XVI - XVIII)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SANCHES, Samyra Haydê Dal Farra Naspolini. Os direitos humanos como fundamento do Minimalismo penal de Alessandro Baratta. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de: **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Boiteux, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: 2008.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina. **Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em flagrante**. Disponível em: http://www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/Sum%C3%A1rio-Executivo_FINAL_01.04.2014.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 1987

CULTURA E CRIMINALIZAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE O *FUNK* NA CIDADE DE PORTO ALEGRE*

Ana Luíza Teixeira Nazário¹
Augusto Jobim do Amaral²

*Eu sou o samba
A voz do morro sou eu mesmo sim senhor
Quero mostrar ao mundo que tenho valor
Eu sou o rei do terreiro
Eu sou o samba
Sou natural daqui do Rio de Janeiro
Sou eu quem levo a alegria
Pra milhões de corações brasileiros
(Cartola, *A Voz do Morro*)*

Primeiros tons

A reflexão sobre a questão criminal, sobretudo como genuína expressão cultural, jamais foi desprezada pelo pensamento político-criminológico. Ao menos por aquele digno, responsável e preocupado em ser convocado assim.³ Se as diversas configurações do poder punitivo podem ser identificadas como a forma pela qual certos modos de existência foram perseguidos, suprimidos e apagados da história, assim, precisamente, são e foram estes restos culturais que preenche(ra)m e se amontoa(ra)m progressivamente sob o horizonte como uma torrente de aniquilação que formam aquilo que eufemisticamente chama-se de sistema penal.

* Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito da Cidade* da UERJ (ISSN 2317-7721), vol. 9, n. 1 (2017), pp. 50-77.

¹ Advogada e Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: teixiranazario@gmail.com.

² Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS. E-mail: guto_jobim@hotmail.com.

³ Em bom resumo, entre outros, cf. (FERRELL; HAYWARD; MORRISON; PRESDEE, 2004).

Vulnerabilidades sociais marginalizadas (marginais ao menos desde o ponto de vista da decisão acerca da exceção ditada pelos soberanos do capital, mas centrais e extremamente funcionais para a sua própria manutenção) desde processos de estigmatização (imagens projetadas dos medos, não raro cristalizados em ódio) e especializadas ainda em direção à criminalização (orientada ao pânico social na busca desenfreada pela figura do inimigo) – todos estes fluxos apenas são operadores capazes de representar o radical ímpeto de guerra à diferença a partir da supressão daquilo que é a força da sua estranheidade (*unheimlichkeit*): a pluralidade (radical e precária) que não cessa de colocar em xeque o conjunto bem acabado das maquinarias identitárias (entendidas aqui como blocos unívocos de sentido, muito bem encontradas nas engrenagens do sistema penal sob seu “moinho de moer gente”). Inquietantes ruídos da alteridade insistentemente calados penalmente, todavia que, aos interesses pontuais deste trabalho, ecoam suas memórias como pré-texto. Para que não se perca o feixe entrelaçado aqui, desde já, deve-se dizer diretamente: expressões culturais, nos seus precisos nuances, sempre puderam ser o combustível do inflamável movimento do poder punitivo.

1. Sambando sob as matrizes da perseguição ao funk

Ontem os batuques acoçados nas senzalas, hoje o *funk* perseguido nos bailes. O mesmo público, o mesmo azimute étnico orientado por iguais argumentos legitimadores da repressão. A repulsa às expressões culturais inferiorizadas compõe a nota repetida do preconceito violentamente naturalizado na sociedade brasileira desde o seu “encobrimento” até hoje – e nem precisamos dispor de maior exame do traço permanente do genocídio colonial ocorrido nos povos indígenas no Brasil reproduzido ainda como prática institucionalizada no presente. Nada diferente, ademais, quando da chegada dos africanos trazidos sob a condição de escravos e dispostos como meros objetos de mão-de-obra.

Todavia, esta mentalidade que impulsiona “moinhos de

gastar gente” não faria calar as contribuições elementares para a formação do caleidoscópio que poderíamos hoje chamar de cultura brasileira (RIBEIRO, 1995, pp. 106 ss.). Oriundos de diferentes grupos étnicos africanos⁴ possuíam linguagem e práticas culturais distintas as quais, paulatinamente, agregaram-se e formaram o que hoje integra nosso modo de ser. Em que pese tal bagagem cultural riquíssima com a qual fomos presenteados, este patrimônio foi e permanece sendo alvo de negação e perseguição. Portanto, os segmentos étnico-culturais das classes ditas subalternas, disseminados nas camadas periféricas da sociedade brasileira, numa clara linha de permanência, têm sido sempre sujeitos de processos de marginalização e criminalização. Neste sentido, resumidamente Vera Malaguti Batista afirma: “Na história brasileira, as estratégias de sobrevivência, de lazer, a arte de curar, as religiões e as manifestações culturais de matrizes africanas foram sempre criminalizadas: do samba ao funk.” (BATISTA, 2011, p. 76-7).

Muito desse processo se deve à notória supervalorização de uma cultura imposta como “hegemônica”, pois, ainda que nossa sociedade seja composta por um hibridismo cultural ímpar, tal pluralidade é constantemente negligenciada. Notadamente, muitas vezes o ambiente escolar exclui de seu currículo os saberes sobre as culturas para além da Europa, corroborando com o silenciamento de grupos que, historicamente, são vítimas de discriminação.

Antes mesmo de se tentar entender o atual caráter da criminalização de determinadas “subculturas”⁵, em especial o processo de criação e distribuição do rótulo “negativo” imposto ao *funk* e seus artistas, é necessário pensar historicamente, lembrando as perseguições sofridas pelas demais manifestações das culturas periféricas, em especial à cultura negra.

⁴ Nagôs, mandingas, tapa, jejes, mina, fulas, negros da guiné, haussás, bornu, gurunsi, malês e outros. Ribeiro (1995, pp. 113 ss)..

⁵ Subculturas criminais, questão fundamental (ainda que terminologicamente controversa por poder deixar antever uma perspectiva que colocaria determinadas para culturas como qualitativamente inferiores, assim transparecendo uma ideia de hierarquia cultural) desenvolvida por Cohen (1955).

Adriana Facina defende que:

O que o funk como um todo, e não só o proibidão, pode ser considerado um capítulo de uma história mais antiga de criminalização da cultura negra no Brasil. A perseguição aos batuques que vinham das senzalas, à capoeira, ao maxixe, ao samba, entre outros, fez parte da formação da nossa sociedade, profundamente opressiva com os de baixo. (FACINA, 2013, p. 57).

Daí não se pode perder o essencial com relação ao proibicionismo seletivo – marca indelével do sistema penal – drama recalçado e aprofundado em nossa sociedade que não cessa dar seu testemunho:

Antigamente era proibido batuque, lundu. Depois da Revolução de 1930, Getúlio Vargas descriminalizou a capoeira, o candomblé. [...] Então o funk, olhando em longo prazo, é um pouco a história do ‘retorno do recalçado’. O mesmo que aconteceu com a capoeira e o com o samba acontece agora com o funk. (MEDEIROS, 2006, p. 32).

Exemplo disso é o Código Penal de 1890 (PIERANGELI, 2001) que, em grande parte, destinava-se à repressão das manifestações do estrato mais vulnerável da sociedade: o mesmo público alvo da “Seção de Entorpecentes Tóxicos e Mistificação”, delegacia responsável, dentre outros casos, por coibir além dos cultos de origem africana, a prática de capoeira, rodas de samba e combater o uso de *Cannabis Sativa* (GABEIRA, 2000) utilizada em rituais como o Candomblé.

Pontualmente, a respeito do samba, ritmo originário do Lundu (ou Lundum)⁶ inicialmente conhecido como “batuque” ou “umbigada” e hoje reconhecido como patrimônio cultural do

⁶ Gênero musical e dança folclórica de influência luso-africana criado na segunda metade do século XVIII a partir dos batuques dos escravos. Sobre a historiografia do samba, cf. MOURA, 1995. Sobre a imensa controvérsia sobre a pré-história do samba, em especial a posição de que o samba não é de origem negra, mas brasilíndia, nem carioca, mas nordestina, ver Alves Filho (2002).

Brasil, seu histórico de perseguição e repressão no início do século XX se faz sob a lógica muito semelhante quando comparadas ao processo envolvendo o *funk*.

Ainda que existissem diversas formas de samba no Brasil provenientes do batuque (ritmos sincréticos ainda hoje de difícil classificação), o samba como gênero musical pode ser percebido desde há muito como uma expressão musical urbana do Rio de Janeiro. Isto se deu, na virada do XIX para o XX, quando da queda da produção de café e da abolição da escravatura, momento em que os ex-escravos, principalmente aqueles que viviam no sertão baiano, acabaram por migrar para a então capital do país (Rio de Janeiro), estabelecendo-se, em sua maioria, nas comunidades cariocas da Gamboa e da Saúde (MOURA, 1995, pp. 44 ss.).

A partir dessa migração em massa, responsável pelo crescimento vertiginoso dos índices demográficos do Rio de Janeiro no final do século XIX, impulsionou-se uma fusão étnico-cultural responsável em grande medida pelos contornos de parte da contemporânea pela formação do povo brasileiro. Não nos esqueçamos do especial espaço ocupado neste processo pelo protagonismo das conhecidas “Tias Baianas”: mulheres baianas descendentes de africanos que foram escravizados e traficados para o Brasil. Estas mulheres eram líderes comunitárias que ajudavam e acolhiam os ex-escravos recém chegados ao Rio de Janeiro. Suas casas serviam não só de abrigo, mas também como ponto de referência e de contatos para a comunidade negra, possibilitando a integração na sociedade e o apoio necessário para a sobrevivência na cidade (VELLOSO, 1990, p. 209).

Além da função solidária das casas das “Tias”, elas eram grandes espaços de fortalecimento dos laços étnicos e de conservação das tradições do povo africano, seja sob o aspecto religioso, gastronômico ou musical. Sinteticamente, as casas das Tias Baianas foram verdadeiros centros de desenvolvimento da cultura afro-brasileira. Para ter-se uma ideia, a casa da Tia Ciata (MOURA, 1995, pp. 85-106), considerada a Tia Baiana mais famosa, foi cenário para a composição do primeiro samba a ser

gravado no Brasil: *Pelo Telefone* de Ernesto dos Santos (Donga)⁷, em 1917. As festas promovidas por Tia Ciata contavam com a presença de Donga, Sinhô e João da Baiana, os primeiros compositores de samba, e também de intelectuais como Manuel Bandeira e Mário de Andrade.

Nas casas das Tias Baianas aconteciam sessões de Candomblé e rodas de samba que duravam dias, sem jamais se esquecer que estas festas e cultos eram constantemente interrompidas pela polícia, que alegava os *standards* nada ausentes hoje de “perturbação à ordem pública”, “vadiagem” e “crimes contra a saúde pública” como argumentos para acabar com o lazer dos negros e, naturalmente, prendê-los. “Quem portava um instrumento musical ou fazia samba podia ser enquadrado como vadio [...] Os sambas sofriam uma espécie de patrulhamento, no sentido da não exaltação dessa figura do malandro que despreza o trabalho.” (FRAGA, 2013).

Mesmo que atualmente a realidade do samba não seja exatamente a mesma, não estando estritamente vinculado ao morro como antes, tendo conquistado largos estratos da classe média e tornado-se excelente produto do segmento mercadológico musical, a racionalidade estigmatizante amparada pela segregação social e penal, não tarda a manter o compasso nada surdo da criminalização de minorias nela estampadas. Os batuques que conquistaram ouvidos e pés pelo mundo afora como ritmo tradicionalmente suburbano, ainda que tenha deixado de ser meramente “um som do morro” e tendo ganho notoriedade e reconhecimento como um dos símbolos da cultura brasileira, o racismo não deixa de se esgueirar para atar tal estética à ética do preconceito.

Ao analisar o histórico do samba, podemos dizer, não sem uma certa dose de risco, porém nada absurdo, que as complexas metaformoses culturais as quais passou a música dita popular, como expressão de modos de vida múltiplos – o samba

⁷ Canção composta em 1916, no quintal da casa da Tia Ciata, na Praça Onze. A melodia, originalmente, intitulava-se *Rocceiro* e foi uma criação coletiva, com participação de João da Baiana, Pixinguinha, Caninha, Hilário Jovino Ferreira e Sinhô, entre outros. Cf. Moura (1995, p. 117).

em particular – não deixou de gerar, sob novos contextos, frutos riquíssimos. Um deles particularmente importante é o *funk*. Longe de qualquer causalismo simplificador, não obstante, nada distante da realidade, pode-se enxergar o *funk* também como herdeiro do samba. Tal qual o samba, sob os traços de comunidades vulneráveis socialmente, estigmatizadas e criminalizadas, em alguma medida, está o *funk*. Protagonizadas por negros e pobres, vemos, novamente, a cultura originária da favela recebendo todo peso da marginalização e, politicamente, associada à violência, à selvageria e à criminalidade.

Por outro lado, lembremos também o perene questionamento comum a ambas manifestações culturais sobre a generalização da falta qualidade, talento ou diretamente a “pobreza musical”. Argumentos recorrentes e simétricos em ambas circunstâncias:

o que hoje lemos como poesia nos sambas mais antigos, tratava-se da linguagem coloquial da época. Eram jovens, falando para jovens, retratando a realidade em que viviam, no ritmo em que viviam. [...] As extensas citações aos nomes das comunidades e aos próprios cantores que aparecem nas letras de funk hoje [...] sempre aconteceram no samba. Noel Rosa, Nelson Cavaquinho e Cartola já utilizaram esse recurso. (MEDEIROS, 2006, p. 33-4)

Para seguir no exemplo, o saudoso Agenor de Oliveira, nosso mestre Cartola, considerado por diversos músicos e críticos como o maior sambista da história da música brasileira, por vezes citava nos seus versos, em linguagem própria, o Morro da Mangueira, comunidade que o acolheu aos 11 anos e de onde nunca mais se afastou. Presente nas letras de “Mangueira é muito grande” (canção de Ataliba interpretada por Cartola de 1973), “Sala de Recepção” (1976), “Escurinha” (Samba dos mangueirenses, de Geraldo Pereira e Arnaldo Passos, revisitado por Cartola de 1977) e “A Mangueira me chama” (1978), sua comunidade era motivo de orgulho e inspiração para o compositor.

O fundamental é destacar que o elo *samba-funk* reside no

apelo à identidade negra e à origem na favela entre as camadas mais pobres, mas também na apropriação do discurso de resistência e de apego à comunidade. Como lembra Écio Salles, “em sambas ou funks muito conhecidos, como ‘A voz do morro’, de Zé Ketti; ou ‘Eu só quero ser feliz’, de Cidinho e Doca, percebe-se de forma exemplar essa espécie de reivindicação da referência ao morro ou favela como seu *lugar de origem*”. (SALLES, 2007).

Cabe esclarecer que não se busca afirmar que o *funk* é uma espécie de novo samba, mas sim que esses ritmos dividem o mesmo espaço sociocultural, como bem explica Micael Herschmann: “Estamos longe de constatar a substituição do samba pelo funk, mas reconhecemos que o primeiro, enquanto prática sociocultural, tem cedido significativo espaço ao segundo, principalmente entre os jovens dos segmentos populares.” (HERSCHMANN, 2000, p. 220).

As perseguições aos batuques e ao samba “encontraram no funk um novo alvo à altura da tradição: também uma arte popular, cultivada pelos estratos sociais mais pobres, irreverente e sensual.” (BATISTA, 2013, p. 191). Nada de “coincidências”, o que acontece hoje com o *funk* é a expressão transmutada de uma mesma lógica de criminalização da cultura negra.

2. No ritmo “proibidão”

*Quero paz, quero festa Funk é do povão
 Já cansei de ser visto com discriminação
 Lá na comunidade funk é diversão
 Hoje eu tô na parede ganhando uma geral
 Se eu cantasse outro estilo isso não seria igual
 (Cidinho e Doca, **Não me bate doutor**)*

Nos anos noventa aparecem nuances perfeitamente identificáveis no *funk* que passaram a merecer destaque.⁸ Neste

⁸ No Brasil, a partir dos anos de 1970, bailes *black*, *soul* e funk começaram a ser realizados no Rio de Janeiro. Ainda que hoje o funk carioca seja uma manifestação cultural predominante suburbana, os primeiros bailes foram realizados na casa de shows “Canecão”, localizada no Bairro de Botafogo, Zona Sul do Rio de Janeiro. O “Baile da Pesada”, que ocorria aos domingos, era organizado pelo discotecário Ademir Lemos e

época, propagados através de fitas cassetes e CDs “piratas”, surgem os “proibidões”: *funks* com letras que narram o cotidiano dos moradores dos morros e favelas brasileiras, ou seja, cantam o tráfico de drogas, exaltam facções criminosas, falam sobre a rotina dos tiroteios entre criminosos e a polícia e banalizam o sexo.

Esse segmento do *funk* ganhou o nome de “proibidão” devido a sua execução em rádio ou televisão ser impedida.⁹ Entretanto, com o avanço tecnológico, hoje pode ser escutado sem restrição em *sites* de vídeos e redes sociais e seu *download* é de fácil acesso por todos. Para Essinger, “O “proibidão” é o funk que conta de forma realista, entusiástica ou apologética histórias em que traficantes impõem seu poder contra seus oponentes, sejam estes a polícia, os delatores ou outras facções criminosas.” (ESSINGER, 2005, p. 59).

Com o surgimento dos “proibidões” (em paralelo com a exploração eleitoral da montagem midiática sobre o famoso episódio do “Arrastão de 1992” na praia do Arpoador no Rio de Janeiro¹⁰), o *funk* passou a ocupar menos espaço nos cadernos culturais e a marcar mais presença nos cadernos policiais. Dinâmica traz as raízes da manipulação do medo como forma de legitimar práticas de segregação social bem ao gosto brasileiro.

Micael Herschmann aponta que, entre 1990 e 1991, o *funk* era tema de todos os cadernos culturais. Contudo, em 1992, o ritmo ocupava 94,8% dos cadernos locais e policiais, contra apenas 5,2% dos cadernos culturais (HERSCHMANN, 2000, p. 52). A partir disso, a ameaça de proibição dos bailes se tornou

pelo animador e locutor de rádio Big Boy (Newton Duarte). Para toda a extensa e destacada consolidação do “mundo funk carioca”, ver (VIANNA, 1987).

⁹ Com a popularização do ritmo, os bailes se multiplicaram, porém, em contrapartida, o funk se tornou vítima de perseguições e preconceito da sociedade. A discriminação se deve além do funk ter se difundido entre as camadas mais pobres da sociedade, mas também pela ocorrência dos “corredores” em alguns bailes. Os bailes eram divididos em “lado A” e “lado B” para que houvesse confronto entre as galeras rivais, resultando em agressões e até em mortes. Considerando a complexidade etnográfica dos Bailes de Corredor e que tal aprofundamento não é o objetivo do presente trabalho, remetemos a (VIANNA, 1997).

¹⁰ Para bom resumo, ver (FRANCISCO, 2016).

constante. A proibição e limitação do horário dos bailes e a instauração de inquéritos para investigação de “apologia ao crime” nas letras de MCs foram e permanecem ainda como algumas das estratégias, não só para silenciar a cultura *funke*, mas, sobretudo, para segregar e tornar mais invisível seu público: a figura demonizada do jovem negro morador da periferia.

Sobre as acusações imputadas aos MCs, Danilo Cymrot aduz:

Quando não são acusados de fazer letras pobres e alienadas, os MCs são acusados de compor músicas que fazem apologia ao crime, taxadas de “proibições”. Por outro lado, consumo de drogas e violência existem em praticamente todos os locais de divertimento de jovens, inclusive em “baladas” caras de bairros nobres, mas nem por isso a polícia proíbe tais festas. (CYMROT, 2015).

Se é inegável que uma parte da produção musical do *funke* é marcada, mesmo nas letras, pela presença do tráfico de drogas e das facções criminosas – afinal, é o ambiente que prepondera e sob o qual estão mergulhadas estas comunidades, há que se dizer, com enorme cumplicidade estatal –, contudo não se pode reduzi-los em sua totalidade a isso, ignorando, por exemplo, os *funks* de denúncia, de crítica social e mesmo aqueles sem qualquer cunho ideológico expresso, normalmente em sua maioria de conteúdo bem-humorado e pornográfico (MARTINS, 2006, p. 74).

Estes contextos de vida precários versados ali naturalmente apenas lidam com a realidade dos moradores de áreas pobres. Longe de produzirem apologia ao crime, relatam o que acontece diariamente nas favelas e morros do Brasil:

“Não significam adesão ao tráfico; muitas das vezes, seus compositores sequer sabem explicar o que os motivou a assim se expressar: se a pura diversão, o “gosto do proibido”, a vontade de desenvolver uma boa relação com a comunidade e os poderes locais etc. Todas estas possíveis justificativas passam a segundo plano quando se

constata que, para muitos MCs, as circunstâncias de criminalidade e pobreza que lhes cercam lhes são tão naturais e onipresentes que estes não as diferenciam a priori, ontologicamente, dos demais elementos estruturantes de suas canções. A um habitante de áreas pobres, pareceria estranho raciocinar em termos de não poder mencionar livremente o tráfico, a violência policial e a ausência do poder público ao retratar sua comunidade. (MARTINS, 2006, p. 75)

Wagner Domingues da Costa, mais conhecido como Mr. Catra, é um dos mais destacados nomes do *funk* e uma das vozes mais reconhecidas do proibidão. Figura lendária pelo seu jeito nada convencional de viver¹¹, Mr. Catra explica o real sentido da polêmica vertente do *funk* e provoca:

O proibidão é feito para ser cantado no baile. Não é uma apologia ao crime, mas um relato da minha comunidade. O funk nasceu na favela e infelizmente o tráfico também faz parte dela. A sociedade não está preparada para compreender o proibidão, porque quem não sofre não dá valor ao sofrimento. Quem não vive no morro não sabe o que acontece lá. (ESSINGER, 2005, p. 235).

Assim, é possível interpretar os “proibidões” como discursos que combatem o silêncio e contestam a paz seletiva. Interferem naquele sossego desfrutado pelas classes dominantes por produzirem uma memória acerca da criminalidade. Como explica Cymrot,

São o instrumento para se ouvir a voz dos setores marginais da nossa sociedade, são a ‘história vista por baixo’, uma memória coletiva subterrânea, clandestina, sufocada, que entra em choque com a memória coletiva oficial, a qual a sociedade majoritariamente ou o Estado desejam impor. (CYMROT, 2015, p. 93-4).

¹¹ Catra tem 30 filhos (entre biológicos e adotivos) e mantém um relacionamento amoroso com três mulheres. Todos vivem na mesma casa, no bairro da Glória, centro do Rio de Janeiro.

Por outra parte, não se pode ignorar o processo de empatia e identificação dos jovens moradores de favelas com os traficantes e líderes de facções. Muito presente o mito do *bandido Robin Hood*, termo utilizado pelo historiador Eric Hobsbawm na obra “Bandidos” (1969), na qual explora o conceito de banditismo social. O traficante é admirado por sua valentia e também pelas benfeitorias que exerce, tal qual o herói mítico inglês: “tira dos ricos para dar aos pobres”. O historiador britânico pontifica:

O bandido é bravo, tanto em ação e como vítima. Morre desafiadoramente e com dignidade, e inúmeros nada possuem senão o dom comum, porém precioso, de força e coragem, identificam-se com ele. Numa sociedade em que os homens vivem da subserviência, como escravos de máquinas de metal ou como peças moventes de maquinaria humana, o bandido vive e morre de cabeça erguida. (HOBSBAWM, 1976, p. 132-133).

São eles representações de subjetividades que, apesar de fadadas a uma existência efêmera, quase que monopolizam, principalmente sobre os jovens, muito para além do sucesso financeiro, os desejos de reconhecimento, respeito e visibilidade social. Não obstante, a tirania do tráfico vai tentar ser respaldada também pelas práticas assistencialistas, adotadas para alcançar o apoio da comunidade:

Almejando obter o apoio da comunidade, o bandido Robin Hood adota práticas assistencialistas e clientelistas, doando alimentos, remédios, roupas, brinquedos e investindo em asfalto, iluminação e lazer para os moradores, como quadras de esportes, piscinas, escolas de samba e, claro, bailes funk. (CYMROT, 2015, p. 81).

Como lembra Salles, ainda que não existam composições tais como as do *funk*, há notórias repetições históricas na música popular brasileira, até mesmo no samba, de um elogio poético ao banditismo e temas relacionados (SALLES, 2007). Exemplo disso está em Bezerra da Silva, como no samba “Meu Bom Juiz”

(composição de Beto Sem Braço e Serginho Meriti), em homenagem ao traficante carioca Escadinha (alcunha de José Carlos dos Reis Encina, um dos fundadores da facção Comando Vermelho):

Ah, meu bom juiz / Não bata este martelo nem dê a sentença / Antes de ouvir o que o meu samba diz / Pois este homem não é tão ruim quanto o senhor pensa / Vou provar que lá no morro / Ele é rei, coroado pela gente / É que eu mergulhei na fantasia e sonhei, doutor / Com o reinado diferente / É mas não se pode na vida eu sei / Sim, ser um líder eternamente / Homem é gente / Mas não se pode na vida eu sei / Sim, ser um líder eternamente / Meu bom doutor, / O morro é pobre e a pobreza não é vista com franqueza / Nos olhos desse pessoal intelectual / Mas quando alguém se inclina com vontade / Em prol da comunidade / Jamais será marginal / Buscando um jeito de ajudar o pobre / Quem quiser cobrar que cobre / Pra mim isto é muito legal / u vi o morro do juramento, / Triste e chorando de dor / Se o senhor presenciasse chorava também doutor. (SILVA, 2003).

Embora sejam reprovados veementemente de maneira geral, os “proibidões” – que exaltam chefes do tráfico, expõem atos criminosos e narram conflitos entre as facções e a polícia – têm como referência temática o cotidiano da favela. Se Bezerra da Silva e outros sambistas romantizavam a malandragem do morro, os “proibidões” por sua vez, de certo modo, reatualizam tal estética para enaltecer seus (anti)heróis (SALLES, 2007).

Não há como deixar de reconhecer que o “proibidão” perturba porque escancara uma realidade que os domesticados olhos e ouvidos da sociedade brasileira preferem não ver e silenciar. A transformação da realidade de injustiça social sempre é mais difícil do que a pura repressão de seus relatos: “O verdadeiro crime de apologia é a cumplicidade do Estado no extermínio de uma juventude favelada para a qual o tráfico é o ‘pis aller’.” (PALOMBINI, 2013, p.150-1). Como Mr. Catra canta: “Favela não é só crime / Favela também é arte” (Mr.

CATRA, 1999). Sobretudo, é a arte de sobreviver.

3. O palco gaúcho do *funk*: o caso do *Baile Funk da Tuca* em Porto Alegre

*A Tuca é só lazer e o movimento tá fluindo
Tá tudo dois, tá tudo lindo
Pra quem desacreditou, eu tô aqui pra dizer
Que os moradores estão tranquilos e as crianças no lazer
“Nois” tem baile pra curtir, até campo de futebol
Tem praça pra “marolar”, relaxar vendo o pôr-do-sol
Aqui também tem respeito, também somos educados
Mas a mídia nos oprime por que somos favelados
Lado a lado e curtindo, sempre juntos com os irmãos
Só quem fecha com a Tuca, por favor, levanta a mão
(MC Ton, *Tá tudo dois, tá tudo lindo*)*

Embora Porto Alegre seja bastante conhecida pelas bandas de *rock* que alcançam sucesso nacional (cf. PINTO; BORBA, 2014), o *funk* também repercute profundamente na capital dos gaúchos. O espaço foi aberto pelo ritmo no fim da década de 1990 e pode-se dizer um dos protagonistas por esta inclusão foi o radialista Walmir Filho¹². Ainda que, quando tenha chegado aqui, o gênero já tocasse nas rádios e nas festas de clubes, com o espaço que tinha (e ainda tem) na Rádio Eldorado FM, Walmir contribuiu muito para que, no início dos anos 2000, o *funk* se consolidasse como manifestação cultural em Porto Alegre (PEREIRA, 2010, p. 24):

A Rádio Eldorado lhe cedeu espaço para programas inteiramente dedicados ao estilo musical, e com o crescimento da audiência, a rádio passou a ter a programação inteira dedicada ao funk. Foram segundo Walmir, quatro anos no primeiro lugar em audiência com a programação de 24h de funk. As festas se proliferaram, mas sempre nos subúrbios. Nas periferias, hoje, realiza-se

¹² Walmir Filho, carioca, é DJ da Rádio Eldorado 97.5 FM de Porto Alegre, especializada em funk e pagode.

um grande número de bailes por semana. Walmir diz ter normalmente mais de 10 lugares para se apresentar por final de semana. Neste caso, festas e bailes totalmente direcionados ao funk ou com artistas de estilos atualmente igualmente admirados pelos frequentadores desses bailes, como pagode e hip hop. (PEREIRA, 2010, pp. 24-5).

Devido à quantidade de festas *funk* realizadas em Porto Alegre, o radialista acredita que a capital já está em segundo lugar no país como centro de bailes do estilo. Entretanto, semelhante ao que ocorre no Rio de Janeiro, Walmir pondera que não há espaço na mídia, pois “*a música produzida na periferia sempre vai ser vista com preconceito pelos grandes veículos de comunicação*” (PEREIRA, 2010, p. 25).

Atualmente, o estado conta com muitos representantes do ritmo que ganharam notoriedade nacional, a exemplo de MC Jean Paul¹³ que hoje apresenta um programa de *funk* na Rádio Farroupilha FM (antiga Rádio Cidade 92.1 FM) e os MCs Tchesko e Dino, sucessos do chamado *funk* ostentação.

MC Jean Paul alcançou projeção tal que, em 2007, conseguiu levar o *funk* para o palco do centenário Theatro São Pedro em Porto Alegre, acompanhado da Orquestra Sinfônica de capital. Desde sempre percebe a atmosfera de preconceito que está imerso o ritmo:

É bom deixar claro que a pessoa é livre para escutar o que ela quiser. O pessoal geralmente cai em cima do funk porque é um ritmo da periferia. Qualquer outro ritmo musical tem músicas que falam de sensualidade, de sexo, e ninguém fala nada. O funk sempre vai ser rotulado (PRESTES, 2012).

No ano de 2010, pelo Decreto nº 10.987/2010, o *funk* foi reconhecido como “Movimento Cultural e Musical de Caráter Popular do Município de Porto Alegre”:

¹³ Embora paulista, reside na capital desde os 14 anos e deu início a sua carreira aqui no ano de 2002.

LEI Nº 10.987, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2010.

Reconhece o funk como um movimento cultural e musical de caráter popular do Município de Porto Alegre e dá outras providências.

O PREFEITO MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE.

Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu, no uso das atribuições que me confere o inciso II do artigo 94 da Lei Orgânica do Município, sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º: Fica reconhecido o funk como um movimento cultural e musical de caráter popular do Município de Porto Alegre.

Art. 2º: Fica assegurado ao movimento funk:

I – realização de festas, bailes e reuniões, sem quaisquer regras discriminatórias ou diferentes das que regem outras manifestações da mesma natureza;

II – proteção quanto a qualquer tipo de discriminação ou preconceito de natureza social, racial, cultural ou administrativa, inclusive a seus integrantes;

III – reconhecimento de seus artistas como agentes da cultura popular e respeito aos seus direitos;

IV – condições para que a diversidade de sua produção musical possua veículos de expressão, mediante:

a) a disponibilização de espaços públicos para apresentações; e

b) a conscientização sobre seus direitos, bem como a promoção desses.

Art. 3º: O Executivo Municipal, por meio da Secretaria Municipal da Cultura, zelará pelo cumprimento do disposto nesta Lei.

Art. 4º: Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE, 6 de dezembro de 2010.

José Fortunati,
Prefeito (DOPA, 2010).

Em 2014, o Vereador Mário Fraga (PDT-RS) apresentou projeto de lei que incluiu a efeméride “Dia do Funk” no Calendário de Datas Comemorativas de Conscientização do Município de Porto Alegre. O projeto foi aprovado e, em setembro do mesmo ano, foi sancionado pelo prefeito José

Fortunati, tornando-se a Lei nº 11.682/2014 e assegurando ao movimento *funk* o dia 31 de maio como sua data oficial.

LEI Nº 11.682, DE 25 DE SETEMBRO DE 2014.

Inclui a efeméride Dia do Funk no Anexo da Lei no 10.904, de 31 de maio de 2010 – Calendário de Datas Comemorativas e de Conscientização do Município de Porto Alegre –, e alterações posteriores, no dia 9 de junho.

O PREFEITO MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE

Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu, no uso das atribuições que me confere o inciso II do artigo 94 da Lei Orgânica do Município, sanciono a seguinte Lei: 10.904, de 31 de maio de 2010 – Calendário de Datas Comemorativas e de Conscientização do Município de Porto Alegre –, e alterações posteriores, no dia 9 de junho.

Art. 1º: Fica incluída a efeméride Dia do Funk no Anexo da Lei no 10.904, de 31 de maio de 2010 – Calendário de Datas Comemorativas e de Conscientização do Município de Porto Alegre –, e alterações posteriores, no dia 9 de junho.

Art. 2º: Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE, 25 de setembro de 2014.

José Fortunati,

Prefeito.

Luiz Fernando Moraes,

Secretário Municipal de Turismo (DOPA, 2014).

Conquanto seja legalmente reconhecido como movimento cultural, a não aceitação e o preconceito seguem presentes na trajetória do *funk* gaúcho. Entretanto, aos poucos, barreiras são superadas e o *funk* vem ganhando cada vez mais espaço no Rio Grande do Sul. Na capital, os bailes são realizados desde a Zona Sul à Zona Norte. Há enorme difusão independente do estrato social: Caldeirão da Bonja, Adegas, Casablanca e Mansão são apenas alguns exemplos das casas em que as festas são promovidas na cidade.

Não obstante, entre as dezenas de bailes *funk* que são realizados em Porto Alegre, um chama a atenção pela tradição e respeito que conquistou: o *Baile Funk da Tuka*. Há mais de uma

década na zona leste da capital, mais precisamente na Rua A, nº 71, no Campo da Tuca (Partenon), o baile, que já está na terceira geração¹⁴, é considerado referência nacional, sendo o maior palco de *funk* do sul do país, atraindo holofotes e trazendo atrações de projeção nacional.

No dia 05 de setembro de 2015, chegou-se na comunidade da Tuca por volta das 19h30min, onde houve o encontro com dois produtores do baile, Pablo Fidelis e Anderson Moreira, que gentilmente apresentaram o espaço destinado ao baile, responderam aos questionamentos e, depois, obviamente, convidaram para a festa¹⁵.

O baile começou em um espaço pequeno, onde a entrada custava apenas R\$ 2,00 (dois reais) até comportar a estrutura que hoje possui. Organizado pela produtora *Sindicato MC's*¹⁶, hoje o baile atrai público de todos os gêneros e classes, sendo considerado como o mais seguro da capital¹⁷, no qual frequentadores podem se divertir com certa tranquilidade. Devidamente licenciado pela Secretaria Municipal de Produção, Indústria e Comércio (SMIC), o espaço comporta 3.500 (três mil e quinhentas) pessoas em dois andares divididos entre pista, camarote na área superior e espaço VIP próximo ao palco.

A segurança é rígida, naturalmente sendo proibido o consumo de drogas ilícitas. Brigas, discussões ou abusos não são consentidos, e quem desobedecer as regras da casa é advertido pelos seguranças. Caso haja insistência, a expulsão do evento é a medida adotada¹⁸. Neste sentido, destaca-se a declaração de um

¹⁴ Segundo definição dos produtores do baile, “geração” é a evolução da festa a partir do sucesso que alcança, isto é, a melhoria na qualidade do evento, nível das atrações e estrutura do baile.

¹⁵ O baile do dia contava com a atração nacional MC Kauan, conhecido também como “Koringa”. Nesta oportunidade, a casa chegou a sua lotação máxima.

¹⁶ Produtora responsável por agenciar a carreira de MCs do Sul do país, a exemplo dos MCs Kinho da Tuca e Ton.

¹⁷ Durante a conversa, os produtores afirmaram até mesmo o apresentador Alexandre Motta (âncora do programa Balanço Geral da Rede Record, talvez a representação da criminologia midiática de mais baixo conteúdo) afirmou que “o Baile da Tuca é 100% seguro”. Não se localizou o registro da suposta declaração do apresentador.

¹⁸ Conforme relatos dos seguranças do baile, aquele que chega ao ponto da expulsão “pega gancho” por algumas um mês, ou seja, fica proibido de entrar no baile.

dos frequentadores do baile: *“O negócio aqui é sério, entender? Não tem ladaia. É diferente da Mansão, do NH Hall... O respeito é cobrado dentro do baile. Não pode usar droga lá dentro”* (ANEXO, 7.4).

Diferente dos outros bailes e festas, inclusive e principalmente as de “elite”, a mulher é respeitada. Durante os três bailes que se presenciou, e também pelo relato das entrevistadas, abusos ou “investidas” mais contundentes não eram toleradas, tanto pelos demais frequentadores como pelos seguranças. As mulheres (em sua maioria adolescentes entre 16/19 anos), com *shorts* curtos, decotes e vestidos apertados, dançam “até o chão” sem serem importunadas. Na oportunidade da entrevista, uma das frequentadoras do baile relata: *“Aqui tem respeito e lazer. Esse é o lado bom. Tem um monte de patricinha universitária que vem pra cá curtir o baile”*(ANEXO, 7.3).

Mesmo ambiente retratado inclusive por quem detém o monopólio midiático de grande circulação no RS através de seu tablôide, em reportagem produzida pelo “Caderno Donna” (culto a futilidades dirigidas ao público feminino e de péssimo conteúdo reflexivo), sobre jovens de classe alta que vão aos morros e vilas de Porto Alegre em busca de bailes funk. Ali encontramos a declaração de uma estudante de Direito de 22 anos e frequentadora do Baile Funk da Tuka: “o preconceito é enorme, mas entre os jovens isso está mudando. Na faculdade, quando digo que venho aqui, minhas colegas ficam curiosas e me pedem para trazê-las. Tem vindo muita gente de classe alta para cá?” (ZERO HORA, 2013).

Sobre a relação dos moradores da Tuca com o baile, MC Tchesko diz que o baile é um “prêmio”, motivo de orgulho dentro da comunidade e também responsável por propiciar lazer aos moradores:

O baile é muito aceito na comunidade, é um prêmio da Tuka, o baile, é o maior orgulho que eu falo do baile, eles também tem o maior orgulho no peito de ser da Tuka porque o reconhecimento há 9, 10 anos já, de um baile funk, hoje é o maior palco do funk do sul do Brasil, tá no campo da Tuca, tenho certeza que os moradores lá tem muito orgulho porque já passaram vários MCs mesmo, é

um prêmio que eles tem, tanto que é o baile que garante o prazer de todo o final de semana, vai lá desestressar, deixar a mente fluir, depois do baile, o cara vai se sentir relaxado, se sentir melhor. Acho que, é bem importante ter esse lazer dentro da favela, comunidade como te falei, é um lugar carente, que necessita muito dessa energia que o funk passa, e que o baile, nos dá, e há muito tempo né!? (ANEXO, 1).

Além do baile, a produtora Sindicato MCs é autora do projeto social “Escola de MCs e DJs”, na qual são ministradas aulas de cidadania e oficinas de produção de *funk* – geralmente com MCs palestrantes – para aproximadamente doze alunos (a maioria adolescentes) duas vezes por semana no mesmo espaço destinado ao baile. O projeto foi idealizado em 2012 por Marcos Oliveira, diretor da produtora, objetivando ensinar um “*funk revolucionário, empoderador e consciente*” aos jovens que sonham em seguir carreira dentro do gênero. A participação na Escola depende da comprovação de bom rendimento e frequência escolar.

A educadora Patrícia Beninca, professora da escola – a qual chama de família – responsável pelas aulas de cidadania – conta que são dados temas relevantes para a composição das letras com o intuito de resgatar o fundamento do *funk*, ou seja, passar uma “*ideia consciente*”. Segundo ela esse seria o verdadeiro sentido do funk (ANEXO, 8). Patrícia conta que faz curso de extensão no Instituto de Artes da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para educadores de música em comunidades. A educadora ressaltou a existência de menosprezo e fala até mesmo de preconceito dentro da própria comunidade e uma idealização, que não raro por um processo de identificação aos opressores, grupos vulneráveis socialmente reproduzem uma violência simbólica de profundas raízes. Assim, só que “do asfalto pra lá tudo é diferente”. (ANEXO, 8).

O *Baile Funk da Tuka*, como referência nacional, demonstra a complexidade quando lidamos com manifestações culturais marginalizadas, principalmente a partir do potencial em desfazer a necessária vinculação à criminalidade nos bailes – espaço de diversão como outro qualquer que, sob a ótica

criminalizante do poder punitivo, recebe os tons sombrios da estigmatização.

Ademais, quando dirigimos nossa escuta na tentativa de estabelecer os contornos mais nítidos das relações entre as forças de repressão e esta manifestação cultural, os resultados são riquíssimos, em especial desde as entrevistas realizadas com os MC's e os policiais militares. Por ali, interpretam-se os enlaces discursivos que traduzem muito bem a cena do *Baile Funk da Tuka*, muito para além do local, mas como metonímia representativa do fenômeno do *funk* frente aos aparatos estatais de segurança. As constatações, como em qualquer estudo de observação-participante, originam-se, neste caso ainda mais, principalmente de conversas informais e da observação direta nos bailes.

Com os “Mestres de Cerimônia”, durante o mês de setembro, foram realizadas cinco entrevistas. No decorrer delas, os MCs relataram variadas situações de associação entre preconceito e repressão. Sobre a discriminação naturalizada que o morador da favela recebe, MC Tchesko fala da falta de empatia da “sociedade” com o “favelado”:

Por eu viver na favela, as pessoas imaginam várias coisas, mas não se colocam na pele da pessoa que vive, que sofre um preconceito com discriminação, é com certeza, acho que o ponto máximo nisso é discriminação por morar numa favela, por ser funkeiro, ele não tem aquilo lá agora, ele é favelado, ele não tem, mas depois que ele estoura, ele é bem visto, sabe, porque ele foi um vencedor, mas ele não deixa de um vencedor por morar na favela ou por ainda não alcançar o sucesso, eu acho que falta muito a visão lá na frente das pessoas de dar moral ao ser humano, de não descriminalizar (sic), em vez de pensar pra trás, pensar pra frente. [...] Eu acredito que seja assim pela criminalidade, racial, como apareceu no samba, acredito muito nisso também. (ANEXO, 1).

MC Tchesko defende que o *funk* é a voz da favela, é o grito de socorro ao sistema. O artista acredita que as letras expressam um pouco da revolta dos moradores da periferia ante

as dificuldades que enfrentam, por isso, Tchesko entende que o ritmo como representante cultural desagrada aqueles que não se importam com a vida dentro da favela.

Tu tá sempre passando por aquilo lá que o funk conta, tu passa por aquilo lá que o rap conta, então isso que não deixa morrer, entendeu? Por isso que o funk é a voz da favela. A voz da favela é o que, é a voz de socorro, ao sistema, sabe? Então os MCs que moram na favela, eles fazem aquilo rindo, por uma repressão policial, ou sei lá, uma repreensão da sociedade que vive longe, por eles serem discriminados por serem tratados diferentes eles sentem na pele, são seres humanos entendeu? E acho que as vezes, um pouco da revolta deles, é passada no funk, as pessoas não gostam de ouvir aquilo lá, mas é o que eles passam. O que eles vão fazer, eles vão falar que tão com dinheiro, vão falar que tão bem de vida? Não, eles vão falar das dificuldades deles do dia a dia, então essa é a voz da favela. (ANEXO, 1).

MC Sabha, educador no projeto social “*Escola de MCs e DJs*”, narra que já foi vítima de muito preconceito por ser *funkeiro*. O MC conta que já foi preso durante uma apresentação na região metropolitana de Porto Alegre por não aceitar a investida dos “brigadianos”¹⁹ que entraram na casa de *shows* e exigiram que todos fossem “pra parede” para revista.

Até então era uma abordagem policial, e eu tava cantando, só que eles ligaram a luz da festa, e tava eu e minha produção toda, e eles tudo “na parede!”, só que como, eu não to fazendo nada de errado, eu to fazendo o meu show, eu não to roubando, eu não to traficando, eu não to matando ninguém, eu to fazendo o meu trabalho, eu não tenho que estar em parede nenhuma, entendeu? É um direito que tu tem como pessoa, tu que estuda direito né, obrigação tu receber uma abordagem, mas tu vai querer aceitar, ou não, eu não aceitei essa abordagem [...] (ANEXO, 3).

¹⁹ Como se chamam os policiais da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

Durante a entrevista, Sabha também fala sobre a seletividade das notícias veiculadas pela grande mídia. Afirmar que a mídia é responsável por transmitir uma imagem negativa do funk, noticiando apenas os fatos ruins envolvendo o gênero – que repercutem mais – e não dando espaço para projetos como o da Escola de MCs e DJs da Tuca, por exemplo.

Tu não vai mostrar a escola, que não vai dar mais ibope que mostrar que mataram um guri no baile funk, a morte pode acontecer numa festa sertaneja ou numa rave né? Então o que pra a mídia, a mídia que transforma a cabeça de quem vê né, o que destacaram mais na morte do guri de Charqueadas? Saída de um baile funk. Que marcou? O guri tava num baile funk e morreu. Pra mídia isso daí vai dar notícia, vai dar ibope, então as pessoas que não conhecem funk, não vai deixar o seu filho ir pra baile funk. (ANEXO, 3).

O discurso de MC Kinho da Tuca não é diferente. Kinho relata que já foi alvo de enorme preconceito por ser *funkeiro* e que, inclusive no dia da entrevista, foi abordado por policiais militares na comunidade da Tuca. O MC diz que os policiais teriam agido com truculência e se referido de maneira pejorativa ao *funk*.
 Afirma:

Eu sofri bastante vezes já [preconceito], ainda principalmente no começo né, aqui no Rio Grande do Sul até hoje é meio dificultoso de abrir porta pro funk, aqui no Rio Grande do Sul. [...]Hoje por exemplo, to dentro da comunidade, to correndo as caixas de som pra minha festa e os policial me abordaram né, apontaram o fuzil pra mim e eu levantei as mãos e nada a ver.

(...) bem na rua de cima da minha [na Tuca]:

- [policial] tu não tem passagem;
- [Mc Kinho] não, eu não tenho passagem;
- [policial] o que tu faz da vida?;
- [Mc Kinho] eu canto funk seu, e ele,
- [policial] mas funk não é música, funk é coisa de vocês aí mesmo da comunidade;

- [Mc Kinho] não senhor, mas um show meu da semana paga todo teu salário do mês, eu falei pra ele, daí ele já me rebaixou mais, jogou lá em baixo, falou um monte de coisa do funk, que são tudo maloqueiro, e isso, aquilo... chinelagem (ANEXO, 4).

Sobre o que expressa o *funk*, MC Kinho explica que as letras refletem o que acontece dentro da comunidade, da mesma maneira que outros ritmos. Ele afirma que “*pra eles*” (os indiferentes) ouvir o que a periferia tem a dizer não é interessante.

[...] mas no funk a gente escreve o que a gente vê, entendeu? Mesma coisa que a Ivete Sangalo, ela escreve o que ela vê, ela escreve o que ela vive na Bahia lá, aqui a gente escreve o que a gente vive dentro da comunidade, é a mesma coisa, não tem diferença. A nossa realidade a gente segue, e pra eles, sei lá, isso não é interessante. (ANEXO, 4).

Na mesma linha, MC Ton aproveitou a oportunidade para ressaltar relação de desrespeito e violência da polícia com o morador da favela: “Porque tipo, polícia não respeita o morador da favela, polícia entra e não quer saber se favelado trabalha, se favelado tem um emprego, sabe que eles já saem batendo em todo mundo, né.” (ANEXO, 5).

A resistência das pessoas em aceitarem o *funk* como expressão cultural e a constante associação do gênero à criminalidade é explicada de maneira simples e objetiva por MC Ton: “Creio eu que seja pelo fato de quem faz o funk, senão existisse MC que morra dentro do morro não existiria esse preconceito, essa resistência.” (ANEXO, 5).

A declaração de MC Ton sinaliza bem para o âmago da presente pesquisa. O *funk* como gênero musical não incomoda por si só, mas sim tudo que ele expressa: revolta ante a desigualdade e injustiça social. Na verdade, o que se deseja é silenciar a voz (grito de socorro/denúncia) das populações marginalizadas.

Neste sentido, ao atores policiais envolvidos neste contexto ganham protagonismo de extrema relevância. Entre os dias 16 e 17 de setembro de 2015 foi possível realizar entrevistas com os soldados da 2ª Companhia do 19º Batalhão de Polícia Militar (BPM), responsáveis pelo policiamento no local onde é realizado o *Baile Funk da Tuka*.²⁰ Durante a aplicação do questionário, pôde-se perceber diretamente como se estabelece a relação entre policiais e funkeiros.

Contudo, cabe frisar que, para além dos dados expostos pelos relatos policiais, importa deparar-se com aquilo que subjaz às declarações acerca das ocorrências registradas no *Baile Funk da Tuka*.

Preliminarmente, os policiais referiram que nunca houve qualquer pedido de policiamento específico para o *Baile Funk da Tuka* e, portanto, fazem ronda normal em toda área, independente do acontecimento. Assim, conforme relatos dos policiais, a guarnição só vai até o baile se receber chamado telefônico (190).

Ao serem perguntados sobre a natureza das ocorrências relacionadas ao evento, mencionaram a prática de diversos delitos, principalmente tráfico de drogas, disparo de arma de fogo (“tiroteio”) e agressões (“brigas”). Todavia, em relação ao baile supostamente representar risco ou ameaça pra comunidade, emblemática a declaração de um dos policiais militares:

[Entrevistadora:] Acredita que o baile represente algum risco ou ameaça pra comunidade da Tuka?

[Soldado 01:] O baile, em si, não, mas, as coisas que provêm do baile funk, atraindo (sic) criminosos de outra região, que vem armados, até com o intuito de se proteger

²⁰ No dia 02 de setembro de 2015, no 19º Batalhão de Polícia Militar de Porto Alegre, Rua Coronel Aparício Borges, nº 2505, no Bairro Partenon, foi formalizada solicitação do levantamento das ocorrências referentes ao baile e suas proximidades. No dia 09 de setembro, encaminhado por *e-mail* ao responsável pela 2ª Companhia os detalhes sobre o necessário para a realização da pesquisa. Movimento reiterado nos dias 15, 16 e 23 de setembro. Entretanto, infelizmente, não houve qualquer retorno quanto às informações solicitadas acerca da análise da natureza dos delitos, perfil dos envolvidos e a relação dos delitos com o baile. Portanto, maior ainda a importância o estudo sobre os elementos colhidos através da aplicação de questionário (anexo).

de outros inimigos que por ventura venham se encontrar. Dentro do baile funk, na localidade ali, não há grande risco, o problema é a saída, nas ruas próximas, nos ônibus, é onde se registra o maior número de problemas. [...] o baile funk, não o gênero musical, mas da maneira como ele é executado nas periferias hoje, sem sombra de dúvidas, é um fato preocupante. Porque jovens, principalmente adolescentes, se veem bastante frequentemente totalmente embriagados, drogados, sentimento de libertinagem, não respeitam nada e nem ninguém. Esse é um dos grandes problemas assim dessa aglomeração de jovens hoje. Até porque, na maioria das vezes a letra do funk é, ela é uma letra que induz a juventude a cometer criminalidade (ANEXO 6.1).

A fala dissimula e tenta separar o indissociável: a manifestação cultural do ritmo musical. O problema passa a ser o “modo como vem sendo executado” e não “o gênero musical”. Portanto, a desqualificação do modo de vida presente ali é exatamente o que expõe a rotulação, e a consequência óbvia disso apenas será dirigida à criminalização de acordo com estes esteriótipos (CHAPMAN, 1968). Não será a toa que tal racionalidade concluirá que o universo do *funk* “induz a criminalidade”. Assim, em suma, funciona a seleção criminalizadora policial ou mesmo judicial.

Por outro lado, um dos soldados, em que pese acreditar que o *funk* não está vinculado a uma determinada classe social, afirma que ele é consumido por comunidades mais pobres e geralmente envolvidas com o tráfico de drogas e que, além disso, por vezes, compõem músicas contra as leis e de afronta à polícia. Aduz, por consequência, que são os próprios funkeiros os responsáveis por sua criminalização. Numa alquimia clássica que está no âmago do discurso do poder punitivo que se acredita neutro e passivo, apenas posto em movimento quando provocado, defende que a polícia não criminaliza o movimento *funk*, mas sim os próprios funkeiros que se colocariam contra a lei através das letras (ANEXO, 6.2). Ilustrativa por demais a reação do mesmo Soldado quando utilizado na entrevista o termo “órgão repressor” para referir à Polícia Militar. Imediatamente

transpareceu seu incômodo e ressaltou a preocupação em não ver a instituição estigmatizada na pesquisa.

Por fim, na oportunidade da entrevista realizada no 19º BPM com o Capitão responsável pela 2ª Companhia, no alto de sua posição de suposto “especialista” por “conhecer a zona há mais ou menos 12 anos”, notando a evolução da cultura *funk* local, diz que os bailes eram promovidos apenas visando à bebida e ao tráfico. Defende, não obstante, que não se trata de uma questão cultural, mas sim da lei, sendo “*necessário manter a ordem*”. A introjção de um conhecimento dado como óbvio é exatamente aquilo com que se alimenta a *criminologia midiática* (ZAFFARONI, 2013, pp. 193 ss.). E aos atores político-criminais imersos neste caldo de um higienismo social tacanha nada cabe senão depurar os elementos indesejáveis sob o pretexto de manter a ordem. Tudo isto sempre a conduz a respostas urgentes e às falsas soluções repressivas de sempre. A chave desta racionalidade passa precisamente pelo surpreendido aqui nas entrevistas com os agentes de segurança pública: instados a falar do que sabem (organização policial, dificuldades no processo de investigação ou de diagnóstico dos casos que encontram) desembocam a formular respostas que apenas um criminólogo estudioso do tema, se fosse o caso, poderia responder. Em resumo, pretensamente achando que responde a conhecimentos que lhe são comuns e até óbvios adere a uma realidade construída de preconceito dada como certa. Cria-se um pensamento mágico disfarçado de científico pronto a retroalimentar a reprodução dos estigmas.

4. À guisa de conclusão: medo, estigma e criminalização – a batida funk

*Eu já avisei e vou confirmar
A voz da favela você tem que respeitar
Somos todos iguais mas temos diferenças
Vocês lutam pela lei, nós pela sobrevivência
(Mc Tchesko, **Sobrevivência**)*

Os herdeiros das senzalas deixaram de ser perseguidos

por portarem um cavaquinho ou um pandeiro, mas não por se divertirem ao som do “pancadão”. Imbricações assim expostas por Nilo Batista: “As velhas perseguições aos batuques e ao samba encontraram no funk um novo alvo à altura da tradição: também uma arte popular, cultivada pelos estratos sociais mais pobres, irreverente e sensual.” (BATISTA, 2013, p. 191).

Associar o *funk* à criminalidade, à violência e à imoralidade não é mera coincidência, mas sim ampla estratégia nada latente do processo de idiotização da população, no qual a mídia possui grande protagonismo. Fomentar socialmente a ignorância através dos rasteiros discursos do senso comum aliciadores do ódio, através de notícias que teimam em vincular funkeiros ao tráfico de drogas e como supostos agentes da apologia ao crime ou ainda de estímulo à sexualidade precoce, é, além de criar a própria imagem da devassidão e perigo ao “cidadão de bem”, manipular o medo, gerir a paranoia social treinando os afetos na direção de um contagioso analfabetismo político.

Segundo Adriana Facina,

A associação entre artista do funk e “traficantes” como heróis da juventude favelada não é casual. [...] A construção da imagem do traficante como ameaça à sociedade, substituindo outros estereótipos, como o de “comunista”, cria um novo inimigo que justifica a continuidade da opressão do povo pobre em novos marcos. (FACINA, 2010).

Em diversos momentos, a imprensa conferiu ao *funk* um tratamento marginalizante, pressionando o poder público a agir de certa forma quanto ao gênero musical. A cada fato envolvendo o *funk*, noticiado de forma aterrorizante, as demandas da sociedade para que Estado responda perversa e de maneira repressora ao movimento cresce sem cessar. Assim, o discurso da mídia hegemônica e suas posturas criminalizadoras em relação ao *funk* se fortalecem, a exemplo da criação de leis limitando a realização de bailes (SANTIAGO, 2013, p. 33).

Sabemos que a linguagem midiática é produtora de afetos.

Máquinas que acabam gerando outras máquinas emocionais, quer dizer, subjetividades forjadas e produtoras de determinados sentimentos. Quando operacionalizada sua potência desde uma violência projetiva, como no caso intensificado dos discursos cristalizados de preconceitos, atirados sobre os significantes *funke-crime-medo*, será o ódio que dominará o campo dos sentidos. Alçado a delírio por engrenagens midiaticamente organizadas, este circuito de afetos²¹ acaba por se fixar como a verdade da experiência social. Neste complexo jogo de forças em que se cruzam dispositivos verticais, como líderes políticos, publicitários, jornalistas etc., associados a esta contagiosa atmosfera de confirmação horizontal de personalidades autoritárias, tais manifestações artísticas acabam por canalizar a paranoia como condição social. Assim, oblitera-se qualquer outro horizonte possível senão aquele sob a égide de um *ethos* que Márcia Tiburi chamou de “*med’ódio*”: “o modo como se produz o medo relaciona-se diretamente com a produção do ódio. São afetos associados. A sociedade que promove a insegurança – e vende ‘segurança’ por todos os lados – depende do sucesso do medo. Medo da economia e da política e, em primeira instância, sempre o *medo do outro*” (TIBURI, 2016, p. 36).

Na figura do funkeiro, projeta-se o inimigo que, através de uma articulação entre a influência dos meios de comunicação de massa e as atividades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, passa a ser visto como ameaça à moral e aos bons costumes. Portanto, o funkeiro começa a gerar repulsa e, então, torna-se inimigo de toda sociedade. Ao classificar o funkeiro como “inimigo”, agente de uma identidade deteriorada desviante (*outsider*), vemos que tal processo de criminalização trata de uma deliberada filtragem que, além de ser concentrada nos estratos mais pobres da sociedade, é responsável por produzir e construir estereótipos (rótulos) (BECKER, 2008).

Nesse sentido, ao menos desde os estudos criminológicos rotulacionistas (*labelling approach*), dever-se-ia perceber que a criminalidade é uma realidade socialmente construída e atribuída

²¹ Sobre a importância política de se mergulhar nesta perspectiva, ver (SAFATLE, 2015a).

a determinados indivíduos ou grupos através da ocorrência de processos de criminalização. O paradigma da reação social, como ficou consagrado, foi o radical contraponto à criminologia positivista, e de irretorquível irreversibilidade em suas conquistas críticas (BARATTA, 1999, pp. 112-3). Entre as mais importantes talvez esteja seu recorte preciso de não mais dotar o desviante como simples “objeto de pesquisa” como faziam os positivistas, mas permitir um olhar permeável aos processos sociais de interação simbólica. Não identificar, classificar e controlar o sujeito dito criminoso para extirpá-lo do convívio comum, mas sim estudar os processos de interação (dentre eles as linguagens criminalizantes) sobre os quais eles estão dispostos como “desviantes”.

Para Gabriel Anitua, seguindo Frank Tannenbaum, o processo de rotulação se inicia com a atribuição de determinadas características ao sujeito que, devido a elas, será excluído da sociedade honrada e então incluído na sociedade delinquencial, já que apenas entre outros delinquentes será capaz de se encaixar. Após, o indivíduo se adequa ao novo *ethos* de delinquência, o adotando como forma natural de viver. Concomitantemente, gera-se um endurecimento no confronto com as instituições penais, cuja consequência seria a “*psicose da guerra*” ao delinquente profissional, fomentada pelo medo e pelo anseio de permanecer vivo e livre a qualquer custo (ANITUA, 2008, p. 588).

Sempre presentes deveriam estar as lições da teoria do etiquetamento. Especial trato à clássica obra referida de Howard Becker dedicada ao estudo dos músicos de jazz e dos usuários de maconha. Exame detalhado dos efeitos que a imposição social de um *status* de desviado desempenha. Segundo Howard Becker, o desvio seria não uma qualidade do ato cometido, tampouco daquele que o comete, mas sim uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O autor conclui que “desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.” (BECKER, 2008, p. 22). Ou seja, ser desviante é, assim, o resultado de um etiquetamento social e não a consequência de uma conduta

praticada.

Por outro lado, na mesma estatura estão os estudos de Erving Goffman, particularmente a obra “*Estigma*”, na qual o colhe especificamente como produto de um tipo especial de relação entre atributos e esteriótipo. Portanto, a categorização do “estranho” dá-se por conta de determinados atributos, que o tornam diferente e excluído dos demais. Afirmo diretamente que o tratamento despendido a determinados sujeitos é de exclusão e classificação como “indesejáveis, maus, perigosos e fracos.” Assim:

Deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande [...] e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real. (GOFFMAN, 2012, p.12)

O “desviante”, reduzido a criminoso pela baixíssima intensidade crítica da linguagem do senso comum, é, portanto, aquele a quem a sociedade atribui tal rótulo em virtude de uma certa leitura sobre a sua conduta e, sobretudo, devido ao seu índice de marginalização (vulnerabilidade), qual seja: negro, pobre, desempregado, favelado etc. (lembrando a lógica lombrosiana). Ainda que tenha ocorrido uma infração ao Direito Penal, será o comportamento formalmente delituoso somado às posições estigmatizadas que carrega lhe tornarão realmente dotado deste *status* perante a sociedade. A marginalização do sujeito corroborada com o mínimo deslize, o transformará em delinquente.

Refere, Alessandro Baratta que:

O que é criminalidade se aprende, de fato, pela observação da reação social diante de um comportamento, no contexto da qual um ato é interpretado (de modo valorativo) como criminoso, e o seu autor tratado conseqüentemente. Partindo de tal observação pode-se facilmente compreender que, para desencadear a reação social, o comportamento deve ser capaz de perturbar a

percepção habitual da routine, da ‘realidade tomada-por-dada’ (taken-for granted reality), ou seja, que suscita, entre as pessoas implicadas, indignação moral, embaraço, irritação, sentimento de culpa e outros sentimentos análogos. (BARATTA, 1999, p. 95).

Frise-se que, para a construção do rótulo “criminoso”, não é suficiente a mera prática de ato tipificado como ilícito penal, senão é necessária a reação social, isto é, que o agente desviante seja alvo da atuação das instâncias oficiais (e não oficiais) de controle social e que seja selecionado a integrar o grupo dos indivíduos vistos como tal.

Tendo por adquirido tudo aquilo que rapidamente fora apontado, pode-se também entender a criminalização do *funk* como consequência da reação social que este provoca na sociedade. Melhor dizendo, músicas que trazem à tona problemas sociais como desigualdade, violência, consumo de drogas etc., ou seja, ecoam uma realidade vivida nos morros e comunidades do Brasil, geram, além da repulsa “natural” por serem provenientes de estratos mais carentes da sociedade (preconceito nato), *irritação e perturbação da percepção habitual da rotina*. A indiferença completa à vida nas periferias brasileira é o obscuro da exceção arditosamente naturalizada. Nada muda manifestação cultural sobre a qual é preferível se adotar permanentes mecanismos de silenciamento. Nada há ali para se dizer, portanto, nada por se escutar.

Não desprezemos, por outro lado, o mal-estar que este estado de coisas, audível nestes discursos, pode desencadear. Qualquer cidadão minimamente compassivo deve(ria) se incomodar ao ouvir o que relatam algumas destas letras de *funk*: crianças recrutadas pelo tráfico de drogas, o sangue escorrendo pelas escadarias e barracos do morro, jovens nulificados de um futuro senão pela visibilidade criminal etc.. Testemunhos que nos atiram claramente diante da responsabilidade sobre as opções políticas e criminais de um estado que marginaliza, aprisiona e mata em defesa do capital. Quando se aprende que a criminalidade é uma definição e não uma realidade objetiva, somos tomados pela capacidade imperativa de interrogar

imediatamente quem tem o poder de definir e quem sofre a definição. A partir disso, responder a que(m) interessa criar uma imagem de desordem, terror e instabilidade relacionada à periferia.

Sobre a verdadeira faceta da criminalização do *funk*, Adriana Facina elucidada:

Criminalizar a cultura funk, incluindo-se aí o proibidão, é criminalizar os pobres. [...] Portanto, fica claro que o problema não é tanto o funk (que, aliás, continua a ser tocado em boates da Zona Sul, festa em condomínios de classe média, clubes fechados, etc.), mas sim quem produz e se diverte com ele. (FACINA, 2010, p. 59)

Ao contrário do rótulo preconceituoso e discriminatório imposto aos bailes *funk*, percebe-se que estes, assim como qualquer outra festa, são espaço cultural de lazer e diversão. Canalha é a associação banal dos bailes à criminalidade e à “selvageria”.

Um dos grandes mitos, sustentado pelas forças policiais e pela imprensa, é a de que bailes funk provocam violência e o aumento de ocorrências que ameaçam a ordem urbana. No entanto, sabemos que tais fatos não são exclusivos de bailes funk e sim comuns a qualquer tipo de aglomeração, sobretudo as que envolvem a juventude [...] Do mesmo modo, micaretas, o réveillon de Copacabana, festas em boates, chopadas e por aí vai. (FACINA, 2010, pp. 59-60).

Os bailes *funk* são proibidos sob o pretexto de serem o “antro da criminalidade”. Entretanto, singelo entender que o cometimento de crimes em festas não é exclusividade de bailes funk. Nem precisaríamos aludir quaisquer festas em algum condomínio fechado por alguma zona nobre de alguma cidade do Brasil. Mais palatável insistir em ver o perigo apenas no que vem do estrato mais vulnerável da sociedade, o que denota além da lógica do recorte de classe e de raça, a evidente tentativa de extermínio do “indesejável” (BAUMANN, 1998, p. 13-120).

A importância de análise deste estilo musical está

naturalmente por ser, repita-se, um modo de vida, na medida em que a musicalidade jamais deixará de ser expressão da linguagem e, por seus vínculos, uma maneira de construir o espaço social. O *funk*, portanto, como expressão cultural, veicula afetos que singularizam as comunidades que o vive. Atentos estamos ao alerta de Safatle (2015b; 2015c), e não estamos nos acovardando sobre qualquer inteligência crítica a qual veria o *funk* como ideia da equivocada existência de uma “cultura proletária”. Muito menos o enxergaríamos de maneira unívoca, procedendo a uma indiferenciação daquilo que também ali pode estar presente, como a “simplicidade formal”, a “esteriotipia dos afetos”, a “fácil cognição” e uma mera ostentação de uma “inserção social conformista” – formas que expõem a farsa de um “popular” que nem de perto “abala os alicerces” da classe dominante. Nossa preocupação coaduna-se com isso, e aponta exatamente que, para além da qualidade discutível do que se produz, há a planificação destas complexidades exatamente pelo poder punitivo. Independente dos modos que o *funk* se põe e do juízo estético possível (e extremamente necessário de ser feito) diante disso, este mundo é integrado absolutamente como alvo da repressão penal.

Na realidade, muito para além de silenciar um ritmo musical, neste caso o *funk*, busca-se, via criminalização, o extermínio legitimado da pobreza. Administrar a miséria por intermédio da repressão penal (WACQUANT, 2007, pp. 85 ss) de suas tradições, valores, culturas e lazer. Diga-se, por fim, à exaustão: por detrás do processo (sempre seletivo) de criminalização das manifestações culturais concentradas nos estratos mais pobres da sociedade está o desejo de criminalizar e eliminar o público que se identifica com estas expressões: o jovem negro, pobre e favelado.

Referências

ALVES FILHO, Bernardo. **A Pré-história do Samba**. Petrolina: edição do autor, 2002.

- ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2 ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BATISTA, Nilo. “Sobre a criminalização do *funk* carioca”. In: **Tamborzão**: olhares sobre a criminalização do funk. Criminologia de Cordel 2. BATISTA, Nilo et al. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BAUMANN, Zigmunt. **Mal-Estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudo de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- CARVALHO, Salo de. Criminologia Cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 17, n. 81, nov.-dez./2009, pp. 294-338.
- CHAPMAN, Denis. **Sociology and the Stereotype of the Criminal**. London: Tavistock, 1968.
- COHEN, Albert K.. **Delinquent Boys**: The Culture of the Gang. New York: Free Press/Macmillan Publishing, 1955.
- CYMROT, Daniel. Criminalização do Funk e Extermínio de MCs. **Folha de São Paulo**, São Paulo, nº 13 (jun. 2012).
- CYMROT, Danilo. “‘Proibidão’ de colarinho-branco”. In: **Tamborzão**: olhares sobre a criminalização do funk. Criminologia de Cordel 2. BATISTA, Nilo et al. Rio de Janeiro: Revan, 2013, pp. 73-104.

DOPA – **Diário Oficial de Porto Alegre**. Câmara Municipal. Lei nº 10.987, de 6 de dezembro de 2010.

DOPA – **Diário Oficial de Porto Alegre**. Câmara Municipal. Lei nº 11.682, de 25 de setembro de 2014.

ESSINGER, Silvio. **Batidão**: uma história do funk. Rio de Janeiro: Record, 2005.

FACINA, Adriana. A “eu só quero é ser feliz”: quem é a juventude funkeira no Rio de Janeiro? **Revista EPOS**, Rio de Janeiro, v.1, n. 02, out. 2010.

FACINA, Adriana. “Quem tem medo do ‘proibidão’”. In: **Tamborzão**: olhares sobre a criminalização do funk. Criminologia de Cordel 2. BATISTA, Nilo et al. Rio de Janeiro: Revan, 2013, pp. 51-72.

FERRELL, Jeff; SANDERS, Clinton R.. **Cultural Criminology**. Boston: Northeastern University Press, 1995.

FERRELL, Jeff; HAYWARD, Keith; MORRISON, Wayne; PRESDEE, Mike (eds.). **Cultural Criminology Unleashed**. London: Glasshouse Press, 2004.

FRAGA, Vitor. Projeto relaciona Direito Penal e criminalização do samba. **OAB/RJDigital**, Rio de Janeiro, mai. 2013.

FRANCISCO, Dalmir. Arrastão Mediático e Racismo. **DCS/FAFICH/UFMG**. GABEIRA, Fernando. A Maconha. São Paulo: PubliFolha, 2000.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

HERSCHMANN, Micael. **O funk e o hip-hop invadem a cena**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2000.

HOBSBAWM, Eric. **Bandidos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1976.

- HIRATA, Daniel Veloso. **Sobreviver na Diversidade**: entre o mercado e a vida. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2010.
- MARTINS, Denis Moreira Monassa. **Direito e Cultura Popular**: o batidão do funk carioca no ordenamento jurídico. Rio de Janeiro: UERJ, 2006 (monografia de graduação em Direito).
- MEDEIROS, Janaína. **Funk Carioca: crime ou cultura?** O som dá medo. E prazer. São Paulo: Terceiro Nome, 2006.
- MOURA, Roberto. **Tia Ciata e a pequena África no Rio de Janeiro**. 2 ed.. Rio de Janeiro: FUNARTE, 1995.
- PALOMBINI, Carlos. “Musicologia e Direito na Faixa de Gaza”. In: **Tamborão**: olhares sobre a criminalização do funk. Criminologia de Cordel 2. BATISTA, Nilo et al. Rio de Janeiro: Revan, 2013, pp. 133-172.
- PEREIRA, Camila Stella Toledo. **Cultura ou polícia?** A cobertura jornalística do funk carioca em Porto Alegre. (Monografia de Conclusão do Curso de Comunicação Social). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010.
- PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais no Brasil**: Evolução Histórica. 2 ed.. São Paulo: RT, 2001.
- PINTO, Charles di; BORBA, Gustavo. **Fragmentos de Memória do Rock Gaúcho**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2014.
- PRESDEE, Mike. **Cultural Criminology and the Carnival of Crime**. London/New York: Routledge, 2000.
- RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2 ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SAFATLE, Vladimir. **O Circuito dos Afetos**: Corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. São Paulo: Cosac Naify, 2015a.
- SAFATLE, Vladimir. O fim da música. In: **Folha de S. Paulo**,

09/10/2015b.

SAFATLE, Vladimir. Os alicerces da cidade. In: **Folha de S. Paulo**, 16/10/2015c.

SALLES, Écio. Funk, samba e a produção do comum: diálogos, sons, interações. **Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação**, Rio de Janeiro, abr. 2007.

SANTIAGO, Tainá Barbosa. **É som de preto, de favelado e caso de polícia**: a criminalização do funk e sua correlação com o poder público e a mídia. Niterói: UFF, 2013.

TIBURI, Márcia. **Como Conversar com um Fascista**: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro. São Paulo: Record, 2016.

VELLOSO, Mônica Pimenta. As Tias Baianas Tomam Conta do Pedaco: Espaço e Identidade Cultural no Rio de Janeiro. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, pp. 207- 243.

VIANNA, Hermano. **O Baile Funk Carioca**: Festas e Estilos de Vida Metropolitanos. Rio de Janeiro: UFRJ, 1987.

VIANNA, Hermano (Org.). **Galerias cariocas**: territórios de conflitos e encontros culturais. Rio de Janeiro: UFRJ, 1997.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

GÊNERO E A LUTA PELOS DIREITOS DA MULHER NA ERA DIGITAL

Andressa Piccinini Bertão¹

Felipe da Veiga Dias²

1. Traços históricos do feminismo e gênero

Atualmente, a discussão acerca da violência de gênero vem se expandindo e tomando lugar nas conversas de bar ou do almoço de domingo. A grande divulgação de casos que beiram a selvageria, como o recente estupro coletivo de uma adolescente no Rio de Janeiro, alarma a sociedade para um problema que, nem de longe, é exclusivo deste século. A violência de gênero, em especial a violência contra a mulher, não é novidade. De fato, sabe-se que o atual modelo social tem como base histórica o perfil patriarcal que, de maneira constante, busca oprimir e diminuir a força e voz das mulheres.

Não obstante, primeiramente, mostra-se necessário compreender o conceito de violência de gênero. Muito mais do que representar a violência específica contra a mulher, a violência de gênero tem uma abrangência muito ampla e significativa. Nas palavras de Puthin “o termo violência de gênero caracteriza-se pela incidência do ato violento em função do gênero ao qual pertence às pessoas envolvidas, ou seja, a violência acontece porque alguém é homem ou mulher” (PUTHIN, p. 165, 2011), o que se torna seguro assumir que a vítima da violência de gênero é, em sua maioria, do sexo feminino. Essa violência, que pode se mostrar de diversos modos - sendo ela física, psicológica ou sexual - possui um dominador em comum: o homem, enquanto que, usualmente, a mulher é a vítima.

¹ Graduanda em Direito pela IMED. Email:dessa.piccinini@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) – 2015. Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo, nas áreas de Direito Penal, Criminologia e Direitos da Criança e do Adolescente. Integrante do Grupo de Pesquisa Poder, Controle e Dano Social, coordenado pela professora Marília De Nardin Budó, vinculado ao PPGD – IMED. Advogado.

Historicamente, na maioria das sociedades, a mulher era considerada inferior, frágil e subordinada ao homem. Harari (2015) afirma que em muitas sociedades, a mulher era considerada apenas uma propriedade, um objeto do homem, que, primeiramente, pertencia ao pai ou irmão e, após o casamento, ao marido. Em sociedades consideradas “avançadas” por historiadores, tal como a Grega, a mulher não possuía voz ou importância, nem mesmo sendo considerada cidadã aos olhos da *pólis*³.

O mesmo autor chega à conclusão que, apesar de durante a história existiram diversas hierarquias, tal como o sistema de castas presente na Índia, uma delas foi de extrema importância em todas as sociedades conhecidas pelo homem: a de gênero. Todas as civilizações se dividiram entre homens e mulheres e, em praticamente todas, os homens foram privilegiados. Outrossim, Grisci (apud PEDRO e GUEDES, 2010) relata que, mesmo que não seja uma ideia unânime entre os historiadores, acredita-se que nas civilizações mais antigas, a sociedade era matriarcal. Essas civilizações eram caracterizadas por um sistema organizado e dirigido pelo sexo feminino, já que a maternidade, dom presente da natureza, as enchia de poder.

De qualquer maneira, por séculos, a mulher foi desvalorizada e tratada como objeto e tal tratamento oportunizou o surgimento de um movimento que está presente na história desde tempos remotos, mas que no momento, ganha cada vez mais voz: o feminismo. O termo tem gerado discussões e fisionomias de discordância entre as pessoas, mas este vem lutando pelos direitos da mulher, bem como pelo seu reconhecimento enquanto movimento social. Contudo, segundo Alimena (2010), é impossível construir uma linha histórica datando o surgimento do feminismo, já que não há registros de uma sociedade que a relação homem-mulher não fosse de caráter fundamental. Mesmo assim, não havendo uma data inicial do

³ O termo *pólis* provem do grego e refere-se aos Estados da Antiguidade que, organizados como uma cidade, dispunham de um território reduzido e eram governados com autonomia relativamente a outras entidades. Site Conceito De. Disponível no endereço www.concenito.de/polis. Acesso em 07 out. de 2016.

surgimento do movimento feminista, o termo ganha notoriedade nos séculos XX e XXI (embora diversas conquistas remetam ainda a períodos anteriores). Porém, quando alguém se declara feminista, o que verdadeiramente está se dizendo?

Para a autora Adichie, que, em dezembro de 2012 palestrou no TEDxEuston, evento esse focado na África, “feminista é uma pessoa que acredita na igualdade social, política e econômica entre os sexos” (ADICHIE, p.49, 2015). Sabendo então que a luta feminista busca uma igualdade entre os gêneros e não a supremacia “feminina” sob o sexo “masculino”, há, durante a história mundial, a representação de três grandes ondas feministas.

É pública a informação de que, por séculos, as mulheres não possuíam o direito a voto. Na Grécia antiga em Atenas, berço da democracia, os únicos que o possuíam eram os considerados cidadãos, ou seja, homens, filhos de atenienses, nascidos em Atenas e maiores de 21 anos. Tão logo, os estrangeiros, escravos e mulheres não eram considerados cidadãos e, por isso, não tinham direito a voz dentro da *Ágora*, praça pública onde ocorriam as votações (DIAS; MORAES, 2013). Foi apenas no começo do século XX que a mulher atingiu o direito ao voto. Lee (2016) relata que o movimento sufragista que começou na Inglaterra em meados de 1903 conquistou este direito para mulheres maiores de 30 anos em 1918 e, em 1928, o direito se estendeu para as maiores de 21.

O movimento das *suffragettes* caracteriza a primeira onda feminista, onda que reivindicou a participação da mulher na **esfera pública**. Martins elenca as diversas reivindicações e direitos que as mulheres buscaram na chamada primeira onda feminista:

Assim, as primeiras pautas desses movimentos, pertencentes ao que se denomina primeira onda do feminismo, apresentavam reivindicações por melhores condições de trabalho, como salário, redução da jornada e salubridade, e pela conquista de direitos políticos – de votar e representar interesses nos parlamentos (MARTINS, 2015, p. 232).

Ainda tratando-se da primeira onda feminista, Alimena a caracteriza com a palavra igualdade, na qual há um eixo teórico que busca iluminar as semelhanças entre homens e mulheres, trazendo em destaque a busca pela expansão de direitos humanos individuais e políticos, causando assim a iniciação da mulher na esfera pública (ALIMENA, 2010).

Saindo da esfera pública, a segunda onda feminista vai para a esfera privada:

Se, na primeira onda do feminismo, se evidenciam, em diversos lugares do mundo, movimentos de mulheres que reivindicam a participação no espaço público e a garantia de condições igualitárias no mundo do trabalho, a segunda onda realociza o sujeito e o situa no espaço privado, de onde estariam a emanar todas as desigualdades. O imaginário de igualdade e da superação das opressões transita, nesse processo, da rua para a casa, da fábrica para o lar. O opressor, do mesmo modo, é personalizado na figura do patriarca – aquele que, no âmbito das relações domésticas e familiares, estaria a inibir por meio da violência física e emocional, a fruição dos direitos e o avanço das conquistas das mulheres (MARTINS, 2015, p. 234).

Desse modo, se antes havia uma privação de direitos na esfera pública, nessa etapa passa-se ao debate igualmente da violência que se esconde no plano privado. A vida privada torna-se o foco da segunda onda feminista, trazendo temas como estupro, assédio e violência doméstica como sintomas da disparidade entre homem e mulher. É assunto ainda da segunda onda a proteção, ou falta dela, fornecida pelo Estado. Alimena (2010) coloca em seu livro que o Estado e o sistema legal eram vistos como um instrumento masculino para dominar o feminino.

Por fim, também há uma crítica contra a objetificação da mulher, sugerindo que o homem se apropria da sexualidade feminina e que essa sexualidade seria a manifestação da dominação masculina. Chega-se então a terceira onda feminista, caracterizada pela palavra diversidade (DIAS; MORAES, 2013).

Nesse ponto a luta cresce, saindo da dualidade homem-mulher e passando para mulher-mulher.

A diversidade entre as próprias mulheres é o foco da terceira onda, trazendo ao cerne a diferença das batalhas traçadas por mulheres em diversas situações sociais e econômicas, como, por exemplo, negras, muçulmanas ou de baixa renda. É nessa onda que se cria uma consciência que, por mais que as mulheres lutem unidas para alcançar a igualdade de gênero, há caminhos mais árduos, ainda dentro da condição da mulher no mundo do mesmo sexo (ALIMENA, 2010).

Destarte a teoria das ondas é uma boa maneira de exemplificar as lutas travadas por séculos pelas mulheres. Ademais, a ideia de ondas sugere a permanência de um assunto, sem ser tomado pelo próximo que surgir. Isto é, os temas que surgiram com as sufragistas no começo do século XX não foram superados pela segunda e terceira onda. O que ocorre é a permanência dos mesmos debates. Posto isso, a ideia de que, mesmo as mulheres conquistando direitos nas esferas públicas e privadas, a desigualdade de gênero ainda é uma realidade e o debate está presente na sociedade contemporânea.

Adiche (2015) relata inúmeras situações onde a mulher ainda enfrenta o machismo milenar presente na comunidade mundial. A autora descreve o costume de nigerianos em não falar diretamente com a mulher quando a mesma está acompanhada por um homem. A autora chega até a contar uma experiência pessoal onde ela, acompanhada de um amigo, foi desvalorizada por ser mulher. Há, portanto, um senso comum de que os chamados “países desenvolvidos” evoluíram e que a repressão perante as mulheres é algo que ocorre em países desfavorecidos, porém, não é o que se vê na realidade mundial.

Não muito diferente do restante do mundo, no Brasil, o sistema patriarcal funcionou de maneira parecida com o de outros países. DeSouza, Baldwin e Rosa (2000) constroem uma linha histórica da mulher nas terras tupiniquins. Com a chegada dos primeiros portugueses, a mulher no Brasil possuía dois papéis: trabalhadora e objeto sexual. Os autores referem que, devido o fato da moral libertina dos portugueses, os mesmos não viam

problema em abusar sexualmente das mulheres nativas brasileiras e, eventualmente, das escravas africanas que viriam ao Brasil nos anos seguintes.

Já na época colonial, as mulheres brancas e portuguesas que começaram a chegar ao país, diferentemente das escravas negras e índias, eram o verdadeiro arquétipo de Maria:

Quando as mulheres brancas chegaram durante a era Colonial, elas mantiveram o arquétipo do modelo de Maria — elas eram assexuadas; suas vidas restritas aos limites da casa ou da Igreja. As mulheres eram estereotipadas como fracas, submissas, passivas e sem poder na área pública (DESOUZA, BALDWIN e ROSA, 2000, p. 486).

Durante grande parte do período histórico brasileiro, índias, negras e brancas travavam batalhas individuais em busca de seus direitos, respeitando suas devidas proporções. Enquanto negras e índias eram escravas, sendo forçadas a trabalhar no campo e a servir o seu senhor no que ele desejasse, as mulheres brancas também enfrentavam dificuldades. Estas eram educadas para o casamento e para administrarem a casa, criar os filhos e, até, a suportar as traições dos maridos.

A população da Colônia era explorada em benefício do nascente capitalismo europeu. E à mulher daquele tempo coube, ainda como ocorre nos dias de hoje, uma parcela maior de exploração: primeiro, enquanto parte da população brasileira, sem qualquer poder de decisão, dominada que era pela metrópole (Portugal); segundo, porque nessa época a sociedade aqui formada organizou-se sob a forma patriarcal, isto é, era uma sociedade onde o poder, as decisões e os privilégios estavam sempre nas mãos dos homens. Nessa situação, o papel que cabia à mulher da classe dominante (proprietários de terra e de escravos) era, necessariamente, o de esposa e mãe dos filhos legítimos do senhor (TELES, 1993, p. 18-19).

É no Brasil Império que a mulher começa ampliar seu papel na sociedade. Explica-se que é neste período que as mulheres de classe média e alta começaram a transitar nas ruas da cidade e a posição da mulher no mercado de trabalho tem significativa melhora (DESOUZA; BALDWIN; ROSA, 2000). Destaca-se ainda Anita Garibaldi, mulher catarinense, que na época do Império, lutou na Guerra dos Farrapos ao lado do marido Giuseppe Garibaldi e, posteriormente na unificação da Itália (TELES, 1993).

Os “benefícios presenteados” às mulheres aumentaram com a virada do século. Relata-se que, entre 1872 a 1900, a porcentagem de professoras aumentou, já que a sociedade acreditava que o trabalho de ensinar era uma extensão da vocação da mulher, que era criar e educar seus filhos (DESOUZA; BALDWIN; ROSA, 2000). Contudo, os avanços ainda eram pequenos. Hahner (apud DESOUZA, BALDWIN, ROSA, 2000) conta que ainda havia a crença de que as carreiras “femininas” deveriam manter-se no âmbito do coração e que as mulheres não poderiam se afastar de serem mães, esposas e filhas.

Nas palavras de Teles (1993) com o advento da industrialização do país, a mulher se viu duplamente explorada: trabalhava nas fábricas e nos lares. Esta dupla jornada persiste até os dias de hoje, já que milhares de mulheres brasileiras do século XXI trabalham das sete horas da manhã até às dezoito horas e precisam, também, cuidar dos filhos, da casa e do marido. Ademais, na época da República Velha⁴, as mulheres operárias lutaram ao lado dos homens em busca de condições mais dignas de trabalho. Lutavam por uma jornada de oito horas e melhores salários. A autora ainda relata: “A vitória dos homens foi completa: oito horas! As mulheres ficaram com nove horas e meia” (TELES, 1993, p.42). Foi após a revolução de 1930, realizada pelas oligarquias que dominavam o Brasil na época, que a mulher finalmente recebeu o direito ao voto no país. Cita-se ainda Carlota Pereira de Queirós como a primeira constituinte do

⁴ República Velha, também chamada de Primeira República, durou dos anos 1889-1930. As revoltas ocorreram em 1907.

país a auxiliar a incorporar o voto da mulher na Constituição de 1934 (TELES, 1993).

Passa-se então por um período mais pacífico, contudo não menos importante na história das lutas das mulheres no país, e apenas na década de 1970 que os grandes avanços retornam e as mulheres ganham mais voz no cenário da sociedade brasileira.

2. Feminismo e Gênero na era digital: novos suportes para defesa dos direitos da mulher

As lutas travadas pelas mulheres-guerreiras⁵ para que hoje estas estivessem mais perto de alcançar a igualdade, tomaram proporções inimagináveis. São mulheres de luta como Frida Khalo que ainda representam o movimento feminista e dão força para que as “manas”⁶ continuem lutando. Hoje, o termo feminismo encontra-se em uma situação delicada: com a grande facilidade para o acesso a informação, a disseminação de ideias erradas sobre o movimento e suas participantes vem acontecendo sem a possibilidade de defesa.

Essa luta, que permeou diversos séculos, saiu das ruas aos jornais e revistas e finalmente conquistou a internet. Não poderia ser diferente, no mundo contemporâneo onde se vive conectado 24 horas por dia, que as feministas começassem a usar as redes sociais para espalhar os ideais do movimento para outras pessoas que não os conhecem.

Nesse ponto, para continuar o debate acerca do assunto, é necessário esclarecer o que é uma rede social. Recuero (2009) a conceitua como uma rede onde é possível observar as conexões de um grupo social, com base nas conexões estabelecidas entre diversos atores (atores sendo os usuários). É nesse universo próprio que é a internet que se chega a uma das redes sociais que possuem o maior número de usuários: o *Facebook*.

⁵ Feministas que lutaram na frente pleiteando os direitos que hoje se assumem como comuns, mas que na época não se estendiam para as mulheres

⁶ Forma que as participantes do movimento carinhosamente chamam umas às outras.

Criado por quatro estudantes da faculdade de Harvard nos EUA, Mark Zuckerberg, Eduardo Saverin, Dustin Moskovitz e Chris Hughes, a rede social surgiu com o intuito de classificar os mais atraentes sexualmente da faculdade. De início, os usuários podiam escolher entre duas fotos de duas pessoas distintas quem era o mais “quente” (TEIXIERA, 2016). Foi ainda em seu início que a rede se transformou em um meio de propagar ideias políticas, sociais ou apenas opiniões pessoais sobre determinado assunto. Usuários trocavam suas fotos de perfil por textos que expressavam sua opinião. Após isso, o *site* apenas cresceu, transformando-se em um fenômeno e alcançando o mundo. Atualmente, o Brasil é o segundo maior usuário do *Facebook*, ficando atrás apenas dos Estados Unidos.

Atualmente, a rede social *Facebook* é um meio de conexão entre as pessoas e, também, um lugar onde qualquer pessoa pode dispor a sua opinião em público e criar debates sobre isso. Não é raro ler comentários que vão contra diversos movimentos sociais, como comentários homofóbicos, contra ou a favor de determinado partido ou político.

Um dos grandes movimentos que vem sendo atingido por críticas dentro da rede social é o feminismo. A luta pelos direitos de igualdade de gênero sofre todos os dias com comentários machistas e que remetem a ideias do século passado. Há páginas que pregam que a mulher deve ser recatada e “se dar o respeito”, alegando, por exemplo, que a culpa do estupro é, por vezes, da vítima que se encontrava no lugar errado, com a roupa errada ou possuindo uma conduta errada. A essa postura, chama-se de cultura de estupro, a qual nada mais é do que culpar a própria vítima, costumeiramente a mulher, pelo crime.

Pode parecer absurdo, mas a cultura do estupro está presente na sociedade brasileira e muito mais do que se gostaria de admitir. Em uma recente pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública foi constatado que 33,3% da população brasileira acredita que a vítima do estupro tem culpa. Na pesquisa, que foi realizada entre os dias 1º e 5 de agosto, foram entrevistadas 3.625 pessoas em 217 cidades por todo Brasil. Os números surpreendem: 42%

dos homens acreditam que mulheres que “se dão o respeito” não serão vítimas do estupro. 32% das mulheres acreditam que sim, a culpa do estupro é da vítima e 30% dos homens consideram que mulheres com roupas provocantes não podem reclamar do estupro (SOARES, ACYABA, 2016).

A ONU – Organização das Nações Unidas delimita a cultura do estupro como:

Um termo usado para abordar as maneiras em que a sociedade culpa as vítimas de assédio sexual e normaliza o comportamento sexual violento dos homens. [...] “Mas ela estava de saia curta”, “mas ela estava indo para uma festa”, “mas ela não deveria andar sozinha à noite”, “mas ela estava pedindo”, “mas ela estava provocando” – estes são alguns exemplos de argumentos comumente usados na cultura do estupro (ONU, 2016).

Ainda segundo a ONU entende-se que a trivialidade de atos machistas, sexistas, misóginos é a origem da cultura do estupro. No entanto, não só de crimes cruéis a cultura do estupro é feita: piadas sexistas, cantadas na rua, beijos forçados em festas noturnas contribuem para a propagação desta cultura.

O que se percebe com o advento da rede social *Facebook* é a propagação desses ideais machistas, sexistas e misóginos por meio de páginas ou comentários feitos pelos usuários. Da mesma maneira que feministas se utilizam da facilidade de comunicação fornecida pela rede social, machistas e misóginos aproveitam para semear a cultura do estupro, deixando opiniões que ferem a luta das mulheres.

Um forte exemplo da realidade atual é a chamada Marcha das Vadias. Ferreira (2013) relata que a marcha teve início em 2011, no Canadá e foi “identificada como uma reação à naturalização das violências contra as mulheres”. (FERREIRA, p.34, 2013). Ainda, a autora identifica as redes sociais como protagonistas, narrando que graças ao advento da internet e das redes sociais foi possível que o movimento ultrapassasse as barreiras geográficas e alcançasse feministas por todo o mundo.

A comunidade feminista vem se utilizando do *Facebook* como meio de incitar discussões pertinentes a sociedade contemporânea, divulgando textos imagens e vídeos como forma de disseminação de ideias.

O foco na denúncia da violência simbólica e física sofrida pelas mulheres também se concretizou em diferentes produções que buscaram ressignificar o corpo e as relações de desigualdade existentes em variadas produções sociais. Frases como: “Eu não sou cachorra, não!”, “Instinto masculino não é desculpa”; “Eu também sinto calor!”; “Minha roupa não me define!”, são apenas algumas que podem ser encontradas em diferente blogs, páginas e sítios na internet, e que dialogam com diversos simbolismos construídos, em um senso-comum, sobre o comportamento e a sexualidade femininas. (FERREIRA, 2013, p.34).

Gomes e Sorj explicam o duplo significado que o corpo possui dentro da marcha, chamando-o como um “corpo-bandeira”: ele é, ao mesmo tempo, objeto de reivindicação, sendo a autonomia sobre o próprio corpo uma das reivindicações feitas pelas participantes da marcha, e principal instrumento de protesto. Portanto, a utilização do termo popularmente vulgar “vadia” ganha novo significado pelas protestantes, tendo um valor de empoderamento.

O slogan "Se ser livre é ser vadia, então somos todas vadias", comum às marchas de diversas cidades, ilustra esta ideia central. Para expressá-la, as/os participantes lançam mão de roupas sensuais, batom vermelho e topless nas marchas. Palavras de ordem são escritas em seus corpos, como "meu corpo, minhas regras", "meu corpo não é um convite", "puta livre", "útero laico", "sem padrão". Pelo artifício da provocação, o corpo é usado para questionar as normas de gênero, em especial as regras de apresentação do corpo feminino no espaço público. Ao mesmo tempo, o corpo é um artefato no qual cada participante procura expressar alguma mensagem que o particulariza (GOMES, SORJ, 2014, p. 237-238).

Essa autonomia sobre o próprio corpo ganha um novo significado: enquanto para as feministas mais antigas, a autonomia era tratada em assuntos como a descriminalização do aborto e o planejamento familiar, para as feministas contemporâneas o assunto é ainda maior: ele ultrapassa as políticas públicas e o direito de reprodução e assume um campo mais amplo. Na marcha, se celebra a sexualidade feminina como algo positivo, os padrões de beleza feminina são questionados por mulheres de todos os formatos, “a nudez, importante instrumento de impacto nas marchas, parece condensar a um só tempo a capacidade de criticar as normas de gênero e de expressar este modo subjetivo de ‘libertação’ do corpo.” (GOMES, SORJ, 2014 p. 238,).

Mais recente, no início de 2017, encontra-se a marcha *Women against Trump*⁷ que ocorreu um dia após a posse do presidente eleito dos Estados Unidos, Donald Trump, em janeiro de 2017. Trump que, por mais de uma vez, expôs opiniões machistas durante sua campanha foi eleito na última eleição americana. Com o slogan “*Make America Great Again*”⁸ o bilionário que nunca se envolveu com a política proferiu citações misóginas e foi acusado por diversas mulheres por praticar assédios sexuais contra elas. Ainda, em um vídeo datado de 2005 que vazou durante sua campanha, o atual presidente dos Estados Unidos da América proferiu a celebre frase “*grab her by the pussy*” explicando que poderia ter qualquer mulher que desejasse por ser famoso e “agarrá-las pela vagina” (KAY, 2016).

De tal maneira, milhares de mulheres, homens e crianças se uniram para protestarem contra o presidente eleito, ao qual muitos proclamam que não os representa. Por mais que a multidão tenha se concentrado em Washington/DC, capital do país, o protesto ultrapassou os limites geográficos tomando conta de diversas cidades no mundo como Londres, Paris, Berlin e Tel Aviv (WELLE, 2017). O jornal *El pais* relata a importância que as redes sociais tiveram durante o movimento, da própria organização da marcha ao apoio de celebridades e até mesmo a concorrente de Trump:

⁷ Mulheres contra Trump, tradução livre.

⁸ Faça América grande outra vez, tradução livre.

A Marcha das Mulheres, que começou como uma iniciativa privada de uma mulher que, chocada com a vitória de Trump, perguntou no Facebook a várias de suas amigas se elas se animavam a ir a Washington no dia seguinte à posse, acabou se tornando um fenômeno nacional e até mesmo internacional apoiado por estrelas como Cher, Lena Dunham, Katy Perry e Robert DeNiro. Clinton, embora não tenha participado da organização, deu seu apoio pelas redes sociais. (AYUSO, 2017).

O que se percebe, é que essa luta que assumiu um local de destaque na sociedade atual, mas está longe de acabar. Por todos os lados se percebem mulheres que sofrem abusos físicos, psicológicos e sexuais apenas por serem mulheres. Boa parte da população acredita que o movimento não deixa de ser extremista, transformando a luta em piada dentro e fora das redes sociais. Piadas sexistas, assédio verbal, relacionamentos abusivos, são poucos exemplos das inúmeras coisas que mulheres por todo mundo precisam superar para garantirem um futuro melhor para garotas do amanhã.

À vista do exposto, ainda se vive em uma sociedade patriarcal que, em diferentes níveis e formas, subjuga mulheres como feito durante milhares de anos ao longo da história mundial. Da Grécia antiga aos dias atuais, muito se conquistou no que se refere aos direitos da mulher, no entanto, o movimento feminista prova que ainda há muito que ser feito, ainda há mulheres morrendo por serem mulheres, com medo de caminharem na rua por sua condição existencial, esperando que a sociedade as trate de forma igual ao homem.

As ondas feministas não foram superadas e retornam com mais força na era digital, mais mulheres estão buscando seus direitos e o mundo torna-se mutável a cada direito conquistado. Emma Watson, atriz britânica e embaixadora da ONU Mulheres, em seu discurso realizado em 2014, instiga a sociedade mundial como um todo em se movimentar em busca de uma igualdade de gênero que ainda é um sonho para muitas garotas e mulheres ao redor do mundo. O que resta é a pergunta “Se não for eu, quem? Se não for agora, quando?”.

Considerações Finais

Posto isso, este ensaio busca estabelecer as bases nas quais se estruturam as reflexões de gênero e feminismo, a sua relevância no debate jurídico sobre os direitos da mulher na atualidade. Ademais essas linhas são os primeiros passos na exposição da pesquisa, a qual se encontra em andamento e conta ainda com resultados parciais sobre as manifestações nas redes sociais e a importância da internet como componente de debate e expansão na garantia de direitos ligados as questões de gênero no Brasil e no mundo, na chamada era digital.

Referências

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. São Paulo: Companhia das letras, 2015.

ALIMENA, Carla Marrone. **A tentativa do (Im)Possível: feminismos e criminologias**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

AYUSO, Silvia. **Protesto de mulheres contra Trump reúne dezenas de milhares nos EUA**. El País. Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/21/internacional/1485009994_849896.html> Acessado em 24.mar.2017.

CONCEITO DE. **Polis**. Disponível no endereço <www.concenito.de/polis>. Acesso em 07 out. de 2016.

DESOUZA, Eros; BALDWIN, John R; ROSA, Francisco Heitor da. **A construção social dos papéis sexuais femininos**. Psicologia. Reflexão. Crítica, vol.13, no.3, p.485-496, 2000.

DIAS, Felipe da Veiga; COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Sistema punitivo e gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FERREIRA, Gleidiane. **Feminismo e redes sociais na Marcha das Vadias no Brasil**. Revista Ártemis, vol. XV, no.1, p. 33-43, 2013.

GOMES, Carla, SORJ, Bila. **Corpo, geração e identidade: a Marcha das vadias no Brasil**. Revista Sociedade e Estado, v.29, no. 2, p. 433–447, 2014.

GRISCI, C.L.I.1994. In: PEDRO, Cláudia Bragaça; GUEDES, Olegna de Souza. **As conquistas do movimento feminista como expressão do protagonismo social das mulheres**. I Simpósio sobre estudos de gênero e políticas públicas, p.3, 2010.

HAHNER, J.F. 1990. In: DESOUSA, Eros; BALDWIN, John R; ROSA, Francisco Heitor da. **A construção social dos papéis sexuais femininos**. Psicologia. Reflexão. Crítica, vol.13, no.3, p.486, 2000.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2015.

KEY, Katty. **Por que a mais nova gafe de Trump é diferente das outras?** BBC Brasil. Disponível em <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37600883>> Acessado em 24.mar.2017.

LEE, Catherine. **Suffragette Emily Davison centenary marked in Morpeth**. BBC News. Disponível em <<http://www.bbc.com/news/uk-england-tyne-21620063>>. Acesso em: 02.out. 2016.

MARTINS, Ana Paula Antunes. **O Sujeito nas ondas do Feminismo e o lugar do corpo na contemporaneidade**. Revista Café com Sociologia , v. 4, p. 231-245, 2015.

ONUBR. **Por que falamos de cultura do estupro?** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/>> Acessado em 06.out.2016,

PUTHIN, Sarah Reis. **Violência de gênero e lei Maria da Penha: experiências (IM) possíveis?** *In* Relações de Gênero e Sistema Penal: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 163 - 178, 2011.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, p. 24, 2009.

SOARES, Will; ACYABA, Cíntia. **Um em cada 3 brasileiros culpa mulher em casos de estupro, diz Datafolha**. G1. Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/09/um-em-cada-3-brasileiros-culpa-vitima-em-casos-de-estupro-diz-datafolha.html>> Acessado em 06.out.2016

TEIXEIRA, Carlos Alberto. **A origem do Facebook: Saiba sobre a história da rede social mais popular do mundo que abre capital nesta sexta-feira**. O Globo. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/a-origem-do-facebook-4934191>> Acessado em 05.out.2016.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora brasiliense, 1993.

WELLE, Deutsche. **Marcha das Mulheres reúne milhares contra Trump em todo o mundo**. Carta Capital. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/internacional/marcha-das-mulheres-reune-milhares-contr-trump-em-todo-o-mundo>> Acessado em 24.mar.2017.

A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS POR MEIO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Matheus Rufino dos Santos¹

Daniela Felix Teixeira²

1. Introdução

O presente estudo sobre a relação entre o Juizado Especial Criminal (JECrim) e a criminalização dos movimentos sociais, visa a partir do extenso histórico recente de manifestações populares no Brasil, compreender o papel que o sistema penal exerce perante esses acontecimentos, mormente como lida com a figura do manifestante. Isso porque, conforme cotidianamente noticiado, tanto por meio da mídia tradicional como por mídias independentes, não é raro a utilização do Sistema de Justiça Criminal (SJC) para coibir a atuação dos movimentos sociais.

Nesse sentido, o presente artigo pretende aclarar a utilização do JECrim como mecanismo de agigantamento do sistema de controle penal, com enfoque na repressão aos atos praticados por membros de movimentos sociais.

Para tanto, importante tratar do conceito de ordem pública no Direito brasileiro, termo esse muito utilizado na legislação penal e principal justificativa para o exercício do poder repressivo. Após, será abordado de forma breve o procedimento do Juizado Especial Criminal e as principais críticas ao modelo estabelecido pela Lei nº 9.099/95. E, ao final, será investigado o silenciamento de membros dos movimentos sociais via Juizado Especial Criminal, mormente mediante o instituto da transação penal, com o propósito de verificar a existência (e o grau) da reprodução da violência exercida pelo sistema penal e da repressão aos direitos constitucionais previstos no nosso ordenamento jurídico.

¹ Advogado, pós-graduado em ciências criminais pelo CESUSC.

² Professora e Pesquisadora do CESUSC; Mestre em Direito UFSC; Advogada Popular e Membro da Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares – RENAP, Coletivos de Gênero Marietta Baderna e Catarina de Advocacia Popular/SC; Colunista do Portal Catarinas.

2. A criminalização dos movimentos sociais

Segundo Maldos (2010), a existência de movimentos sociais é relativamente recente em nosso país, pois, de acordo com Silva e Felix Teixeira (2016), não se confundem com as manifestações populares “(...) essas sim, enraizadas em nossa história, desde as que defendiam a abolição da escravatura, no século XIX, até a que levou milhões de pessoas às ruas, há pouco mais de cinquenta anos, sob a bandeira *‘o petróleo é nosso’*”.

Os movimentos sociais propriamente ditos tiveram início – ainda que esparso – na segunda metade do século XX, e ganharam força a partir de 1970. Foram fundamentais para a redemocratização do país e passam até hoje a exercer grande papel nas lutas por direitos (SILVA; FELIX TEIXEIRA, 2016).

Ao contrário da ideia transmitida pelos órgãos criminalizantes, pelo senso comum e pela mídia escrita e falada, o direito dos cidadãos se manifestarem está amparado pelo ordenamento jurídico pátrio, na forma do art. 5º, inciso XVI da Constituição Federal³. Nesse dispositivo, o constituinte, em razão do sombrio período ditatorial vivido anteriormente, visou impedir – ainda que de forma tímida – a repressão do Estado às manifestações populares.

Não obstante, o Estado Brasileiro ainda se pauta pela democracia na ótica liberal, no qual o exercício da cidadania é compreendido estritamente como o direito de votar e ser votado, o direito à nacionalidade (ver se cabe incluir a nacionalidade) e o exercício de cargos públicos. Esse conceito, portanto, é vinculado ao modelo de democracia representativa, no qual a cidadania está contida e fora dele inexistente, e sua razão é intrínseca aos pressupostos liberais, dentro dos quais existe a ideia de “homem

³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente

atomizado”: o indivíduo possui autonomia direcionada somente a si, e não a um grupo ou movimento ao qual pertença. Isso porque as raízes liberais apontam para a separação entre Estado e sociedade civil, postulando, dessa forma, postura antiestatal e, conseqüentemente, antipolítica (ANDRADE, 2003).

Com isso, o homem se torna um cidadão de ocasião, assumindo essa figura somente em períodos eleitorais e assim reduzindo sua participação política a esses momentos. E reduzindo o momento de cidadania, o modelo representativo acaba por designar aos cidadãos onde, quando e como eles devem fazer política no espaço público (ANDRADE, 2003, p. 69).

Tais ideias alcançam todo o corpo social e as instituições, sendo perpetradas pelos operadores jurídicos. A cidadania acaba, portanto, exercendo o papel de um instrumento de manutenção do regime neoliberal, enfraquecendo o próprio Estado e, principalmente, o poder de transformação e evolução social da democracia⁴.

Nesse cenário, os pleitos populares são negligenciados e o direito às manifestações populares na busca do cumprimento dos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 é perseguido pelos órgãos estatais, culminando na sua criminalização.

Importante mencionar o papel que a mídia exerce nesse processo de criminalização⁵. Segundo BUDÓ (2013, p. 249-251) “Expôr movimentos contestadores como ameaças é uma prática histórica por parte das elites no Brasil, pois, ao difundirem o medo, legitimam a repressão”. O medo vem, assim, sendo operacionalizado para o aumento no controle social sobre parcelas vulneráveis da população, minando a luta por direitos e justificando atos violadores de direitos humanos.

A mencionada criminalização que recai sobre os membros

⁴ Anthony Giddens escreve que a democracia deve ser democratizada, ou seja, deve sair da estrita separação entre Estado e Mercado, ou público e privado, através de uma promoção da cultura cívica, que não é realizada pelo Mercado, criando assim outros grupos de interesses específicos e que buscam a melhoria de determinados aspectos dentro da sociedade (GIDDENS, 2007).

⁵ Sobre o papel da mídia no processo de criminalização dos movimentos sociais, ver BUDÓ (2013).

de movimentos sociais se dá tanto na esfera ordinária, como nos Juizados Especiais Criminais, mediante as condutas de menor potencial ofensivo (SILVA E FELIX TEIXEIRA, 2016, p. 62-63). A criminalização é a regra. Os conflitos no Estado Brasileiro são, assim, por ela administrados, e neste cenário, há que se ter o cuidado para, a pretexto de se punir atos de vandalismo ou desordem e baderna, não se incorrer na criminalização dos movimentos sociais, isso porque, como tratado, o art. 1º da CRFB/88 afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em “Estado Democrático de Direito” (SILVA E FELIX TEIXEIRA, 2016).

3. A luta por direitos *versus* ordem pública⁶

Para compreender como age o Sistema de Controle Penal sobre os membros de movimentos sociais, é necessário primeiramente esclarecer o conceito de ordem pública – essencial à Segurança Pública – no Estado Brasileiro. A Constituição Federal, no Título V, onde trata Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas, Capítulo III, estabelece o seguinte: “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...) (BRASIL, 1988)”.

No *caput* da referida norma são estabelecidos três conceitos, sendo eles: ordem pública, incolumidade pública e patrimônio (público) (FELIX TEIXEIRA, 2009).

No que tange à ordem pública, entende-se que seu conceito “tem sua origem histórica no estado de exceção e está intimamente ligada ao exercício da política”. No Brasil a palavra *ordem* pode ser compreendida de três formas: ordem jurídica, ordem política e ordem pública propriamente dita (FELIX TEIXEIRA E GOMES, 2010, p. 6). É definida como “o complexo das instituições, dispositivos e regras que visam a manter o bom funcionamento do serviço público, a segurança e a

⁶ O debate ora exposto foi realizado de forma mais aprofundada em FELIX TEIXEIRA (2009), do qual se recomenda a leitura.

moralidade nas relações entre indivíduos e instituições, em princípio não substituíveis por acordos ou convenções” (FELIX TEIXEIRA E GOMES, 2010).

Todavia, não se deve compreender o antônimo de ordem tão somente como desordem, pois “a etimologia estabelece a ordem e a desordem, no ponto de vista administrativo e institucional, como uma forma de regulação entre os indivíduos e suas as relações, além, os indivíduos em relação com as instituições públicas” (FELIX TEIXEIRA e GOMES, 2010, p. 7).

Em razão disso, busca-se a definição de ordem pública em Bobbio (1998), segundo o qual, deve-se compreender “sob dois aspectos distintos e igualmente relevantes, a ordem pública material e a ordem pública constitucional” (FELIX TEIXEIRA, 2009). A concepção material (ou objetiva), segundo Bobbio (1998, p. 851), é entendida da seguinte maneira:

A Ordem pública é concebida ao mesmo tempo como uma circunstância de fato como um fim do ordenamento político e estatal e nesse sentido o encontramos na legislação administrativa, policial e penal como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento.

Nesse sentido,

(...) Ordem pública constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva, enquanto que a jurisprudência tende a ampliar o conceito "material" de Ordem pública até fazer incluir nele a execução normal das funções públicas ou o normal funcionamento das instituições como a propriedade, de importância publicitária (*ordem legal constituída*).

A ordem pública no aspecto material, contudo, conforme Bobbio (1998) permite que determinado sistema normativo que a

possua como fundamento seja modificado de acordo “com a variação da inspiração ideológica e dos princípios orientadores (democráticos ou autocráticos, por exemplo), assim, “cada ordenamento dará uma disciplina própria (ampla ou restrita) das hipóteses de intervenção normativa e de administração direta tendentes a salvaguardar a Ordem pública” (BOBBIO, 1998, p. 851).

No aspecto constitucional, por sua vez, é “evocada como limite ao exercício de direitos e assume particular importância quando referida aos direitos e liberdade assegurados pela constituição”, isso significa que:

[...] não é possível questionar um limite de caráter geral ligado à chamada Ordem pública constitucional — que parece fazerem coincidir com o conjunto dos princípios fundamentais de um ordenamento — porquanto dos princípios gerais não se poderiam originar limites situados além dos já previstos no âmbito da disciplina constitucional de cada um aos direitos (BOBBIO, 1998, p. 851).

O autor sustenta, ainda, que ambas as noções apresentadas estabelecem “[...] uma noção elástica de Ordem pública que trouxe consigo a ampliação dos limites e permite uma maior redução dos direitos de liberdade” (BOBBIO, 1998, p. 851). É, portanto, um conceito elástico, variável, aplicável tanto em regimes ditatoriais como em regimes democráticos, e sua maleabilidade permite a ampliação ou a restrição das garantias, baseado apenas no direcionamento ideológico dominante (FELIX TEIXEIRA, 2009).

A Constituição Federal estabelece a forma material, “deixando a cargo das disciplinas de Direito Público sua definição e organicidade”, ou seja, ficou a cargo do “(...) Direito Administrativo, Direito Penal e Processo Penal, bem como outras legislações especiais e leis orgânicas institucionais” a tomada de medidas legislativas necessárias à condução da ordem e dos caminhos da segurança pública (FELIX TEIXEIRA, 2009, p. 52). No entanto, como explica Felix Teixeira (2009), a legislação

brasileira somente define o conceito de ordem pública no artigo 2º do Decreto nº 88.777/83, que regulamenta as Polícias Militares e o Corpo de Bombeiros, conforme segue:

21) Ordem Pública - Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum. [...] (BRASIL, 1983).

Há que se observar o conceito acima com ressalvas, pois, de acordo com Felix Teixeira E Gomes (2010, p. 10) as definições legais partem de uma lei exarada por uma instituição repressiva, em uma época precedente à Carta Constitucional de 1988, sustentada, assim, no regime ditatorial do Estado Brasileiro.

O viés repressor do conceito de ordem pública acima citado é evidenciado pelo fato de que remete a conceitos vagos como “convivência harmoniosa e pacífica” e “bem comum”. O ideal de sociedade pacificada está diretamente relacionado à ausência de conflitos, “[...] e isto só é possível numa sociedade utópica em que todas as necessidades humanas estejam satisfeitas ou, em regimes totalitários, que o conflito é esmagado pela força da repressão” (FELIX TEIXEIRA; GOMES, 2010, p. 11).

O Constituinte deixou a possibilidade de modificação conceitual, “moldada na medida da adoção de políticas públicas direcionadas entre os modelos neoliberal social democrata”, todavia permanece um “nó paradigmático e metodológico, uma vez que nossa constituição está assentada num modelo que pressupõe o bem-estar social, por via de direitos e garantias pétreas, e a política econômica galga a passos largos rumo ao modelo de Estado liberal” (FELIX TEIXEIRA, 2009, p. 53).

Por outro lado, a utilização da prisão e do Sistema de Justiça Criminal como um todo – incluindo os Juizados Especiais Criminais – para garantia da ordem pública, como é possível observar, atinge os membros de movimentos sociais, os quais, ao

se manifestarem perante os órgãos estatais na busca por direitos, se veem de mãos atadas.

O modo como se dá a inviabilização dos agentes será tratado a seguir, porém antes é necessário abordar o Juizado Especial Criminal, instituído pela Lei nº 9.099/95, e que consiste em um – senão o principal – meio de repressão e silenciamento de membros dos movimentos sociais contemporâneos, que aos olhos do senso comum parece pacífico.

4. O juizado especial criminal

O Juizado Especial Criminal foi instituído pela Lei nº 9.099/95, com competência para processar, promover a conciliação, julgar e executar as infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos de seu art. 60⁷. Infrações penais de menor potencial ofensivo, por sua vez, são, cf. o artigo 61⁸ da referida Lei, as contravenções penais “e os crimes que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa” (BRASIL, 2006).

A implantação do JECrim visou, portanto, resolver o problema penitenciário brasileiro, assolado pela superpopulação carcerária e pelas condições desumanas de cumprimento das penas. Isso, segundo Pacelli (2011, p. 733), “demonstra o desencanto com as prometidas funções destinadas às sanções penais e a consequente falência de todo o sistema punitivo de privação da liberdade”. Ainda, “inaugurou um novo modelo processual no Brasil, que até então sempre convivera com o antigo sistema penal condenatório”, sendo um modelo consensual de Justiça e de processo penal, “por meio do qual a escolha da sanção estatal poderá contar com a participação do acusado, desde com a intervenção, indispensável, de um advogado, constituído ou designado pelo Estado” (PACELLI,

⁷Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência (BRASIL, 1995).

⁸Com redação dada pela Lei nº 11.313/2006.

2011, p. 734).

Aponta como inovação a possibilidade de conciliação ou de oferecimento de transação penal por parte do membro do Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, quando se inicia o processo penal propriamente dito. O rito do Juizado Especial Criminal está estabelecido nos artigos 69 a 83 da Lei 9.099/95, sua fase preliminar se inicia com a lavratura do Termo Circunstanciado após o conhecimento da infração por parte da autoridade policial, o que por sua vez não se admite prisão em flagrante, dada a sua característica principal que é a ausência de imposição de pena privativa de liberdade. Desta forma, a prisão em flagrante seria contraditória (PACELLI, 2011, p. 746).

Como forma de prosseguimento do feito a regra é que a audiência de conciliação seja conduzida pelo juiz ou por conciliador e a composição dos danos deverá ser homologada obrigatoriamente pelo juiz. A sentença homologatória do acordo será irrecorrível e constituirá título executivo no cível (PACELLI, 2011, p. 747). Não aceita a proposta, ou, se aceita, não for cumprida, será dada a oportunidade do ofendido oferecer representação verbal. Sendo ação penal pública incondicionada, o Ministério Público promoverá a transação penal, consistente em pena diversa da privativa de liberdade (restritiva de direitos ou prestação pecuniária), conforme o art. 76 da referida lei. Todavia, atenta-se ao art. 76, § 2º, incisos I a III (BRASIL, 1995), que estabelece nos incisos do §2º limitações ao prosseguimento da transação penal⁹.

Acerca do inciso I do artigo supracitado, entende-se que o dispositivo acarreta em “*bis in idem*”, reforçando, assim, o estigma do reincidente, pois “tampouco diferenciou o legislador se o crime anterior é doloso ou culposo, nos parecendo claramente desproporcional o impedimento de transação penal quando a

⁹ Lei nº 9.099/95, Art. 76, § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida (BRASIL, 1995).

condenação anterior decorrer da prática de delito culposo” (LOPES JÚNIOR, 2014).

No entanto, o requisito que apresenta maiores problemas é o presente no inciso III, no qual o legislador repetiu os critérios que orientam a fixação do regime de cumprimento, substituições e de aplicação da pena, sendo eles “maus antecedentes”, “conduta social” e “personalidade do agente”. A necessidade de ausência de maus antecedentes pode, segundo Lopes Júnior (2014, p. 701), “constituir uma violação da presunção de inocência. Isso porque, em relação ao fato anterior, ou o agente foi condenado e já transitou em julgado (será aplicado então o inciso I), ou não foi definitivamente condenado”. Em relação à conduta social e à personalidade do agente, entende-se que são critérios vagos, indeterminados, que refletem um direito penal do autor. É a tão debatida problemática acerca da legitimidade do magistrado para fazer juízo acerca da conduta social de um indivíduo¹⁰. Existem, ainda, outras condições específicas, as quais dependem da infração em questão, como nos crimes ambientais, para os quais se condiciona a transação à prévia composição do dano (art. 27 da Lei 9.605/98), e aos crimes de trânsito e lesão corporal culposa (PACELLI, 2011, p. 749-750).

Dentre as críticas ao instituto da transação penal, destaca-se como importante a excessiva preocupação com a celeridade dos processos em trâmite no Juizado Especial Criminal, é a de sua banalização, a qual, conforme explica Pacelli (2011, p. 750), acarreta em eventuais pressões para aceitação do acordo, mesmo com a perda de eficácia da modalidade para o caso em concreto.

Em continuidade, não sendo possível a transação penal, o processo seguirá o rito sumaríssimo, previsto nos arts. 77 a 83 da

¹⁰ “No que se refere à “conduta social” e “personalidade do agente”, a situação é igualmente problemática. Como já explicamos em outras ocasiões, ambos os critérios são abertos, indeterminados e refletem um superado direito penal do autor. O que é uma conduta social adequada? São os juízes capazes e estão legitimados a fazer um juízo dessa natureza? Quais os parâmetros utilizáveis? Como refutar esse (des)valor? Sob o argumento de “conduta social” inadequada ou desajustada, não estariam sendo feitas graves discriminações a partir da classe social, da conduta sexual ou mesmo praticando um velado racismo? Daí por que é inadmissível um juízo de desvalor a partir de critérios tão vagos e indeterminados” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 701).

Lei nº 9.099/95. Há, ainda, a possibilidade de suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95. A suspensão condicional do processo é cabível para crimes com pena mínima cominada igual ou inferior a um ano e poderá durar de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, “desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”¹¹ (BRASIL, 1995). Durante o período de suspensão do processo o réu ficará sujeito ao cumprimento de certas obrigações, presentes no art. 89, § 1º, do mencionado diploma legal, com a possibilidade de arbitramento de outras condições por parte do magistrado¹². O não cumprimento das obrigações não acarretará na prisão do réu, somente fazendo com que o processo retorne ao trâmite a partir de onde parou (LOPES JÚNIOR, 2014).

Por fim, necessário salientar que a suspensão condicional do processo não equivale a uma condenação “e tampouco implica admissão de culpa. Insere-se na perspectiva negocial, sem qualquer juízo de desvalor sobre o mérito (caso penal) e, uma vez cumpridas as condições impostas, o processo é extinto como se nunca houvesse existido” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 706).

Na impossibilidade de transação penal, ou com o descumprimento da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 77 da Lei nº 9.099/95, em ação penal pública, o promotor oferecerá a denúncia. Na ação penal privada, será

¹¹Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; II - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código (BRASIL, 1984).

¹² § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de frequentar determinados lugares; III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado (BRASIL, 1995).

oferecida a queixa. O réu será citado para a audiência de instrução e julgamento, na qual, caso não tenham sido realizadas, serão intentadas a conciliação e a transação penal (BRASIL, 1995).

Apesar de suas aparentes vantagens, como a celeridade no trâmite processual, o Juizado Especial Criminal padece de diversas mazelas, sendo duas delas a proliferação de um “sistema de justiça negociada” (LOPES JÚNIOR, 2014) e o agigantamento do controle social penal.

4.1. Do controle de crimes de menor potencial ofensivo ao agigantamento do controle social penal

O Juizado Especial Criminal, apesar da proposta desencarceradora e da minimização dos efeitos do Direito Penal sobre determinadas condutas, acaba, ainda que de forma sutil, servindo para que o Sistema de Controle Penal esteja sempre presente no cotidiano, isso porque “A Lei 9099/95 possibilitou ao discurso jurídico-penal construir uma imagem da bifurcação do sistema penal brasileiro, partindo de uma narrativa em torno da eficiência, [...] com a finalidade de identificar, no interior do discurso jurídico penal, as funções declaradas desse sistema formal de controle penal alternativo” (PINHEIRO, 2007, p. 91).

Para entender no que consiste essa bifurcação do sistema penal brasileiro, é necessário compreender as funções reais e as funções declaradas do Juizado Especial Criminal. Isso porque seu discurso jurídico-penal “assenta-se em torno da eficiência em relação à qual margeiam diversas narrativas” (PINHEIRO, 2007, p. 92), ou seja, “em torno do universo da eficiência posiciona-se a fala da efetividade do processo penal, sob o argumento de que o sistema jurídico nacional busca um ‘processo de resultados’”.

Além disso, há a celeridade, que, numa segunda esfera, está intrinsecamente conectada com a eficiência, “ao redor da qual também orbitam outras narrativas, tais como, a informalidade, a desburocratização, a simplificação e a democratização da justiça, a pacificação social e a resolução do conflito” (PINHEIRO, 2007, p. 93).

Em suma, o discurso sobre o modelo consensual, célere e

informal do Juizado Especial Criminal “posiciona-se ao lado das aspirações de democratização da justiça, de prestação jurisdicional imediata, associando-se à ideia de economia” (PINHEIRO, 2007, p. 94).

Ocorre que o discurso oficial sobre o Juizado Especial Criminal “reflete a distância entre as sensibilidades das palavras - democratização, desburocratização, pacificação social e resolução de conflitos – e a operacionalidade do controle penal alternativo”, e apresenta “uma performance narrativa que conjuga a retórica da crise de eficiência com a linguagem da crise de legitimidade, para exaltar o modelo de justiça penal consensual” (PINHEIRO, 2007, p. 98). É por meio desse discurso que o Juizado Especial Criminal acaba por manter a bifurcação no sistema penal, que consiste, portanto, no modelo alternativo, de natureza consensual, para cuidar dos crimes de menor potencial ofensivo, enquanto preserva o modelo tradicional, que trata dos crimes graves.

Tal fato, segundo Pinheiro (2007, p. 99), provocou a ampliação desse sistema em um duplo deslocamento: “num primeiro, o controle penal formal passou a intervir na criminalidade, que antes se colocava fora do sistema formal de controle; num segundo, a selecionar novos sujeitos, antes afastados dos processos de escolha”, complementando a intervenção penal tradicional. A autora ainda cita o estudo realizado por Azevedo (2000) acerca do Juizado Especial Criminal em Porto Alegre, publicado no ano de 2000, segundo o qual “não ocorreu a redução do movimento processual no sistema tradicional, como esperado” (PINHEIRO, 2007, p. 99).

Conforme Azevedo (2000, p. 134), a implantação dos Juizados Especiais criou a expectativa de significativa minoração de movimentação de processos na Justiça Criminal comum, na qual se concentrariam os crimes mais graves. No entanto, conforme sua análise, a conclusão foi a de que, “ao invés de assumir uma parcela dos processos criminais das Varas Comuns, os Juizados Especiais Criminais passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava até as Varas Judiciais”, de modo que tais ocorrências eram resolvidas por processos

informais de mediação nas Delegacia de Polícia.

Como não poderia ser diferente, o controle das condutas de menor potencial ofensivo atinge de forma contundente os membros de movimentos sociais, que por meio do Juizado Especial Criminal, se veem impossibilitados de prosseguir na luta por direitos, silenciando importantes demandas populares.

5. O controle dos membros de movimentos sociais por meio dos juizados especiais criminais

Dada a função velada do Juizado Especial Criminal de controle social dos pequenos delitos, os de menor potencial ofensivo, e levando em consideração a histórica repressão aos movimentos sociais, chega-se a um resultado muito atual: o silenciamento de membros, principalmente lideranças, de movimentos sociais por meio do Juizado Especial Criminal.

São conhecidos os casos em que membros de movimentos sociais são autuados em manifestações populares pela suposta prática de crimes comuns, principalmente por formação de quadrilha (art. 288, do Código Penal). Todavia, é pouco discutido o silenciamento dos membros de movimentos sociais mediante lavratura de Termos Circunstanciados em razão de supostas práticas de crimes de menor potencial ofensivo. Comuns são as autuações por crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998), consubstanciados na intervenção urbana por membros de movimentos sociais, como colagem de cartazes expondo as posições dos grupos. Também seguidamente ocorrem autuações pelo delito de dano, mediante representação (art. 163 do Código Penal) e desacato (conduta recentemente descriminalizada pelo Superior Tribunal de Justiça)¹³. Também se passou a indiciar grupos por incitação e apologia ao crime (artigos 286 e 287 do Código Penal, respectivamente)¹⁴.

¹³ De acordo com o Relator, a tipificação do crime de desacato é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. O voto na íntegra pode ser conferido no seguinte endereço <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf> Acesso em 08 jan. 2017.

¹⁴ Ver <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/07/vandalos-estao-sendo->

O que se observa é uma tentativa de coação aos membros de movimentos sociais, em total inobservância ao direito ao protesto, conferido pela Constituição Federal, importando mencionar que, conforme Arguello e German (2015, p. 561), o direito ao protesto, muito embora não expressamente previsto na Constituição Federal, é garantido mediante a conjugação de dois direitos fundamentais: o direito à liberdade de manifestação do pensamento e à liberdade de reunião, previstos nos incisos IV e XVI Carta Constitucional de 1988 e inclusos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. No entanto, a verdadeira repressão não ocorre dentro do âmbito do Poder Judiciário, pois, sob as mais diversas justificativas, inclusive o uso de aparatos (como máscaras, mochilas e frascos de vinagre), manifestantes são detidos e sofrem com a violência policial¹⁵.

Poucos desses casos chegam ao Poder Judiciário, “as pessoas não chegam a ser processadas e condenadas, mas são violentadas, passam várias horas detidas” (ARGUELLO; GERMAN, 2015), são abordadas e “fichadas” pela polícia, e acabam em uma situação de incerteza sobre sua situação jurídica. O mesmo ocorre com relação à atuação nos Juizados Especiais Criminais, âmbito com intenção despenalizadora, mas que, como visto, promove o agigantamento do sistema penal por meio da violência sutil e informal de seus procedimentos. Isso porque o suposto autor de um fato, ao nele adentrar, possui duas opções: a primeira, aceitar as condições impostas pelo Ministério Público na transação penal, o que o impede de ser novamente beneficiado pelo instituto (artigo 76, II, da Lei nº 9.099/95); a segunda, suportar o fardo de seguir adiante com um processo criminal.

Ambas as opções cumprem a função de reprimir o

[monitorados-e-investigados-diz-policia-civil-do-rio](#)>. Acesso em 08 jan. 2017.

¹⁵ Como mencionado por ARGUELLO E GERMAN (2015, p. 578): (...) Casos surreais como o do jornalista da Carta Capital, Piero Locatelli, que foi detido pelo porte de vinagre, sob a justificativa de que o vinagre poderia ser alguma substância incendiária (LOCATELLI, 2013b), o caso do jornalista NINJA Filipe Peçanha, que foi detido por estar com um carregador de notebook, o que, segundo a polícia, poderia ser um material explosivo¹⁶ (destaca-se que o motivo para Filipe ser revistado era que todo mundo de mochila deveria ser revistado na busca por armas e máscaras), ou a detenção da jornalista Vera Araújo, que filmava uma prisão e foi detida por desacato.

indivíduo envolvido em situações de protesto, bem como contribuem para a estigmatização e criminalização dos participantes de insurgências populares.

Pode-se observar, ante todo o exposto, que o Direito Penal vem sendo utilizado para cumprir sua função histórica de manutenção e reprodução das desigualdades sociais, e, conforme Cirino Dos Santos (2010, p. 05-06), enxergar as reais funções do Sistema de Justiça Criminal permite “compreender o significado político desse setor do ordenamento jurídico como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas”. A opção por silenciar membros de movimentos sociais, calando as manifestações populares – mesmo que legítimas e amparadas pela Constituição Federal –, é apenas uma das funções desse sistema, que visa a manutenção do *status quo*. A tendência é que, sob a justificativa da manutenção da ordem pública, o Estado aumente a repressão das condutas que coloquem em risco esse projeto de hegemonia e manutenção das desigualdades (ARGUELLO; GERMAN, 2015).

6. Conclusão

Apesar de sua proposta despenalizadora, o Juizado Especial Criminal acaba, de forma sutil, contribuindo para o que é chamado de “panpenalização”, ou seja, a utilização do Direito Penal para a solução de problemas sociais. Além disso, acaba servindo para que o Sistema de Controle Penal esteja sempre presente no cotidiano.

Como foi tratado, o Juizado Especial Criminal possui funções declaradas e não-declaradas. As funções declaradas são as conhecidas “eficiência, celeridade, informalidade e desencarceramento”. Ocorre que mediante tais funções, acaba-se por bifurcar o sistema penal, consistindo, assim, no modelo alternativo, de natureza consensual, para cuidar dos crimes de menor potencial ofensivo, enquanto preserva o modelo tradicional para crimes graves.

Esse modelo age contundentemente sobre os membros de movimentos sociais, mormente pela prática de infrações

ambientais consubstanciadas na intervenção urbana (com colagem de cartazes e pichações), e autuações pelo delito de dano e desacato (hoje descriminalizado pelo Superior Tribunal de Justiça). Também se passou a indiciar grupos por incitação e apologia ao crime.

Para falar da repressão extrajudicial, também ficou demonstrado que manifestantes são reprimidos pelo simples porte de aparatos, como máscaras e mochilas, em atos de lutas por direitos, e poucos desses casos chegam ao Poder Judiciário. As pessoas não chegam, em maioria, a ser processadas e julgadas, porém são violentadas, detidas e sofrem com a repressão Estatal previamente.

Já no Juizado Especial Criminal o agente é colocado contra a parede e lhes são dadas duas opções: aceitar as condições impostas pelo Ministério Público na transação penal – e com isso se furtar de incorrer em possíveis atos pelos quais vem respondendo, sob a pena de não mais ser beneficiado pelo instituto –, ou suportar o fardo de ser processado criminalmente.

A conclusão a que se chega com o estudo aqui realizado é que o Juizado Especial Criminal, apesar de suas declaradas funções de eficiência e desencarceramento, vem se transformando pouco a pouco em um dos maiores meios de agigantamento do Sistema de Controle Penal, o qual exerce perversos efeitos não somente sobre os indivíduos criminalizados, como sobre toda a sociedade, calando importantes movimentos por meio da coação aos seus membros, que se veem impossibilitados de prosseguir na luta por direitos, sob pena de arrastarem o peso de um processo criminal.

Essa máquina é utilizada pelo sistema de controle penal formal e informal para reprimir os membros de movimentos sociais, deixando-os apreensivos e com medo de incorrerem em novas condutas, calando lutas importantes para a população e servindo para a manutenção de privilégios, sob o manto da manutenção da ordem pública. É nada mais nada menos que o Direito Penal exercendo sua principal função de manutenção e reprodução de desigualdades. E a tendência é a de que os movimentos sociais – por terem se tornado cada vez mais

proeminentes – sofram cada dia mais com a repressão Estatal.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; GERMAN, Mariana David German. **O direito ao protesto na mira do controle penal**. CONPEDI. Criminologias e política criminal. Organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Gustavo Noronha de Ávila, Marília Montenegro Pessoa De Mello, Tulio Lima Vianna. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Informalização da Justiça e controle Social**. São Paulo: IBCCRIM, 2000

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de política**; trad. Carmen C, Varriale; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 nov. 2016.

BRASIL. **Código Penal. Dec-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 nov. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 88.777 de 30 de setembro de 1983**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 nov. 2016.

BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídia e controle social: da construção**

da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal – parte geral.** 4 ed. Curitiba: ICPC – Conceito Editorial, 2010.

FELIX TEIXEIRA, Daniela. **Controle penal atuarial e prisão cautelar: o modelo de segurança pública no Município de Florianópolis (2004 a 2008).** Dissertação. 178f. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

_____; GOMES, Patrick Mariano. **A ordem pública como justificativa ao encarceramento provisório de trabalhadores ligados aos movimentos sociais no Brasil: do inimigo da filosofia política ao inimigo no processo penal.** CONPEDI. (Org.). Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. 1. ed. Florianópolis: Boiteux, 2010, v. único, p. 1327-1345.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal,** 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MALDOS, Celso Renato. **Movimentos sociais e direitos humanos: memórias dos anos 80.** Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal,** 15.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal.** Dissertação. 124f. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

SILVA, Vânio Pacheco da; FELIX TEIXEIRA, Daniela. **Criminalização dos movimentos sociais: reflexões sobre suas consequências à democracia, à liberdade e ao livre exercício do direito.** O Direito Alternativo, v. 3, 2016, p. 55-80.

A FALSA MEMÓRIA DE ABUSO SEXUAL INSERIDA POR MEIO DE UMA ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO PENAL

Verônica Scartazzini Morgenstern¹

Raquel Tomé Soveral²

1. Considerações iniciais

Atualmente, está cada vez mais comum presenciar crianças prestando seus depoimentos ao Judiciário Brasileiro, relatando terem sido abusadas sexualmente por um de seus pais. Ocorre que, o relato prestado pelos infantes, nem sempre é fidedigno ao fato verdadeiramente ocorrido. Isso ocorre em razão de o sistema cognitivo das crianças estar em formação, podendo inflar a imaginação delas, distorcer endogenamente suas informações acerca de um evento ou abrir margem a sugestões externas.

Atenta-se, que todas essas variações mnemônicas, influenciam no depoimento prestado pela criança, alertando-se, sobretudo, quanto à ocorrência das últimas, ou seja, quando a criança foi sugestionada por outra pessoa, fazendo com que seja criada uma memória que não é dela, em que o evento não foi vivenciado por ela. Significa dizer, que o relato de abuso sexual narrado pela criança, pode não ter ocorrido, pois ela pode ter sido induzida a criar em sua memória uma lembrança de abuso sexual. Essa indução, não raras vezes, acontece em âmbito familiar por um dos genitores da criança, onde o objetivo de quem sugere a ocorrência de um crime dessa espécie, é justamente prejudicar a outra figura parental, afastando-a do convívio sadio com o infante.

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional-IMED; Endereço eletrônico: veronica.morgenstern@gmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho – UMINHO, em dupla titulação UNISC-UMINHO. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela IMED. Professora da Escola de Direito da IMED. Advogada. Endereço eletrônico: raq_tome@hotmail.com.

Frente ao exposto, questiona-se quais as consequências que as falsas memórias de abuso sexual, inseridas em um depoimento infantil, acarretam para o processo penal?

Partindo-se dessa premissa, analisa-se o fenômeno da alienação parental, a fim de melhor compreender a forma e em qual estágio ocorre a inserção da falsa memória de abuso sexual no processo mnemônico da criança, averiguando-se o que são as falsas memórias, bem como suas formas e como ocorrem, correlacionando-se esse contexto com as legislações pátrias pertinentes ao caso presentemente estudado, visualizando-se que dentre as consequências da alienação parental está a denúncia feita pelo genitor alienador contra o genitor alienado.

Assim, examina-se as consequências que a falsa memória de abuso sexual infantil ocasiona para o processo penal, tendo como ponto chave o depoimento prestado pela criança, uma vez que em casos de crimes sexuais admite-se na legislação brasileira que se utilize como único meio de prova o depoimento do ofendido. Ocorre então, que o depoimento prestado pela criança é eivado de falsas memórias, não sendo, portanto, verídico, podendo então acarretar sérios danos ao réu. Por essa razão, demonstra-se que a entrevista cognitiva é um método que auxilia na mitigação dessas consequências, preservando a criança e evitando prisões e condenações de inocentes.

Destaca-se, que para melhor desenvolver este trabalho de pesquisa, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com a consulta em livros, em revistas, em periódicos *online*, em jurisprudências, entre outros, verificando-se então, que os operadores do Direito devem instruir-se acerca do fenômeno das falsas memórias, a fim de que, se estiverem diante de um caso envolvendo abuso sexual infantil, possam identificar se o crime realmente ocorreu ou não passa de uma informação falsa inserida na memória da criança, pois o desconhecendo, podem facilitar que um inocente seja privado de sua liberdade.

2. A alienação parental e sua correlação com o abuso sexual infantil

O fenômeno da alienação parental foi estudado pioneiramente pelo psiquiatra estadunidense Richard Gardner, segundo o qual, com base em suas experiências clínicas, sugeriu tratar-se tal fenômeno como Síndrome da Alienação Parental (RODRIGUES; RAMIRES, 2012, p. 227).

No Brasil, além dos estudos serem recentes sobre esse tema, ele não é discutido como síndrome e sim como ato de alienação parental (artigo 2º da Lei nº 12.318/2010), pois síndrome tem por característica ser um conjunto de sinais e sintomas, logo, seria a consequência de atos reiterados de alienação parental (DORNELES, 2013, s. p.).

Deste modo, a alienação parental é caracterizada pelos atos praticados isoladamente pelo genitor ou responsável que detém a guarda da criança e que a manipula para que ela passe a odiar o não-guardião, fazendo com que o infante se afaste deste. Consequentemente, nesse processo de desmoralização do não-guardião, ocorre um sério abuso emocional, pois a criança está sendo induzida a repudiar um ente querido que para sua formação é essencial, e ainda, muitas vezes perde inclusive o laço afetivo que os unia (PAULO, 2011, p. 6).

Destarte, “a criança é induzida a afastar-se de quem ama e que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos” (DIAS M., s. a., s. p.), e muitas vezes essa confusão de sentimentos acaba por afastar o incapaz de seus demais familiares, caracterizando, segundo o artigo 3º da Lei 12.318/10, abuso moral contra o infante, uma vez que fere seu direito fundamental a convivência saudável com familiares.

Desta forma, o genitor alienador está violando os direitos mais básicos, porém, mais importantes de seu próprio filho, como a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança, previstos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e também no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nessa senda, referindo-se a crianças, o princípio da dignidade humana se perfectibiliza estando sempre relacionado

com o melhor interesse da criança, pois, sendo ela um ser humano em desenvolvimento, é igualmente um sujeito de direitos e a ela é concedida proteção especial, priorizando-se, assim, seus direitos fundamentais, tanto perante o ordenamento jurídico pátrio, quanto aos tratados e convenções internacionais que o Brasil é signatário³ (PIOVESAN; PIROTTA, 2012, p. 359).

Na cultura brasileira, ainda se perdura com muita frequência, a ideia de que os pais (leia-se figura paterna) não tem responsabilidade suficiente para cuidarem e terem a guarda de seus filhos sozinhos⁴, portanto, ficando estes com as mães, sendo elas, muitas vezes, o genitor alienador, pois “se aproveitam de tal fato para se imbuírem do *locus* de proprietárias dos filhos, como se estes pertencessem a elas, tentando excluir o pai da vida de seus filhos” (TEIXEIRA; BENTZEEN, 2010, p. 411, grifo do autor).

Entende-se, portanto, que entre o genitor alienador e a criança se cria uma ligação muito forte, uma teia na qual o infante vai entrando sem perceber e muitas vezes sem entender, mas por querer agradar o alienador e confiar nele, não discute e não pergunta nada, apenas concorda e afirma que o que lhe é dito é verdade e ocorreu.

³ O Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990. Essa Convenção é um dos mais importantes tratados internacionais voltados a proteção integral dos direitos humanos das crianças.

⁴ APELAÇÃO CIVEL 115829-93.2012.8.09.0127. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA DE MENOR. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA. ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADA PELO GENITOR. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL DO PAI E CONCESSÃO DE GUARDA UNILATERAL À MÃE. Apesar de a guarda compartilhada, como regra, atender ao melhor interesse da criança, em que restou demonstrada a prática de atos de alienação parental pelo genitor, deve-se conceder a guarda unilateral da menor à sua mãe, até porque ela revelou melhores condições para ser a guardiã e, objetivamente, mais aptidão para propiciar à filha afeto nas relações com o grupo familiar, podendo eventual falta de recursos financeiros de sua parte ser suprida pela ajuda do pai, que, com a perda da guarda, não está isento da responsabilidade de contribuir com a criação, educação e lazer da filha. Apelação conhecida, mas desprovida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes da Segunda Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM CONHECER DO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do RELATOR.

Deste modo, buscando maior agilidade na identificação dos atos alienadores, no parágrafo único, do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, estão dispostas, de maneira exemplificativa, algumas formas de alienação parental, dentre elas a de impedir a convivência com o outro genitor, de desqualificá-lo perante a criança e apresentar uma denúncia falsa contra o outro genitor.

Verifica-se que os atos de alienação, apesar de terem o mesmo propósito, são diferentes entre si, vão de dificultar a visitação até fazer falsas denúncias contra o genitor alienado, logo, tem-se que o processo alienatório possui três níveis: leve, moderado e grave.

No nível leve, as manifestações da alienação parental são raras. Ainda existe afeto entre o filho e ambos os genitores. Há pequenos conflitos entre os pais, porém, as visitas ao genitor não guardião, ocorrem de maneira tranquila ainda (ROCHA, 2012, p. 61).

Nessa fase, os genitores ainda conseguem perceber que seus conflitos afetam seus filhos, que por sua vez desejam que a situação se resolva e ficam constrangidos e confusos quando escutam o alienador falar algo de ruim sobre o outro genitor (COSTA, s. a., s. p.).

No nível moderado, os laços afetivos com os dois genitores ainda são fortes, mas não mais saudáveis. É nessa fase que a vontade de degradar moralmente o outro pai se intensifica. As visitas da criança com o genitor alienado não são mais tão agradáveis, uma vez que ela já está cooperando com o alienador, e por muitas vezes acatando a visão dele (ROCHA, 2012, p. 61).

Depreende-se então, que há oscilações entre as atitudes que demonstram a alienação, pois aqui a criança já está aceitando e concordando com as proposições do alienador, mas ainda não está totalmente corrompida. Ela tem suas dúvidas ainda quanto as proposições que são postas pelo alienador a ela.

No nível grave, como o próprio nome já traz, a alienação parental está em um estágio crítico, onde existe a intensificação de todos os sintomas dos dois outros níveis. O laço com o genitor alienador está estreito, enquanto que com o genitor alienado, já quase não existe. A criança começa a manifestar sua

repulsa pela outra figura parental através de crises de pânico, gritos e atos violentos, principalmente nos momentos em que deveria ser realizada a visita, e que por muitas vezes acaba não ocorrendo por isso (ROCHA, 2012, p. 61).

Nesse estágio “o alienador solicita dos filhos a tomada de posição definitiva, com a finalidade de avaliar a lealdade deles, de modo que estes revelem desinteresse em estar com o alienado como forma de demonstrar apoio e vínculo ao alienador” (COSTA, s. a., s. p.). Esse tipo de comportamento é, portanto, patológico.

Corroborando Mônica Jardim Rocha (2012, p. 62) que há “uma relação simbiótica com enorme grau de dependência, na qual a criança percebe como agressão qualquer ameaça a esta relação, sentindo que o genitor guardião é a única pessoa em que pode confiar”.

Constata-se desse modo, que esse empenho que um dos genitores tem para desqualificar o outro por meio de seu filho, usando de todos os meios possíveis para afastá-los, há um em específico que merece total relevância: a inserção das falsas memórias.

As falsas memórias foram estudadas e analisadas com maior constância por Elizabeth Loftus, por volta dos anos 70. Ela criou uma técnica para poder estudar melhor as falsas memórias, chamada de Procedimento de Sugestão de Falsa Informação, o qual consiste em inserir uma informação não verdadeira a uma experiência vivenciada ou não, resultando o efeito chamado de falsa informação, onde a pessoa acredita realmente ter passado por essa situação falsa, ou seja, a partir da influência de um agente externo, a pessoa passa a recordar fatos que na verdade não foram vivenciados por ela, ou que foram, mas a partir dessa indução alheia, o ocorrido se destorce (DI GESU, 2014, p. 127-128).

Nesse contexto, entende-se que “as falsas memórias são caracterizadas pela recordação de algo que, na realidade, nunca aconteceu. A interpretação errada de um acontecimento pode ocasionar a formação de falsas memórias.” (PISA, 2006, p. 22).

Frisa-se, segundo Osnilda Pisa (2006, p. 21) que:

A memória não funciona como uma filmadora, que grava a imagem e essa pode ser vista e revista diversas vezes. Muitas são as interferências que podem ocorrer entre as fases da aquisição e recuperação da memória de um evento. As falsas memórias podem resultar de sugestão externa, acidental ou deliberada, como no caso dos experimentos, com a introdução de informação falsa, ou de origem interna, resultado de processos de distorções mnemônicas endógenas.

Desta forma, constata-se que existem as falsas memórias que são produzidas pelo próprio agente (chamadas de falsas memórias espontâneas) e as falsas memórias advindas de fatores externos (chamadas de falsas memórias sugeridas).

As primeiras resultam de distorções internas, que ocorrem de forma espontânea, alterando a memória da pessoa sem que ela perceba, misturando lembranças recentes com antigas, sem que tenha havido uma influência externa, isto é, a pessoa, viu, ouviu, ou vivenciou determinado evento, entretanto sua lembrança é confusa e sofre interferência de outros fatos vividos, acabando, muitas vezes, por misturar as situações (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 25),

Quanto às falsas memórias sugeridas, “elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original.” (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 26).

Deste modo, “a sugestionabilidade pode ser definida como a tendência de incorporar informações falsas oriundas de fonte externas às recordações pessoais, o que resulta na falsificação da memória.” (FLECH, 2012, p. 68).

Contudo, há também a possibilidade de induzir o sujeito a ter uma falsa memória, a criar inteiramente um episódio que nunca ocorreu, principalmente se alguém da família da pessoa afirma que o evento realmente ocorreu, pois como há confiança entre os familiares, naturalmente se acredita no que eles contam e afirmam (LOPES JÚNIOR, 2014, s. p.).

Ocorre que, essa sugestão pode ser de forma acidental ou deliberada, e a pessoa começa a lembrar de fatos que não aconteceram com ela, que foram criados externamente e sugeridos a ela, resultando em uma lembrança inexistente, porém para ela é a mais real verdade e o fato criado ocorreu verdadeiramente (SEGER; LOPES JÚNIOR, s. a., s. p.).

Nesse passo, em se tratando da sugestibilidade da memória, em pesquisas feitas “as crianças foram historicamente avaliadas como mais vulneráveis à sugestão, pois a tendência infantil é justamente a de corresponder às expectativas do que deveria acontecer, bem como às expectativas do adulto entrevistador.” (LOPES JÚNIOR; DI GESU, 2006/2007, p. 64).

Portanto, a sugestão é meio utilizado pelo genitor alienador como sua tentativa final de concluir o que começou, é sua cartada final para afastar de uma vez por todas a criança do outro genitor. Logo, o intuito do alienador em implantar falsas memórias na memória do infante é o mais devastador de todos: fazer a criança acreditar que seu outro genitor abusou sexualmente dela.

A inserção de falsas memórias ocorre quando a alienação parental já está em um nível patológico. Por isso, o genitor alienador, maliciosamente, narra acontecimentos e fatos que nunca ocorreram para seu filho, que por sua vez, estando já em um estado simbiótico com o alienador, acredita e se convence das versões que lhe foram implantadas na memória, aceitando como verdadeiro tudo que lhe é narrado. (DIAS, M., 2011, p. 463).

Portanto, as falsas memórias no campo da alienação parental são “utilizadas” para ludibriar a criança a confiar no que o alienador lhe conta sobre o genitor alienado. São argumentos não verídicos empregados reiteradamente, fazendo com que o infante passe a ter os fatos contados como verdade e, muitas vezes, fantasiando além (TEIXEIRA; BENTZEEN, 2010, p. 415).

Evidente, deste modo, que a inserção de falsas memórias na criança fere seus direitos fundamentais, conforme disposto no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que

agrude o desenvolvimento sadio daquela, trazendo sequelas futuras e muitas vezes irreparáveis.

Sucintamente, os direitos fundamentais são divididos em dimensões, sendo os direitos individuais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, os direitos de primeira dimensão. Os direitos sociais, são os direitos de segunda dimensão, quais sejam, direito à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à assistência social, à infância, direitos aos trabalhadores, como direito à salário mínimo, à greve, a férias, etc. Os direitos de terceira dimensão, são chamados de direitos coletivos ou difusos, onde os titulares são uma coletividade, um povo, uma família, são direitos como direito ao meio ambiente, à qualidade de vida, à paz, de comunicação (SARLET, 2012, p. 47-48).

Por essa razão é que, uma vez sendo os direitos da criança direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser garantidos a ela e jamais violados. No entanto, em um processo alienatório, percebe-se o contrário e uma situação ainda mais preocupante, pois é seu próprio genitor que está violando seus direitos que além de fundamentais são irrenunciáveis.

Ocorre que, não satisfeito, o alienador vai além, usando muitas vezes de um simples ato do outro pai, como dar banho na criança, para ir fazendo perguntas sugestivas ao filho e implantando nele a ideia de que ocorreu um abuso sexual, uma vez que ele confia no genitor guardião e também pelo fato de que “crianças são absolutamente sugestionáveis e o guardião que tem essa noção pode usar o filho, implantar essas falsas memórias e criar uma situação da qual nunca mais se conseguirá absoluta convicção em sentido contrário” (ESTROUGO, 2010, p. 531).

Desta forma, uma vez implantadas as falsas memórias, em razão da idade, bem como da obediência e a deferência ao seu genitor,

a criança passa a fantasiar, contar estórias e mentir, sem ter consciência da mentira, por acreditar nas memórias que lhe são imputadas. [...] **as falsas memórias não se desvanecem**, ao contrário da memória fática, e também

não se modificam, **elas permanecem intocadas e inalteradas pelo fator repetição, e pela grande ameaça a que estão associadas** (TEIXEIRA; BENTZEEN, 2010, p. 415, grifo nosso).

Nota-se, portanto, que quanto mais a criança relembra e repete essa história que lhe foi contada pelo seu genitor guardião, mais ela acredita que realmente aconteceu, e essa falsa informação vai ficando cada vez mais fixa na sua memória. A criança passa então, a ter essa falsa memória como uma memória verdadeira.

Sob essa perspectiva, ressalta a autora Mônica Guazzelli Estrougo (2010, p. 533) que “trata-se de um abuso psicológico grave e extremamente perverso, o qual, sem dúvida, danificará o desenvolvimento da criança, não só mutilando a relação desta com o outro genitor, mas criando um confusão psíquica irreversível.”.

Doutra banda, o alienador ao acusar o outro genitor de um crime que não aconteceu, se esquece de que “dentro de uma sociedade sadia, a violência sexual praticada contra crianças é considerada algo ignóbil, que merece repúdio e mecanismos sérios de proteção da vítima” (RAMOS, 2012, p. 229).

A proteção à dignidade sexual da criança está expressa no artigo 227, § 4º da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”. Logo, encontra-se amparo no Código Penal Brasileiro, onde, nos artigos 217-A a 218-B, estão tipificados os crimes sexuais contra vulneráveis, bem como suas penas. Não ficando para trás, o Estatuto da Criança e do Adolescente também elencou crimes praticados contra crianças e adolescentes, nos seus artigos 225 e seguintes.

Para esses casos a Lei 12.015/2009 trouxe um capítulo inteiro para tratar *Dos crimes sexuais contra vulnerável* – Capítulo II – pois, por natureza, as pessoas que esse capítulo cita, são indefesas e tem sua condição pessoal mais vulnerável, buscando-se assim, a proteção da dignidade sexual delas, bem como seu desenvolvimento sadio e equilibrado (ESTEFAM, 2011, p. 165).

Deste modo, o abuso sexual contra criança é situação que deve ser tratada pelo artigo 217-A, do Código Penal, o qual

dispõe sobre o estupro de vulnerável, caracterizando-o para não ser confundido com o crime de estupro genérico, previsto no artigo 213 do mesmo Código.

Existem ainda as qualificadoras do estupro de vulnerável, que estão dispostas nos parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A. Estas seguem a mesma linha das qualificadoras do crime de estupro do artigo 213, entretanto, “no caso do art. 217-A, a violência ou grave ameaça é uma presunção oculta, atualmente, inserida no conceito de vulnerabilidade. De todo modo, tanto a violência quanto a grave ameaça podem gerar o resultado qualificador: lesão grave ou morte” (NUCCI, 2014, p. 1.041).

Ocorre que, nos dias de hoje, está cada vez mais comum ocorrerem estupros de vulneráveis dentro da própria família, sendo, portanto, um tema que merece muita delicadeza ao ser abordado, “principalmente porque se sabe que as consequências para as crianças e adolescentes abusadas sexualmente são perenes, colocando em risco o equilíbrio biopsicossocial para o resto de suas vidas” (BITENCOURT, 2012, p. 945).

Esses crimes quando são cometidos no âmbito familiar, tem uma punição mais severa, nos termos do artigo 226, do Código Penal, isto é, são majorados de metade, se o sujeito ativo tiver relação de parentesco com o ofendido (pais, avós, padrasto ou madrasta, irmãos, tios), ou por qualquer outro título exerça alguma autoridade sobre ela, como por exemplo, um tutor ou um curador (BITENCOURT, 2012, p. 952).

Por essa razão, percebe-se a gravidade da inserção de uma falsa memória de um abuso sexual no processo mnemônico de uma criança, uma vez que crimes que envolvem crianças como vítimas tem um repúdio social muito grande, e o tratamento dado pelo Estado e pelas leis para essas crianças é de total proteção, e consequentemente, pune-se mais severamente o acusado.

Nesse passo, os crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, do Código Penal, são considerados pela Lei 8.072/1990, como hediondos. Sendo assim, as consequências para quem abusa e/ou explora sexualmente uma criança são drásticas, pois, as disposições dessa lei, faz com que o acusado sofra medidas mais gravosas do que quem pratica um crime de furto, por exemplo.

Verifica-se, portanto, a tamanha necessidade de ser averiguado pelas autoridades e profissionais competentes se esse abuso de fato aconteceu, ou se ele foi inventado e implantado como falsa memória numa criança por um dos seus genitores com o objetivo de lesar direito de seu ex-companheiro.

Para tanto, entre algumas diferenças mais nítidas entre crianças abusadas sexualmente e as que estão sendo vítimas de falsas memórias implantadas por uma alienação parental, destaca-se a linguagem utilizada pela criança, ou seja, o relato de uma vítima será conforme sua visão infantil do que aconteceu, será um linguajar compatível com sua idade, do contrário, utilizando ela uma linguagem mais madura, há indícios dela estar sendo influenciada por uma pessoa adulta (DOBKE apud ESTROUGO, 2010, p. 536).

Por todo o exposto, percebe-se a importância de se realizar uma análise atenta da acusação a fim de verificar sua veracidade, pois se falsa, as consequências para os envolvidos, especialmente para a criança e para o genitor alienado, são devastadoras.

Em decorrência dessa falsa memória de abuso sexual, a criança tende a sofrer graves distúrbios psicológicos e morais, uma vez que foi abusada emocionalmente, ou seja, a história contada diversas vezes pelo alienador, faz com que se repita cada vez mais na memória da criança, deixando-a mais apavorada e traumatizada.

Portanto, segundo Maurício Souza Rodrigues (2011, p. 31-32), as sequelas geradas numa criança pela falsa memória de abuso sexual, são as mesmas sequelas apresentadas por crianças que foram vítimas de um abuso sexual real, isto é, apresentam os mesmos transtornos físicos, psicológicos, morais e culturais.

Contudo, a psicóloga Andréia Calçada (s. a., s. p.), explica que as consequências para uma criança que tem uma falsa memória de abuso sexual, são semelhantes as consequências sofridas por uma criança que vivenciou um abuso sexual real, e que são propensas a apresentar além de distúrbios psicológicos, problemas relativos a sexualidade e a afetividade.

Por isso, alguns infantes, vítimas de alienação parental, apresentam sintomas mais explícitos, como por exemplo “ansiedade, tristeza, medo, desejo de isolamento, insegurança, depressão crônica, comportamento agressivo, transtornos de identidade e de imagem, desespero, culpa, falta de organização e dupla personalidade” (DORNELES, 2013, s. p.).

Muitas crianças, quando chegam na fase adulta “podem ainda apresentar transtornos de conduta, abuso de álcool e outras drogas e, em casos extremos, tendência suicida” (ROCHA, 2012, p. 65).

Importante destacar ainda que a relação simbiótica do genitor alienador com o filho, faz com que este último veja aquele como seu único modelo, podendo causar na criança, futuramente, a mesma patologia psicológica do alienador (PAULO, 2011, p. 10).

Assim, esse conjunto de sintomas e sequelas caracterizam a síndrome da alienação parental (SAP), isto é, são as consequências dos atos reiterados de alienação parental praticada pelo genitor alienador (DIAS, A., s. a., p. 3).

Deste modo, a alienação parental é o ato de desmoralização praticado por um genitor contra o outro, induzindo o próprio filho a odiar e repudiar o outro genitor, enquanto que a síndrome da alienação parental é a consequência, é o efeito que os atos praticados reiteradamente para desmoralizar o outro genitor geram na criança.

Verifica-se, assim, que a SAP além de destruir vínculos entre pais e filhos, poderá, se não for tratada nos genitores e principalmente nos filhos, se tornar crônica, não sendo possível resgatar esse laço afetivo novamente, fazendo com que a criança veja a separação como a morte real do genitor alienado e, conseqüentemente, levará essa carga emocional para sua vida adulta, gerando um círculo vicioso, onde ela como filho alienado repetirá a alienação com os seus filhos, e assim sucessivamente (TRINDADE, 2014, p. 329).

Portanto, a criança precisa de ambas as figuras genitoras (mãe e pai) para formar sua identidade, seu caráter e sua personalidade, saber quem ela é a partir da referência pai e mãe,

porém, estando alienada, o desenvolvimento da sua individualidade será deficitário, uma vez que terá por base apenas os ensinamentos e princípios passados pelo genitor alienador.

Ressalta-se, que nesse emaranhado de sequelas deixadas pela SAP na criança, estas são igualmente visíveis no genitor alienado, primeiramente, por ter seu direito de exercer a paternidade violado, e também pela sensação de impotência e sentimento de raiva ao saber que foi acusado de algo que jamais faria, conforme explica Maurício Souza Rodrigues (2011, p. 34):

Para o genitor alienado as conseqüências (sic) são sentidas antes mesmo da confirmação do suposto abuso, pois as reações dos familiares dos amigos e no seu ambiente de trabalho pode se tornar insustentável e o processo de retomada das relações no seu meio social, mesmo depois de confirmada a falsa denúncia, é lenta e bastante comprometida pela falta de confiança que representa a sua imagem depois da acusação de abuso.

Sob esse viés, atenta-se ao fato de que muitas vezes os genitores alienados, envolvidos por essa rede de mentiras criada pelo alienador, acabam por se afastar de seus filhos, deixando de exercer a parentalidade e contribuindo para que a SAP se torne crônica (TRINDADE, 2014, p. 347).

Nessa senda, percebe-se que filhos e pais alienados acabam por se envolver nas tramas feitas pelo genitor alienador e não percebem que estão colaborando significativamente para que ele continue alienando-os. Assim, essa teia de mentiras se estende, ao ponto que o genitor alienador deixa apenas de acusar o genitor alienado de abuso sexual contra o filho, mas leva essa acusação às autoridades competentes.

Sucedem-se então, as iniciais tragédias dessa falsa denúncia, pois oferecida a denúncia pelo Ministério Público ao Poder Judiciário, esse representado pela figura de um juiz, tem o dever de proteger o infante e adota medidas acautelatórias, requisitando mais entrevistas, com ele mesmo inclusive, e com psicólogos e assistentes sociais novamente, sendo que durante o período que

duram esses procedimentos, muitas vezes a convivência entre o filho e o pai alienados é interrompida (DIAS M., s. a., s. p.).

Constata-se assim, que a denúncia feita pelo alienador contra o genitor alienado, irá dar início a chamada persecução criminal, isto é, um processo criminal, procedimento pelo qual será averiguado a veracidade dos fatos por meio de provas, que são utilizadas pelas partes e servirão para embasar a decisão do magistrado quanto a acusação do abuso sexual contra a criança.

3. A influência das falsas memórias no processo penal

O processo penal tem por natureza reconstruir fatos passados. Só há o processo penal, quando se suspeita, ou tem-se a certeza de que um crime ocorreu. Portanto, por meio dele, pela instrução probatória, busca-se recuperar o que sobrou do fato ocorrido. A intenção é que o magistrado conheça o que aconteceu. Ele é o destinatário da prova, e por meio dessa é que se faz uma retrospectiva no tempo, para tentar, que não só os envolvidos na ação delituosa saibam o que de fato ocorreu, mas os demais profissionais envolvidos no processo, principalmente o juiz, saibam também. A isso, dá-se o nome de reconhecimento. O processo penal é um processo recognitivo (DI GESU, 2014, p. 49-50).

Assim, dentro de um contexto processual penal, os princípios e garantias previstos na Constituição Federal, devem ser alicerces para que ocorra a tutela dos direitos ali elencados, constituindo verdadeiramente um processo penal democrático, tal qual expressa a Lei Maior (GIACOMOLLI, 2014, p. 80).

Nessa senda, o devido processo legal, expresso na Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LIV, elucida que nenhuma pessoa será privada de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal. Assim, trata-se do princípio que rege os demais, fazendo com que todos os outros sejam observados, do contrário, fere este por sua vez, e já não se fala mais em processo penal democrático (RANGEL, 2012, p. 4-5).

Desse modo, o devido processo legal é a peça chave para que esse possa alcançar “sua já aventada finalidade compositiva

de litígios (em âmbito extrapenal) ou solucionadora de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal)” (TUCCI, 2011, p. 64), ou seja, é o direito que as pessoas têm de, por meio dele, buscar a reparação de algum direito lesado, bem como de ver acontecer, de forma justa e igualitária, a solução desse conflito (TUCCI, 2011, p. 64).

Observa-se que, ao passo que é garantido aos cidadãos um devido processo legal, assegura-se a eles, da mesma forma, um devido processo penal, com todas as garantias e direitos basilares previstos na Carta Magna, devendo haver, nesse âmbito, um maior cuidado, uma vez que está sendo discutida a vida e a liberdade de uma pessoa.

Dessa forma, para se garantir um devido processo, precisa-se também, que este seja desenvolvido dentro de um lapso temporal razoável, analisando-se criteriosamente os fatos apresentados, almejando uma solução justa e digna com o respaldo na Constituição Federal (TUCCI, 2011, p. 64).

Assim, a razoável duração do processo é um direito inerente as partes, amparado pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, e que deve ser observado e garantido pelo Estado-juiz, para que não ocorra uma protelação da persecução criminal, tampouco sua indevida antecipação, uma vez que, a velocidade de um processo penal, não corresponde a velocidade da sociedade e “ao considerar as múltiplas e complexas situações fáticas e jurídicas e a necessidade de ser observado o devido processo, [...], o processo, a decisão judicial reclamam uma reflexão acerca da solução mais adequada ao caso” (GIACOMOLLI, 2014, p. 322-323).

Partindo-se dessa premissa, verifica-se que o processo penal depende da recapitulação feita ao seu decorrer, e por mais perto que se chegue do acontecimento real, nunca se terá ele de volta e reproduzido fielmente. Na verdade, obter-se-á uma mera aproximação conforme os relatos e lembranças das partes (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 57).

Salienta-se que, além de não ser possível a reconstrução do fato da forma exata como ocorreu, há ainda o fator mnemônico, uma vez que, tratando-se de memória, está não é

estática, mas sim dinâmica, e com o passar do tempo vai se fragmentando cada vez que é evocada. Significa dizer que, quanto mais demora o andamento do processo, quanto mais demora a oitiva de todos os envolvidos, mais a memória desses, quanto ao ocorrido, estará prejudicada, pois ela será alterada cada vez que eles recordarem o evento, podendo ocorrer as falsas memórias (DI GESU, 2014, p. 169).

Nessa senda, ao mesmo tempo em que acelerar o ritmo do processo é prejudicial ao imputado, especialmente, retardar seu andamento é tão danoso quanto, pois afora a espera pela decisão, essa pode ser fundamentada com base em uma falsa memória.

Ademais, destaca-se que durante todo o andamento do processo, o imputado deve ser assim tratado e não como culpado, pois até que transite em julgado uma sentença penal condenatória, presume-se ser ele inocente, conforme dispõe sua garantia fundamental, constitucionalmente expressa no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna de 1988.

Enlaça-se a esse direito fundamental, o princípio do *in dubio pro reo*⁵, o qual significa que em caso de dúvida, em caso de prova insuficiente a embasar uma condenação, em caso de nulidades de atos processuais e entre outras situações que não se há certeza de um juízo condenatório, o magistrado deve proferir uma sentença absolutória, pois prevalece a garantia da liberdade do indivíduo (RANGEL, 2012, p. 34-35).

Além disso, para não haver dúvidas da culpabilidade do réu, deve-se garantir a ele sua defesa, seu direito de expressar sua versão dos fatos, desde a fase investigatória, conforme prevê o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (TUCCI, 2011, p. 155).

A garantia de ampla defesa do imputado, lhe assegura um leque de outros direitos, como por exemplo, o direito de permanecer em silêncio, o direito de não contribuir para a própria acusação, o direito de ser ouvido, e uma vez que não for observada a ampla defesa de forma correta, o processo não deve

⁵ A expressão *in dubio pro reo* significa “na dúvida a favor do réu”.

prosseguir, e deve ser declarado nulo (GIACOMOLLI, 2014, p. 113-114).

Coaduna-se com a garantia de ampla defesa, o princípio do contraditório, o qual é igualmente previsto no inciso LV, do artigo 5º da Carta Magna. Esses dois princípios devem sempre estar atrelados e interligados, visando um processo penal mais justo e humanitário, que respeite as balizas constitucionais.

Por meio do princípio do contraditório, vislumbra-se a possibilidade da participação do réu no processo de forma paritária com a acusação, ou seja, o imputado deve ser informado sobre todos os atos processuais para poder exercer seu direito de contradizer o que está sendo alegado pela acusação, com todos os meios que lhe assegura a legislação pátria, superando sua impotência frente ao Estado (DI GESU, 2014, p. 68).

Dessa forma, observa-se que o juiz deve agir de modo que garanta a participação e a contradição do réu no processo em um mesmo nível que a acusação, para que haja igualdade entre as partes, e não atuando como parte, como protagonista e sim como destinatário da prova que avalia e conduz o processo sobre as premissas da legalidade. Assim, o exercício do contraditório, visa frear o ativismo judicial, para efetivamente falar-se em processo penal democrático, tendo como Estado-julgador a figura representativa de um juiz imparcial (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 130-131).

Por essa razão, se durante todo o andamento do processo o juiz não for imparcial, sua sentença também não será, pois, participando do processo como se parte processual fosse, estará aderindo ao pensamento e as alegações feitas por um das partes em específico, quebrando as regras de um processo penal que deveria ser democrático e, conseqüentemente, não motivando e fundamentando sua decisão (ROSA, 2014, p. 127).

A motivação e fundamentação das decisões do magistrado, tem respaldo no artigo 93, inciso, IX, da Constituição Federal e deve ser lido e interpretado sob uma visão democrática, portanto, atingem também as decisões interlocutórias que impliquem na liberdade do indivíduo. Dessa forma, o juiz analisando todo conjunto processual e probatório, sendo

persuadido de maneira racional e exercendo a garantia constitucional de seu convencimento ser livre e motivado, irá justificar na decisão o porquê de sua posição (DI GESU, 2014, p. 74-75).

Sob essa perspectiva, reporta-se ao fato de que a decisão judicial é firmada sobre todo contexto processual e neste se inclui o conjunto probatório, que por sua vez é o que convence o juiz das alegações feitas pelas partes. Portanto, através das provas, as partes buscam comprovar ao juiz (destinatário das provas) que o que alegam realmente aconteceu (RANGEL, 2012, p. 441-442).

As provas dentro do processo penal, devem ser obtidas por meios lícitos, isto é, que não violem os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, pois do contrário, são inadmissíveis dentro dele, conforme explicitado no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Contudo, diferencia-se provas ilícitas de provas ilegítimas, sendo que as primeiras são as que violam o direito material (exemplos: interceptar o telefone de um sujeito sem mandado judicial, adentrar em uma residência sem mandado judicial) e as últimas as que violam o direito processual (exemplos: não obedecer a ordem das oitivas, proceder a oitiva de quem está legalmente proibido). Apesar dessa diferenciação, se ambas forem produzidas por meios ilícitos, devem ser declaradas nulas e desentranhadas do processo (ROSA, 2014, p.186).

Observa-se, deste modo, que se permite a produção de todas as provas em direito admitidas, desde que não sejam ilícitas, para que o julgador forme seu juízo de convencimento pelo que foi narrado pelas partes (RANGEL, 2012, p. 443).

Dessa forma, dentre as provas que podem ser produzidas pelas partes, existem a prova testemunhal e o depoimento do ofendido, porém, não devem ser confundidas uma com a outra, uma vez que o legislador separou-as na lei, ficando a prova testemunhal prevista no Título VII, Capítulo VI, dos artigos 202 a 225, do Código de Processo Penal, e o depoimento do ofendido disposto no Título VII, Capítulo V, no artigo 201, do Código de Processo Penal.

Isto posto, adentra-se a situações em que as vítimas – ou supostas vítimas – são crianças, e quando estas estão ali para

depor, muitas vezes não por terem sido vítimas de algum crime, mas sim, por terem que depor contra um de seus genitores a pedido do outro. Nesse viés, o depoimento infantil deve ser tratado pelos operadores do Direito de maneira diferente de depoimentos de ofendidos adultos.

Na legislação pátria vigente, não existem sistemas de valoração das provas dentro do processo penal, sendo este embasado pela livre apreciação das provas pelo julgador, que deve se limitar pelo Estado Democrático de Direito, a fim de não cometer injustiças com as partes. Assim, não pode o juiz proferir uma sentença condenatória ou absolutória apenas com os depoimentos prestados pela vítima, exceto para os crimes sexuais e contra o patrimônio onde há emprego de violência e grave ameaça, uma vez que a jurisprudência tem admitido, pois nesses casos, geralmente, a palavra da vítima é o único meio de prova que restou (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 655-656).

Nesse contexto, a oitiva de uma criança em um processo em que existe suspeita de abuso sexual contra ela, deve ser feita sob todos os cuidados, pois por ainda estar em desenvolvimento psicológico, ela é mais propensa a sugestões, situação essa que colabora para ocorrência de falsas memórias, principalmente se houver insistência por quem interroga, para que ela explique melhor ou repita o que já declarou (DI GESU, 2014, p. 150).

No entanto, pode acontecer de as falsas memórias serem formadas antes do depoimento da criança em sede investigatória e em juízo, ou seja, quando a criança for prestar seu depoimento na Delegacia, no Conselho Tutelar, no psicólogo, no advogado contratado pelo genitor e posteriormente em juízo, ela irá com o relato pronto, sabendo o que deve narrar. Portanto, em casos de denúncias de abusos sexuais contra uma criança, o depoimento prestado por esta, pode ser advindo de uma falsa memória implantada por um adulto, fazendo a criança acreditar realmente que esse abuso de fato aconteceu (PISA, 2006, p. 28).

Assim sendo, muitas vezes os julgadores e/ou entrevistadores, ao ouvir o depoimento da criança, já estão com sua convicção formada, e buscam pelas entrevistas, corroborar esse pré-juízo, ou seja, por meio de perguntas instigantes, o

entrevistador tenta fazer com que as respostas da criança o confirmem (TRINDADE, 2014, p. 443).

Significa dizer, que a criança além de estar prestando um depoimento não verdadeiro sem saber, ela ainda irá colaborar com o entrevistador, confirmando a tese não verdadeira, também sem saber disso, quando na verdade, o adulto que lhe dirige as perguntas, deveria tentar propor outras hipóteses, averiguando se o relato da criança é fidedigno ao fato ocorrido.

Sob esse contexto, o projeto “Depoimento sem Dano”, técnica essa utilizada inicialmente na Comarca de Porto Alegre/RS, “constitui-se em uma medida alternativa de inquirição de criança vítima ou testemunha de delito sexual” (DI GESU, 2014, p. 189-190).

Destaca-se, nesse passo, que existem doutrinadores que apoiam o projeto, aduzindo que ele resguarda a dignidade da criança e a respeita como ser em desenvolvimento (RAMOS, 2012, p. 238), mas existem também os que discordam, argumentando que essa talvez não seja a melhor técnica de oitiva das crianças, uma vez que elas não são ouvidas e sim inquiridas, questionadas, não podendo prestar seu relato livremente, o que as leva a serem somente objetos dentro do processo, peças-chave para desvendar o crime e punir o agressor, não acolhendo-as e resguardando verdadeiramente os direitos delas (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2015, s. p.), e além disso, a inquirição pode influenciar igualmente a criança a acreditar que sofreu um abuso sexual, quando na verdade não ocorreu, e viola princípios constitucionais em relação ao réu, logo, em relação ao devido processo penal (DI GESU, 2014, p. 198).

Observa-se, portanto que o depoimento infantil deve ser feito sob muita cautela, pois a criança pode passar a ser ainda mais influenciada ao erro, levando-a a inclusive incriminar alguém inocente, que não raras vezes é seu próprio pai.

Destarte, conforme elucida Cristina Di Gesu (2014, p. 135), para o processo penal, a palavra da vítima tem grande relevância, uma vez que, existindo a possibilidade de aquela relatar uma situação inverídica sob a influência das falsas

memórias, pode contaminar todo o depoimento e causar sérios problemas para o réu.

Diante dessa perspectiva, dentro do contexto processual penal brasileiro, são proferidas “inúmeras decisões condenatórias fundamentadas exclusivamente na prova oral, [...] sem falar nas condenações motivadas no cotejo entre a prova oral colhida na fase processual e na fase pré-processual, totalmente despida de contraditório e ampla defesa” (LOPES JÚNIOR; DI GESU, 2006/2007, p. 66).

A prisão preventiva (ou provisória) está prevista no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República, e dispõe que uma pessoa só será presa se estiver cometendo um crime ou contravenção penal no momento da ordem de prisão (flagrante) ou se houver mandado de prisão, devidamente fundamentado pelo juiz, contra ela, excetuando-se os crimes militares. Assim, a prisão preventiva tem natureza cautelar, isto é, ter precaução para com os atos processuais, e por isso é decretada pelo magistrado anteriormente a decisão condenatória ou absolutória, ocorrendo no curso da persecução criminal (TUCCI, 2011, p. 263-264).

Frente a essa situação, a vida do acusado nunca mais será a mesma, pois após ser réu em um processo criminal, esse fato repercute para além do processo, alcança sua vida pessoal, e na maioria das vezes é visto pela sociedade como se realmente fosse culpado (GIACOMOLLI, 2014, p. 99-100).

Percebe-se, deste modo, a mudança drástica na vida de uma pessoa acusada por ter cometido um abuso sexual contra seu próprio filho, quando na verdade isso nunca aconteceu e não passa de uma falsa memória implantada na memória da criança pelo outro genitor com a intenção de fazer mal ao outro. Dessa forma, a fim de evitar que alguém seja preso ou afastado de seu filho equivocadamente, é necessário que a criança realmente seja entrevistada, respeitando seu espaço e seu tempo, deixando-a prestar seu relato, de modo a identificar possível falsificação de memória advinda de uma alienação parental.

Dessa forma, visando obter maiores quantidades e qualidades de informações no depoimento de uma pessoa, no ano de 1984, atendendo aos pedidos de juristas e policiais da região

norte dos Estados Unidos, Ronald Fischer e Edward Geiselman, criaram uma técnica chamada de entrevista cognitiva (ÁVILA, 2013, p. 137).

Deste modo, “a entrevista cognitiva proporciona ao processo informações mais fidedignas sobre como o fato ocorreu e quem dele participou, entre outras, diminuindo os riscos de criação de falsas memórias ou indução das respostas” (DI GESU, 2014, p. 202).

Significa dizer então, que essa técnica busca alterar a perspectiva da entrevista forense tradicional e fazer com que o depoente recorde do evento por si só, ao seu tempo e a sua maneira, a fim de que a evocação da memória seja “limpa”, sem sugestões. Assim, as chances de serem “detectadas” falsas memórias aumentam, ao passo que as possíveis induções diminuem (FLORES, s. a., s. p.).

Nesse passo, a entrevista cognitiva é desenvolvida com base em cinco fases, iniciando-se pela construção do *rappor*⁶, passando-se a recriação do contexto original, e logo à narrativa livre, após realiza-se o questionamento, e por fim é feito o encerramento (SEGER; LOPES JÚNIOR, s. a., s. p.).

A primeira fase, chamada de construção do *rappor*, é desenvolvida a partir da criação de um ambiente agradável pelo entrevistador, iniciando por conversas diversas com o entrevistado, sem entrar no assunto do fato ocorrido. O objetivo é conquistar a confiança do entrevistado, fazê-lo se sentir menos desconfortável naquele ambiente, e somente após o entrevistador verificar que o ambiente está propício para a entrevista, é que ele irá explicar o motivo da entrevista e como ela funciona, transferindo assim, o controle da entrevista ao entrevistado (ÁVILA, 2013, p. 140).

Sob esse contexto, adapta-se a técnica às entrevistas com crianças. Dessa forma, na criação do *rappor*, os responsáveis pela criança são devidamente intimados para levá-la ao local combinado, pelo menos 30 minutos antes do início da audiência, para que o entrevistador consiga acalmar sua ansiedade e

⁶ *Rappor*, significa harmonia (tradução livre). Portanto, no contexto da frase: construção de um ambiente harmonioso.

conquistar sua confiança. O processo de conversação é o mesmo que se faz com adultos, porém com perguntas e assuntos adequados a idade do infante. Salienta-se que, durante esse instante, não são feitas gravações de áudio e vídeo, pois não estão presentes as partes, evitando-se assim, afrontar o contraditório e a ampla defesa (TABAJASKI, 2012, p. 340).

Na segunda etapa, visa-se recriar o contexto original, onde o entrevistador utiliza técnicas para que o entrevistado recrie mentalmente a situação original, conforme ele lembra, explorando principalmente seus sentidos (visão, tato, olfato, audição e paladar), devendo ser observadas as pausas feitas, pois essas auxiliam na evocação de maneira tranquila, sem pressão, para que a lembrança seja a mais fidedigna possível com o evento original (ÁVILA, 2013, p. 140-141).

Essa etapa da entrevista cognitiva não é simples de ser aplicada em crianças, uma vez que “envolve uma demanda cognitiva, subjetiva, e a qual será mais fácil ou não de responder, conforme a situação que viveu (abuso extra ou intrafamiliar), assim como o tempo transcorrido entre o fato vivido e seu relato” (TABAJASKI, 2012, p. 342).

A terceira fase é o momento pelo qual o entrevistado relata livremente tudo que recordou, da sua maneira e em seu tempo, descrevendo o que conseguiu resgatar na memória do fato ocorrido, não devendo ser interrompido pelo entrevistador, por mais que este tenha dúvidas, deve guardá-las para o final da narrativa, a fim de não confundir e editar todo o relato do entrevistado (FEIX; PERGHER; 2010, p. 218).

Diante dessa perspectiva, as partes envolvidas no processo e presentes na audiência, devem acompanhar a entrevista sem que haja interrupção, especialmente nessa etapa, uma vez que a recuperação da memória por uma criança exige demasiado trabalho e esforço cognitivo dela, e se esta for interrompida, perderá sua linha de raciocínio, prejudicando seu trabalho de recordação (TABAJASKI, 2012, p. 342).

Dessa forma, percebe-se que essa etapa é de suma importância para o bom desempenho da entrevista, pois a criança irá relatar com suas palavras o que recorda do evento, fazendo

com que o entrevistador a escute atentamente e consiga ir assimilando a descrição feita por ela com a descrição dos fatos dispostos nos autos do processo, a fim de verificar se existe coerência e alguma relação propriamente dita.

Na quarta etapa é feito o questionamento, em que o entrevistador interroga o entrevistado sobre o que ele relatou, ou seja, com base no que ele recordou e posteriormente descreveu da sua forma (ÁVILA, 2013, p. 142).

Nesse passo, ao ser formulada alguma pergunta, o entrevistador deve utilizar questionamentos condizentes com o relato prestado, obedecendo a ordem das informações e as expressões usadas pelo entrevistado (TABAJASKI, 2012, p. 344). Desse modo, quanto a criança

inicialmente, os esclarecimentos sobre o relato são realizados pelo técnico-facilitador e, posteriormente, passados para a sala de audiência. Considerando que os técnicos-facilitadores não estão trabalhando sozinhos – é um trabalho interdisciplinar –, juízes, promotores e defensores públicos ou advogados vão inquirir sobre fatos, muitas vezes de forma mais direta, com perguntas fechadas. Por isso, há necessidade de combinações com os operadores do direito para que seja compreendida a sobrecarga cognitiva para a criança quando as perguntas não seguem uma ordem conforme o que foi trazido por ela (TABAJASKI, 2012, p. 344).

Partindo-se desse pressuposto, Osnila Pisa (2006, p. 37-38) enfatiza a importância de serem feitas perguntas abertas as crianças, pois “mesmo quando solicitado um relato livre, raramente as crianças fazem uma detalhada e completa exposição dos incidentes observados ou experimentados”, fazendo-se necessário questioná-las para se obter dados adicionais com qualidade e coerência.

Na última fase, acontece o fechamento da entrevista cognitiva, onde é feito o resumo de todos os dados descritos e conversados. Com o intuito de amenizar a emoção do ambiente, o entrevistador volta a conversar com o entrevistado sobre

assuntos diversos do qual se tratou ali, fazendo com que o entrevistado continue se sentido em uma situação agradável (ÁVILA, 2013, p. 142).

Nessa fase, os responsáveis pela criança acompanham a leitura do resumo da entrevista, sendo que os sistemas de vídeo e áudio já foram desligados, e a audiência encerrada pelo magistrado. Posteriormente, se for necessário, pode haver o encaminhamento da criança, ou dela e seus responsáveis a atendimento psicoterápico (TABAJASKI, 2012, p 344-345).

Considerando-se esse contexto, Cristina Di Gesu (2014, p. 204) aponta como alguns meios para aprimorar a entrevista cognitiva, a oitiva em um tempo razoável, a fim de que o evento esteja “fresco” na memória, evitando a influência de sugestões de conhecidos do entrevistado, e não somente a gravação da entrevista em sede judicial, mas em sede investigativa, para que complemente o inquérito policial e o magistrado possa averiguar, além da garantia dos direitos, se há ou não contaminações e induções por quem presidiu a entrevista, além do mais, a gravação de depoimentos está prevista no artigo 405, § 1º, do Código de Processo Penal.

Diante disso, observa-se que a entrevista cognitiva auxilia os operadores do Direito na obtenção de informações mais precisas sobre o evento ocorrido, sem revitimizar a vítima, bem como auxilia na averiguação das falsas memórias e evita que elas ocorram durante a entrevista. Contudo, não obstante ser uma técnica eficiente, ela depende de treinamentos com quem será entrevistador, de tempo e custos, de ter um ambiente em que possam ser aplicadas as etapas e que o entrevistador tenha uma boa capacidade cognitiva (ÁVILA, 2013, p. 152-153).

Constata-se então, que essa técnica é um instrumento de suma importância para a ciência jurídica, fazendo com que possa ser detectado pelo entrevistador se a criança foi vítima de abuso sexual por parte de seu genitor ou vítima de abuso psicológico pelo seu guardião, buscando-se evitar prisões equivocadas e danos permanentes nas vidas dos envolvidos.

Considerações finais

Verifica-se, nos dias de hoje, um grande aumento de processos criminais, em que crianças figuram como vítimas. Ainda mais alarmante, é o fato desses processos terem por natureza o abuso sexual cometido contra aquelas, tendo como réu, seu genitor.

Ocorre que, pode-se estar diante de um fato que não aconteceu, ou seja, a criança pode ter sido induzida a acreditar ter sofrido o abuso sexual pelo seu pai, quando na verdade o crime não ocorreu. Essa indução pode ter sido feita pelo outro genitor, que busca afastar o outro da criança, por motivos irrelevantes e de ordem especificamente pessoal.

A gravidade centra-se no fato de que a criança passa a acreditar que foi abusada pelo seu pai. A falsa memória de abuso para ela é verdadeira, uma vez que quem lhe “lembrou” que isso aconteceu foi sua mãe, e pelo amor e confiança que existe nesse vínculo, ela não faria nada para lhe prejudicar. Assim, tendo a confirmação por parte de sua mãe, a criança tem plena certeza de que foi abusada, e repete essa história diversas vezes, sem mensurar as consequências que essa falsa memória está lhe causando e a repercussão para a sua vida, mas também para a vida de seu pai.

Sob esse viés, verifica-se a repercussão de uma falsa memória de abuso sexual inserida em âmbito familiar. As consequências deixadas nas vidas dos envolvidos são devastadoras, sendo possível constatar que as primeiras são as de cunho psicológico, pois a criança acredita ter sofrido o abuso, e pode vir a apresentar sequelas parecidas com as que uma criança realmente abusada sofre, e além disso, quando a criança descobre que foi manipulada pela mãe para prejudicar seu pai, por exemplo, também aparecem implicações, pela culpa e remorso de ter feito aquele que mais ama sofrer em vão. Já o pai acusado, tem sua vida pessoal abalada, eis que sabe não ter feito nenhum mal a seu filho, e isso lhe perturba, deixa-o em uma situação delicada e constrangedora perante a criança e os demais familiares.

Observa-se, que as consequências refletem incisivamente sobre o réu, pois ele poderá ter sua liberdade cerceada provisória ou até definitivamente. Significa dizer, que um sujeito inocente poderá ser condenado a uma pena privativa de liberdade, logo, seus direitos não estão sendo garantidos, pois se sua prisão for embasada única e exclusivamente no depoimento da criança, o qual pode ser eivado por falsas memórias, estar-se-á diante de uma injusta condenação.

Em razão disto o tema deve ser tratado com cautela, e mecanismos capazes de minimizar essas consequências devem ser utilizados, como por exemplo, a técnica da Entrevista Cognitiva aplicada aos depoimentos infantis.

Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Código de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, **Código penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

_____, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Lei 12.015/2009, de 7 de agosto de 2009. **Altera o título VI da parte especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata da corrupção de menores**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

_____, Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CALÇADA, Andréia. **Falsas acusações de abuso sexual:** o outro lado da história (artigo introdutório). Disponível em: <<http://www.apase.org.br/93001-andreacalçada.htm>>. Acesso em: 26 set. 2015.

COSTA, Sirlei Martins da. **Violência sexual e falsas memórias na alienação parental.** Disponível em: <<http://asmego.org.br/wp-content/uploads/2012/04/violencia-sexual.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

DIAS, Arlene Mara de Sousa. **Alienação parental, síndrome da alienação parental e implantação de falsas memórias:** analisando conceitos. Disponível em: <http://www.fundamentalpsychopathology.org/uploads/files/v_congresso/p_59_-_arlene_mara_de_sousa_dias_.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Falsas memórias.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_falsas_mem%F3rias.pdf>. Acesso em 03 ago. 2014.

_____. **Manual de direito das famílias.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DORNELES, Liana Rodrigues. **A alienação parental como motivação do crime de denúncia caluniosa:** uma discussão acerca do seu diagnóstico e prevenção. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/100271/Monografia_Liana_Rigon_Dorneles.pdf?sequence=1>. Acesso em 03 ago. 2014.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. A falsa denúncia de abuso sexual. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.) et. al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

FLECH, Larissa Civardi. **Falsas memórias no processo penal**.

Disponível em:

<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67291/000872494.pdf?sequence=1>>.

Acesso em: 03 ago. 2014.

FLORES, Marcelo Marcante. **Prova testemunhal e falsas memórias:**

entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos(?). Disponível em:

<http://www.potteremarcante.com.br/prova_testemunhal_falsas_memorias_e_entrevista_cognitiva.pdf>. Acesso em 17 ago. 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; DI GESU, Cristina Carla; **Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos**. S. I. Revista de Estudos Criminais, Publicação conjunta do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais: Notadez, p. 59-69, [abr. jun. 2006/2007].

_____. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Limite penal - você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>>. Acesso em: 20 set. 2014.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. **Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-antietico-levar-erros-judiciais>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.) et. al. **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULO, Beatrice Marinho. Alienação parental: identificação, tratamento e prevenção. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** n. 19, [dez. jan 2011].

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buqueti. Os direitos humanos das crianças e dos adolescentes no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PISA, Osnilda. **Psicologia do testemunho:** os riscos na inquirição de crianças. 2006. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/4834/1/000384132-Texto%2BCompleto-0.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

- RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Abuso sexual ou alienação parental: o difícil diagnóstico. In: PAULO, Beatrice Marinho (Coord.). **Psicologia na prática jurídica: a criança em foco**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ROCHA, Mônica Jardim. Alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional. In: PAULO, Beatrice Marinho (Coord.). **Psicologia na prática jurídica: a criança em foco**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina Rönelt. Alienação parental e a lei: a judicialização das relações familiares? In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick (Org.). **Direito de família: em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- RODRIGUES, Mauricio Souza. **Os efeitos das falsas acusações de abuso sexual de crianças e adolescentes na vida dos envolvidos**. 2011. Dissertação (Pós-Graduação em Psicologia Jurídica) – Curso de Pós-Graduação em Psicologia Jurídica, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em:
<http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/t206783.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.
- ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SARLET, Indo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JÚNIOR, Aury. **Prova testemunhal e processo penal: a fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias**. Disponível em:
<<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao>

/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2014.

TABAJASKI, Betina. O depoimento especial de crianças/adolescente vítimas de violência: um encontro entre os direitos humanos, o saber jurídico e a ciência psicológica. In: PAULO, Beatrice Marinho (Coord.). **Psicologia na prática jurídica: a criança em foco**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; BENTZEEN, Ana Luiza Capanema Bahia Von. Síndrome da Alienação Parental. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O VALOR PROCESSUAL DO DEPOIMENTO (TESTEMUNHAL OU VITIMÁRIO) INFANTIL

Matheus Tomé¹
Ney Fayet Júnior²

1. Introdução

No processo penal, a dogmática científica se tem afadigado em estabelecer critérios seguros de produção e de reconhecimento da prova materializada a partir do depoimento (testemunhal ou vitimário) infantil. Nos últimos anos, mais que nunca, novas disciplinas se ajuntaram à do processo criminal para fornecer um campo vasto (e — cumpre acrescentar — seguro) de elucidação e de individualização de crimes (TIEDEMANN, 2007, p. 146) que, de algum modo, envolverem crianças. As polêmicas em torno do tema, todavia, são significativas, assinaladamente quanto ao valor e à admissibilidade dessa modalidade de prova.

Por óbvio, a prova³ tem a condição de possibilidade de, acima de tudo, decidir a lide (penal) (GRECO FILHO, 2015, p. 220), na medida em que se vincula à verdade real, em virtude da qual o juiz estabelece, na entrega da prestação jurisdicional, o grau de (possível) certeza sobre o injusto imputado ao réu, para cuja tarefa se vale da livre apreciação (motivada) da prova, não se lhe impondo *a priori* quaisquer critérios rígidos, tendo, por

¹ Participação na atualização jurisprudencial e legislativa deste artigo. Aluno do Curso de Direito - PUCRS

² Advogado, Doutor e professor do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS

³ Como conceitua Fragoso (1978, p. 23), “constitui prova todo o elemento capaz de proporcionar ao juiz o conhecimento da existência histórica do fato e de sua autoria”; ou, em outras palavras, a prova, em sua dimensão processual, “é tudo aquilo que se destina a convencer (não apenas o que convence) da existência de algum fato relevante para o julgamento”, não se admitindo, contudo, “veredicto condenatório embasar-se em provas que não hajam passado pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, enquanto direitos fundamentais da pessoa humana” (TOVO; TOVO, 1991, p. 141).

consequente, ampla liberdade de escolha, aceitação e valoração da prova⁴.

Por conta disso, o estudo da prova testemunhal (TOVO, 1991, p. 306) (talvez — embora essa hierarquia, com efeito, não exista — a mais instigante de todas as provas) (NOGUEIRA, 1988, p. 25) reveste-se de uma importância fundamental e decisiva (MARQUES, 2000, p. 402); e, nesse setor, enfeixa-se um âmbito específico relacionado ao depoimento infantil⁵, haja vista as suas vicissitudes e peculiaridades (CHOUKR, 2014, p. 475).

Abordar os aspectos essenciais da prova concretizada em face do depoimento infantil (com as suas mais representativas nuances, tanto da perspectiva processual como da psicológica) é o escopo deste trabalho⁶.

1. Do depoimento infantil

Sistematicamente, o depoimento infantil sempre preocupou a Justiça Penal, em todas as fases de sua evolução

⁴ “(...) se exige que el tribunal exprese su convicción y, además, que funde esa convicción a través de argumentos racionales que tengan en cuenta los diferentes elementos de prueba validamente incorporados al proceso. (...). Se trata de describir la convicción a la cual ha arribado el tribunal y de señalar, además, los distintos elementos de juicio utilizados para arribar a esa conclusión” (BOVINO, 2005, p. 93).

⁵ O CPP, em seu art. 202, permite que toda pessoa possa ser testemunha, não se deferindo, entretanto, o compromisso de dizer a verdade aos: (i.) doentes e deficientes mentais; (ii.) aos menores de 14 anos; (iii.) aos parentes do acusado mencionados no art. 206 do CPP, e que são: o ascendente ou descendente, ou afim em linha reta, o cônjuge ainda separado, o irmão, e também pai, mãe, ou filho adotivo (CPP, art. 208).

⁶ Nunca é demais referir-se que vigora entre nós, no que tange à prova no processo penal, o princípio da verdade real, que corresponde à busca da certeza sem obstáculos ou limitações legais na valoração da prova (sistema do livre convencimento — art. 155 do CPP e art. 297 do CPPM). Dessa sorte, o magistrado, ao estabelecer, na sentença, o encerramento da lide penal, deve apoiar-se na prova que se lhe aprouver, desde que motive, suficientemente, o seu convencimento. Daí porque tem-se como válido o depoimento infantil para gerar uma nota de censurabilidade jurídico-penal. Cumpre destacar, conjuntamente à EM do CPP, que “o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo”.

histórica⁷, constituindo-se em fator (ao lado do sexo, da situação civil, da vida pregressa, entre outros) que, por via de regra, incapacitava a pessoa de testemunhar.

O ordenamento jurídico brasileiro não estabelece obstáculos à participação de crianças, como testemunhas, no processo criminal. E isso em razão de, segundo o CPP, a qualquer pessoa se lhe conferir a condição de testemunha (TORNAGHI, 1991, p. 397). Desse modo, se a criança, pela percepção sensorial, tomar contato com o delito, dele despontará como testemunha; inexistindo, daí, qualquer óbice para que, no processo, assuma e desempenhe essa posição, com o único aspecto de que não será compromissada (PEDROSO, 2017, p. 67). Nesse andar, admite-se, por conseguinte, o depoimento infantil como meio de prova, até porque, em certos ilícitos, é o único existente (será defeso, porém, o compromisso de dizer a verdade ao menor de quatorze anos) (TÁVORA; ROQUE, 2015, p. 208); contudo, reconhecem-se as dificuldades em se estabelecer, por seu intermédio, a verdade real (ALVES, 1995, p. 189).

Deve perscrutar-se, portanto, o valor jurídico conferido ao depoimento (testemunhal ou vitimário) infantil⁸, dado que em que vários fatores — a seguir, em termos amplos, relacionados e debatidos — o inviabilizam.

⁷ O Código de Manu já preconizava: “Só quando o fato houver ocorrido em lugar ermo, é que a criança poderá ser inquirida; mas nesse caso o juiz equipará a depoimento dela ao do alienado (ARANHA, 1996, p. 145). Florian (1982, p. 105-6) acrescenta que “los menores tenían también la facultad de rendir testimonio. En cuanto a los impúberes, dada naturalmente su condición jurídica, carecían de capacidad para rendir testimonio, como resulta de numerosos pasajes de las fuentes”.

⁸ Assim, a jurisprudência: “Testemunha. Menor. Acusação nela estada. Admissibilidade. Não se contesta que o testemunho infantil deve ser recebido com reserva, mas não pode ser afastado *in limine*, máxime quando encontra ressonância na prova indiciária” (RT 430/344). “Testemunha. Menor. Amparo em prova idônea existente nos autos. As restrições que, em tese, são feitas ao testemunho infantil entendem-se cabíveis quando ele é o único elemento de que se dispõe para alicerçar a decisão. Quando, porém, está amparado por prova idônea que o confirma, não se vê razão ou motivo para que dele se descreia” (RT 242/98). (AMARO, 1979, p. 912.)

2. Aspectos gerais

Já se asseverou que a criança ostentaria pureza de espírito (MIRABETE, 1994, p. 255), candura e ausência de malícia; com isso, seus depoimentos deveriam ser tidos como a exata expressão da verdade (MITTERMAYER, 1871, p. 109), porquanto se julgaria o infante tão puro que sequer saberia mentir — *ex ore puerorum veritas*⁹.

A maioria dos autores, no entanto, criticava a fé cega com que a Justiça encarava, em certas situações, os testemunhos infantis (GORPHE, 1933, p. 117).

Com efeito, o depoimento infantil pode conter graves defeitos psicológicos (PRADO, 1984, p. 16)¹⁰, obstaculizando que, dele, se possa formar um juízo adequado de certeza (GRECO FILHO, 2015, p. 220); sendo assim, somente em situações excepcionais (em que as declarações prestadas por crianças se mostrassem coerentes e confortantes de outros dados da prova) essa modalidade de prova seria apta a estribar uma sentença condenatória.

Os fatores psicológicos que tornam deficientes os depoimentos infantis são, *grosso modo*, os seguintes: (i.) imaturidade psicológica: a imaturidade orgânica¹¹ do infante implica a

⁹ Daí existirem julgados realçando que todos os depoimentos têm valor equivalente e a idade, *de per se*, não constituiria elemento para diminuir-lhes o grau de certeza.

¹⁰ Em termos jurisprudenciais: “Vítima mulher com doze anos de idade. Valor probante do testemunho infantil. Fragilidade da prova. Absolvção. *In dubio pro reo*. Recurso provido. 1. Embora as palavras das vítimas recebam especial valor probatório nos crimes contra a dignidade sexual, em se tratando de testemunho infantil, devem ser admitidas com ressalvas, pois o menor impúbere é extremamente sugestionado, necessitando, pois, que suas palavras sejam apresentadas de forma lógica, coerente e com respaldo em outros elementos probatórios. 2. Necessário evocar o princípio *in dubio pro reo* nos casos em que a vítima menor apresenta diferentes versões para o fato analisado, o réu nega com veemência a imputação contra si perpetrada, e a genitora da ofendida demonstra insegurança e dúvida quanto à ocorrência do atentado violento ao pudor. 3. Uma condenação deve ser fundamentada em provas firmes, concludentes, plenas e inequívocas, não sendo possível baseá-la em meras suposições e elementos titubeantes. 4. Recurso provido para absolver o réu, com base no art. 386, II, do CPP” (TJDFI, AC 2007011044994300029068520058070011, Des. Rel. Silvano Barbosa dos Santos, 2ª TC, j. 4.11.10).

¹¹ A imaturidade orgânica da criança implica sua imaturidade funcional: se o cérebro, órgão central da inteligência está incompleto, imperfeita será, portanto, a função que se lhe é respectiva. Tem-se como certo que a formação do aparelho mental se sedimenta a partir da

existência de suas camadas (id, ego e superego), sendo que, “a camada fundamental, mais antiga e maior, é o id, o domínio do inconsciente, dos instintos primários. O id está isento das formas e princípios que constituem o indivíduo consciente e social. Não é afetado pelo tempo nem perturbado por contradições; ignora ‘valores, bem e mal, moralidade’. Não visa à autopreservação: esforça-se unicamente pela satisfação de suas necessidades instintivas, de acordo com o princípio de prazer. Sob a influência do mundo externo (o meio), uma parte do id, a que está equipada com os órgãos para a recepção e proteção contra os estímulos, desenvolve-se gradualmente até formar o ego. É o ‘medidor’ entre o id e o mundo externo. A percepção e o conhecimento consciente são apenas a parcela menor e ‘mais superficial’ do ego, a parte topograficamente mais próxima do mundo externo; mas, em virtude dessas instrumentalidades (o ‘sistema perceptual-consciente’), o ego preserva a sua existência, observando e testando a realidade, recebendo e conservando uma ‘imagem verdadeira’ da mesma, ajustando-se à realidade e alterando-a no seu próprio interesse. Assim, o ego tem a tarefa de ‘representar o mundo externo para o id e, portanto, de o proteger; pois o id, lutando cegamente pela gratificação de seus instintos, com desprezo completo pela força superior da realidade exterior, não poderia de outro modo evitar o aniquilamento’. Ao cumprir a sua missão, o principal papel do ego é coordenar, alterar, organizar e controlar os impulsos instintivos do id, de modo a reduzir ao mínimo os conflitos com a realidade: reprimir os impulsos que sejam incompatíveis com a realidade, ‘reconciliar’ outros com a realidade, mudando o seu objeto, retardando ou desviando a sua gratificação, transformando o seu modo de gratificação, amalgamando-os com outros impulsos etc. Dessa maneira, o ego ‘destrona o princípio de prazer, que exerce indiscutível influência sobre os processos do id, e substitui-o pelo princípio de realidade, que promete maior segurança e maior êxito. (...) No curso do desenvolvimento do ego, outra ‘entidade’ mental surge: o superego. Tem origem na prolongada dependência da criança de tenra idade, em relação aos pais; a influência parental converte-se no núcleo permanente do superego. Subsequentemente, uma série de influências sociais e culturais são admitidas pelo superego, até se solidificar no representante poderoso da moralidade estabelecida e daquilo ‘a que as pessoas chamam de coisas ‘superiores’ na vida humana’. Ora, as ‘restrições externas’ que, primeiro, os pais e, depois, outras entidades sociais impuseram ao indivíduo são ‘introjetadas’ no ego e convertem-se na sua ‘consciência’; daí em diante, o sentimento de culpabilidade — a necessidade de punição, gerada pelas transgressões ou pelo desejo de transgredir essas restrições (especialmente, na situação edípica) — impregna a vida mental. ‘De modo geral, o ego efetua as repressões a serviço e a mando do seu superego’. Contudo, as repressões cedo se tornam inconscientes, como se fossem automáticas, e uma ‘grande parte’ do sentimento de culpa mantém-se inconsciente” (MARCUSE, 1981, p. 47-9). A par disso, no curso da evolução de cada pessoa, “el super-yo incorpora aportes de sustitutos y sucesores ulteriores de los padres, como los educadores, los personajes ejemplares, los ideales venerados en la sociedad. Se advierte que, a pesar de todas sus diferencias fundamentales, el ello y el super-yo tienen una cosa en común: ambos representan las influencias del pasado: el ello, las heredadas; el super-yo, esencialmente las recibidas de los demás; mientras que el yo es determinado principalmente por las vivencias propias del individuo; es decir, por lo actual y accidental” (FREUD, 1998, p. 26). De ver-se, entretanto, que a personalidade, como expressão mais ampla das experiências humanas, envolve um *processus* lato, dentro do qual, na concretude da existência, se vai consolidando, pouco a pouco, até atingir um estágio pleno — que irá acompanhar o indivíduo durante grande parte de sua vida — e, posteriormente, encontrar, na ancianidade, a natural degenerescência. E esse *processus* (de formação da personalidade) não se encerra, por conseguinte, na estruturação das camadas mentais; em verdade, ele prossegue *pari passu* com a existência individual; e atinge, em regra, um ponto de pleno desenvolvimento. Todavia, é

imaturidade funcional, com o que o desenvolvimento psíquico será incompleto (ALTAVILLA, 1955, p. 58); (ii.) a imaginação (SILVEIRA, 1955, p. 1292-1293)¹²: atua duplamente na criança, tanto como meio de defesa (mentira defensiva ou interesseira) ou como de satisfação de desejos (brinquedos fantasiosos)¹³; e (iii.) sugestibilidade¹⁴: é bem acentuada nas crianças, surgindo (mais ou

complexa a tarefa de se balizar, com certa precisão, o momento no qual se inaugura esse estágio da vida; para alguns indivíduos, ele pode aportar mais cedo (lembramo-nos de certos relatos de guerras, os quais pontificam que crianças, [muitas das quais] órfãs e submetidas a toda sorte de infortúnios, atingiam, pelo estresse, precocemente, padrões mais elevados de maturidade) que para outros. Deve ter-se presente, em suma, a necessária interação dialética dos fatores (biológicos, psicológicos e sociais) que, em última análise, determinam a sedimentação estrutural da personalidade humana. Sob o ponto de vista da constituição das capacidades cognoscitivas dos indivíduos, é certo que, entre *l'âge de raison* e a plena formação da personalidade, medeia um espaço considerável de tempo, na fluência do qual aqueles fatores irão cumprir um papel decisivo para a maturação da pessoa.

¹² Interessante, por outro lado, o exemplo citado por Carrero (1936, p. 160): “uma criança de quatro anos, que presenciara uma tentativa de estupro de que fora vítima a mãe, contava que o criminoso exigia dinheiro e que a mulher lhe respondera que não o tinha; a imaginação completou o que a inteligência não permitia compreender”.

¹³ Em sua obra clássica, Tschadek (1982, p. 34) relata o seguinte caso: “en una ciudad austriaca se tramitó, pocos años há, un juicio contra un odontólogo a quien había consultado en vísperas de Navidad una niña de doce años a la que él conocía desde la primera infancia. Durante el tratamiento, la pequeña le contó que sentía intensos dolores en la región abdominal y que su madre temía que vinieran del apéndice. Entonces, el odontólogo palpó la zona del apéndice com el propósito de informar, dado el caso, a la mamá que también era amiga suya. Como posteriormente habrían de confirmarlo los testigos, la niña salió muy tranquila del consultorio. En la casa contó que el odontólogo le había tocado la región pubiana e intentado violarla. Hasta tal punto abundaba el relato en detalles que el presunto delincuente fue condenado en primeira instancia, y solo más tarde se comprobó su inocencia a la luz de las deposiciones de la ayudante del consultorio y de varios pacientes, amén de la declaración modificada de la niña. Para mí no cabe duda que la menor realmente creía haber dicho la verdad y que, tal vez, un deseo reprimido, que la palpación del vientre despertó, hubiera motivado la apreciación totalmente equivocada de la situación”.

¹⁴ Cuida-se da capacidade de modificar a realidade da percepção em face da sugestão que se lhe é proposta. Sob estas circunstâncias, não seria desarrazoado falar-se em mentira sugerida (expressão que buscamos em Gorphe), ou seja, a que deriva da sugestão alheia, como a expressão, *per se*, já o indica; a sugestão é comum, nas falsas acusações devidas a crianças. Essa sugestão nem sempre é intencional: muito frequentemente é o próprio interrogatório inicial dos pais que indica à criança a invenção. O caso do cura de Etampes é clássico. Uma professora deu queixa contra o sacerdote, acusando-o de atentados ao pudor de algumas de suas alunas. Eis a origem do caso: notara a mestra que aquelas meninas tinham hábitos viciosos; interroga com severidade uma delas: “Diga, foi... quem foi?” E a pequena, atarantada, a responder: Foi... foi ... o sr...” — “O sr., quem? — replica a mestra; aqui só há duas pessoas a

menos) aos cinco anos de idade, atingindo seu ponto máximo em torno dos oito anos para, a partir de então, entrar em decréscimo.

Há, também, os fatores morais que tornam os testemunhos infantis problemáticos (considera-se, *in casu*, uma espécie de imaturidade moral).

A moralidade não é um fato inato; em verdade, é adquirida pela criança com base em estímulos ambientais e pressões externas. Ao início, na tenra idade, a criança é mendaz, sem a menor intenção, dado que age com força imaginativa, como defesa, como um mecanismo de proteção; depois, fatores ambientais e pressões sociais exógenas (família, escola, meio religioso, entre outros) indicam que a mentira deve ser relegada, apesar de comprometer o prazer e as vantagens que pode proporcionar; por fim, a censura exterior interioriza-se, e o superego cuida de evitar a mentira¹⁵.

quem chamamos senhor: o sr. Prefeito e o sr. cura.” E a menina, crente de que a resposta encerraria o incidente: “Foi o sr. cural?”. O médico legista, interrogando mais habilmente uma das vítimas, pôde descobrir o verdadeiro autor; contudo, todas elas acusaram o sacerdote (CARRERO, p. 161-2).

¹⁵ Altavilla (p. 79), abordando os aspectos psicológicos, propriamente ditos, esclarece que, ao se estudar as ‘mentiras conscientes’, se tem de reconhecer que “a razão da sua frequência á constituída pelo fato da mentira representar um meio de luta pela existência: ‘Todos os seres débeis e os agregados sociais inferiores e anormais se servem da mentira como meio de luta. Basta observar a forma como se produz a mentira nas crianças, para nos convenceremos de que ela é uma manifestação do instinto da conservação e, com frequência, uma produção inconsciente, que tem, algumas vezes, as características daqueles movimentos reflexos que esse instinto impõe aos nossos músculos, como quando, numa queda, as mãos se estendem para diante a adoçá-la, ou a um gesto de ameaça as pálpabras se cerram para proteger os olhos. É que a criança, no seu mórbido egoísmo, na sua ‘polimorfa perversidade’, como diria Freud, na impulsividade dos seus estímulos, com um fraco discernimento, com uma insuficiente inibição, diz, indiferentemente, o verdadeiro ou o falso, conforme o seu cego utilitarismo a faz considerar, para satisfação de uma necessidade imediata, mais conveniente uma coisa ou a outra. Ela é guiada por uma concepção hedonista da vida, pela lei do prazer (*Lustprinzip*, de Freud), que predomina sobre a lei da realidade (*Realitätprinzip*). (...) É por isso que um garoto estraga um magnífico móvel para se apoderar de uma pequena mola, e um outro diz ao pai que viu a mãe com um senhor, para ser deixado só e poder ir ao cinema. E isto é ainda mais fácil porque a intervenção da imaginação favorecida por uma forte autossugestionabilidade, na altura em que a sua pequena paixão lhe inflama de desejo a alma, a leva a perder a concepção precisa e clara de que está a dizer coisas falsas, o que faz faltar também aquele sentimento antagonístico que poderia, eventualmente, suscitar a sensação clara e precisa de estar a

Nessa dimensão, a imaturidade moral (Silveira, 1955, p. 1296) da criança não admite um valor pleno ao depoimento infantil (ARANHA, 1996, p. 147); e as decisões jurisprudenciais dele se servem especialmente quando houver outras provas a lhe dar conforto¹⁶, ou mesmo, laudos periciais¹⁷.

mentir. Assim se explica a passagem frequente da mentira consciente para a inconsciente”.

¹⁶ “Crimes Sexuais. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos (arts. 217-A do CP). (...). Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem testemunhas presenciais, a palavra da vítima é de amplo valor probatório, sobretudo se corroborada por todos os outros elementos de convicção contidos nos autos. (...). No caso, não cabe desmerecer a palavra da vítima, somente por se tratar de criança, já que narrou os fatos na primeira oportunidade em que fora ouvida, de forma clara e coesa. A propósito: ‘Eliminar, aprioristicamente, o testemunho infantil é entregar a criança, inerme, à sanha dos sátiros. Essencialmente, todas as críticas podem ser feitas ao testemunho como instrumento do processo. É o meio de prova mais passível de infidelidades. Entretanto, o sistema judiciário não prescinde dele (TJSP, relator Desembargador Acácio Rebouças; RT 420/89)’ (...). Some-se a isso o laudo psicológico (...) que, comente-se, foi prolatado por psicóloga designada pelo próprio Juízo como perita judicial (...) e concluiu que as palavras da vítima e os sinais por ela manifestados não geravam dúvidas e possuíam valor de verdade e confiabilidade. Irrelevante, no caso em apreço, que o laudo de exame de corpo de delito da menor tenha sido inconclusivo (...), já que crimes desta natureza nem sempre deixam vestígios. Ora, o ato libidinoso praticado com ela não consistiu em penetração, de modo que o crime não produziu sinais detectáveis por perícia, tornando prescindível a prova técnica, máxime quando os demais elementos do processo não dão margem à absolvição” (TJSP, AC 00050834720058260543, Rel. Des. Paulo Rossi, 12ª CC, j. 13.11.13). “Atentado violento ao pudor. Padrasto contra enteada. Valor probante do depoimento infantil. Prova corroborada por outros elementos de convicção. Dosimetria estabelecida no mínimo legal admissível. Sentença confirmada. 1. Réu condenado por infringir o art. 214 do CP c/c com os arts. 5º, I e II, e 7º, III, da Lei 11.340/2006, eis que se prevaleceu de relação concubinária mantida com a mãe de sua enteada com dez anos de idade para entrar à noite no quarto dela, onde a despiu e lhe fez carícias lascivas, chegando a friccionar o pênis na vagina de sua enteada. No dia seguinte, a menina contou os fatos à mãe, pondo a descoberto as ações pecaminosas praticadas pelo réu. 2. A materialidade e a autoria foram comprovadas no depoimento vitimário infantil, que neste caso se apresenta lógico, coerente e conta com o respaldo de testemunhos idôneos e verossímeis, sendo a pena estabelecida no mínimo admitido pela lei. 3. Apelação desprovida” (TJDFT, AC 20080810058394, Rel. Des. George Lopes Leite, 1ª TC, j. 15.3.12). “Crime contra os costumes. Condenação. Violência presumida. Caráter absoluto. Pela natural sugestionabilidade, o depoimento infantil é quase sempre precário, mas não pode ser desprezado quando vier corroborado por outros elementos de prova, sobretudo se guardar coerência e compatibilidade com a realidade dos fatos, como no caso dos autos, em relação a uma das ofendidas, sendo irrelevante seu consentimento para as práticas delitivas, devido ao caráter absoluto da norma esculpida na alínea ‘a’ do art. 224 do CP. Atentado violento ao pudor. Desclassificação para estupro na forma tentada. Elementos probatórios. Possibilidade. Existindo nos autos elementos suficientes para constatação de que o réu somente não

De outro giro, não deve olvidar-se das situações nas quais as crianças são preparadas (BATTISTELLI, 1963, p. 113), apresentando traumatismos adrede produzidos para materializar o suposto delito; ou, então, aproveitam-se lesões preexistentes (por mera ilustração: são comuns as vulvites nas meninas) para atribuir a sua ocorrência a práticas libidinosas, que as crianças sugestionadas irão descrever (GOMES, 1957, p. 384). (A história [da criminologia] registra diversos casos de erros judiciais com apoio em depoimentos infantis; bastando, para tanto, recordar a indigna acusação do filho de Maria Antonieta, sob sugestão, contra a sua mãe) (ALVES, 1995, p. 189).

Todos estes aspectos — que foram, aqui, perfunctoriamente, abordados — demonstram a fragilidade da

estuprou a vítima em razão de terem os mesmos sido flagrados pela mãe da menor, ainda que tal modalidade importe em imposição penal menor ao réu, a desclassificação é corolário lógico de justiça. Recurso provido em parte” (TJMG, AC 10210040178928001, 1ª CC, Des. Rel. Judimar Biber, j. 2.12.08).

17 “Homicídio qualificado — art. 121, § 2º, III, do CP. Peticionário condenado à pena de 16 (dezesesseis) anos de reclusão, a ser cumprida no regime integral fechado. Alegação de condenação contrária à evidência dos autos — art. 621, I, do CPP. Inocorrência. Inexistência de provas a embasar as alegações do peticionário, de que a vítima, então sua companheira, teria ceifado a própria vida. Tentativa de burlar a soberania constitucional da decisão do Tribunal Popular. Opção dos jurados por uma das versões apresentadas em Plenário, afastando a tese de que a vítima teria tirado a própria vida. Provas: declarações da filha do casal, então menor, com 3 anos e meio de idade, única testemunha presencial. Validade. Prova aliada aos depoimentos das demais testemunhas, dentre eles, o da psicóloga que examinou a menor, ao laudo de exame de corpo de delito e às informações contidas no diário da vítima, o que dá sustentação à tese acusatória, ou seja, que o peticionário matou a vítima por envenenamento. Portanto, o testemunho infantil, nesse caso, tem inteira validade. Precedentes. No tocante à qualificadora — inc. III do § 2º do art. 121 do CP —, tem-se que a questão diz respeito à mera especificação do tipo penal e não implicou qualquer prejuízo à Defesa. Modalidade genérica e não específica. Interpretação analógica (...). Portanto, em relação às provas colhidas nos autos de origem, tem-se que a r. sentença — confirmada por acórdão —, as examinou de modo correto, não sendo verídico que a condenação seria contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos (art. 621, I, do CPP). Qualificadora, portanto, inafastável. Deferimento parcial da revisão criminal, no entanto, para alterar o regime prisional, do integral para o inicial fechado, tendo em conta os termos do § I do art. 2º da Lei 8.072/90, redação dada pela Lei 11.464, de 28.3.2007” (TJSP, Rev. Crim. 949086320000000, Des. Rel. Eduardo Braga, 4º GDC, j. 13.11.08).

prova angariada por meio dos depoimentos infantis¹⁸; por essa razão, ainda persistem severas restrições à sua consideração no processo penal.

3. Dos avanços — ‘depoimento sem dano’

Nesse estado de coisas, é de remarcar-se que novas técnicas, produzidas e desenvolvidas na ciência psicológica, têm contribuído para se realçar o *valeur du témoignage des enfants en justice*, sobretudo as que se relacionam aos casos em que as crianças são vítimas de delitos (particularmente, os de conotação sexual)¹⁹.

Nesse sentido (e concretamente), deve-se fazer menção ao projeto “Depoimento sem Dano”, implantado, em 2003, na 2ª Vara da Infância e Juventude da comarca de Porto Alegre/RS.

¹⁸ Claro que a crítica à prova testemunhal infantil também se espria para toda a prova testemunhal. Assim Locard (1939, p. 89), ao referir que “esse modo de prova (a testemunhal) aparece-nos como terrivelmente enfraquecido. Sensações dispersas; percepções lacunares perturbadas pela inatensão pelos factos que importam ao processo, mas não à testemunha, perturbada pela emoção que lhe causam os factos que lhe interessam directamente; as falhas da percepção supridas pela imaginação que as deforma; recordações que se consomem e que cada chamada altera gravemente; uma interpretação falada que transforma a recordação, até ao ponto de a tornar irreconhecível; fenómenos colectivos que modificam a imagem ao sabor da vaidade de quem conta e a compõem de acordo com as sugestões recíprocas das outras testemunhas; a suspeita da mentira histórica, da mitomania, da sugestão ou da hipnose”.

¹⁹ Na década de 1990, psicólogos norte-americanos desenvolveram um método de abordagem para auxiliar na investigação de abusos sexuais intrafamiliares. Tratava-se (da utilização) de fantoches (ou bonecos) que reproduziam as principais e referenciais figuras familiares (mas, é claro, poderia ser ampliado para as de relação mais ampla) da criança. Assim, por hipótese, se — em um determinado núcleo familiar — existia a suspeita da ocorrência de abuso, os fantoches dados à criança iam reproduzir a dinâmica familiar; e, com isso, sob a supervisão de um especialista, seria possível identificar, na representação lúdica propiciada pelos bonecos, a eventual prática criminosa, ou seja, a criança iria brincar, entretanto — inconscientemente — tenderia a demonstrar o crime de que fora vítima. No fundo, não se deve esquecer, o mecanismo de projeção desempenha o principal papel na configuração do mundo exterior. O neurocientista Mark L. Howe, em recente entrevista à revista *National Geographic*, afirmou que os testemunhos infantis podem ser confiáveis se entendidos da maneira correta. Ressaltou, ainda, que o armazenamento de muitas lembranças, principalmente em eventos traumáticos, se dá no inconsciente e que, por isso, não se devem buscar relatos detalhados dos eventos, mas, sim, sinais. A técnica de utilizar bonecos ou fantoches, inclusive, é empregada no programa ‘depoimento sem dano’.

Trata-se de procedimento idealizado pelo Dr. José Antônio Daltoé Cezar (juiz titular desta Vara) — com inspiração na obra de Velda Dobke (2001) —, que tem como escopo, em termos amplos, a adoção de medidas especializadas quando da oitiva de crianças e adolescentes em Juízo.

À vista disso, o ‘depoimento sem dano’ é um sistema de escuta judicial que visa, em última análise, a evitar a revitimização e a reduzir os danos de crianças e adolescentes que devam ser inquiridos em Juízo, diminuindo o número de oitivas às quais teriam de ser, normalmente, submetidos; o que pode elevar, sob outro aspecto, a qualidade da prova (BITTENCOURT, 1999, p. 275).

Para tanto, o procedimento consiste na criação de uma sala à parte, vinculada à de audiências por sistema de vídeo e de áudio, na qual permanece a criança (ou o adolescente) a ser inquirida, juntamente com um profissional — psicólogo ou assistente social, por ilustração — nomeado pelo Juízo, que repassa à vítima (ou à testemunha), de forma adequada, as perguntas formuladas em audiência (LEITE, 2008, p. 9).

De acordo com José Antônio Daltoé Cezar, a dinâmica de tal depoimento pode ser dividida em três etapas: (i.) acolhimento inicial — momento em que a criança/adolescente e seu representante legal são acolhidos pelos técnicos, a fim de que se iniciem os trabalhos (tenta-se, aqui, além de evitar o contato da vítima com o réu, deixar bem esclarecidos todos os papéis que serão exercidos por cada pessoa no decorrer da audiência); (ii.) depoimento ou inquirição — etapa em que o técnico (com base nas perguntas do juiz e das partes) elabora questões abertas e fechadas de maneira adequada à inquirição da criança ou do adolescente; (iii.) acolhimento final e encaminhamentos — fase derradeira do procedimento, na qual o técnico, após a tomada do depoimento, ainda permanece, por cerca de trinta minutos, com o depoente e sua família, valorizando-os como sujeitos de direito; e, em sendo o caso — após avaliar as suas necessidades —, encaminha-os para atendimento junto à rede de proteção (CEZAR, 2007, p. 68). Nesse cenário, em todas essas etapas,

o técnico deve reproduzir aspectos de base segura, acolhedora e continente, devendo isso ocorrer por meio dos diálogos que trava com o depoente, do olhar, dos gestos, da valorização da pessoa que acompanha o depoente, sendo ainda imprescindível que ele deixe transparecer um sentimento de compreensão com a situação em que a criança está inserida (CANEZIN; PEROZIM, 1999, p. 129).

Visto isso, deve ressaltar-se, em suma, que o projeto ‘Depoimento sem Dano’, além de produzir prova judicial mais robusta e confiável, caminha no sentido de adequar os princípios (processuais penais) do contraditório e da ampla defesa com os (constitucionais) da dignidade humana e da prioridade absoluta ao atendimento dos direitos da criança e do adolescente (BITTENCOURT, 1999, p. 275).

Considerações finais

Por último remate, o depoimento (testemunhal ou vitimário) infantil ainda se ressentido de importantes fragilidades, que não foram superadas pelos esforços interdisciplinares que houve neste setor. Entretanto, ante o princípio do livre convencimento motivado das provas — que inspira o direito processual penal —, o depoimento infantil pode ser aceito, pois — as mais das vezes (sobretudo em se tratando de delitos sexuais) — essa modalidade de prova se mostra a única apta a ensejar a perfeita elucidação e individualização de crimes.

Sob estas circunstâncias, esse testemunho pode ser vantajosamente aproveitado, desde que haja precauções quanto à forma de sua obtenção; sendo de rigor o registro que, nesse sentido, a opção pelo programa do Depoimento sem Dano corresponde a um significativo avanço, embora existam ainda muitos esforços a ser desenvolvidos e construídos a fim de se

produzir, com segurança, a prova a partir do depoimento das crianças²⁰.

²⁰ “(...) Estupro de vulnerável (3X). Tentativa. Continuidade delitiva. Vítimas menores de 14 anos de idade. 1. Édito condenatório. Manutenção. Prova amplamente incriminatória. Relatos convincentes de duas das vítimas, filhas do réu, de 6 e 3 anos de idade, afirmando que ele brincava de ‘beijar a perereca’ com elas e com a irmã de apenas 1 mês de idade, indicando, nas bonecas, como ele fazia, e dizendo que a genitora presenciava, mas nada fazia. Idoneidade da colheita do depoimento das vítimas, através do sistema do Depoimento sem Dano. Precedente do E. STJ. Relatos das crianças confirmados pelas testemunhas, professoras e cuidadoras do abrigo ao qual foram recolhidas, no sentido de que, primeiro, a filha mais velha contava tais fatos, e, depois, a outra também relatou a mesma situação, o que lhes levou a acionar o Conselho Tutelar. Laudo psicológico, produzido pela equipe da casa em que abrigadas as crianças, confirmando situação compatível com abuso sexual. Laudo posterior, atestando ausência de quadro compatível com abuso sexual que não prejudica a prova, porque realizado 2 anos depois dos fatos, considerando que as ofendidas eram de tenra idade e poderiam já ter superado o ocorrido, ou indetectável eventual trancamento, prevalecendo o primeiro, porque produzido ainda no calor dos fatos e porque amparado pela prova testemunhal e narrativa das crianças. Negativa de autoria que restou isolada nos autos, sem força para derruir a robustez do acervo probatório. Acusada e genitora das crianças que responde pelo resultado por força de sua omissão, que se mostrou penalmente relevante, em razão de seu dever legal de salvaguarda das filhas, omitindo-se quando podia e devia agir — alínea ‘a’ do § único do art. 13 do CP. Prova segura à condenação, que vai mantida” (TJRS, AC 70067958132, 8ª CC, Relª. Desª. Fabianne Breton Baisch, j. 30.11.16). “(...) Crimes contra a dignidade sexual. Suficiência probatória. Condenação mantida. 1. Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa. O julgador pode deferir ou indeferir a produção de provas, o que se insere em seu poder discricionário de destinatário delas. Na hipótese, o indeferimento ocorreu de modo fundamentado, especialmente, porque já determinada a realização de ‘depoimento sem dano’, método de oitiva de vítimas que é recomendado pelo CNJ e pela próprio TJRS. E, no que diz com a negativa de oitiva da professora da infante, igualmente de modo fundamentado, o julgador entendeu por bem oficial ao educandário solicitando os dados requeridos pela defesa, salientando que as profissionais da escola poderiam (e deveriam) se abster de encaminhar o quanto protegido pelo sigilo profissional, nos termos do disposto na norma do art. 207 do CPP. O ofício, enfim, restou respondido com as informações que a diretora da escola entendeu pertinentes e relevantes 2. Pleito absolutório. As declarações da vítima, prestadas por meio de depoimento sem dano são elucidativas acerca das condutas abusivas praticadas pelo réu. A ofendida, desde a oportunidade em que questionada por seus genitores, ouvida na polícia e, por derradeiro, inquirida na instrução judicial, em nenhum momento modificou sua narrativa, nada contribuindo para a versão defensiva de que estaria mentindo por determinação da genitora. É cediço o extraordinário valor que se confere à palavra da vítima em delitos sexuais, normalmente praticados às escondidas, sem qualquer testemunha presencial. Conforme tranquilo entendimento da jurisprudência pátria a ‘palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios’ (HC 135.972/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 3.11.09, [...]). E o fato de a vítima contar

Esse será, portanto, o desafio lançado às ciências (sobretudo em relação à Psicologia Criminal), para, no porvir, possibilitarem a realização dessa modalidade de prova com um juízo de ampla e possível certeza, colaborando, decisivamente, para a existência de uma Justiça Criminal mais eficiente²¹.

com apenas 8 anos de idade à época do fato, por certo, não impede o reconhecimento do valor de seu depoimento. Em verdade, o relato de crianças de tenra idade, quando consistentes, lineares e confortados por outros elementos de prova, pode apresentar ainda maior valor probante, tendo em vista o seu desprovemento de experiência ou informações a possibilitarem a invenção ou fantasia. E ainda que sua influência negativa em certas circunstâncias e por determinadas pessoas seja mais fácil, é certo também que tal corrupção é facilmente perceptível, sendo rapidamente revelada, em geral, no decorrer das investigações policiais e judiciais do caso. Pouco importa se uma criança de apenas 8 anos de idade tinha ou não uma sexualidade mais ou menos aflorada para a sua faixa etária. A um adulto somente cabe abster-se de qualquer p envolva. 3. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal de 8 anos de reclusão, para cada fato, não comportando reparos. Presente a agravante disposta na norma do art. 61, II, 'P', do CP, tendo em vista que o réu praticou os fatos prevalecendo-se de relação de hospitalidade, o que elevou pena a 8 anos e 6 meses de reclusão. Na terceira etapa da operação dosimétrica, pelo reconhecimento da continuidade delitiva, nos termos do disposto na norma do art. 71, *caput*, do CP, o aumento em 1/6 trouxe a pena ao patamar de 9 anos e 11 meses de reclusão. 4. (...). Preliminar de nulidade rejeitada. Apelo desprovido” (TJRS, AC 70062310404, 8ª CC, Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, j. 28.9.16).

²¹ Deve noticiar-se a recentíssima publicação da Lei 13.431/17 (que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 [Estatuto da Criança e do Adolescente]). Entre outros aspectos importantes, a nova disciplina organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, desenvolvendo mecanismos por meio dos quais se poderá prevenir e coibir a violência (nos termos do art. 227 da CF e de outros diplomas internacionais de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência). Por conta disso, estabeleceram-se a escuta especializada (isto é, o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade) e o depoimento especial (isto é, o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária); além disso, à vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz (e este tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha). A seu turno, o profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado; e, nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis. Também as condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à

Referências

- ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1955.
- ALVES, Roque de Brito. **Ciência criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- AMARO, Mohamed. **Jurisprudência e doutrina criminais**. 2º v. São Paulo: RT, 1979.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BATTISTELLI, Luigi. **A mentira nos tribunais**. Coimbra: Coimbra Ltda., 1963.
- BITTENCOURT, Luciane Potter. Vitimização secundária e depoimento sem dano. **Revista AJURIS**. Ano 26, nº 75, set./1999, p. 267-88.
- BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- CANEZIN, Claudete Carvalho; PEROZIM, Ana Carolina Benassi. Do crime de abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes e o depoimento sem dano. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 1, nº 1, jul./1999. p. 119-38.
- CARRERO, J. P. Porto. **Psicologia judiciária**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936.

intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha. Ainda: torna-se crime violar sigilo processual, permitindo que depoimento de criança ou adolescente seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização judicial e sem o consentimento do depoente ou de seu representante legal. (Esta lei entrará em vigor após decorrido um ano de sua publicação oficial — 04 de abril de 2017.)

- CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano**: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: SAFE, 1996.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DOBKE, Velela. **Abuso sexual**: a inquirição das crianças — uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.
- FAYET JÚNIOR, Ney. A prova criminal: o testemunho infantil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16. Coleção Acadêmica de Direito, v. 8. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Tomo II, 3 ed. Bogotá: Temis, 1982.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Notas sobre a prova no processo penal. **Revista de Direito Penal**, v. 23. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FREUD, Sigmund. **Esquema del psicoanálisis**. Traduzido por Luis López-Ballesteros y de Torres. Madrid: Debate, 1998.
- GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- GORPHE, François. **La crítica del testimonio**. Traducción española de la segunda edición francesa de Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Reus, 1933.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Da prova em matéria criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- LEITE, Carla Carvalho. Depoimento sem dano: a inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual em juízo.

Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 28, abr.-jun./2008, p. 7-13.

LOCARD, Edmond. **A investigação criminal.** São Paulo: Saraiva, 1939.

MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização:** uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** V. II, 2 ed. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado.** São Paulo: Atlas, 1994.

MITTERMAYER, C. J. **Tratado da prova em matéria criminal.** Rio de Janeiro: Livraria do Editor, 1871.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Questões processuais penais controversas.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal.** São Paulo: RT, 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Da prova penal:** doutrina e jurisprudência. 3 ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. **Teoría de la prueba y derecho penal.** Madrid: Dykinson, 1999.

PRADO, Luiz Régis. **Falso testemunho e falsa perícia.** São Paulo: Saraiva, 1984.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coord. e superv. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVEIRA, V. César da. **Tratado da responsabilidade criminal.** v. III. São Paulo: Saraiva, 1955.

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal**. Doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOVO, Paulo Cláudio. Prova criminal: critérios de avaliação. **Livro de estudos jurídicos**. James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante (coordenadores). Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

____; TOVO, João Batista Marques. Da prova no processo penal brasileiro. **Livro de estudos jurídicos**. 2 ed. James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante (coordenadores). Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

TSCHADEK, Otto. **La prueba**. Bogotá: Temis, 1982.

VERGANO, Dan. Brain Science: Early Childhood Testimony Unreliable. **National Geographic**, Estados Unidos, 30/10/2013. Disponível em: <http://news.nationalgeographic.com/news/2013/10/131030-child-memory-testimony-neuroscience/>

O DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO FORMA INDEPENDENTE DE AUTORIA MEDIATA À LUZ DO REFERENCIAL TEÓRICO DE CLAUS ROXIN¹

*Fábio Fleck Borba*²

*Fábio Freitas Dias*³

1. Introdução

A identificação dos pressupostos fundamentais da teoria do domínio do fato possui destacada importância, visto que, doutrina e jurisprudência brasileira entendem que a legislação penal pátria comporta a sua adoção e aplicação judicial. Ademais, não se pode olvidar que a importação e a aplicação da teoria podem ser consideradas recentes no Brasil e o material produzido pela doutrina brasileira sobre o tema, se comparado aos estudos feitos pela doutrina alemã, espanhola e de alguns países latino-americanos, é incipiente. Se, por um lado, esse contexto torna difícil a pesquisa bibliográfica, por outro faz com que ela seja ainda mais interessante, instigadora e inovadora.

É preciso advertir que não se pode recepcionar e conceber uma *aplicação automática* da categoria do domínio da organização como forma independente de autoria mediata sem a comprovação segura da existência, no caso concreto, dos seus pressupostos fundamentais. Efetuar uma descrição inteligível de quais são os pressupostos fundamentais em que assenta-se o domínio por organização é o que se objetiva no presente trabalho.

¹ Versão adaptada de trabalho final de graduação apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

²Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano. E-mail: fabiofborba@gmail.com

³Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra/Portugal. Professor do Curso de Direito – Centro Universitário Franciscano. E-mail: fabiofd33@yahoo.com.br

2. A teoria do domínio do fato (desenvolvida por Claus Roxin)

A perspectiva histórica de surgimento da teoria roxiniana do domínio do fato remonta ao ano de 1963. Contudo, sobre o ponto, é preciso lembrar a advertência que fazem Luís Greco e Alaor Leite (2013):

Refazer o percurso da chamada teoria do domínio do fato, cujas linhas mestras foram traçadas na já mencionada tese de habilitação de Roxin sobre *Autoria e domínio do fato*, publicada originalmente em 1963 e que foi republicada em 8. ed. em 2006 [...] exigiria mais do que um artigo que pretende uma mera introdução descritiva ao problema. É tarefa árdua a de avaliar com exatidão a importância da obra, sua riqueza de ideias e a dimensão de sua influência na doutrina e na jurisprudência, tanto alemã, como estrangeira (GRECO; LEITE, 2013, p. 62).

Inobstante a inexatidão das informações e da divergência existente entre as opiniões no que concerne ao exato momento histórico do seu surgimento, é possível dizer que foi Roxin, aproveitando estudos anteriormente realizados pela doutrina penal alemã no início do século XX, quem concedeu à teoria do domínio do fato seus contornos finais.

A teoria do domínio do fato aqui estudada surgiu com o intuito de fazer uma diferenciação entre autoria e participação no direito penal, baseada, conforme Roxin (1998, p. 61), “no ‘domínio’ como critério de decisão”, sendo, portanto, uma teoria diferenciadora que parte de um conceito restritivo de autor, no qual somente pode ser considerado autor a figura central do acontecer típico. Nas palavras de Luís Greco e Alaor Leite (2013, p. 73), a “função dogmática da teoria do domínio do fato é *distinguir entre autor e partícipe* e não oferecer um argumento em favor de uma punição que não ocorreria de outra forma”.

Realizar a distinção entre as figuras de autor e partícipe foi a tendência seguida, por exemplo, pelo legislador penal alemão e esquecida pelo legislador penal brasileiro, que preferiu adotar um conceito extensivo e unitário de autor, sem distinguir, conforme

Luís Greco e Alaor Leite (2013, p. 61), “no plano do injusto, entre autores e partícipes, mas que declara autor todo aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime.”

Sobre a escolha do legislador penal brasileiro, é importante observar a ressalva feita por Juarez Cirino dos Santos (2010):

A lei penal brasileira adota, a princípio, a teoria *unitária* de autor, mas a introdução legal de critérios de distinção entre *autor* e *partícipe* transforma, na prática judicial, o paradigma *monístico* da teoria unitária em paradigma *diferenciador*, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como, por exemplo, a teoria do *domínio do fato*, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal [...] (SANTOS, 2010, p. 247).

No que concerne ao aspecto da intervenção de várias pessoas no cometimento de um fato típico, chamado por parte da doutrina de concurso de agentes ou concurso de pessoas, assevera Francisco Muñoz Conde (2002):

Para resolver el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito, tradicionalmente la Dogmática jurídico-penal distingue entre autoría y participación. La distinción entre una y otra categoría se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina, por lo menos en lo que se refiere a los *delitos dolosos comisivos*, la teoría del dominio del hecho, según la cual autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe, en cambio, es sólo, como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende la voluntad de otra persona que es el verdadero autor (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 59).

Embora a teoria do domínio do fato se preste, primordialmente, a fazer uma distinção entre autoria e participação no contexto do cometimento de um delito, não se pode confundi-la com a *teoria subjetiva*, que também realiza esta distinção, todavia, partindo de critérios baseados em fenômenos psíquicos relacionados à vontade/ânimo de autor ou à vontade/ânimo de partícipe, critérios estes que, como afirma Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 346) “não são determináveis diretamente e, portanto, são imprecisos”.

Dentro da concepção Roxiniana da teoria, há três maneiras de dominar o fato típico, quais sejam: *domínio do fato pelo domínio da ação*; *domínio do fato pelo domínio da vontade* e *domínio funcional do fato*. Essas três maneiras de dominar o acontecer típico, fundam, respectivamente, as categorias da autoria direta/imediata, da autoria indireta/mediata e da coautoria.

O domínio do fato típico pelo *domínio da vontade*, em específico, também pode acontecer de três formas diversas: *domínio da vontade por erro*, *domínio da vontade por coação* e *domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder*. Todas essas formas consubstanciam hipóteses de autoria mediata. Contudo, é apenas no âmbito dos aparatos organizados de poder, objeto deste estudo, que se identifica o autor imediato ou executor direto como sujeito plenamente responsável, o qual atua com capacidade de responsabilidade. Esta é a principal diferença existente entre as hipóteses do domínio da vontade em virtude do controle de um aparato organizado de poder e do domínio da vontade por erro ou coação, pois, nessas últimas duas hipóteses, o autor imediato ou executor direto age, juridicamente, sem responsabilidade ou com a responsabilidade diminuída.

3. O domínio da vontade em virtude do domínio de um aparato organizado de poder como forma independente de autoria mediata (domínio por organização)

O desenvolvimento teórico de uma terceira forma de autoria mediata feita por Roxin, consistente no domínio da vontade em virtude do domínio de um aparato organizado de

poder suscitou, e ainda suscita, enorme discussão na doutrina em geral. Nesse contexto, há opositores que rechaçam a viabilidade do reconhecimento da categoria e outros que combatem sua aplicação por entenderem inadequados alguns de seus pressupostos originais, reconhecendo-a com ressalvas. Na opinião de Luís Greco e Alair Leite:

A figura do domínio da organização originou uma das mais intensas discussões da atualidade, em que se debate, principalmente, se a figura sequer deve ser reconhecida e, num plano mais concreto, se ela deve ser aplicada também a organizações não dissociadas do direito, isto é, a empresas. O principal argumento dos críticos da teoria é o chamado princípio da autor-responsabilidade, segundo o qual seria inadmissível um autor por trás de outro autor plenamente responsável (GRECO; LEITE, 2013, p. 65).

O desenvolvimento da figura jurídica do domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder, ou simplesmente domínio por organização, se baseia:

[...] na tese de que em uma organização delitiva os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis. (ROXIN, 2009, p. 69).

O principal argumento que invocam os opositores da figura do domínio da vontade pelo domínio da organização como forma independente de autoria mediata é o de que não é possível conceber que exista um autor por trás de outro autor plenamente responsável, advogando que, nesses casos, estaria presente uma hipótese de coautoria. Segundo Roxin:

A solução da coautoria que JAKOBS propugna, descansa em uma consideração mais normativa do domínio do fato. O entende como responsabilidade jurídica, não como domínio real. Para ele, a autoria mediata pressupõe que quem atua diretamente, haja de acordo com o Direito, a

saber, que juridicamente não seja responsável ou não completamente responsável. Pois se era completamente responsável, então, segundo este entendimento, não poderia ser um instrumento (ROXIN, 1998, p. 63).

Partindo de um conceito material de domínio do fato, Roxin (1998) rechaça a hipótese da existência de coautoria lançando mão do argumento segundo o qual, em estruturas organizadas de poder, não há uma decisão comum para o cometimento do fato típico ou de um acordo de vontades celebrado entre coautores, mas apenas o cumprimento de uma ordem que é transmitida por um agente que se serve, conforme Luís Greco e Alaor Leite (2013, p. 65) “de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica [...] cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens”.

Com efeito, arranca do pressuposto de que na coautoria há de existir, necessariamente, uma estrutura de caráter horizontal e uma decisão comum para o fato, onde os coautores, geralmente, conhecem um ao outro, engendrando uma “cooperação baseada na divisão de trabalho através da participação ajustada ao fato” (ROXIN, 2009, p. 72). Por seu turno, no âmbito de um aparato organizado de poder, no qual vigora uma estrutura vertical, as ordens são dadas *de cima para baixo*. Nada obstante, o emissor da ordem e o executor, devido à sua fungibilidade, podem não se conhecer e estarem situados em um mesmo nível hierárquico. Nesse contexto, vale lembrar que a fungibilidade do executor imediato também é um pressuposto indispensável do domínio por organização.

Por derradeiro, contra a hipótese de coautoria, afirma Kai Ambos (2006, p. 60) que “o afastamento do fato e o desconhecimento do homem de trás a respeito do decurso concreto do fato e da execução do fato excluem a realização conjunta com base na divisão do trabalho.”

Roxin descarta também a possibilidade defendida por alguns doutrinadores de que no âmbito dos aparatos organizados de poder ocorreria uma instigação do homem de trás que está no comando da organização. Segundo o autor:

Um instigador não está no centro da decisão. Ele desperta a tomada de decisão, mas deve abandonar o desenvolvimento posterior do acontecimento ao instigado, o qual tem o domínio do fato determinante do acontecimento. No domínio por organização ocorre justamente o contrário: o homem de trás, que detém a alavanca do poder, decide sobre o se do fato, enquanto que o executor direto produz, em geral, de forma ocasional a situação concreta de atuação. Ele não pode mudar mais nada de essencial no curso do acontecimento traçado pelo aparato, senão quando muito modificá-lo. Mesmo uma recusa à ordem, em regra, não serviria em nada para a vítima, porque as condições organizatórias-macro geralmente asseguram a execução de uma ordem também para este caso (ROXIN, 2009, p. 73).

Acrescente-se que, na instigação, o instigador não possui a mesma segurança do resultado que possui o homem de trás em um aparato organizado de poder, pois a organização funciona verdadeiramente com uma estrutura concebida para pôr em prática o cometimento de injustos penais.

Com efeito, é viável dizer que na instigação o acontecimento do fato típico depende da vontade do executor direto, todavia, no domínio por organização, a vontade do executor direito não tem o condão de evitar que o resultado criminoso se efetive, na medida em que, devido à sua fungibilidade, outro executor direto poderá fazer cumprir a ordem. Dito de outro modo, o executor direto poderia somente recursar-se a cumprir a ordem criminosa, contudo, isto não impediria o curso causal que já foi deflagrado pela ordem. O cumprimento da ordem, conforme leciona Roxin (2009, p. 82), “é assegurado em grande parte justamente pelo fato de que muitos potenciais executores se encontram à disposição, de modo que a recusa ou a perda do indivíduo não pode impedir a realização do tipo”. Dessa forma, considera que, quando se põe a capacidade de domínio existente no aparato de poder ao mesmo nível da influência que existe na instigação, provoca-se uma simplificação normativa que ignora as flagrantes diferenças materiais.

Reconhecida a figura do domínio da vontade pelo domínio de um aparato organizado de poder como forma independente de autoria mediata, e não de coautoria ou instigação pelo homem de trás, também chamado de autor de escritório, é necessário discorrer sobre os pressupostos fundamentais ou, como prefere Roxin (2009, p. 80), “fatores sobre os quais se pode atribuir o domínio do fato ao homem de trás”.

4. Pressupostos fundamentais do domínio por organização

O domínio da vontade pelo domínio de um aparato organizado de poder assenta-se em quatro pressupostos fundamentais: o poder de mando dentro da organização; a desvinculação do direito pelo aparato de poder; a fungibilidade do executor direto e, por fim, um pressuposto acrescentado posteriormente, que é a disposição essencialmente elevada dos executores diretos ao cometimento do fato.

O desenvolvimento desses pressupostos emprestou à teoria maior solidez e conduz à solução segundo a qual, no âmbito de crimes cometidos por meio de aparatos organizados de poder, necessariamente desvinculados do direito, o *homem de trás* ou *autor de escritório*, que emite ordens para o cometimento de fatos típicos, deve ser punido como autor mediato quando o executor direto for punido como autor, mesmo que este último seja plenamente responsável. A constatação da existência de todos os pressupostos fundamentais da teoria é condição de possibilidade para que ela possa ser aplicada corretamente.

4.1 O poder de mando ou domínio da organização

Tal pressuposto consiste na existência de um agente que, ocupando uma posição central, está conectado a uma organização estruturada, deflagrando ordens para o cometimento de ações típicas. Contudo, a figura central, ou seja, o homem de trás, não executa tais ações de própria mão. Sobre o pressuposto do poder de mando, Roxin indica que:

Autor mediato somente poder ser quem tem um poder de mando dentro de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce para produzir realizações típicas. O comandante de um campo de concentração nazista era, portanto, autor mediato dos assassinatos ordenados por ele, mesmo quando ele próprio agia com base em uma instrução superior. Por isso muitos autores mediatos podem estar um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de mando. (ROXIN, 2009, p. 81).

Diferentemente do que acontece na instigação, em que a obtenção do resultado típico depende da vontade do executor direto, no domínio por organização:

El sujeto de atrás no se subordina al sujeto ejecutor. Tanto en estructuras organizadas de poder estatales como paraestatales, la gravedad de los hechos punibles cuya ejecución ordenan los hombres de atrás, hace que no pierdan el control de la ejecución, no lo dejan al arbitrio del instrumento, y en esa medida permanentemente dominan la voluntad de éste a quien sólo dejan el dominio de su acción, pero no del suceso globalmente considerado. La actuación del hombre de atrás no termina con la emisión de la orden, su dominio persiste dado el en gran aje de la organización a la que pertenece y domina. Esto conlleva a conservar un dominio de la voluntad del instrumento, el que, siendo portador del dominio de la acción, sólo es una herramienta más en los propósitos de aquél. (LARA GONZÁLEZ, 2008, p. 73).

Quanto ao pressuposto do poder de mando, em geral, não há maiores discussões a serem travadas. Contudo, para a comprovação da existência efetiva desse poder dentro da organização é necessário descer às minúcias do caso concreto que estiver sobre análise.

4.2 A desvinculação do direito pelo aparato de poder

Aqui reside um ponto fundamental da teoria formulada por Roxin que suscita grande discussão doutrinária e tem

implicações diretas em seu uso e aplicação. A desvinculação do direito pelo aparato de poder indica que a organização deve ser constituída, desde o início, à margem do direito.

Em tal ponto se embasa o argumento que exclui a aplicação da teoria do domínio do fato pelo domínio da organização ao âmbito de empresas econômicas que, em regra, são constituídas segundo o ordenamento jurídico e visam obter resultados permitidos. Esse pressuposto fundamental, em específico, talvez por uma leitura equivocada e superficial da referida teoria, tem sido ignorado pelos juízes e tribunais brasileiros, os quais não raras vezes aplicam o domínio da organização aos crimes cometidos por dirigentes ou sócios-proprietários de empresas econômicas.

É necessário observar que os aparatos organizados de poder se dividem em aparatos estatais (organizações constituídas dentro ou em parte do Estado com o objetivo de atingir fins antijurídicos) ou não estatais (organizações criminosas terroristas, máfia italiana e os cartéis de drogas colombianos). Porém, a finalidade de praticar ações e obter resultados contrários ao ordenamento jurídico estatal e às normas do direito penal positivo é comum nas duas espécies.

Ressalte-se que, originariamente, Roxin (2009) concebeu inicialmente a teoria do domínio por organização para ser aplicada aos delitos cometidos no âmbito de aparatos organizados de poder estatais desvinculados do direito, como era, por exemplo, o caso do regime nacional-socialista alemão comandado por Adolf Hitler, o qual foi responsável pela morte de milhares de judeus durante o período em que vigorou na Alemanha.

Nada obstante, posteriormente, houve a expansão da aplicação do domínio por organização aos aparatos de poder não estatais, sem abrir mão, todavia, do pressuposto da desvinculação ao direito e da fungibilidade dos executores diretos.

Na opinião de Muñoz Conde, para que se possa legitimar a aplicação do domínio por organização aos aparatos de poder não estatais:

[...] de todos modos, debe comprobarse con especial exactitud la existencia de los otros elementos que, em

opinión de Roxin, fundamentan el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados, es decir, el dominio de la organización y la fungibilidad de los ejecutores. (MUÑOZ CONDE, 2000, p. 110).

E para chegar a essa conclusão observa que:

No todas las organizaciones mafiosas tienen la estructura rígida organizativa que fundamenta el dominio de la organización y tampoco es tan amplia la intercambialidad de sus miembros como lo es en los aparatos de poder estatal. Muchas veces se trata sólo de pequeños grupos, familias, *gangs*, etc., cuyos miembros se conocen entre sí y conviven o, por lo menos, tiene nestre cholazos entre sí (MUÑOZ CONDE, 2000, p. 110).

A desvinculação ao direito tem sido flexibilizada por alguns doutrinadores que aceitam a figura da autoria mediata pelo domínio da organização. Kai Ambos (2006) acredita que o domínio por organização prescinde da desvinculação do aparato ao ordenamento jurídico e depende mais da estrutura do aparato e do número de executores fungíveis postos à disposição.

Nesse ponto específico e até onde nos foi possível acompanhar, Roxin continua, passadas mais de cinco décadas, fiel à sua formulação original, não abrindo mão do critério da desvinculação ao direito pelo aparato de poder, negando, com veemência, a aplicação da categoria jurídica por ele criada às empresas econômicas que, constituídas segundo o ordenamento jurídico, perseguem, primordialmente, a obtenção legal de benefícios financeiros. Esta, todavia, não é a tendência seguida pela jurisprudência alemã e internacional, fato que tem trazido preocupação ao notável penalista alemão.

4.3 A fungibilidade do autor imediato ou executor direto

É necessário que dentro do aparato organizado de poder existam múltiplos executores diretos dispostos a cometer a ação típica ordenada pelo homem de trás que possui o domínio da organização. Roxin (2009, p. 82) define a fungibilidade como “a

possibilidade de substituição daquele que na conduta delitiva do aparato organizado de poder praticou os últimos atos parciais do preenchimento do tipo penal”.

O executor direto da ordem domina a ação, cometendo o delito por suas próprias mãos. Nesse contexto, o verdadeiro instrumento por meio do qual se cometem os fatos típicos é a própria organização e, portanto, o executor direto deve ser considerado apenas uma engrenagem que compõem o aparato organizado de poder.

A fungibilidade do executor direto faz com que se torne maior a possibilidade de obtenção do resultado típico, na medida em que inúmeros executores estão à disposição do aparato.

Também o pressuposto fundamental da fungibilidade do executor direto não passou imune às críticas da doutrina. Alguns autores, especialmente na Alemanha, argumentam que o autor imediato poderia deixar de cumprir a ordem e, por exemplo, no caso de um homicídio, deixar escapar a vítima. Contudo, Roxin (2009) alertou que devido à disposição de vários executores imediatos e da especial estruturação do aparato, capaz de funcionar eficazmente e cumprir seus propósitos, isso não impediria a consumação do resultado típico.

4.4 A disposição essencialmente elevada dos executores ao fato

A disposição essencialmente elevada dos executores ao fato é um pressuposto fundamental que não constava da concepção original do domínio por organização, e só foi inserida por Roxin posteriormente. Nesse contexto, o autor reconhece que:

Com os critérios do poder de mando, da desvinculação do direito e da fungibilidade – diferentemente do que eu tinha referido originariamente – as circunstâncias nas quais se baseia o domínio do fato do homem de traz ainda não estão completamente caracterizadas. Acresça-se, ainda, um fator que eu caracterizo em seus efeitos consequentes como a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato. (ROXIN, 2009, p. 85)

É necessário considerar que a disposição essencialmente elevada para a prática do fato típico ordenado no contexto do aparato é diferente da que existe em um autor solitário, pois no âmbito da organização o autor imediato está mais suscetível às pressões internas, fato este que não diminui sua responsabilidade, pois não configura uma coação, apenas um aumento da disposição em cometer a ação delitiva ordenada.

Entre alguns fatores que podem conduzir à elevação da disposição do cometimento do fato, Roxin (2009) identificou que a integração à organização provoca uma tendência à adaptação por parte dos membros e, nesse contexto, isso pode ocasionar uma adesão irrefletida a condutas que jamais seriam cogitadas individualmente.

Muito embora existam pressões internas sobre o executor direto, Roxin (2009) pondera que isto de forma alguma retira sua culpabilidade ou ameniza sua responsabilidade pela execução da conduta típica, pois não se configura uma coação. Entretanto, tais pressões conduzem a uma disposição elevada dos membros da organização ao cometimento fato típico ordenado, a qual, somada à possibilidade da substituição do executor direto, amplia a margem de segurança do cumprimento da ordem.

5. Considerações finais

O domínio por organização assenta-se em quatro pressupostos fundamentais que, se configurados, permitem responsabilizar como autor mediato do cometimento de fatos ilícitamente típicos todo aquele que, ocupando posição central e possuindo poder de mando em uma organização estruturada hierarquicamente e constituída a margem do direito, emite ordens para executores diretos, os quais são fungíveis e plenamente responsáveis, sendo estes também responsabilizados como autores.

Apresentadas as peculiaridades da teoria, buscou-se identificar a posição de alguns críticos, os quais entendem que não há como conceber a existência de um autor por trás de outro

autor plenamente responsável. Com efeito, nos casos em que o executor direto seja plenamente responsável, o homem de trás deve ser punido como coautor do fato típico.

Nada obstante, Roxin (1998) combate esta solução partindo da ideia de que na coautoria há uma tomada de decisão conjunta para o fato, ou seja, um acordo entre coautores que não possuem hierarquia entre si, enquanto na organização o homem de trás serve-se de uma estrutura vertical hierarquizada, onde apenas a concretização da ordem fica a cargo do executor direto que é fungível e não pode evitar que o resultado aconteça, pois existem muitos outros executores a serviço da organização.

Outros advogam que o homem de trás deve ser responsabilizado como mero instigador. Também esta hipótese é afastada por Roxin (1998), pois na instigação a realização do fato depende, em maior parte, da vontade do instigado, aspecto que não se cogita dentro da organização, onde somente o homem de trás que detém o poder de mando pode evitar o resultado emitindo outra ordem. Nesse contexto, a segurança do resultado é maior no âmbito do aparato de poder organizado.

O acerto do posicionamento de Roxin (1998) parece-nos irrefutável, na medida em que dentro de um aparato organizado de poder o homem de trás possui elevadíssimo controle sobre o resultado do acontecimento típico, pois a organização do aparato confere a ele a segurança de que suas ordens serão cumpridas. Some-se a isto o fato de existirem inúmeros executores diretos a serviço do aparato.

Referências

AMBOS, Kai. **Direito Penal:** fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. **Revista dos Tribunais**. v. 933, p. 61-84, jul.2013.

LARA GONZÁLEZ, Hector. Autoría mediata por dominio de la voluntad y aparatos de poder. **Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales**, n. 5, p. 63-76, Mai./Jun. 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones <no desvinculadas del derecho>? **Revista Penal**, n. 6, p. 104-114, jul. 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación em el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito em el ámbito de la delincuencia económica empresarial? **Revista Penal**, n. 9, p. 59-98, jan. 2002.

ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación em la criminalidad organizada. **Revista Penal**, n. 2, p. 61-65, jul. 1998.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoría mediata. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**, v. 4, n. 3, p. 69-94, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DA NORMATIVIDADE ÀS RESISTÊNCIAS INERENTES AO *HABITUS* QUE MARCA O CAMPO JURÍDICO-PENAL

Ana Carolina Filippon Stein¹

André Machado Maya²

1. Introdução

A apresentação de pessoa presa, de forma imediata, a um juiz competente, é determinação que surge em forma de princípio a ser observado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), em período de pós-guerra, quando em seu artigo IX dispõe que: “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 380). A partir de então, em diversos diplomas internacionais de Direitos Humanos, o cuidado, não só com a legalidade da prisão, mas também com a pessoa do custodiado, vem sendo uma constante.

Em terreno pátrio, apesar da aderência ao Pacto San José da Costa Rica em 1992, com a entrada em vigor do Decreto 678 em 06 de novembro de 1992, a observância ao artigo ratificado da convenção internacional, o qual prevê que: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz...” (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 424), e ao próprio texto constitucional do inciso LXII do art. 5º: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz

¹ Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do RS; Especialista em Ciências Penais – Pontifícia Universidade Católica/RS. Advogada Criminalista. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RS. Bolsista Capes. Membro do Grupo de Pesquisa em Processo Penal Contemporâneo, sob a coordenação do professor Dr. Nereu José Giacomoli. Secretária do IBRASPP. Juíza leiga 7º. JEC Foro Regional Alto Petrópolis.

² Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Especialista em Ciências Penais pela PUCRS e em Direito do Estado pela UniRitter. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRASPP. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos graduação e mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

competente (...)” (BRASIL, 1988), restou apenas como meras recomendações normativas a fundamentarem habeas corpus ao longo do tempo.

A busca por efetivação ao instituto da audiência de custódia só surge de forma concreta no ano de 2011, com a apresentação do PL554/2011 e, em 2015, através da Resolução 213 do CNJ, com o que as audiências de custódia começaram a ser implementadas nas capitais brasileiras, através de resoluções de seus Tribunais. A partir de então, dados começam a ser coletados e questões surgem, as quais permitem a discussão da real eficiência do instituto como aplicado no plano prático. A esse enfrentamento se propõe o presente ensaio, que constitui versão refletida e ampliada de estudo anterior apresentado ao Conselho Nacional de Pesquisa em Pós-Graduação em Direito – CONPEDI.

2. A previsão normativa das audiências de custódia

O tratamento com respeito aos direitos humanos, a ser exigido do Estado em relação às pessoas presas, começou a tomar corpo após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a criação das Organizações das Nações Unidas. Ao pretender uma ordem de princípios de direitos humanos, a ser respeitada por todos os países signatários, com o fito de impedir que a banalização do mal vivenciada com a guerra voltasse em algum momento a se concretizar, diretrizes com base na dignidade da pessoa humana passaram a permear legislações pelo mundo todo, inclusive no tocante a custodiados.

Quando a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) firmou que ninguém seria arbitrariamente preso, por óbvio, por detrás de tal normativa estava inscrita a restrição das prisões às regras da persecução penal, as quais foram sendo moldadas pelos documentos internacionais. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Roma 1950), estabeleceu, dentre outras questões, *a necessidade da condução sem demora de toda a pessoa detida ou presa à*

presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer tais funções.” (ANDRADE; ALFEN, 2016, p. 16). Após tal codificação, diplomas de outros países começaram a incorporar o tratamento disposto com relação às pessoas que por ventura sofressem o ato de prisão pelo cometimento de delitos. Neste contexto, foi firmado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Resolução 2.200 – A/ONU - 1966), cuja *intenção era ampliar o rol dos direitos constantes na declaração Universal dos Direitos do Homem* (ANDRADE; ALFEN, 2016, p. 17), ao prever o direito da pessoa presa ou detida, de ser apresentada, o mais rápido possível, ao juiz ou autoridade equivalente competente. Tal Resolução da ONU foi ratificada pelo Brasil em 1992, através do Decreto nº 592 (BRASIL, 1992)³.

Mais a frente, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), firmada pelos Estados-Membros da OEA (Organização dos Estados Americanos) trouxe com seu Artigo 7º, item 5, que “toda pessoa detida ou retida, deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. Entre a entrada em vigor da CADH, no âmbito internacional em 1978, e o aporte de tais princípios na legislação pátria, o Brasil saiu de uma ditadura militar, onde direitos humanos não eram considerados, mormente nos casos de prisões

³ Artigo 9: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. 2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela. **3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais** e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. 4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal. 5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

realizadas pelo Estado, e respirou nova qualidade de ar com a Assembleia Constituinte de 1988.

A Constituição Cidadã, promulgada em 05 de outubro de 1988, inaugurou nova ordem de respeito aos direitos e garantias fundamentais, apresentando extenso rol de normas dessa envergadura logo em seu início, sem, contudo limitá-los a um único artigo, ampliando o espectro destes, ao espalha-los ao longo do texto constitucional. O artigo 5º, inciso LXII, da Carta Magna previu, conforme já mencionado anteriormente, que a prisão de qualquer pessoa deverá ser comunicada “imediatamente” ao juiz competente para julgar o caso. A fim de reforçar as disposições de caráter humanista previstas no texto da Constituição, o Brasil internalizou o texto da CADH em 25 de setembro de 1992, com a promulgação do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Desde esta data em diante, o país *vem se mostrando tímido, para não dizer resistente* (ANDRADE; ALFEN, 2016, p. 18), em dar aplicabilidade os termos da Convenção. E quanto mais o tempo passa, estando a realidade brasileira permeada e alimentada pelo populismo punitivista, como consequência do aumento da criminalidade e descontrole do Estado em gerir políticas de segurança pública, todo e qualquer tema com relação à prisão e direitos fundamentais de acusados, repousa em terreno acidentado.

Embora, conforme afirmam ANDRADE e ALFEN (2016, p. 18), em algumas legislações esparsas já houvesse a previsão de apresentação imediata de pessoa presa a juiz competente⁴, os legisladores brasileiros mantiveram-se inertes quanto à regularização de uma audiência de apresentação do custodiado ao juiz. Tal oportunidade, aliás, restou perdida quando da alteração do Código de Processo Penal, realizada em 2011, no capítulo que tratava das prisões.

A reiterada atividade jurisdicional da Suprema Corte Brasileira, ao afirmar o caráter supralegal e constitucional dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil (EC 45/2004) fez com que começasse a tomar corpo a necessidade de

⁴ Código Eleitoral, lei 4737/65, artigo 236, parágrafo 2º. LOMAN, LC 35/79, art. 33, II; anterior à CF/88, o Código de Menores então Lei 6697/79, artigo 99.

se regularizar as normas de direitos humanos que tratavam da apresentação imediata de pessoa presa a um juiz competente, matéria litigada em montantes significativos via habeas corpus, *v.g.*, uma vez que o não atendimento de tal previsão, em casos de prisão em flagrante, violava não só os textos internacionais, mas também previsão constitucional sobre direito fundamental, e acabava por tornar ilegal a prisão ocorrida, com a consequente não homologação do auto de prisão em flagrante.

Nesta ambientação jurídica, então, surge a *audiência de custódia* (nome criado em terras brasileiras), com a apresentação pelo Senado Federal do Projeto de Lei 554/2011, o qual propõe a alteração do parágrafo único do art. 306 do Código de Processo Penal, sob a justificativa de resguardo da integridade física e psíquica do custodiado⁵, bem como do dever de atendimento ao

⁵ (BRASIL. 2011). **Justificação:** O presente projeto objetiva determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada a prisão, a fim de que seja resguardada sua integridade física e psíquica. O art. 5º, inciso LXII, da Constituição determina que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, procedimento que o atual art. 306 do Código de Processo Penal detalha, ao dispor que, em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública, bem como, no mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. Ressalte-se, todavia, que o Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto no 592, de 6 de julho de 1992, que reconhece a todos os membros da família humana direitos iguais e inalienáveis, constituindo a dignidade humana o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Nesse contexto, o item 3 do artigo 9 do referido Pacto, estabelece que: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (grifo nosso) Da mesma forma, nosso País é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgada pelo Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992, que traz igual determinação no item 5 do seu artigo 7. A prática mundial vai nesse sentido. A Alemanha determina que o preso seja apresentado no dia seguinte à prisão. Constituições mais modernas, como da África do Sul, preveem medidas idênticas. É, portanto, no sentido de adequar o ordenamento jurídico pátrio que apresentamos este projeto, tendo em vista não haver previsão expressa acerca do que seria essa condução do preso “sem demora” à presença do juiz. Considerando que a lei processual penal já determina o envio do auto de prisão em flagrante dentro em 24 horas após efetivada a prisão, propomos como 3 parâmetro o mesmo lapso temporal para apresentação pessoal do preso perante a autoridade judiciária. Essa definição de

disposto do Pacto San Jose da Costa Rica (CADH), do qual o Brasil é signatário.

O texto final do Substitutivo, aprovado em 22/09/2015, além de alterar o parágrafo único do art. 306 do Código de Processo Penal, determinando que o preso deverá ser apresentado à autoridade judicial no prazo *máximo* de 24 horas após a efetivação de sua prisão em flagrante, acrescenta ainda o parágrafo 7º, estabelecendo que a oitiva do preso em audiência de custódia versará obrigatoriamente sobre a legalidade e necessidade da prisão, prevenção da ocorrência de tortura e maus-tratos, e sobre os direitos assegurados ao preso e ao acusado.⁶

Mesmo antes da aprovação final da lei que regulará as audiências de custódia em solo brasileiro, os Tribunais de Justiça e Tribunais Federais, com o suporte do Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 213/2015, aderiram ao projeto-piloto de implantação de audiência de custódia para presos em flagrante. Travestido por trás da boa intenção do instituto, de resguardar não só a integridade física e psicológica do preso em flagrante, mas também conferir a legalidade e a necessidade da prisão efetuada, vem a concreta possibilidade de se alterarem os números da massa carcerária brasileira, mormente em se tratando de presos provisórios. O Brasil vem, ao longo dos últimos anos, aprovando leis com o fim de buscar um desafogo das casas

tempo é necessária para que o preso tenha a sua integridade física e psíquica resguardadas, bem como para prevenir atos de tortura de qualquer natureza possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário. Finalmente, cumpre observar que o projeto é resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil. Confiantes de que a proposta contribui para aprimorar a esfera criminal de nosso sistema de Justiça, contamos com o apoio das senhoras e dos senhores senadores para sua aprovação.

⁶ BRASIL. <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/184798.pdf>; quadro comparativo. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pela autoridade policial ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva; § 7º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados e versará obrigatoriamente sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

prisionais. Em 2011, com a lei 12.403, a qual incorporou medidas cautelares diversas da prisão ao ordenamento jurídico pátrio, e agora, com a implantação das audiências de custódia. A torcida fica para que esta última não se torne invisível aos olhos dos juízes, como ocorreu com a primeira (GIACOMOLLI; MAYA, 2016, p. 177-207).

Diante de todo o exposto, resta claro que a audiência de custódia se propõe não somente a cumprir com a convencionalidade entre a legislação brasileira e diplomas internacionais de direitos humanos, ao exigir a apresentação de preso em flagrante perante o juiz competente no prazo de até 24 horas, mas também “em primar pelo resguardo de sua integridade física e moral, quando a proposta consolida o direito de acesso à justiça do réu preso, com a ampla defesa garantida em momento crucial da persecução penal, sem, no entanto, implicar antecipação do interrogatório”⁷, e, ainda, zelar pela legalidade e necessidade da prisão ocorrida.

E, por fim, porém não menos importante, o viés de redução de encarceramento também deve pautar o enfrentamento do instituto da audiência de custódia. Conforme cita CHOUKR (2016, p.105 a 126)⁸, “em 2011 o Brasil possuía uma população carcerária de presos sem condenação da ordem de 40%. Alto como um todo. Abissal na análise individual com Estados da Federação chegando a 70%”. Números que depois se compreendeu serem maiores, dada a flutuação de tal população carcerária em face das decretações e revogações de prisões. Além disso, a redução do número de encarceramentos impacta, de certa forma, a economia nacional, ao se levar em conta o custo do preso para o Estado. “O preso custa hoje aqui no Brasil, em média para os cofres públicos estaduais ou federais, cerca de R\$ 3 mil. Se nós multiplicarmos 120 mil presos por 12, teremos a impressionante cifra de R\$ 4,3 bilhões em um ano. Evidentemente é um dinheiro que, ao invés de manter pessoas

⁷ http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4981-Editorial-O-esforco-de-Sisifo-e-a-audiencia-de-custodia;

⁸ Citando Zackseski (2010).

que não precisam ser presas, nós poderemos investir em áreas essenciais” (CHOUKR, 2016, p.106).

Contudo, embora as importantes questões de fundo, a experiência prática vem mostrando justamente o contrário das aludidas pretensões, mormente quando se confrontam dados coletados com a realidade das audiências realizadas. Em mapa das audiências de custódia, disponível no site do CNJ (BRASIL, 2017), é possível ser feita uma leitura dos números ali apresentados, no sentido de que ainda se prende mais do que se solta, caindo por terra o argumento de redução de encarceramento. O Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, conta com um índice de decretação de prisão preventiva em percentual de 82,2%, considerados meros 17,2% de concessão de liberdade provisória, em 11 meses de coleta de dados.

Assim que, no imaginário popular repouse a máxima de que a impunidade só se combate com o aprisionamento, todo e qualquer argumento a favor de flexibilização dos pressupostos das prisões cai por terra de forma até inconsciente para os atores processuais, *in casu* específico, os juízes. “A clara percepção de que os magistrados não haviam aderido à lógica da prisão como exceção, e não como regra” resta evidente não só pelos números apresentados em mapeamento do CNJ, mas também em função das “permanências culturais do sistema processual e a evidente falta de interesse estatal em operacionalizar as medidas alternativas com os necessários mecanismos de acompanhamento” (CHOUKR, 2016, p.111).

3. A audiência de custódia na *law in action*: Normatividade e práticas no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul.

Partindo da premissa de que a audiência de custódia se presta a cumprir com diretriz de direitos humanos, qual seja, a apresentação imediata do preso ao juiz competente; de que na audiência de custódia se perquirirá exclusivamente acerca da necessidade e legalidade da prisão efetuada; e ainda, de que a audiência de custódia serve para controle e denúncia de possíveis abusos e maus-tratos quando da prisão, o Tribunal de Justiça do

RS, em acordo com a Resolução 213 do CNJ, emitiu a Resolução 1087/2015, do Conselho da Magistratura, onde regulamentou a implantação do projeto-piloto para realização de audiências de custódia na Comarca de Porto Alegre.

No texto, fica atribuída competência para processamento das audiências de custódia ao serviço de plantão do Foro Central da Capital (BRASIL, 2015)⁹, sendo que as solenidades ocorrerão em salas dentro do Presídio Central de Porto Alegre (homens) e Penitenciária Madre Peletier (mulheres).

A realidade na execução de tais audiências, em atividade presencial na data de 20 de julho de 2016, deixou claro o afastamento das premissas de caráter humanitário e legal e afirmou a falta de eficácia do instituto, por não estar sendo

⁹ O conselho da magistratura, no uso de suas atribuições legais e dando cumprimento à decisão deste órgão tomada na sessão de 07-07-15 (proc.themis admin nº 0010-15/000975-2) resolve: art. 1º fica instituído o **projeto-piloto para realização de audiências de custódia pelo serviço de plantão do foro central da capital do estado do rio grande do sul, com prazo inicial de 120 dias, a contar de 30-07-15, abrangendo os autos de prisão em flagrante da comarca de porto alegre, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato.** art. 2º a audiência de custódia será realizada diariamente, inclusive nos dias não úteis, a partir das 14 horas, incluindo-se em pauta os autos de prisão em flagrante protocolados no período de plantão que se encerrou às 9 horas do mesmo dia. **parágrafo único. nos casos excepcionais, não sendo possível a realização da audiência de custódia no dia indicado no caput, a sua realização não excederá o prazo de 48 horas contados da efetiva prisão do flagrado, ressalvada a hipótese de força maior.** art. 3º **as audiências de custódia serão realizadas em salas de audiências instaladas no posto avançado da 2ª vara de execução criminal de porto alegre, junto ao presídio central de porto alegre, e na penitenciária feminina madre peletier, iniciando os trabalhos naquele local.** art. 4º **a audiência de custódia terá como objeto o exame da legalidade da prisão e da necessidade da prisão cautelar ou a sua substituição por medida diversa da prisão, bem como a prevenção à tortura e a qualquer tratamento desumano ou degradante, e, ainda, a atos constitutivos de abuso de autoridade.** art. 5º o ministério público e a defensoria pública do estado serão cientificados sobre a rotina estabelecida, horário, bem como locais de realização das solenidades previstas no presente provimento. **parágrafo único. na hipótese de defesa técnica constituída pelo flagrado, a comunicação sobre o local, a data e o horário de realização das audiências de custódia será cumprida pelo serviço de plantão do foro central, se não cientificado quando da lavratura do auto de prisão em flagrante.** art. 6º a audiência de custódia será gravada em sistema audiovisual, lavrando-se termo sucinto que conterá o inteiro teor da decisão. **parágrafo único. a mídia será encartada em envelope, que acompanhará o auto de prisão em flagrante.** art. 7º todos os autos de prisão em flagrante, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato delitivo, serão distribuídos diretamente no serviço de plantão judiciário do foro central de porto alegre. **parágrafo único. após a realização da audiência de custódia, o serviço de plantão judiciário providenciará o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao cartório de distribuição e contadoria, para distribuição às varas criminais de porto alegre.**

praticado conforme idealizado em seu nascimento. A pesquisa em campo realizada foi limitada a uma manhã de audiências no PCPA (Presídio Central de Porto Alegre) e procurou através da leitura dos dados apreendidos compreender a (in)eficácia das audiências de custódia, na sua aplicação prática.

No aguardo do início das solenidades, os Policiais Militares (no Estado do RS a administração do Presídio Central de Porto Alegre fica a cargo da Polícia Militar) relataram realidade que se mostra comum nos demais Estados da Federação: a maioria dos presos em flagrante que se submetem à audiência de custódia é por crime de tráfico e contam com idade entre 18 e 30 anos. Referiram ainda, que as audiências são rápidas, visto que o juiz só pergunta sobre agressões no momento da prisão; que os custodiados falam sempre com a Defensoria Pública ou advogado contratado antes da audiência e ao chegar ao presídio passam pelo ambulatório para ver sobre medicação controlada.

A sala onde a audiência de custódia é realizada, embora na parte interna do presídio, é uma sala de audiência normal, com a diferença de estarem o magistrado e Ministério Público na idêntica altura da defesa e do acusado. Não ficam policiais fardados na sala. No dia em questão, o magistrado que conduziu as solenidades, foi objetivo e claro com os presos, limitando-se a perguntar sobre possíveis agressões no momento de suas prisões. Como a competência para as audiências de custódia é do plantão judiciário, os flagrantes já haviam sido analisados pelo juiz (é o plantonista que realiza as audiências de custódia), homologados e com as devidas prisões preventivas decretadas. Os flagrantes cuja liberdade é concedida sequer chegam à audiência de custódia.

Dentre os casos expostos naquela data, foram seis audiências ao todo, foi possível destacar três: **1) C* 31anos**, reciclador, preso por tráfico de drogas (tem mais dois processos por tráfico que estão suspensos em face da sua revelia (art. 366 CPP) um dos argumentos utilizados para manter decretar e manter a sua preventiva) mostrou ao juiz lesão de tiro de bala de borracha no pé, afirmando *que estava deitado e algemado quando tomou o tiro*. Questionado pelo juiz porque não avisou sobre a lesão no momento do flagrante, antes de ser encaminhado para exame de

lesões no DML (Departamento Médico Legal), disse que não tinha como falar, pois os policiais que o prenderam foram os mesmos que o acompanharam no exame e o trouxeram para o presídio; que reconhece os policiais. Juiz encaminhou C* para novo exame no DML (oficial PM do dia no PCPA que o acompanhou), imediatamente, e determinou ofício para o Comando Geral da Brigada Militar, Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do RS e Núcleo de Direitos Humanos do Ministério Público do RS para apuração de indícios de tortura; **2) R*, 27 anos**, ferreiro, preso por tráfico (tem ocorrências anteriores por furto e receptação de arma) referiu agressão a chutes e socos na altura de sua barriga/tronco; levantou a camisa e mostrou as lesões para o juiz; afirmou que não informou as agressões na hora do exame em virtude de os policiais que o prenderam e agrediram estarem fazendo o seu transporte, mas que pode reconhecer-los e tem testemunhas das agressões. **3) N*, 19 anos** (defesa constituída), preso por porte ilegal de arma, sem profissão definida, não referiu agressão, mas disse que foi o policial que o prendeu que “*colocou a arma que não era sua*”, tanto que o delegado não opinou por sua prisão na conclusão do flagrante. Embora ser primário e contar com bons antecedentes o juiz manteve a decisão que homologou o flagrante e decretou a preventiva;

Apesar da coleta prática ter sido mínima frente aos números expostos em sítio oficial (CNJ), é possível reconhecer a semelhança de ambas as amostras, mormente quando se trata de concessão de liberdade provisória ou aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Os números são ínfimos. A reforçar os dados no CNJ, os quais demonstram que a concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante submetidos à audiência de custódia é menor do que 20%, em página de rede social do juiz da Vara de Execuções Criminais do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, Dr. Sidinei Brzuska, em *post* datado de 20.06.2016, é possível extrair a informação de que em 10 meses de realização de audiências de custódia no Presídio Central de Porto Alegre, no total de 2638 solenidades, somente 331 presos

ganharam liberdade provisória, restando o percentual em 12% de concessão do benefício.

Tais números são indicativos da ineficácia da audiência de custódia como implantada no Brasil, senão pelo percentual reduzido de prisões evitadas, certamente pela resistência dos atores processuais ao *novo*. Com efeito, o baixo número de relaxamento de prisões em flagrante está diretamente relacionado à *formalização* dessas audiências ou, dito de outra maneira, à sua ausência de efetividade.

Neste sentido, é simbólico texto da Resolução nº 1143/2016 do COMAG/RS, ao determinar que todos os autos de prisão em flagrante ocorridos na capital sejam distribuídos ao serviço de plantão jurisdicional do Foro Central da comarca de Porto Alegre (artigo 9º) – apesar de as audiências de custódia serem realizadas em salas do Presídio Central –, bem como ao permitir ao magistrado o exame do auto de prisão em flagrante antes mesmo da realização da audiência de custódia (artigo 3º). A prática instaurada, resultante da combinação desvirtuada desses dispositivos legais, consolidou a homologação do flagrante e sua conversão em prisão preventiva antes mesmo da audiência de custódia e sem qualquer contato do magistrado com o detido. Resta, neste cenário, à audiência de custódia o papel de mera formalidade prévia ao ingresso do detento no estabelecimento prisional, sem qualquer exame efetivo das condições da prisão e da necessidade de sua manutenção, justamente a finalidade para a qual foi instituída. Tal constatação evidencia a importância de se focar o enfrentamento da questão não apenas pelo aspecto legislativo, mas também sob o viés sociológico, ao que se dedica o item final do presente ensaio.

4. As resistências ao novo e a disputa de poder que marca o *habitus* característico do campo jurídico

O conceito de campo jurídico é trabalhado por Bourdieu, como parte de sua teoria sobre o campo político, e afigura-se como instrumental sociológico de inequívoca importância ao estudo do direito processo penal (MAYA, 2014). Isso porque,

como bem destaca o citado autor francês, há de se superar a dicotomia entre o formalismo e o instrumentalismo do direito no âmbito político-social, aquele a sustentar a sua plena autonomia, identificando o Direito como um campo autônomo e independente do social [Kelsen, Teoria Pura do Direito] e este a considerá-lo um mero instrumento a serviço das elites econômicas, orientado à dominação [Marx]. O Direito – e o processo penal, como consequência – materializa um campo relativamente autônomo do político-social, na medida em que concretiza um “universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física.” (BOURDIEU, 2009, p. 209-211).

Esse universo social a que se refere Bourdieu é o campo jurídico, espaço onde está em jogo o monopólio do direito de dizer o Direito, onde “se defrontam agentes sociais investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica”, aptos a interpretar “um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social” (BOURDIEU, 2009, p. 212). Esse ambiente, no entanto, não se constitui desvinculado do campo social, das relações sociais estabelecidas no cotidiano. Ao contrário, reproduz na especificidade do campo jurídico a ideologia da classe dominante que detém o poder político, seja pela proximidade de interesses, seja pela afinidade de formação cultural inerente a reprodução continuada de um modelo dominante de pensamento através da escola, do ensino básico fundamental e, mais especificamente, do ensino superior, cuja formação é requisito primeiro para acesso ao campo. Trata-se da afinidade de *habitus*, estruturas subjetivas de percepção, pensamento e ação, que conforma o aspecto subjetivo do conceito *campo* na teoria do sociólogo francês, e que combinado com as estruturas objetivas evidencia como o desenvolvimento de um determinado *campo* decorre da influência das instituições sobre os sujeitos, e também da influência que estes sujeitos operam nas mencionadas instituições (THIRY-CHERQUES,

2006, p. 30), a ensinar uma dupla dimensão da realidade social (CORCUFF, 2001, p. 48)¹⁰.

A propósito, releva destacar que, para Bourdieu, a compreensão da realidade social passa pela compreensão do denominado *princípio da ação histórica*, segundo o qual o mundo social é constituído pela “relação entre dois estados do social”, pela relação entre a “história objetivada nas instituições e a história encarnada nos corpos, entre as estruturas objetivas e as representações subjetivas, conformando um movimento dúplice, de interiorização do exterior e exteriorização do interior” (CORCUFF, 2001, p. 50).

As representações subjetivas constituem o que o sociólogo francês denomina *de habitus*, um sistema de disposições duráveis e inconscientes através do qual “as estruturas sociais se imprimem em nossas cabeças e em nossos corpos, pela interiorização da exterioridade” (CORCUFF, 2001, p. 51 -52). Trata-se de um conceito que tem longa história na filosofia e na sociologia, do qual Bourdieu se apropriou e que foi por ele

¹⁰ Fundamental, para a exata compreensão do pensamento sociológico de BOURDIEU, a origem filosófica das ciências sociais. Segundo CORCUFF (2001, p. 11-32), o antagonismo de conceitos que marca o pensamento sociológico [coletivo/individual; objetivo/subjetivo] é herança das tradicionais oposições filosóficas entre materialismo e idealismo e, consequentemente, entre sujeito e objeto. Esses pares de conceitos, destaca o autor (op. cit. p. 11), limitam o pensamento sociológico a uma visão dicotômica do mundo social e constituem “modos de pensamento binário [...] desastrosos para a compreensão e a explicação de fenômenos sociais complexos”. A perspectiva sociológica construtivista a qual se dedica o autor, e da qual são expoentes PIERRE BOURDIEU, NORBERT ELLIAS e ANTHONY GIDDENS, se propõe justamente à superação dessa linha pautada na oposição dicotômica de conceitos e ao pensamento da realidade social como um contexto no qual coexistem esses aspectos tradicionalmente postos como antagonônicos. O desafio dos construtivistas, destaca (op. cit., p. 24), está na superação da clássica oposição entre sociedade e indivíduo [DURKHEIM], e no consequente “deslocamento do próprio objeto da sociologia: nem a sociedade nem os indivíduos, encarados como entidades separadas, mas a relação entre indivíduos [...] bem como os universos objetivados que elas fabricam e que lhes servem de suportes, enquanto eles são constitutivos ao mesmo tempo dos indivíduos e dos fenômenos sociais.” A propósito, observa THIRY-CHERQUES (Pierre Bourdieu: a teoria na prática... p. 30) que BOURDIEU “segue a tradição de Saussure e de Lévi-Strauss, ao aceitar a existência de estruturas objetivas, independentes da consciência e da vontade dos agentes. Mas deles se difere ao sustentar que tais estruturas são produto de uma gênese social dos esquemas de percepção, de pensamento e de ação. Que as estruturas, as representações e as práticas constituem e são constituídas continuamente.”

aprimorado a partir de uma concepção em muito aproximada da filosofia do *ser-no-mundo* de Heidegger, na medida em que define a lógica do comportamento dos agentes e das instituições conforme a sua relação com outros agentes e instituições que ocupam o mesmo espaço social (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 33).

O *habitus* é uma espécie de matriz geradora constituída na historicidade das relações sociais (MADEIRA, 2007, p. 22), um “sistema de esquemas de percepção, de apreciação e de ação”, enfim, “um conjunto de conhecimentos práticos adquiridos ao longo do tempo que nos permite perceber, agir e evoluir com naturalidade num universo social dado” (LOYOLA, 2002, p. 66). Thiry-Cherques identifica o *habitus* como um conjunto de disposições flexíveis, que enquanto produto da internalização de estruturas sociais que carregam um histórico individual e coletivo e se formam de maneira inconsciente em cada indivíduo, um produto de uma aprendizagem, “refletem o exercício da faculdade de ser condicionável, como a capacidade natural de adquirir capacidades não-naturais, arbitrárias” (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 33).

Para Bourdieu, o *habitus* é o “conjunto de evidências compartilhadas e constitutivas do senso comum”, resultado da imposição, pelo Estado, de formas comuns de pensamento, de percepção, de memória e de compreensão: “Enquanto estrutura organizacional e instância reguladora de práticas, ele [Estado] exerce permanentemente uma ação formadora de disposições duradouras, através de todos os constrangimentos e disciplinas corporais e mentais que impõem, de maneira uniforme, ao conjunto de agentes” (BOURDIEU, 1996, p. 116). Assim, é condicionante e condicionador: se por um lado é adquirido e se forma a partir da interação social entre os indivíduos e o seu campo de atuação, por outro ele também classifica e organiza essa interação (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 33). Representa, enfim, a forma como a história se insere nos corpos e mentes dos indivíduos, moldando-os e determinando-os em relação ao universo social no qual estão inseridos.

Portanto, trata-se de um conceito identificado pelo padrão de pensamento e de conduta dos agentes que atuam no campo. Poder-se-ia afirmar que materializa uma ideologia dominante, marcada esta pela formação cultural inerente a reprodução continuada de um modelo dominante de pensamento. E tal ideologia é inevitavelmente transferida para o interior do campo jurídico, na medida em que indissociável dos agentes sociais que nele operam, de tal modo que as práticas concretizadas no campo têm reduzidas possibilidades de desfavorecer a classe política dominante (MADEIRA, 2007, p. 24), pois “o *etos* dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores, e à visão do mundo dos dominantes” (BOURDIEU, 2009, p. 242). Esse o motivo pelo qual Bourdieu sustenta que os meios, os fins e os efeitos das práticas jurídicas, aqui incluídos todos os atos dos agentes que operam no campo jurídico, devem ser compreendidos a partir das relações de forças objetivas que se estabelecem entre o campo jurídico e o campo do poder, a evidenciar uma autonomia meramente relativa do direito em relação ao que se apresenta externo ao campo jurídico. O campo jurídico funciona como um prisma que, nos limites inerentes às suas regras específicas, retrata as forças externas (LOYOLA, 2002, p. 67).

Aplicada, enfim, essa premissa sociológica ao objeto do presente ensaio, sobressai com naturalidade que a resistência dos atores jurídicos a essa nova prática é resultado do *habitus* dominante do campo jurídico processual penal, pela qual se pretende a manutenção do *status quo* do sistema.

Com efeito, a sobrevida atribuída ao Código de Processo Penal de 1941, mesmo após a redemocratização do país, em 1988, resultou na permanência de práticas autoritárias incompatíveis com a nova sistemática político-constitucional e internacional-convencional-humanitária (GIACOMOLLI, 2012). No que importa ao objeto em estudo, a permanência da escritura como forma padrão dos procedimentos processuais, a manutenção de uma concepção do inquérito policial como expediente

administrativo desprovido das mais básicas garantias fundamentais, bem como a consolidação do processo como expediente orientado à investigação da verdade real, contribuíram à manutenção do *status quo*, da prática consolidada de remeter o auto de prisão em flagrante à autoridade jurisdicional e o detido ao sistema prisional.

Neste cenário, *naturalizada* essa prática, durante mais de vinte anos, contados desde a internalização da CADH ao ordenamento jurídico interno brasileiro, sequer se cogitou no Brasil a aplicação do dispositivo convencional que determina a *imediata* apresentação do detido à autoridade jurisdicional. Em boa parte deste período, é fato, o interrogatório era situado como primeiro ato processual, o que contribuiu a retirar importância acerca desta adequação convencional. No entanto, desde o advento das alterações legislativas de 2008, o interrogatório passou a ser o último ato da instrução processual. Como consequência, a *práxis* evidenciou situações em que um detido permanecia nesta situação por meses, ou até mesmo anos, sem nenhum contato com a autoridade jurisdicional.

A inconveniência da normativa processual brasileira é evidente, neste aspecto. Mas tal não chegou a ser, tampouco, identificado como um problema. Como adiantado na primeira parte deste ensaio, a criação da audiência de custódia vem, efetivamente, a suprir essa falha do ordenamento jurídico brasileiro, embora, inequivocamente, não tenha sido esta inconveniência o *mote* principal da sua adoção, mas sim a necessidade de resolver o problema da superlotação carcerária.

De qualquer sorte, na prática, os números divulgados e as práticas, como identificadas na observação realizada, mencionada no item dois deste ensaio, evidenciam a resistência à adequação proposta via Resolução pelo Conselho Nacional de Justiça. Resistência esta que possui direta relação com o *habitus* que marca o microcampo jurídico processual penal, com o intuito deliberado de manutenção do *status quo*, segundo o qual o detido é tratado como mero objeto da ação estatal e o exame do expediente escrito é suficiente ao efeito de examinar a legalidade e a necessidade da prisão. Através dessas práticas permanece

dissimulado o autoritarismo inerente à manutenção de prisões desnecessárias, decretadas sem qualquer verificação efetiva da situação concreta, bem como sem a oitiva do preso.

Sob outro aspecto, o discurso humanitário permanece, como sempre, na altura abstrata e inalcançável dos princípios, isto é, sem que qualquer efetividade lhes seja concedida na prática da persecução penal, até porque, trabalhar diretrizes de direitos humanos em sede de processo penal é algo que vem se tornando proibitivo na cultura social brasileira, observado o *habitus* inerente à permanência da ideologia pré-democrática neste espaço do campo jurídico.

É desalentador perceber, postura tão refratária à audiência de custódia, que é instituto consagrado em muitos países, inclusive latino-americanos, o que faz crer que, malgrado as misérias do sistema processual penal e sociais sejam parecidas com a brasileira, estão em nossa frente no que pertine ao respeito aos mais básicos direitos de qualquer cidadão acusado da prática de crime (LEONARDO; VIEIRA; KEDHI; BEZERRA, 2015).

No contexto em que se encontra a sociedade não há ambiente, frente os crescentes índices de criminalidade, para se enxergar o criminoso sob uma ótica humanista, ao contrário, cada vez mais se reforça a ideia de que a prisão é necessária e deve funcionar como instrumento de afastamento/separação dos “maus” dos “bons”. Tanto reforça o conforto da manutenção do *status quo* e reforça a dificuldade de superação deste *habitus*.

Certo é que notícias acerca de crimes têm permeado os dias da sociedade brasileira. A sensação de insegurança e medo aponta para quadro sensível de estresse e alterador de rotinas diárias, mas reduzir o debate sobre redução dos índices de criminalidade à mera prisão retrocede a discurso punitivista, o qual já deu mostras suficientes de não ser eficaz naquilo que se propõe: reduzir o número de crimes.

Não se nega que é sedutora e demasiadamente humana “a ideia de manter as coisas como estão (bem ou mal). O imobilismo de sempre fazer o mesmo acaba tomando o lugar do

cumprimento da lei” (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2015, p. 19). Porém, os atores processuais precisam superar esta etapa e seguir em frente, observando e obedecendo as diretrizes internacionais de direitos humanos, mormente quando o assunto a ser enfrentado é a prisão de um cidadão.

A persecução penal como um todo, deve obedecer às regras do jogo processual, partindo sempre da leitura constitucional, uma vez que “instrumento de efetivação das garantias constitucionais” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 63), respondendo “a uma exigência não só metodológica e jurídica, mas também político institucional” (PRADO, 2005, p. 84). E neste contexto, não há como extrair do instituto da audiência de custódia ambientação, ainda que legal, diversa da expressa pela diretriz internacional.

Quando a Convenção Americana de Direitos Humanos determina expressamente que: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais” (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 2012), é porque pretende não mais tratar a pessoa detida como um “criminoso imaginado” e sim um “sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto, fazendo com que o impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no processo penal” (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2015, p. 19).

Tal olhar transforma totalmente o sentido de criação e aperfeiçoamento do instituto da audiência de custódia, visto que a manutenção do encarceramento ou a aplicação de medida cautelar diversa da prisão não só podem como devem ter seu exame realizado pelo magistrado quando da homologação do flagrante em audiência de custódia, após ver e ouvir o réu, transformá-lo em alguém palpável ao invés do decidir adstrito as narrativas em papel.

Ainda que em terras brasileiras se estenda o argumento para redução do número de encarceramentos provisórios, ainda assim, a audiência de custódia merece total atenção do legislador

e jogadores processuais, com o fito de proporcionar um “melhor” prender e um “melhor processar”, e, ao final, um melhor “condenar”.

Por isso que o atual modelo gaúcho não pode prosperar isento de críticas e de aperfeiçoamento. Realizar a audiência de custódia com o preso já inserido no sistema carcerário – presídio, com a competência do juiz plantonista, o qual já recebeu, analisou e despachou homologando o flagrante, é tornar sem efeito as premissas das quais partem as diretrizes internacionais de direitos humanos e a legislação em tramitação no Congresso brasileiro (ANDRADE, 2016, p. 221).

De igual forma, a rotina das audiências custódia no RS reforçam a obediência à legalidade formal, quando o contato do juiz com o réu, para decretar sua prisão cautelar, se faz tão somente através de papeis e provas até então com caráter indiciário. E, seguindo por este caminho, os dados coletados até então revelam o que já se poderia esperar, de que o percentual de liberdade provisória concedida e aplicação de medidas cautelares diversas da prisão é inexpressivo.

Ainda, na direção de que a audiência de custódia tem também o caráter preventivo de evitar tortura e maus tratos policiais aos custodiados no momento da prisão, uma vez que os agentes públicos sabem que o preso será apresentado perante o magistrado antes de seu ingresso, ou não, no sistema carcerário, esta também não tem se mostrado eficaz, mormente em se tratando do exemplo rio-grandense, visto que desde a prisão até a audiência de custódia o preso é acompanhado pelos policiais que efetuaram a sua custódia, não lhe sendo possível noticiar qualquer ato de tortura logo após o seu cometimento, ou seja, na delegacia. E os relatos trazidos ao texto do artigo demonstram que as denúncias de maus tratos no momento da prisão são, de fato, recebidas, mas que de seus encaminhamentos para os núcleos de direitos humanos, tanto da defensoria pública quanto do ministério público, nenhuma notícia se tem, sequer se sabe qual rumo tomaram e se, ao final, se confirmadas, alguém foi punido.

Por fim, repisa-se, é de se questionar o fato do magistrado chegar à audiência de custódia com o flagrante devidamente

homologado e prisão preventiva decretada. A renovação diária, por si só, de tal rotina, só reforça o ideal de magistrado cuja premissa de direitos humanos afasta, a do juiz que ainda só se limita a ler, a fundamentar a prisão cautelar aplicada ao acusado com base em elementos de caráter indiciário, observando tão somente a legalidade formal, continuando a prender sem ver ou ouvir o custodiado.

Mas o instituto da audiência de custódia se presta justamente a superar tais rotinas, fazendo com que o magistrado possa, após ouvir e ver o preso em flagrante, decidir sobre a necessidade de lhe manter encarcerado, lhe liberar ou lhe aplicar medida cautelar diversa da prisão. Aliás, se assim não fosse, desde já cairia por terra um dos argumentos que embasaram o projeto piloto do Conselho Nacional de Justiça, qual seja o de reduzir o número de prisões provisórias no País. Esse o desafio: a superação do *habitus* em prol do *novo*.

5. Considerações finais

Do panorama exposto é possível finalizar, sem a pretensão de esgotar o enfrentamento da questão abordada, afirmando, como premissa inquestionável, que a implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro atende à imposição de sua adequação à normativa internacional protetiva de direitos humanos. Com considerável atraso, passados mais de vinte anos da internalização da CADH à ordem jurídica interna, o Brasil avança, ainda que por meio de ato administrativo do Conselho Nacional de Justiça.

Não obstante isso, a toda evidência, o modo como concretizada a audiência de custódia no Estado do Rio Grande do Sul é indicativo da inefetividade do *novel* instituto, consequência da predominância das forças orientadas a manter inalterado o *habitus* que marca o campo jurídico processual penal. A realização das audiências no interior do sistema prisional, como mera formalidade prévia ao ingresso do detido no estabelecimento carcerário, e a homologação do auto de prisão em flagrante bem como sua conversão em preventiva pelo juiz

plantonista com base unicamente no expediente policial escrito, sem contato com o detido, indicam a permanência das práticas autoritárias que justamente a incorporação da audiência de custódia pretendia superar. Na disputa de poder que pauta o atuar dos agentes no interior do campo, segue a predominar a posição desde há muito dominante.

Neste cenário, em verdade, conforme enunciado no título deste ensaio, a audiência de custódia apresenta-se como a mentira sincera que interessa¹¹. Faz-se de conta que o Brasil está cumprindo a Convenção Internacional de Direitos Humanos, cria-se a realidade imaginária de que o réu preso em flagrante terá contato físico com o juiz antes da homologação do seu flagrante e da decisão pela sua conversão – ou não – em prisão cautelar, bem como segue-se com a ilusão de que se está prevenindo violências policiais no momento da prisão.

Não obstante isso, parece-nos que há futuro na audiência de custódia. O passo mais importante foi dado com a sua incorporação ao ordenamento jurídico e com a afirmação, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da Resolução do CNJ, que a implementou, o que autoriza afirmar que *a audiência de custódia é um caminho sem volta, efetiva o contraditório, a transparência e o controle efetivo de todos os atos, garantindo-se todos os envolvidos* (LOPES JÚNIOR, DA ROSA, 2015. p. 27). Seu aperfeiçoamento, agora, passa mais pela superação da resistência dos atores processuais (juízes, promotores, e porque não, defensores públicos e advogados) do que pela aceitação social, visto que a mudança de paradigmas deve permear questões e argumentos técnicos e não se basear em anseios sociais.

A tanto, enfim, afigura-se de fundamental importância a regulamentação do instituto pela via da legislação ordinária, em âmbito federal, como forma de estabilizar sua prática, situá-la com coerência no âmbito do sistema de justiça criminal e definir o seu procedimento de maneira geral, abstrata e cogente. Com isso evita-se justamente o desvirtuamento da regulamentação administrativa do CNJ através da edição de Resoluções

¹¹ Em alusão à música Maior Abandonado de Cazusa e Frejat.

específicas no âmbito de cada um dos tribunais da Federação. Não se desconhece que as realidades dos Poderes Judiciários estaduais são as mais distintas. Ainda assim, tanto não justifica a diferença de procedimentos no âmbito de cada unidade federativa. Impõe-se, inclusive em observância ao princípio da isonomia, estabelecer um procedimento uniforme independentemente do local em que realizada a audiência de custódia, ao menos minimamente. Aliás, com isso se assegura a realização de audiência de custódia em todas as comarcas, evitando-se a criação de espécies distintas de jurisdicionados, os *com* e os *sem* direito de ser apresentados imediatamente à autoridade jurisdicional.

Enfim, impõe-se dar efetividade à boa intenção que tem como premissa de partida a mentira sincera que a todos parece interessar.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2 ed. Livraria do Advogado. 2016.

_____. Audiência de Custódia na concepção da justiça gaúcha: análise da resolução n. 1087/2015 e das práticas estabelecidas. ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFEN, Pablo Rodrigo (Organizadores). **Audiência de Custódia**. Da boa intenção à boa técnica. FMP. 2016.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. **O Poder Simbólico**. 12.ed. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 209-211.

_____. Espíritos de Estado – gênese e estrutura do campo burocrático. In: _____. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Papirus editora: Campinas, 1996.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Art. 5º, inciso LXII. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

BRASIL. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

BRASIL. **Decreto 592/92**. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

BRASIL. **PL 554/2011**. 2011. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

BRASIL. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/4ff613a6bfd7191b9361e626db9efcb9.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Artigo: Audiências de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo (Organizadores). **Audiência de Custódia**. Da boa intenção à boa técnica. FMP. 2016, p.105 a 126.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – **Pacto San José Da Costa Rica – Capítulo II, Artigo 6º, item 5. Legislação de Direito Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2012. 5 ed. pg. 424.

CORCUFF, Philippe. **As novas sociologias**: construções da realidade social. EDUSC: Bauru, 2001

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – **Resolução n. 217-A – Assembleia Geral da ONU – 1948**. Legislação de Direito Internacional. Editora Saraiva. 2012. 5 ed. pg.380.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Atlas: São Paulo, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado. As medidas cautelares alternativas à prisão: o projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro e a realidade latino-americana. **Revista Duc in Altum Cadernos de Direito**. v. 08, n.º. 14, 2016, pp. 177-207.

LEONARDO, Hugo; VIEIRA, Renato Stanzola; KEDHI, Andre Pires de Andrade; BEZERRA, Andre Augusto Salvador. Não há qualquer esquizofrenia na implantação da audiência de custódia. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 10 de maio de 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. **Processo Penal no Limite**. Empório do Direito. 2015.

_____. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOYOLA, Maria Andréa. Bourdieu e a sociologia. In: BOURDIEU, Pierre. **Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola**. EdUERJ: Rio de Janeiro, 2002, p. 66.

MADEIRA, Lúcia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito e Justiça**, v. 33, n. 01, p. 19-39, jun. 2007, p. 22.

MAYA, André Machado. A iniciativa probatória do juiz e a oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal. **Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS**. Porto Alegre, 2014.

PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: _____; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão judicial**. Marcial Pons: São Paulo, 2012, p. 11-70.

_____. **Sistema Acusatório:** A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. **Revista de Administração Pública.** v. 40 n. 1, p. 27-55, jan./fev. 2006. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em 09 de março de 2014.

ZACKSESKI, Cristina. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. **Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.** ano 4, 2010.

A COLETA DE PERFIL GENÉTICO FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Bruna Mesquita Gasparin¹

Gabriel Ferreira dos Santos²

1. Introdução

O tema escolhido está relacionado à Lei 12.654/12, a qual trouxe alterações significativas dentro do Processo Penal brasileiro, alterando a Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/09), assim como a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), com a finalidade de permitir a coleta de perfil genético para efetuar identificação criminal e, ainda, obrigar os condenados por determinados crimes a ceder seu DNA para criar um banco de dados com perfis genéticos.

Conforme dispõe a Lei 7.210/84, que teve o artigo 9º-A acrescentado, tornou-se possível submeter, com obrigatoriedade, os condenados por crime doloso com violência grave contra a pessoa ou por crime hediondo, à extração de DNA, com a finalidade de obter a sua identificação por meio do perfil genético.

Essa identificação deverá ser armazenada em um banco de dados, servindo, a futuras investigações, em que também se buscará colher o perfil genético dos investigados, para a realizar a comparação entre eles. Diante disso, é que se questiona qual seria a validade de tal instrumento, tendo em vista que se constrói uma realidade na qual aqueles que estão inseridos no banco de dados já não estarão mais partindo de uma situação de presunção de inocência.

Nessa esteira é que surge a discussão relacionada com o princípio da presunção de inocência e com o *nemo tenetur se detegere* - que significa o direito de não produzir provas contra si mesmo - , vez que é notável haver aqui uma prática que os afronta e sequer

¹ Graduada em Direito pela IMED.

² Mestre em Direito, Professor de Processo Penal da IMED, Advogado Criminalista.

deixa ao arbítrio do condenado a opção de ceder ou não o seu material genético, pois, conforme estabelece o dispositivo, a coleta ocorrerá de maneira obrigatória.

Tendo em vista a gama de garantias fundamentais que devem ser aplicadas a todas as pessoas e, obviamente, àqueles que são sujeitos passivos de uma persecução penal, é que se questiona se há realmente uma compatibilidade entre a Lei 12.654/12 e os princípios constitucionais, abordando, especialmente, os princípios do *nemo tenetur se detegere* e da presunção de inocência.

Levando-se em consideração o princípio do *nemo tenetur se detegere*, há que se questionar até onde se pode exigir do acusado ou do condenado que permita o recolhimento de seu material genético, pois ele não possui nenhum dever de colaborar na produção de provas que podem vir a ser utilizadas contra ele.

Sendo assim, em se tratando de extração de material genético, inevitavelmente vem à baila a afronta a princípios constitucionais, especialmente no que se refere ao *nemo tenetur se detegere* e à presunção de inocência. Não se quer dizer com isto que ele deva ter privilégios em detrimento das demais partes; na verdade, busca-se garantir que ele não seja suprimido como sujeito, tendo seus direitos afrontados, pois pode-se enxergar que há uma tendência a que assim ocorra dentro do processo. Dessa maneira, faz-se mister a preservação da integridade física e moral do acusado.

2. O princípio do *nemo tenetur se detegere* aplicado à coleta compulsória de material genético

A garantia *nemo tenetur se detegere* refere-se ao direito de não produzir provas contra si mesmo. Convém, nesse íterim, trazer também o conceito dado por Rosa e Moreira (2016), esclarecendo que a mencionada garantia significa que " 'ninguém é obrigado a se descobrir' ou 'nada temer por se deter' ".

Historicamente falando, Marteleto Filho (2012, p. 234) explica que "os ordenamentos processuais ocidentais acolheram, já no final do século XVIII e no curso do século XIX, o *nemo*

tenetur em sua primeira e mais básica manifestação, qual seja, na outorga efetiva do direito ao silêncio".

Contemporaneamente, conforme expõe Giacomolli (2014, p. 192), esta garantia é internacionalmente reconhecida, sendo que:

[...] o art. 14.3, g, do PIDCP [Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos] reconhece a toda pessoa acusada o direito 'de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada'. No âmbito da CADH [Convenção Americana de Direitos Humanos], a garantia do *nemo tenetur* se infere do art. 8.2, g, ao estabelecer como garantia mínima a toda pessoa acusada o 'direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada'.

O *nemo tenetur se detegere* também é resumido por Queijo (2012, p. 476) como "direito fundamental [de maneira que] ninguém pode ser compelido a se autoincriminar, fornecendo provas contra si mesmo."

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro o *nemo tenetur* é classificado, consoante Marteleto Filho (2012, p. 43), como "uma garantia fundamental, ou um princípio-garantia, na medida em que assegura uma liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado [...]".

Assim, manifesta-se a linha tênue existente entre o princípio do *nemo tenetur se detegere* e o direito ao silêncio. Ao dispor sobre este último, Giacomolli (2014, p. 192-193) afirma que "tal garantia se estende a todos os suspeitos ou acusados, em todas as situações processuais. Ademais, o *nemo tenetur se detegere*, como gênero, do qual o direito ao silêncio é espécie, pode ser inferido do devido processo constitucional, bem como do estado de inocência".

Ao tratar sobre o direito ao silêncio, o qual, como já sabido, possui estreita relação com o *nemo tenetur se detegere*, Pacelli (2015, p. 400) afirma que este direito tem atuação em duas direções:

a) de um lado, impedindo que a simples ausência de manifestação, ou mesmo eventuais lapsos de memória ou contradições no depoimento do réu, constituam critérios de *certeza jurídica* suficientes para embasar uma condenação; b) de outro, impedindo que o réu seja submetido a procedimentos *inquisitoriais* por parte do aparato estatal, vendo-se na *obrigação* de apresentar uma versão para os fatos, se não previsto o seu direito ao silêncio. O princípio presta-se, pois, a cumprir duas relevantes missões: a de exigir uma decisão judicial fundada em provas *materiais*, e não em meras *presunções*, estabelecidas a partir do depoimento do acusado; e também a de proteger a integridade física e psíquica do réu. (grifo do autor).

Este direito ao silêncio, conforme menciona Tucci (2011, p. 312, grifo do autor), "resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de *ampla defesa* e particularizado no *contraditório*". Essa profunda interligação dos princípios só vem a demonstrar a importância da relação das intervenções biológicas com os princípios constitucionais, vez que muitos deles acabam por ser abarcados em uma análise de constitucionalidade da Lei 12.654/12.

A fim de se permitir uma melhor localização e classificação da postura deste direito fundamental, a classificação dada por Alexy (2008, p. 85) atesta que "a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais".

Tendo-se, assim, a regra como algo aplicável de forma inquestionável, sendo este o enquadramento do direito ao silêncio. Ao tempo que o princípio, por existir a possibilidade de colidir com outros princípios fundamentais, deve ter sua aplicação adequada ao caso concreto, após estabelecer-se o equilíbrio com os demais princípios em jogo. Princípio, portanto, é classificação dada ao *nemo tenetur se detegere*. (MARTELETO FILHO, 2012).

Dessa maneira, Marteleto Filho (2012, p. 66) conclui que "as intervenções legislativas na garantia fundamental à não autoincriminação, no plano principiológico, só devem ser tidas

como legítimas caso passem pelo crivo do princípio da proporcionalidade", demonstrando a importância do mencionado princípio para que se possa realizar uma análise correta e justa quanto à aplicação do *nemo tenetur se detegere*.

Ao dispor sobre a retirada de material do corpo do indivíduo, Nicolitt e Wehrs (2015, p. 65) entendem que este ato "depende da colaboração deste e a partir de então surgem infinitas controvérsias em razão dos direitos fundamentais envolvidos, mormente quando se põe em causa o emprego de força física para chegar ao seu termo."

Nesse sentido, convém lembrar que, na persecução penal, o que se espera é que, na função de acusar, o órgão deve se desincumbir completamente de seu objetivo, demonstrando a culpa do acusado através dos meios de prova que alcançar por si mesmo, sem poder exigir que o próprio acusado colabore com a produção de elementos probatórios que possam lhe ser prejudiciais.

Assim é o que dispõe Queijo (2012, p. 368)

[...] no modelo acusatório [...] a regra deve ser a busca de provas, para demonstrar os fatos, que não necessitem da participação do acusado para a sua produção, especialmente considerando-se o *nemo tenetur se detegere*. Dele decorre a inexistência do dever de colaborar na produção das provas, por parte do acusado.

O princípio da ampla defesa está consagrado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, do qual se pode constatar a possibilidade e, mais do que isso, a obrigatoriedade de disponibilizar ao pólo passivo do Processo Penal a oportunidade de se defender através de todos os meios disponíveis. Nesse ínterim, Giacomolli (2014, p. 193) destaca que "a colaboração do suspeito ou do acusado, quando não voluntária, fere o estado de inocência e a ampla defesa".

Destarte, como existe ao acusado a garantia de permanecer calado, a fim de afastar qualquer possibilidade de prestar esclarecimentos que lhe possam vir a ser desfavoráveis,

decorre daí a oportunidade de não contribuir com seu material genético, apenas permanecendo inerte, não agindo em favor daqueles que buscam comprovar sua culpabilidade.

2.1 A presença da inquisitorialidade na obrigação de ceder material genético

Considerando-se as disposições trazidas pela Lei 12.654/12, é possível visualizar os resquícios de uma estrutura inquisitorial, tendo em vista que os dispositivos que alteram a Lei de Identificação Criminal, em que pese não tragam a obrigatoriedade de ceder material genético expressa em seu texto, também não dispõem sobre a possibilidade de não fazê-lo. E ainda mais na alteração posta na Lei de Execução Penal, em que, expressamente, se dispõe ser obrigatório fornecer o DNA.

Entretanto, quando se traz a garantia do *nemo tenetur se detegere* para um exame da viabilidade de tais determinações legais, é possível compreender, de acordo com o exposto por Queijo (2012, p. 363), que "extraí-se também do *nemo tenetur se detegere* que o acusado não tem o dever de colaborar na produção de provas que possam incriminá-lo".

E o fornecimento do perfil genético pretende fazer com que o investigado/acusado/condenado produza provas em seu desfavor, tanto no momento em que é fornecido para a finalidade da identificação criminal, assim como no fornecimento após a condenação. No primeiro caso, sabe-se - e se discorrerá mais sobre isto adiante - que o material, mais do que apenas para identificar, virá a ser utilizado como meio de prova na investigação e, futuramente, como suporte probatório em um possível processo instaurado com base nesta investigação. Já no segundo caso, não obstante a coleta do DNA seja feita após condenação definitiva, é notório que seu armazenamento em banco de dados tem a finalidade de permitir sua utilização para possível solução de futuros crimes.

Em se falando de sistema acusatório, qual seja, o sistema teoricamente em vigor no Brasil, Queijo (2012, p. 363) explica que "[...] a acusação não pode, como regra, utilizar-se do acusado

para produzir provas em seu desfavor. Deverá buscar outras provas para demonstrar os fatos, que não necessitem da colaboração do acusado".

Isto ocorre devido aos direitos fundamentais que, juntamente com *nemo tenetur se detegere*, acompanham o sujeito, em especial neste âmbito, conforme afirma Giacomolli (2014, p. 177): "no âmbito criminal, em razão do estado de inocência (art. 5º, LVII, CF), o encargo probatório é da acusação [...]".

As decisões do Supremo Tribunal Federal também vêm a corroborar com esse entendimento. Nesse sentido a decisão no HC 83.947 (rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1.2.2008), senão vejamos:

[...] as acusações penais não se presumem provadas: o ônus da prova incumbe, exclusivamente, a quem acusa. Os princípios constitucionais que regem o processo penal põem em evidência o nexo de indiscutível vinculação que existe entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta, de um lado, e o direito individual à ampla defesa, de que dispõe o acusado, de outro. É que, para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ('*essentialia delicti*') que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. É sempre importante reiterar - na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria - que nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência.

No mesmo sentido, é a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 79.781-SP (1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18-4-2000) segundo o qual, "não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar", que é todo dos órgãos estatais responsáveis pela investigação e acusação.

Vem se demonstrando, assim, a inviabilidade de se obrigar um sujeito a produzir substrato probatório, tendo em vista que seus direitos fundamentais o protegem de tal ação, assim como, no sistema penal brasileiro, não lhe cabe a cooperação na produção de provas de acusação, as quais são de responsabilidade do órgão acusatório.

Contudo, ainda que se demonstre toda essa garantia acobertadora da parte passiva de um inquérito/processo penal, há também a busca da verdade real no Processo Penal, instituto que se torna argumento a fim de justificar intervenções corporais obrigatórias durante a fase investigatória ou durante a fase processual.

Sobre esta busca, Amaral salientou que há uma:

[...] inspiração pela famigerada "verdade real" permanente no imaginário da persecução penal. Quando uma verdade, dada como certa, autoriza, a qualquer preço, sua obtenção, o eixo de permanência da governabilidade inquisitiva do processo penal se faz mais que evidente. (AMARAL, 2012, apud AMARAL; GLOECKNER; SANTOS, 2013, p. 269).

Também discorrendo sobre a estreita relação da busca da verdade real com a inquisitorialidade, Lopes Júnior (2015, p. 161) afirma que ali:

[...] nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação [...] e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extrair-la a qualquer custo. [...] A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter "absoluto".

Desse modo, entende-se que não há possibilidade de se alcançar a verdade real. E deve-se concordar com esse entendimento, pois é ilusório acreditar que é possível, através do conjunto probatório trazido ao processo, alcançar perfeitamente o entendimento de tudo aquilo que efetivamente ocorreu durante a prática delituosa.

Não há que se falar, portanto, em busca da verdade real, mas sim, na busca da verdade possível/material/atingível, o que se torna muito mais plausível em se tratando da esfera criminal. Mesmo porque, dentre tantos conceitos que basearam o processo inquisitório, um dos principais foi o da verdade real ou absoluta (LOPES JÚNIOR, 2015).

Desse modo, quando se conduz um processo com o intuito de buscar a verdade real, e não a possível, bem conclui Carvalho (2014. p. 3, grifo do autor) que "o imputado, longe de ser visto como sujeito (de direito) processual passa a ser coisificado como um '*mero objeto de investigação*' que, por ser detentor exclusivo da verdade histórica do crime, é de extrema utilidade para o pernicioso sistema".

Ao tratar sobre a busca da verdade processual, Marteleto Filho (2012, p. 201) esclarece a maneira adequada de procedê-la, demonstrando que "tal busca (enquanto caminho para uma meta) conhece limites precisos, traçados pelos direitos fundamentais do acusado, em conformidade com o processo acusatório". Explicita, como bem se vê, que toda e qualquer relação com procedimentos inquisitoriais deve ser abandonada por completo.

É de se lembrar que, ao indivíduo, tanto em fase de investigação policial, quanto em fase processual, devem ser assegurados todos os seus direitos, constitucionalmente dispostos. Afinal, mesmo que se encontre em posição de investigado/acusado, ou mesmo condenado, o indivíduo continua a ser sujeito de direitos.

Neste sentido, Nicolitt e Wehrs (2015, p. 154) referem acerca da coisificação do sujeito, demonstrando que essa utilização do sujeito, obrigando-o a fornecer seu perfil genético fere mais do que apenas um princípio, mas acima de tudo fere

aquele que é basilar dentro do sistema jurídico brasileiro, afirmando que

[...] a vulneração da integridade física importa lesão à dignidade humana. A utilização do homem como meio de obtenção da verdade, nos autos do processo, o transforma em um objeto e traduz-se em sua instrumentalização, em sua coisificação, o que é vedado pela regra de inviolabilidade da dignidade humana.

Ainda, Amaral, Gloeckner e Santos (2013) explicam que a dignidade da pessoa é apta a limitar a intervenção estatal, de modo que o investigado, o acusado ou o condenado não podem ser tidos como instrumentos utilizados para resolver o processo. Portanto, não podem ser obrigados a agir, ou mesmo permitir que sobre eles ajam, a fim de buscar a coleta do DNA.

Superada, portanto, há muito tempo a fase inquisitorial, não se pode esquecer das barbáries que se cometeu e, de modo algum, deve-se aproximar, mesmo por um pouco que seja, de tais práticas, mantendo íntegra a proteção aos direitos que foram conquistados e que hoje, muito propriamente, são denominados fundamentais.

2.2 O *nemo tenetur se detegere* frente ao princípio da primazia do interesse público

O interesse público e os direitos individuais do sujeito passivo do processo penal são visivelmente tratados como valores contraditórios, entretanto não devem ser vistos dessa maneira, vez que são complementares um ao outro. Nesse ínterim, existe uma inegável tendência a proteger-se aquilo que é público, sem, entretanto, sopesar-se os valores.

Ao tratar sobre o conflito entre tais direitos, Queijo (2012, p. 286) esclarece que "contrapõe-se, na referida questão, com maior ênfase o interesse público na persecução penal e o interesse do indivíduo, que se refere à observância dos direitos e garantias fundamentais". Portanto, ainda a mesma autora (2012, p. 286) explica que "revela-se, com maior intensidade, uma tensão que é

inerente ao processo penal, entre o interesse da sociedade e o interesse individual".

Isso traz conseqüências que refletem no bom andamento do processo penal, vez que, como dispõem Callegari, Wermuth e Engelmann (2012, p. 42), há:

[...] um despreço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal, que passam a ser consideradas como 'obstáculos' à eficiência que se espera do sistema punitivo diante da insegurança da contemporaneidade.

O que se busca demonstrar é que, segundo afirma Queijo (2012, p. 286), "a prevalência absoluta de um desses interesses, na persecução penal, não gera soluções adequadas".

Obviamente, pelo que se expôs até aqui, já se sabe que "ninguém poderá, legitimamente, ser compelido a produzir provas para incriminar-se [...] na medida em que há de ser respeitada a vontade em permanecer em silêncio, de não agir, de não colaborar" (GIACOMOLLI, 2014, p. 193).

Por isto, é que, neste íterim, de acordo com Queijo (2012, p. 286), "a questão do reconhecimento do *nemo tenetur se detegere*, com relação às provas que dependem da colaboração do acusado em sua produção, é ainda mais polêmica".

De modo que se exige um equilíbrio, com atenta análise dos princípios em questão, pois, ao mesmo tempo que não se pode inviabilizar o andamento do processo penal invocando garantias ilimitadas, também não é possível deletar a existência dessas garantias, de maneira especial o *nemo tenetur se detegere*, ainda que a busca seja por combater a criminalidade. (QUEIJO, 2012).

A solução, assim sendo, pode ser encontrada na harmonia entre o *nemo tenetur* e o interesse público, não sendo nenhum destes suprimido. Ademais, importa haver essa harmonização devido ao fato de não se poder considerar o *nemo tenetur se detegere* um direito absoluto, mas, ao contrário, ser ele uma garantia que coexiste com outros princípios constitucionais. (QUEIJO, 2012).

Destarte, em que pese não possa ser suprimida nenhuma das garantias fundamentais dentro da persecução penal, entende-

se que a limitação de uma garantia pode acontecer, mas sempre deve ocorrer de maneira que tenha amparo constitucional. Entretanto, quando se desfaz o equilíbrio entre o interesse individual e o interesse público, surge um problema, o qual é exposto por Queijo (2012, p. 287), informando que:

Se registra atualmente forte tendência, nos ordenamentos jurídicos, ao predomínio do interesse público na persecução penal, prestigiando-se a busca da verdade, o que conduz, inevitavelmente, à admissão de maiores restrições aos direitos fundamentais do acusado.

Por isso, faz-se mister trazer à baila a primazia do interesse público, pois conforme bem leciona Lopes Júnior (2015), este é um argumento repetidamente utilizado para relativizar os direitos fundamentais.

Através deste, quer-se dizer que, a fim de proteger a segurança pública e a paz social, seria possível exigir do acusado ou do condenado o fornecimento de seu material genético, ou mesmo a concordância com as demais intervenções corporais existentes dentro do sistema penal brasileiro.

Porém, mesmo dentro da Administração Pública, em que o citado princípio possui elevada importância, há discussões acerca de sua aplicação ilimitada. Ainda mais dentro do Processo Penal é questionável sua aplicabilidade com o fim aqui previsto. Claro está que existe, dentro da persecução penal, o interesse público de vê-la satisfeita. Entretanto, isto não pode acarretar a supressão dos direitos do acusado, mesmo porque, quando se fala em direitos fundamentais do sujeito passivo do Processo Penal, já está se extrapolando da esfera privada, assumindo este lugar na esfera pública. (LOPES JÚNIOR, 2015).

Nessa esteira, é visível que o *nemo tenetur se detegere* acaba por ser mitigado em favor de um interesse, sem sequer sopesar-se, conforme o caso concreto, o que há de ser aplicado. Além disso, o significado valorativo do *nemo tenetur* é muito expressivo, vez que, segundo Queijo (2012, p. 357) "há outros direitos fundamentais, além do *nemo tenetur se detegere* que também são afetados nas provas que dependem da colaboração do acusado

para sua produção, especialmente naquelas que implicam intervenção corporal". Esses direitos são, ainda, especificados pela autora (2012. p. 357): "a dignidade humana, o direito à intimidade, o direito à integridade física e moral, o direito à liberdade e até mesmo o direito à saúde".

Destarte, o valor do interesse público, para limitar o *nemo tenetur*, necessitaria estar suficientemente amparado pela Constituição. Não obstante, nota-se que a importância e suficiência, em um primeiro plano, acoberta a garantia contra a autoincriminação.

Bem lembraram Callegari, Wermuth e Engelmann (2012, p. 24-25) que, no contexto atual:

[...] o Direito Penal é eleito como instrumento privilegiado de resposta [...]. E, no ambiente de 'guerra global', passou-se a preconizar a expansão do raio de intervenção do Direito Punitivo, bem como a destacar a importância de se relegarem ao segundo plano princípios e garantias [...] em nome de uma maior eficiência ao 'combate'.

Todavia, importa lembrar, conforme dispõe Marteleto Filho (2012, p. 201), que:

[...] a tutela do direito individual - especialmente em seu **conteúdo objetivo** - a todos interessa, e não apenas ao titular. De todo modo, há que se reconhecer a tensão entre os interesses repressivos e defensivos, imanente ao processo penal, não devendo ser descurado nenhum destes. (grifo do autor).

Desta maneira, há que se reconhecer que também existe interesse público em ver o direito individual atendido, não somente em visualizar uma persecução penal solucionada, sem atentar-se às garantias fundamentais.

Essa ideia deve ser sempre posta como base em um processo penal, tendo em vista que, de acordo com Marteleto Filho (2012, p. 211), a garantia contra a autoincriminação "não pode ser violada em nome da eficiência, sob pena de perda dos

referenciais éticos que devem imperar no processo penal democrático".

Evidente que existe, dentro da persecução penal, a intenção de garantir a segurança da sociedade. Entretanto, isto deve ser alcançado de forma em que sempre se atente aos direitos e garantias inerentes ao acusado, e jamais de maneira que venha a acarretar a supressão dos direitos deste.

Muito pertinente, nessa esteira, a colocação de Callegari, Wermuth e Engelmann (2012, p. 65), ao afirmar que:

A coleta de material genético para a construção de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal - se não for pautada por parâmetros de garantia aos direitos fundamentais da pessoa humana - representa um grave risco para os direitos humanos e para as garantias penais e processuais do cidadão, bem como um desvirtuamento do papel do Direito Penal em Estado Democrático de Direito, uma vez que se cria uma relação inversa entre tais garantias e a busca constante por mais 'segurança', ou seja, em nome de uma eficácia repressiva, entende-se necessário e razoável sacrificar ou pelo menos mitigar as garantias fundamentais. E isso contraria o princípio segundo o qual as normas penais devem estar construídas sob forte base de garantias, ou seja, devem respeitar os direitos e garantias fundamentais preconizados na Constituição Federal. No campo no qual a presente discussão se situa, merece destaque, de forma especial, o direito fundamental à não autoincriminação.

Reconhece-se, seguindo o entendimento de Queijo (2012, p. 406), que:

Se não se admitisse qualquer limitação ao *nemo tenetur se detegere*, seria ele um direito absoluto e, conseqüentemente, em diversas situações, o interesse público na persecução penal restaria completamente aniquilado, comprometendo a paz social e a segurança pública [...], conduzindo a situações indesejáveis socialmente e que causariam repulsa.

Lembra Queijo (2012, p. 406), ainda, que as limitações "não deverão conduzir ao extremo sacrifício do direito fundamental restringido, tornando-o irreconhecível ou desnaturado. A essência do *nemo tenetur se detegere* deverá ser preservada".

Destaca-se, nesta seara, o fato de que não se pode mais falar mais sobre supremacia do interesse público dentro do Processo Penal. Nesse sentido, importa lembrar que há uma divisão no entendimento do interesse público, podendo ser este primário ou secundário. O interesse primário refere-se à finalidade do Estado de garantir a justiça, a segurança e o bem-estar do povo, enquanto o secundário é o interesse das pessoas jurídicas de direito público. (BARROSO, 2011).

Esclarecidos os conceitos, Barroso (2011, p. 93) salienta que o interesse público não significa necessariamente atender ao desejo de uma maioria, mas, ao contrário:

[...] a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.

Destarte, o verdadeiro interesse público é realizado quando o Estado cumpre aquilo que é sua função, mesmo que isso incorra no atendimento do direito de apenas um cidadão. (BARROSO, 2011).

Isto, inevitavelmente demonstra a necessidade imperiosa de oferecer proteção àquele que necessita defender-se não só do órgão acusatório do processo, mas sim de toda uma sociedade

que, parcialmente, busca enxergar a condenação, esquecendo-se de que é também interesse seu que haja justiça, o que significa algo que vai muito além de uma sentença condenatória resultando de um processo que não atentou aos direitos fundamentais do indivíduo.

3. O princípio da presunção de inocência e a criação do banco nacional de perfis genéticos

Com a promulgação da Lei 12.654/12, além da possibilidade de coleta de material genético, tivemos o primeiro passo para a formação de um banco de dados, qual seja, o Banco Nacional de Perfis Genéticos, instituído pelo Decreto 7.950/13. Contudo, tal banco se mostra controverso no momento que ensejar a estigmatização do indivíduo que tem seus dados ali registrados e armazenados.

Destarte, quando se desejar obter a cooperação do sujeito na produção de provas que possam vir a ser usadas contra ele, Marteleto Filho (2012, p. 63-64) esclarece que deve haver submissão a um "sopesamento e à máxima da proporcionalidade, no escopo de se aferir se ocorre uma restrição ou uma verdadeira violação do direito".

É preciso, portanto, encarar esse novo desafio, mantendo o respeito às garantias fundamentais do sujeito, pois o indivíduo em posição de investigado/acusado/condenado pode decidir se deseja colaborar com a produção de prova com seu DNA, ou se simplesmente não quer se submeter ao procedimento proposto para a coleta de material biológico.

Entendendo ser inadmissível a obrigação do imputado colaborar na produção de provas que poderão vir a ser utilizadas em seu desfavor, e essa inadmissibilidade independe de a produção da prova exigir comportamento passivo ou ativo do indivíduo, vez que em qualquer situação estaria ocorrendo a instrumentalização do sujeito.

Isso demonstra que o fato de não se permitir invadir a esfera física do sujeito para a coleta de provas não implica na deficiência total da produção probatória, vez que, notoriamente,

ainda restam diversos meios de se coletar a prova, os quais serão, então, produzidos de maneira a respeitar os direitos fundamentais do sujeito passivo.

Como exemplifica Queijo (2012, p. 294-295):

A saliva é outro material que pode ser utilizado para o exame de DNA. Se as células forem colhidas na cavidade bucal, haverá intervenção corporal invasiva. Mas a saliva poderá ser colhida inclusive sem qualquer intervenção corporal. A facilidade na obtenção do material (saliva) para realização do exame de DNA tem sido uma das grandes vantagens apontadas do aludido exame. Nos Estados Unidos tem sido utilizado para o exame de DNA material encontrado no lixo, como chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e refrigerantes, que contém resquícios de saliva que podem ser examinados.

Nesse sentido, ainda, cabe lembrar que, ao fornecer seu material genético em um processo, mesmo que este já esteja com trânsito em julgado, o indivíduo estará proporcionando meios de prova que poderão ser utilizados contra si em futuras investigações.

Estando o condenado incluso no Banco Nacional de Perfis Genéticos, inevitavelmente partirá de uma posição de culpado em relação a futuras investigações. Por isso, Pacelli (2015, p. 398), mencionando a aplicação de tal procedimento no sistema penal brasileiro, teme:

[...] a perigosa manipulação das informações genéticas, e, o que é pior, o acirramento do processo de seletividade do sistema penal [...]. E, em relação às investigações para *fins probatórios*, também receamos que as investigações de tais crimes tendam a se limitar à busca de identificação de perfil genético, diante da força de convencimento da prova obtida pelo exame de DNA. [...] O risco de equívocos no exame de coincidência de perfis (o cruzamento do dado armazenado e o elemento colhido no local do crime) não pode ser subestimado. (grifo do autor).

Ainda mencionando possíveis problemas com relação à produção de provas com material genético alternativas àquelas que necessitem de intervenção no sujeito, Marteleto Filho (2012, p. 154) lembra que "é preciso considerar, *verbi gratia*, que a apreensão de material genético do suspeito no local do crime apenas indica, *a priori*, que este esteve ali, e não que tenha sido o autor do delito, conclusão que consistiria, no plano da lógica, em uma verdadeira falácia".

Quando de seu surgimento como uma inovação tecnológica, o DNA foi visto como um instrumento capaz de revolucionar a prova dentro do processo penal, contudo, conforme leciona Queijo (2012, p. 293), "decorrido algum tempo, os resultados obtidos com os exames de DNA passaram a sofrer críticas quanto ao grau de probabilidade que poderiam oferecer".

Portanto, deve-se estar atento, de acordo com Marteleto Filho (2012, p. 153), ao fato de que "a eficiência da perícia de DNA pressupõe a observância de vários requisitos objetivos correlatos à coleta do material, confecção do exame, capacidade técnica e imparcialidade do órgão responsável pela perícia, dentre outros". Pois, o exame de DNA pode trazer à baila alguns problemas que vão além da restrição dos direitos fundamentais, chegando à questão de sua eficácia, tendo em vista que a identificação proporcionada pelo resultado do exame não é tão exata quanto se imaginou (MARTELETO FILHO, 2012).

No ponto, tem-se a lição de Marteleto (2012, p. 154), segundo o qual:

A interpretação dos resultados pode levar a juízos equivocados. Uma porcentagem de 1% pode representar aproximadamente 5.000 indivíduos em uma população de 500.000, o que não é, convenha-se, um número irrisório. Assim, torna-se inviável apoiar-se uma sentença condenatória exclusivamente em uma probabilidade de 99%. Por razões tais, tratando-se de uma perícia probabilística, deve-se conferir à prova um valor relativo, só podendo ela conduzir à condenação caso confortada por outras provas (testemunhas, documentos, etc).

Destarte, lembra Queijo (2012, p. 293-294) que "a vulnerabilidade da certeza ofertada pelo exame de DNA é um fator a ser considerado, sobretudo quando se trata de utilizar a prova no processo penal para identificação do autor do crime". Afinal, em se tratando de condenação penal, é assente que se necessita de um grau de certeza que supere a vulnerabilidade contida no exame de DNA.

3.1 A estigmatização do indivíduo inserido no banco de perfis genéticos

As disposições que estabelecem a inserção de dados genéticos em um banco nacional trazem certa preocupação, vez que, em se tratando de constitucionalidade da medida, há espaço para questionamentos sobre a viabilidade da maneira como ocorre o procedimento do armazenamento.

Analisando a coleta de material genético e seu armazenamento em banco dados, pertinente a colocação de Amaral, Gloeckner e Santos (2013, p. 265):

E nada mais lógico que antecipar os movimentos nesta gestão profissional do perigo assinalados por traços que indiquem uma responsabilização futura. Estigmatização que reduz o sujeito a mero objeto de saber. Tipos, perfis e sinais particulares tomam a dianteira, e o crime passa a ser resultado de um diagnóstico de reiteração.

Portanto, como já disposto anteriormente, não é dever do acusado ou condenado, em momento algum, fornecer indícios daquilo que pode se lhe tornar prejudicial.

Ao tratar sobre a alteração trazida pela Lei 12.654/12 na Lei de Execução Penal, obrigando condenados a submeterem-se à identificação do perfil genético, Castrillon (2016) afirma que "o objetivo da lei é possibilitar a utilização dos dados de identificação de perfil genético colhidos nas investigações de crimes nos quais figure como suspeito um ex-detento".

Estranha-se o fato de surgir, através dessa disposição, um novo efeito da condenação, que é a vigilância do egresso, sobre a

qual tratam Nicolitt e Wehrs (2015, p. 22), explicando que os sujeitos cujos perfis genéticos encontram-se armazenados em banco de dados "sujeitam-se [...] à possibilidade de que seja instaurado verdadeiro estado de vigilância a egressos do sistema penitenciário, mesmo após o cumprimento de suas penas".

Não bastando a pena que deverá cumprir, ainda se estabelece uma obrigação de submissão à identificação do perfil genético, o que implica intervenção em seu corpo para o fim de extração do DNA. Ainda, é de se lembrar que pouco importa o fato de que esta extração deverá ser adequada e indolor, vez que esse fator não é apto a revestir de constitucionalidade a medida mencionada.

Isso vem muito bem explicado por Callegari, Wermuth e Engelmann (2012, p. 80):

[...] o caráter imperativo dos direitos fundamentais como valores superiores do Estado, constitucionalmente admitidos, implica o reconhecimento de sua normatividade jurídica e de sua qualidade prescritiva ética, ou seja, como contexto fundamentador básico de interpretação de todo o ordenamento jurídico [...] e critério de legitimidade das diversas manifestações de legalidade. [...] Portanto, qualquer intento de interpretação e de construção jurídica [...] deverá mover-se dentro dos confins desse modelo de Estado constitucionalmente presidido pelos direitos fundamentais.

Ainda sobre o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, é notório que uma leitura constitucional deste dispositivo possibilitará o entendimento de que o instituto da obrigatoriedade não poderia ser utilizado, tendo em vista que, mesmo após condenado, o indivíduo pode decidir se concorda ou não com este tipo de intervenção corporal.

Além disso, o seu direito de não produzir provas contra crimes futuros permanece intacto. É lógica essa conclusão, sendo muito pertinente o ensinamento de Giacomolli (2014, p. 99):

[...] a presunção de inocência refere-se ao fato da suspeita ou da acusação em determinado processo,

independentemente de já ter sido condenado em outro. A quebra da inocência em um processo não irradia seus efeitos em outro e nem diminui o âmbito de sua concretude, em face da condição de ser humano e de cidadão. Por isso, o processo e o julgamento não se fundam no que o acusado foi ou é (direito penal do autor), mas numa situação fática determinada (direito penal do fato).

Diante de tamanho descaso criado pela disposição da Lei ao não estabelecer prazo para exclusão do perfil genético dos condenados dos bancos de dados, Queijo (2016) definiu que "diante da dicção do art. 7.º-A da Lei 12.037/2009, com redação da Lei 12.654/2012, é possível sustentar que tal exclusão, também para os condenados, ocorrerá no término do prazo prescricional para o delito". Isso porque aquele dispositivo traz prazo para exclusão dos perfis genéticos do banco de dados.

Destarte, pelo que se mencionou, é possível visualizar o tamanho despropósito, em especial com o sujeito que restou condenado, impondo-lhe a obrigatoriedade de fornecer seu material genético e, mais ainda, deixando-o à mercê de um registro que permanecerá indefinidamente no banco de dados, e que poderá ser utilizado para futuras investigações.

Desse modo, a ideia de Giacomolli (2014, p. 93) de que "o ser humano nasce inocente, permanece inocente até que o Estado afaste esse estado natural e jurídico, de modo consistente, através do devido processo constitucional e convencional" deve ser aplicada a todo e qualquer processo, ainda que em outro o sujeito já tenha sido condenado, mesmo porque, para os fins de se penalizar a repetição da prática criminosa, o próprio Código Penal já se encarrega de dispor sobre as consequências da reincidência.

O que se quer, assim, é promover um equilíbrio entre a implementação do Banco Nacional de Perfis Genéticos e as garantias dos indivíduos que se pretende que estejam ali registrados. Assim, Marteleto Filho (2012, p. 163) destaca que:

Os Bancos de Dados de DNA já existem em vários países, como os Estados Unidos, a Alemanha e a Espanha, sendo um produto do vertiginoso crescimento da utilização da investigação genética no campo criminal. As preocupações centrais da doutrina têm por objeto a liberdade de autodeterminação informativa no campo genético, a preservação da intimidade das pessoas, bem como a problemática possibilidade de utilização dos dados em processos penais futuros, sem limites de tempo, e sem quaisquer controles.

Deste modo, a fim de se evitar que se estigmatize o indivíduo, causando-lhe efeitos que indevidamente ultrapassam a pena, e, ainda, utilizando-lhe como objeto de produção de prova, é fundamental atentar-se para estes importantes princípios que lhe cobrem, tendo-se em consideração o *nemo tenetur se detegere* e a presunção de inocência a guiar os atos investigativos e processuais.

4. A produção da prova através da extração de material genético

As determinações da Lei 12.654/12, que alteram dispositivos, inserindo no contexto judiciário brasileiro o material genético como meio de prova, são resultado das inovações que a tecnologia vem proporcionando à sociedade. Não se pode negar que, efetivamente, a tecnologia traz inúmeros benefícios à população, entretanto é muito importante lembrar que sua introdução na área do direito não pode e não deve ser tratada de maneira leviana.

Ao longo da história, muito se evoluiu na forma como se faz justiça. Nesse sentido, Giacomolli (2014, p. 401) traz a explicação da evolução histórica:

Nas comunidades primitivas, a força privada, inclusive o uso da força física (vingança, duelo) era utilizada como satisfação de um interesse individual ou do grupo social, preponderando a vontade do mais forte ou de quem o mais forte protegesse [...]

As formas primitivas de autodefesa e de autocomposição eram aceitas pela comunidade. O próprio lesado ou os terceiros (tribo, estirpe, *v.g.*) exerciam a justiça, a qual se dirigia contra a pessoa do autor da ofensa ou da lesão (suplício, morte, *v.g.*) ou contra seus bens (oferendas de animais aos deuses, *v.g.*).

O autor (2014, p. 403) ainda prossegue:

Inserese o processo no âmbito da evolução do próprio Estado de Direito, como uma das conquistas da civilização, criado por lei. A força bruta foi substituída pela força polida, a vingança privada foi substituída pela vingança pública, a violência pelas próprias mãos foi canalizada à instituição.

É afirmação assente dentro da área jurídica que “o direito acompanha a evolução da sociedade”. Diante disso, Queijo (2012, p. 291) expõe que:

O desenvolvimento dos exames de DNA, na década de 80, pelo alto grau de probabilidade que apresentam, deu lugar a uma verdadeira revolução científica e jurídica também, no que se refere às provas.

No processo civil, o exame de DNA passou a ser considerado prova decisiva nas ações de investigação de paternidade.

Isso quer dizer que o direito se adapta e se renova conforme a sociedade altera seus usos e costumes, porém isso não se dá de forma desordenada. Há um primado especial pela segurança jurídica e, nesse sentido, importa lembrar que há princípios imutáveis, os quais encontram-se estabelecidos em nossa Carta Magna e devem ser atendidos por todas as outras normas infraconstitucionais.

Ao se referir às novas disposições da Lei 12.654/12, Vasconcellos (2013) afirma que:

Diante das novas tecnologias e do constante clamor social por maior efetividade e rapidez na persecução criminal, percebe-se que o direito processual penal é área de intenso debate e questionamento. Nesse diapasão, o legislador brasileiro [...] se movimenta no sentido de alterar dispositivos legais, em regra agravando as já frágeis tensões a direitos e garantias fundamentais, basilares ao Estado Democrático de Direito.

Por isso, não se pode justificar a imposição da tecnologia ao direito, sem o respeito ao próprio direito. Nesse diapasão, a afirmação de Marteleto Filho (2012, p. 119):

A eficiência na atuação do *jus puniendi*, para a tutela dos bens protegidos penalmente, não prescinde de um processo penal alinhado aos avanços tecnológicos, que empregue técnicas redutoras das margens de erro, desde que respeitada, em sua concretude, a dignidade pessoal do acusado.

Isto não significa que a área jurídica despreza as inovações e benefícios que a tecnologia tem trazido à tona, pois, segundo Queijo (2012, p. 292), não se pode negar que "a possibilidade de confrontar o código genético do material orgânico encontrado no local do crime com aquele de um ou mais indivíduos suspeito foi considerada um avanço científico, a ponto de modificar radicalmente o desenvolvimento do processo".

Porém, espera-se que essa inovação seja utilizada de maneira que venha a atender aos princípios estabelecidos constitucionalmente, afinal é o que se exige de todo o ordenamento jurídico, do contrário ter-se-á normas inconstitucionais.

Nesse sentido, Nicolitt e Wehrs (2015, p. 15) afirmam que "o processo penal, muitas vezes, é subvertido em tática de segurança, e agora, por força dos avanços tecnológicos, passa também a ser revestido de novas formas que podem pôr em risco sua essência".

E o que se vislumbra nas novas disposições trazidas pela Lei 12.654/12 é a adição de uma prova científica ao processo,

com a justificativa de que é necessário se valer de todos os meios disponíveis para alcançar a verdade real e proporcionar, assim, segurança à sociedade.

Nesse diapasão, Nicolitt e Wehrs (2015, p. 66) expõem a ideia de que "o estudo das provas obtidas a partir do DNA merece destaque em uma investigação sobre intervenções corporais, uma vez que o corpo exposto ao avanço tecnológico pode ser visto como um 'templo da verdade'".

É notável que a tecnologia da identificação através de perfil genético, em que pese traga a possibilidade de facilitar a elucidação de fatos delituosos, torna o sujeito passivo um objeto da investigação ou do processo, vez que, como traz Queijo (2012, p. 292), "pelo alto grau de probabilidade revelado pelos exames de DNA, a expectativa de cooperação do acusado, para a realização dos referidos exames, aumentou sensivelmente".

Nessa esteira, Giacomolli (2014, p. 183) discorre sobre a prova produzida com base em conhecimento científico, demonstrando que sua admissibilidade deverá ter critérios:

A evolução da ciência poderá colocar à disposição do direito probatório novas metodologias de busca de prova, novas fontes, outros meios de introduzir a prova nos autos. A problemática poderá situar-se tanto na admissibilidade, na produção, quanto na valoração da prova, mormente quando esta possuir um elevado grau de especialização científica, além do conhecimento científico das ciências tradicionais (medicina, engenharia, psicologia, *v.g.*). Embora a *praxis* forense consagre um lugar destacado à prova técnica, muito em face do mito do encontro da verdade e da supremacia da prova técnica, a admissibilidade não poderá ser automática [...].

Não é possível pretender que um sujeito já condenado não seja mais revestido por seus direitos constitucionais. É claro que a restrição de determinados direitos é decorrência natural de uma condenação penal. Entretanto, isso jamais significará o seu despojamento completo de direitos que, na verdade, lhe são inerentes. É o que já se demonstrou alhures. E também é reforçado por Giacomolli (2014, p. 140), ao estabelecer o

"asseguramento do direito de defesa também na execução da pena."

Deste modo, surgem os problemas enfrentados pela questão da intervenção no corpo do indivíduo e seus conflitos com os direitos fundamentais, pois, conforme Marteleto Filho (2012, p. 149) "dentre as provas periciais realizadas sobre o material orgânico humano, o exame de DNA é o mais difundido, estando intimamente vinculado à problemática das intervenções corporais e à proteção contra a autoincriminação".

Destaca-se também o fato afirmado por Queijo (2012, p. 368) de que "a autoincriminação não deixa de existir simplesmente porque o acusado se submete passivamente à produção de uma prova, embora contra a sua vontade". E, ainda, a importância da ampla defesa, que deve ser garantida ao sujeito passivo durante todo o processo, pois há, consoante Giacomolli (2014, p. 126), uma "irrenunciabilidade do direito à defesa".

Destarte, concorda-se com Marteleto Filho (2012, p. 160-161), ao dispor que:

É certo que, com o passar do tempo, a importância dos novos meios técnicos se apresentará inquestionável, seja para auxiliar a identificação de autores de crime, seja no sentido de demonstrar a inocência dos réus.

O processo penal não pode se alhear em relação ao desenvolvimento da ciência, especialmente no campo da genética, que tantas contribuições pode prestar ao esclarecimento eficiente dos delitos, reduzindo-se as margens de erro judiciário.

Todavia, é necessário enfrentar a questão trazida por Nicolitt e Wehrs (2015, p. 16), os quais questionam "[...] em que medida o emprego de tais tecnologias no processo penal pode significar um passo ao futuro ou um retrocesso à inquisição e ao autoritarismo".

5. Considerações finais

Por fim, aquilo que se busca preservar é a permanência da leitura constitucional do processo penal, evitando que se retroaja naquilo que já está efetivado como direito fundamental dos investigados, acusados ou condenados. Sabe-se que a Lei 12.654/12 surgiu como fruto de caminhos abertos e possibilitados pela inovação tecnológica. Por isso, questiona-se qual será a efetividade de se implementar esse instrumento apenas considerando-se a efetividade do meio de prova resultado do DNA, sem, contudo, adaptar corretamente esta prova àquilo que os direitos fundamentais garantem.

Não se nega o interesse público de ver a persecução penal satisfeita. Contudo, também é necessário respeitar os direitos do indivíduo, sendo viável a análise do princípio da proporcionalidade a ser aplicado caso a caso, possibilitando o desdobramento da persecução penal, mas também se respeitando os direitos fundamentais, evitando a produção de prova considerada ilícita.

Ainda, deve-se destacar que o DNA não é uma prova absoluta, visto que já se demonstrou a possibilidade de identificações errôneas, razão pela qual é imprescindível a obediência da cadeia de custódia dessa prova, sob pena de restar prejudicada a incolumidade da prova, tornando-a inidônea e, portanto, incapaz de lastrear condenação. Assim, o que se quer assegurar é que não haja retrocessos nas garantias que foram conquistadas ao longo da história. Espera-se, sim, que os direitos fundamentais existentes na Constituição Federal sejam respeitados.

Referências

AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SANTOS, Gabriel Ferreira. Lei 12.654/2012: e o Perfil Genético do Controle se Mostra no Brasil. In: TRINDADE, André Karam; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer (Org.). **Direitos Fundamentais e Democracia Constitucional**. Florianópolis: Conceito, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas corpus. Nemo tenetur se detegere. Habeas corpus nº 77135-8, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. DJ de 6.11.1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Civil. Recurso Extraordinário. Igualdade das partes. Recurso Extraordinário 213121, do Tribunal de Justiça de São Paulo. DJ de 6.3.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas corpus. Autoincriminação. Habeas Corpus nº 99289-7, do Superior Tribunal de Justiça. DJ de 4.8.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas corpus. Nemo tenetur se detegere. Habeas corpus nº 99245, do Superior Tribunal de Justiça. DJ de 21.9.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas Corpus. Contraditório. Habeas Corpus nº 160662, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. DJ de 17.3.2014

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CARVALHO, Diogo Machado de. **As Intervenções Corporais no Processo Penal: entre o desprezo, o gozo e a limitação de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARVALHO, Diogo Machado de. A intervenção da Lei nº 12.654/12: do "relato da minoria" à alegria de Galton. **Informativo IBRASPP**, ano 03, nº 4, 2013/01.

CASTRILLON, Saulo Fanaia. **Da inconstitucionalidade da obrigatoriedade da identificação genética do condenado ante a garantia fundamental à não Auto-Incriminação**. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 13 mar 2016.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal**: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

EBERHARDT, Marcos. **O STJ e a preservação da cadeia de custódia da prova**. 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-stj-e-a-preservacao-da-cadeia-de-custodia-da-prova/>>. Acesso em: 02 set 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O Direito à Não Autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

NICOLITT, André; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal**: Lei 12.654/12. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra si Mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?**. 2013. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 10 mar 2016.

ROSA, Alexandre Moraes; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Eu quero seu DNA: os limites da investigação criminal**. 2016. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/eu-querer-seu-dna-os-limites-da-investigacao-criminal/>>. Acesso em: 5 fev 2016.

TUCCI, Rogério Lauria Tucci. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. DNA e Processo Penal: até quando se legitima o controle punitivo através da conservação de dados genéticos?. **Boletim Informativo IBRASPP**, ano 03, nº 4, 2013/01.

DA GUERRA ÀS DROGAS À LEGALIZAÇÃO: UM COMPARATIVO ENTRE ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E BRASIL

*Francisca Bortolini*¹
*Marília de Nardin Budó*²

1 Introdução

O que é droga? O que diferencia droga lícita e ilícita? Historicamente, como foram efetivadas as mudanças na política criminal de drogas nos Estados Unidos, e de que forma a *cannabis sativa* vêm sendo comercializada para o uso medicinal? Como os interesses econômicos da indústria farmacêutica influenciam nas decisões da esfera administrativa (permissão para o uso do canabidiol pela ANVISA, para controle de doenças crônicas)? Quais são os impactos da criminalização das drogas na saúde pública no Brasil?

As questões acima elencadas são de fundamental importância para refletir sobre a dinâmica da proibição/legalização das drogas em geral, e da maconha especificamente, objeto que vem tomando novas configurações nos últimos dez anos. Este trabalho tem por objetivo refletir sobre essas questões ao passo que responde ao problema de pesquisa: diante da política de Guerra às Drogas, concebida nos Estados Unidos e exportada para o mundo inteiro a partir do final da década de 1960, e seu impacto no Brasil, como se configura esse caráter transnacionalizante no momento em que vários estados norte-americanos vêm transformando a comercialização e o consumo da maconha, para fins medicinais e recreativos, em um negócio legal como qualquer outro?

Para tanto, pretendemos comparar a política de drogas brasileira à norte-americana no que se refere à legalização da *cannabis* para uso medicinal. Dessa maneira, apresenta-se possíveis

¹ Graduada em direito pela Faculdade Meridional. Advogada.

² Professora no PPGD Imed. Doutora em direito.

alternativas à repressão da política criminal brasileira diante da “guerra às drogas” e seus impactos na resolução da problemática de repressão criminal no Brasil.

Para atingir o objetivo geral, as etapas dessa pesquisa, na forma de objetivos específicos são: (a) investigar historicamente a política de guerra às drogas nos Estados Unidos e sua exportação para América Latina; (b) relatar como os Estados legalizados nos EUA comercializam a *cannabis* para o uso legal; (c) explorar a progressão da lei brasileira em relação à esta temática; (d) analisar os impactos das drogas na saúde pública no Brasil; (e) ponderar as perspectivas referente ao uso da *cannabis* nas especificidades das doenças crônicas.

Tendo em vista ter sido os Estados Unidos o país mais influente no mundo na produção de políticas repressivas de controle das drogas, investigar de que forma têm sido efetivadas as mudanças no decorrer da história, a fim de quebrar o paradigma negativo que as drogas representam, em especial a *cannabis*, é fundamental. Mostra-se qual foi o processo histórico que resultou no seu sistema atual. Desta forma, amplia-se a discussão referente à comercialização da planta, e de que maneira a indústria farmacêutica está prosperando com seu uso medicinal, e como as diferentes economias se confrontam impactando o Brasil.

Para tanto, o trabalho se divide em duas partes: na primeira, apresenta-se criticamente o processo de criminalização da maconha na política de guerra às drogas e a atual flexibilização no que tange à comercialização e consumo da maconha; na segunda, expõe-se a influência dessa política no Brasil, e impacto que a flexibilização vem ou não causando na atualidade. Longe de buscar um espelhamento na política de drogas norte-americana, não se pode simplesmente ignorar o fato de que isso tem ocorrido com frequência. A questão que fica na base disso é se essa influência só aparece quando ela se encaminha em um sentido repressivo e punitivista ou se também essa recente abertura, com todo o fundo comercial que tem por detrás, também impacta o Brasil.

2 A política de guerra às drogas nos Estados Unidos ontem e hoje

O conceito da palavra droga é dividido por estereótipos, classificados historicamente por uma sociedade que criou preconceitos morais diante do consumo dessas substâncias (DEL OLMO, 1990, p. 33). Os conceitos políticos e socioeconômicos das drogas começaram a surgir através de estudos e pesquisas somente muito recentemente, apesar de as drogas serem muito mais antigas do que os debates sobre elas. Desde o início do século XX, sob o argumento da defesa da liberdade, da democracia e dos direitos humanos, mas claramente vinculado a um interesse econômico, o proibicionismo na comercialização de drogas passou a ser comum nas negociações de convenções internacionais. A pioneira, ocorrida em Xangai (1909), não impôs determinações aos países que tinham fortes laços com a indústria farmacêutica e monopólios comerciais (Ásia, Inglaterra e Alemanha), mas sim as constrangeu, pois, ao contrário dos EUA, estavam altamente interessadas pelo mercado lucrativo do ópio e seus derivados (RODRIGUES, 2002).

O Tratado de Haia, de 1912, coíbia o uso de opiáceos e cocaína que não fossem por recomendações médicas. Até então, não havia lei semelhante no ordenamento jurídico norte-americano. De fato, o governo norte-americano aplicou uma tática usando essas normas internacionais como instrumento para pressionar reformas legais internas. A partir disso, enquanto o tratado era assinado, tramitava um projeto de lei que visava à efetiva proibição do livre consumo de opiáceos e cocaína. Em 1914, ocorreu a promulgação da *Harrison Narcotic Act*, a primeira lei de controle ativo do Estado sobre drogas editada nos Estados Unidos. Assim, caberia a órgãos especiais do governo a avaliação potencial medicinal de qualquer substância, ato que levaria ao seu consumo controlado por meio de receitas médicas obrigatórias ou proibição expressa (RODRIGUES, 2002).

Com base nos tratados internacionais assinados, desde então os EUA mantiveram a postura política repressiva, desde então. Em 1919, a Lei Seca Federal proibiu a comercialização do álcool em todos os estados da federação, criando não somente

um enorme mercado ilegal, cercado pela clandestinidade e relacionado a outras drogas ilegais, como a cocaína, mas também estratégias de “lavagem de dinheiro” e o famoso anti-herói Al Capone. A repressão contra o uso e a venda causa aumento nos valores das drogas, incentivando a superoferta do produto. A legalização das drogas pode ser uma solução do ponto de vista da redução do consumo, pois reduziria os preços e, conseqüentemente, o interesse pela produção e oferta das substâncias. Por sua vez, a redução da oferta poderia reduzir a demanda e o número de usuários, bem como a violência resultante do tráfico. Outrossim, a legalização também retiraria o traço de mistério que torna a droga mais atrativa, como ocorreu com a “Lei Seca” nos Estados Unidos. Na época da “Lei Seca”, a violência extrema assolava muitas cidades, e a economia era controlada por “máfias” de traficantes de bebidas alcóolicas. Isso somente teve fim com a revogação da mesma Lei, demonstrando que os consumidores não seriam irracionais e não estariam possuídos pelas drogas. Era a intervenção do Estado com a proibição da droga que gerava mais violência (POSNER, 2008, p.3).

De uma maneira determinante, as políticas norte-americanas de combate às drogas sempre buscaram mascarar intenções econômicas e de controle social subjacentes por detrás de tais medidas. Hart menciona como exemplo a chamada “estratégia sulista”, durante o governo Richard Nixon, que explorava o temor e rancor dos brancos aos negros pelo movimento dos direitos civis. Em sequência, regulou políticas que superficialmente pareciam inofensivas ao preconceito, mas na verdade resultaram em um aumento significativo nas prisões dos negros e na negação dos seus direitos civis. Os governos que vieram depois deram continuidade à guerra às drogas, de modo que os resultados continuaram tendenciosos pelas esferas econômicas e da justiça criminal (HART, 2014, p. 28).

Em relação à maconha, o imaginário sobre seu caráter nocivo à saúde individual e às relações sociais surge com força a partir da década de 1950, quando a erva era associada a atos de delinquência e agressividade, conhecida como (*the killer weed*), “a

erva assassina” (DEL OLMO, 1990, p. 29). Era utilizada, principalmente, por imigrantes mexicanos, negros e porto-riquenhos. Quem usava era considerado um “perverso moralmente” ou “viciados envolvidos em orgias sexuais”, e, por isso, evitava-se fazer alertas conscientizando com receio de torná-la popular e em consequência disso aumentar o número de usuários. Havia também um grande consumo e produção de ópio, que deu origem ao consumo da heroína, o novo inimigo público dos EUA a partir das décadas seguintes (DEL OLMO, 1990, p. 30).

A partir da década de 1960, juntamente com diversos movimentos históricos, como os movimentos de contracultura e os movimentos por direitos civis nos Estados Unidos, começaram a surgir as drogas do tipo psicodélicas e alucinógenas, sobretudo entre a juventude branca e de classe média. Diante disso, modificou-se o conceito da maconha, não mais vista como *the killer weed* - a erva assassina -, mas como *the dropout drug* - “a droga do excluído”. Sem ser relacionada à violência, ela passa a ser vista como amotivacional, passional com o objetivo de retirar o jovem americano desse estilo de vida (DEL OLMO, 1990, p. 33-36).

Com um surto de consumo de heroína nos anos 1970, no final da guerra do Vietnã, foram criados programas de tratamento com metadona, como tentativa de neutralização do vício. Apesar de ser legal, ela não cura o vício, apenas controlando o dependente e fazendo a substituição da droga ilegal pela legal. Porém, essa alternativa acabou criando um mercado negro da metadona (DEL OLMO, 1990, p. 40).

A partir do final dos anos 90, os Estados Unidos adotaram uma política de segurança, devido a uma indefinição política que sofria na época, onde se encontrava um forte interesse econômico e geopolítico sobre a América Latina, estratégia que visava estreitar os laços de comércio. A Guerra na Colômbia foi uma das maiores motivações da política de segurança, pois envolvia um grande aglomerado de ameaças para os Estados Unidos, principalmente o tráfico de drogas e armas,

além de prover 80% da cocaína que chegava aos EUA (HERZ, 2002, p. 85).

George Bush criou a “iniciativa andina”, um plano de cinco anos com orçamento de \$ 2,2 bilhões para o combate do tráfico de cocaína no Peru, Bolívia e Colômbia, em conjunto com o “Plano Colômbia”, para evitar a guerra civil no país e combater as drogas. Houve um desdobramento das relações entre os militares norte-americanos e latinos em resultado do combate ao narcotráfico, sendo que, em 1991, com uma legislação específica usou fundos para treinamento militar e policial (HERZ, 2002, p. 85).

Não é difícil perceber, porém, o caráter inútil dessas políticas de guerra às drogas se levadas em consideração suas funções declaradas. De nada adiantou a política de Guerra às Drogas para reduzir a violência e combater o tráfico e o uso. Porém, alguns resultados foram obtidos com tal medida, como policiais mortos em ações, milhões de impostos desperdiçados, cartéis de drogas sólidos e poderosos, crescente violência urbana, superlotação carcerária, entre outros (NEILL, 2010, p. 3). Os gastos com a guerra às drogas, bem como a violência por ela geradas, nos Estados Unidos, também têm sido alvo de debates e estão na base das novas funções declaradas agora da flexibilização dessa guerra, sobretudo em relação à maconha. Os interesses econômicos, contudo, continuam sendo a base para essas mudanças. O próprio governo americano admitiu que a guerra às drogas tem sido um fracasso e seus efeitos altamente nocivos à sociedade. O tráfico não foi reduzido pela guerra às drogas. Pelo contrário, aumentou e ainda custou aos cofres públicos nada menos que um trilhão de dólares nos últimos 40 anos, segundo um estudo realizado em 2012 pela *TransformDrugPolicy Foundation* (ARGÜELLO, 2015).

O uso medicinal da maconha é mais antigo do que se imagina: há 4.700 anos na China foi firmado o primeiro tratado de ervas medicinais, o *Pen Tsaio*, há registro de uso da *cannabis* em praticamente todas as antigas civilizações. Desde a Antiguidade o extrato de *cannabis* era utilizado como medicamento na Índia, a partir daí o Império Britânico quando chegou lá e descobriu suas

propriedades passou a exportar tal remédio e era vendido em farmácias do mundo inteiro. Foi um dos analgésicos mais utilizados contra dor de cabeça até o século XIX, logo após a aspirina foi inventada (BURGIERMAN, 2011, p.35).

Os Estados Unidos, como anteriormente citado, foi o berço do proibicionismo. Hoje, porém, nos estados de Washington (capital) e no Colorado o consumo recreativo já foi liberado e em outros 22 o uso medicinal permitido. Em cada estado, porém, existem normas específicas regulamentando a comercialização, o plantio e o consumo, além de outras variáveis, como a quantidade cuja posse é permitida, dependendo da enfermidade de cada indivíduo.

Os negócios com maconha legalizada devem movimentar por ano cem bilhões de dólares nos Estados Unidos. Estima-se em 50% o aumento no número de empregos nos próximos anos com o novo mercado (ARNOLFO, 2015):

Estamos vendo uma expansão dos empregos e oportunidades em todos os estados, dependendo das limitações dos programas ou das leis de cada estado. Estamos falando de um ramo da economia que provavelmente deve movimentar este ano quase cem bilhões de dólares a nível nacional. E provavelmente aumentaremos nossa oferta de empregos em pelo menos uns 50% nos próximos quatro ou cinco anos.

Pesquisas recentes mostram como o cannabidiol (CBD) tem sido usado com potencial antipsicótico. Como por exemplo, a esquizofrenia, que é um transtorno psiquiátrico, envolve variáveis genéticas, modificações neuroquímicas e alterações no sistema nervoso central. Os pacientes expostos à substância mostraram melhora significativa de seus sintomas psicóticos, como, pensamentos desconexos e distúrbios de percepção. Isto porque o delta-9-THC (tetraidrocanabidiol, principal constituinte da cannabis sativa) e o CBD tem modulações diferentes no cérebro. A ativação do córtex pré-frontal pelo delta-9-THC é responsável por déficits cognitivos induzidos por este componente, em resumo, o CBD exerce resultados contrários ao

delta-9-THC. Tal mecanismo faz com que a Cannabis Sativa contribua na amenidade dos sintomas psicóticos (CORDEIRO et al, 2014, p.112-19)

Perfaz-se desta maneira que a regulamentação da maconha para fins medicinais pode vir a ser uma alternativa positiva, principalmente em questão de saúde pública e economia política. No próximo tópico será analisada as falhas no sistema punitivo brasileiro, e qual seria o melhor caminho a seguir para reduzir o colapso no sistema prisional e da violência avassaladora que persegue o país.

3 A criminalização da maconha no Brasil e a legalização para fins medicinais

Sob a ótica da Criminologia Crítica, as legislações criminalizadoras de drogas devem ser analisadas sob os pontos de vista econômico, social e cultural. Desvelar as razões da constante repressão, contextualizar historicamente questões do âmbito penal, como processos de criminalização do sujeito desviante e das substâncias entorpecentes são seus principais objetivos. É imprescindível enfatizar a saúde pública e como ela é afetada pelo proibicionismo. Os discursos legitimadores acabam mascarando os reais motivos econômicos da criminalização das drogas, através de uma natureza de ideologias políticas voltadas a um recrudescimento da guerra às drogas.

A esfera judicial adotou uma artimanha frente à política de guerra às drogas para ampliar a economia neoliberal através de poder e violência, fortalecendo-se e intensificando-se através de uma lógica de consumo e de uma lógica de guerra às drogas, já que elas se complementam. Baseando-se em um raciocínio geográfico, dividindo os países produtores, consumidores e exportadores, porém, tal estratégia não enfrenta o problema da subjetividade consumista que movimenta a economia de mercado (PASSOS; SOUZA, 2011, p.154-162). A partir da década de 1940, fala-se em políticas proibicionistas criminalizadoras, nas quais são regulamentados o porte, o uso, e determinam a proibição de numerosas substâncias consideradas psicotrópicas.

Perpetuou-se até a década de 1960, quando começou a falar-se em discurso-médico-jurídico, e ainda hoje se faz presente na realidade do direito brasileiro, mas agora refletido na nova Lei de Drogas (CARVALHO, 2013, p.53-57).

O texto de Salo de Carvalho faz a diferenciação entre duas perspectivas: o tratamento coercitivo, e a imposição da repressão. O primeiro faz menção ao papel do Estado e do próprio “paciente” em querer fazer o tratamento para sua dependência, e como o Estado atua nesta intervenção para impedir os futuros delitos, que possam ser cometidos pelo indivíduo sob o efeito de entorpecentes. O objetivo é o de aproximar essas duas vertentes para que se abra as possibilidades de tratamento e reabilitação do toxicodependente. A segunda perspectiva explica como o aumento da pena no caso de crimes relacionados com tóxicos (com a lei de 1976), e como essa maior repressão é aplicada no caso de concurso de crimes ou majoração dos delitos em casos específicos, fato que preocupa o legislador com o incremento do tráfico de entorpecentes no Brasil (CARVALHO, 2013, p.78-79).

Entre os anos de 1994 e 1995 foi traçado um convênio entre as Forças Armadas, Governo Federal e do Rio de Janeiro, para solidificar a repressão do tráfico nos morros cariocas e militarizar o tipo ideal de políticas penitenciárias neste Estado. Entretanto, as invasões realizadas pelas polícias federais, civis em diversos morros do Rio de Janeiro, objetivadas em massa, de pouco adiantaram para reprimir o tráfico, pouco tempo após a desocupação das grandes facções, elas retornaram às suas atividades normais de “comércio” (CARVALHO, 2013, p.100-110).

Há uma correlação entre o avanço da penalização sobre a população desassistida e o aumento das condenações relacionadas às drogas ilícitas, mesmo em países que não contam com uma malha de assistência social, como o Brasil. A exacerbação das medidas punitivas e do uso do encarceramento como método corretivo acompanha a paranoia da segurança pública que nutre o temor social e os clamores por tolerância zero (RODRIGUES, 2002, p.102-111).

Quando se fala em descriminalizar o consumo, não se pode deixar de lado a produção e distribuição das substâncias

entorpecentes, daí parte-se três vertentes: Prevenção, pela parte do Estado para os não adictos não façam uso de substâncias, e os que já são viciados o Estado realize o fornecimento da droga com acompanhamento médico para se livrar progressivamente do vício. Não a utilização do sistema penal repressivo, nos casos de autolesão, pois não possui mecanismos jurídicos para tanto, deve-se regular o setor por meio de monopólios, impostos, contribuições e outros mecanismos estatais.

Realizar uma “regulamentação da oferta e controle de acesso” aos adictos pelo Estado, poderia fazer com que o mercado ilícito perdesse o interesse neste tipo de negócio, à medida que intervêm nas leis de mercado. Evidentemente, esta visão de descriminalização promoveria uma maior atuação do Poder Executivo, e não do Judiciário, entra a atuação do sistema de saúde público para o tratamento médico do vício. Estabilizará a qualidade de vida do viciado, com auxílio terapêutico e tal medida poupará a sociedade dos efeitos devastadores desta guerra (ARGÜELO; MURARO, 2015, p.19-20).

Dentro da sociologia criminal há paradigmas das “teorias da reação social” ou *labelling approach*, que operou uma revolução neste âmbito sociológico. Na lição de Alessandro Baratta: “(...) o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social de delinquência, enquanto não se adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e “tratado” como delinquente” (BARATTA, 1999, p.86-87). Assim, determinar politicamente certa conduta como delitiva e estigmatizar delinquentes, são funções reais exercidas pelo sistema penal sob perspectiva imposta pela criminologia da reaçõesocial. Rompeu definitivamente com o paradigma etiológico da criminologia positivista, que questiona a criminalidade através de questões antropológicas e patológicas focadas no criminoso (ZACCONE, 2007, p. 42).

A base de aplicação do direito penal está intimamente ligada aos interesses daqueles grupos sociais que tem o poder de influir sobre os processos de criminalização, tais interesses não

são comuns a todos os cidadãos. A criminalidade nada mais é que uma realidade social criada por tal processo, portanto a criminalidade e o próprio direito penal, sempre tem natureza política (ZAFFARONI, 1991).

Nessa lógica, a punição do consumo de drogas contrasta violentamente frente a temas que de fato representam perigos à saúde pública. Entre eles a prescrição difundida de drogas sintéticas que rendem milhões por ano à grandes indústrias farmacêuticas, que podem causar dependência física ou psíquica, além de graves efeitos colaterais. Irrefutável incitação publicitária ao consumo de bebidas alcóolicas, que causam dependência e dano extremo à saúde, somente para suprir interesses econômicos de patrocinadores de eventos futebolísticos (suspensão da vigência de leis que proíbem venda de bebidas alcóolicas nos estádios para a próxima Copa do Mundo) (CFP, 2013, p.18).

Diante de tal análise, conclui-se conforme Zaccone (2007, p.36) que a atual política criminal classificada de “guerra às drogas” ofende mais a saúde pública que a própria distribuição dessas substâncias. Se é verdade que o direito busca, ao reprimir as condutas descritas como tráfico de drogas, proteger “o estado em que o organismo social exerce normalmente todas as suas funções” (saúde pública), como entender que a violência gerada pela guerra contra o tráfico no Rio de Janeiro tenha atingido níveis de homicídios superior aos da guerra do Bush contra o Iraque? Frente a esse questionamento reflexivo, diante da complexa sistemática que presenciamos, depreende-se que tal exercício do poder do direito penal, a morte, oculta-se diante de negações e resistências introjetadas pelos órgãos do Estado que monopolizam o delito (ZAFFARONI, 1991, p.39-40).

A ocultação da funcionalidade política e do real intuito do proibicionismo criminalizador é a causa da subsistência do Estado Democrático de Direito e dos danos aos direitos fundamentais. O que traz à tona a violência em seu corolário é a intervenção do sistema penal no mercado produtor e distribuidor de substâncias e matérias-primas proibidas. Diverso do que preconiza o proibicionismo, não são as drogas a causa da violência, mas sim o próprio fato da ilegalidade que se insere no

mercado de empresas criminalizadas, ao mesmo tempo que traz a violência como um subproduto que devem se valer para além da afronta à repressão. Também, devido à ausência de regulamentação e a decorrente impossibilidade de acesso a instrumentos legais, como meio necessário de solução de conflitos naturais manifestos no desenrolar de suas atividades econômicas (KARAM, 2007, p.9).

A política de redução de danos tomou forma na Constituição de 1988, a partir do art. 5º, onde, além da temática dos direitos fundamentais do cidadão aborda também um princípio da proibição do excesso punitivo. Nele, veda-se em qualquer hipótese, que sejam aplicadas penas cruéis ou de qualquer natureza que comprometam a integridade moral e física do condenado. Porém, diante das falhas do sistema prisional, onde os presos vivem em situação extremamente precária, é notório que a sua preservação moral e física é comprometida. Através de práticas descriminalizadoras se busca uma alternativa para reduzir os impactos penais na sociedade, diminuindo o volume de presos (CARVALHO, 2013, p. 202-205).

A rede de Redução de Danos teve uma atuação crucial na articulação nacional por uma nova política de drogas. A militância política forçou a criação de espaços de controle externo, como associações para que as pessoas que usam drogas não fossem identificadas como minorias, e classificados como doentes ou criminosos. Algumas das associações foram criadas pelos próprios usuários, que visavam uma política antiproibicionista e lutavam abertamente pela descriminalização do usuário. Este plano de articulação política, inclui o dependente nos serviços de saúde não só como paciente, mas como atores corresponsáveis pelas políticas, isto é visto como um dos maiores desafios da RD (PASSOS; SOUZA, 2011, p.154-162).

Dentro da discussão de redução de danos também é necessário avaliar os prejuízos que o proibicionismo e a censura trouxeram. Parte-se do princípio de liberdade e da livre circulação de ideias, que foram reprimidas juntamente com a política de “guerra às drogas”, que impõe um discurso imutável e inquestionável, oculta fatos e forma opiniões conformistas e

imobilizadas (KARAM, 2007, p.128). O pressuposto da política pública de redução de danos é a constatação da impossibilidade de se erradicar o uso de drogas ilícitas. Portanto, faz-se necessário criar medidas adequadas para proteger o adicto, já que as medidas repressivas representam um desastre em questão de redução de consumo. Além disso, essas medidas permitem que o mercado paralelo ameace o Estado e a sociedade de maneira violenta (ARGÜELO; MURARO, 2015, p.19-20).

O enfoque das estratégias precisa ser tão complexo quanto o tamanho deste problema. Pois insistimos num discurso ideológico improdutivo que abarca uma hipocrisia social devido ao fato de crer que se trata de um problema individualizado, ou que sancionando uma lei proibicionista para cada tipo de droga irá milagrosamente resolver a situação sempre se esquecendo as suas reais causas sociais, estatais (GIACOMOLLI, 2008, p.10).

No Brasil, não se aplica mais a pena de prisão ou reclusão para o consumo, armazenamento ou posse de pequena quantidade de drogas (teoricamente), inclusive para o uso pessoal. Caberá a aplicação de penas alternativas como prestação de serviços à comunidade e advertências, à luz da Lei 11.343/2006, artigo 28, ficará a critério do juiz avaliar se a quantidade será para uso pessoal ou não (BIZAWU; GARBACCIO, 2015). Como explica Lola Aniyar de Castro, o “Projeto Zaffaroni” de direitos humanos, abre um novo viés sobre o que se fala em criminalização, pois se trata de um fenômeno muito mais amplo, para o qual a criminalização se tratava apenas das condições de incriminação. Ao acrescentar uma seletividade de processos de criminalização informais, tais como classes sociais, estigmatização dos níveis escolares, divisão da população em “conformistas” e “desviados”, distribuição desigual de oportunidades vitais (alimentícias, educativas, culturais, etc) a área do processo de criminalização fica ainda mais amplo (ANIYAR DE CASTRO, 2005).

A estigmatização decorrente da má interpretação de dados científicos, em potencial o uso e abuso de drogas, nos leva a uma adoção de políticas equivocadas, baseadas em medidas exageradas, ficção e carência de conhecimento. Outra alternativa

pertinente seria a descriminalização que não se confunde com a legalização. A primeira permite que as infrações relacionadas às drogas não resultem em condenações penais, mas as substâncias permanecem no âmbito ilegal, que é exatamente o que impede a “reinserção social” do condenado como emprego, moradia e tratamentos, a punição ocorreria com multas e sanções não penais. Tal medida iria aumentar os gastos com prevenção e tratamento e diminuiria os de cárcere e processo penal, reduzindo consideravelmente as mortes causadas pelo tráfico bem como índices de consumo, claro que isto não iria erradicar o uso destas substâncias, pois seria irrealista (HART, 2014, p.308-309)

Há dois anos, foi liberado pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) o uso terapêutico do canabidiol (um dos princípios ativos da *cannabis sativa*), episódio que abre horizontes para laboratórios investirem em pesquisas e fabricação de novos medicamentos de tal matéria-prima. O laboratório francês Ipsen é o maior distribuidor de medicamentos à base de canabidiol do mundo. Apesar de ser um mercado ainda rudimentar, já movimentava US\$ 3 bilhões por ano. Alguns países da América Latina, tais como Venezuela, Chile, Argentina, Colômbia e Peru já comercializam pela Ipsen um spray chamado Sativex à base de canabidiol e tetraacabidiol, medicamento receitado para aliviar dores e contrações musculares causadas pela esclerose múltipla e o câncer em estágios avançados. O presidente da ANVISA afirma que o uso recreativo da maconha somente nos Estados Unidos até 2020, movimentará US\$ 35 bilhões, porém essa reclassificação do canabidiol não representa uma maleabilidade do uso da maconha no Brasil (CAETANO; VALIM; VELLUTO, 2015).

A crítica de Maria Lúcia Karam a respeito da violência gerada pela falta de legalidade para o aproveitamento de matérias-primas, seja para exploração médica científica ou qualquer outra é uma das justificativas do ciclo violento que vivemos (KARAM, 2007, p.7).Entretanto, toma-se como exemplo, o canabidiol (substância derivada da planta *cannabis sativa*), que era considerada uma destas substâncias proibidas. Todavia passou a ser controlada, pois não houve razão para permanecer no quadro ilegal, tendo em vista que o uso de medicamentos à base desta substância pode

amenizar sintomas de pacientes com doenças crônicas. Porém, sua importação só pode ser realizada mediante cadastro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), e com prescrição médica. Esta medida também irá favorecer mais pesquisas em torno desta substância, com intuito de produzir e comercializar este medicamento no território nacional.

Trata-se de um evento extremamente recente, por conseguinte, antes de se realizar pessoas portadoras de doenças crônicas eram obrigadas a recorrer ao Judiciário para ter acesso a ele, ferindo o princípio da dignidade humana e da saúde que são direitos vitais para garantia de uma vida digna. Toma-se como exemplo uma pessoa que tenha crises diárias de epilepsia, não teria condições de ter uma qualidade de vida decente, tendo em vista a morosidade assombrosa que arrebata os processos judiciais no Brasil.

Devido à hostilidade que a maconha recebeu em seu âmbito como fruto da “guerra às drogas”, preocupou-se apenas realizar pesquisas e estudos em seu desfavor na tentativa de comprovar o mal que ela causa à saúde das pessoas. Entretanto, este mal é decorrente da manipulação da planta pelos traficantes, a droga comercializada por eles geralmente passa por processos de secagem e prensa para reduzir o odor e espaço para armazenagem, isto deteriora suas propriedades medicinais. Além disso, é acrescentado a ela inúmeras substâncias químicas como, agrotóxicos, amônia, entre outras, que causam sérios prejuízos à saúde humana (BURGIERMAN, 2011, p.48).

Em termos farmacêuticos a maconha sob panorama de planta medicinal está à frente a quase todos os medicamentos vendidos por farmácias. É praticamente impossível causa de óbito advinda de seu uso, pois não afeta o tronco encefálico, uma região do cérebro que é responsável pelo controle da respiração e do coração. Ao contrário do álcool e do tabaco que causam milhões de mortes por ano no mundo inteiro, nisto se enquadra também a aspirina que mata 8 mil pessoas anualmente só na América do Norte. (BURGIERMAN, 2011, p.49).

Zaccone (2007, p.38) notabiliza o conceito da falta de operacionalidade entre o sistema penal e sua programação consiste no fato de as drogas lícitas causarem mais danos do que as ilícitas:

O álcool e o fumo, que são drogas lícitas, causam mais danos à saúde pública do que as ilícitas, como a maconha e a cocaína. [...]De acordo com a OMS, entre os dez fatores de risco de se adquirir doenças evitáveis, o tabaco figura em quarto lugar, seguido pelo álcool, em quinto. Cigarros e bebidas alcoólicas contribuíram com 4,1% e 4%, respectivamente, para as causas de doença em 2000, enquanto as substâncias ilícitas foram associadas a 0,8%.

Diante dos notórios dados questiona-se a interpretação do fato de os danos socialmente relevantes são causados por substâncias permitidas pela lei. A retórica é bastante simples, aponta-se para os acidentes de trânsito causados pelo uso de álcool para concluir a impossibilidade do discurso jurídico-penal em realizar esta distinção (ZACCONE, 2007, p.38).

Dentro da indústria farmacêutica há grandes riscos quando se fala de segurança de medicamentos, afinal eles também são drogas. Quando ineficazes pode implicar na morte do paciente ou desencadear alguma outra doença, em razão de erro na dosagem, ou por não existir droga adequada para determinado quadro (FERRAZ et al, 2001, p.32).

Nessa linha, é indiscutível o fato de que a maconha pode ser sim muito benéfica à saúde de pessoas com enfermidades sérias, outrossim, seus males também entram em pauta. Pessoas com predisposição genética à esquizofrenia podem sofrer com algumas implicações prejudiciais decorrentes do uso contínuo e prolongado, como crises e posteriormente expõe-se ao risco de agravar a enfermidade, entretanto são necessárias pesquisas mais profundas no que diz respeito à danos cerebrais sutis (BRESSAN; JUNGERMAN; LARANJEIRA, 2005, p.5-6).

4 Conclusão

Este trabalho investigou a política que deu origem à guerra às drogas nos EUA e seu impacto na América Latina, que acreditou nela como um remédio milagroso para a crise de violência. Entretanto, fracassou e não cansa de aplicar doses cada

vez mais fortes do mesmo veneno. O poder público acaba por se preocupar mais em criar mais medidas punitivas de repressão do que formar medidas alternativas de controle ao tráfico e o abuso de substâncias entorpecentes, isto forma um ciclo vicioso de repressão-prisão-violência que jamais se quebrará se não houver uma revolução na maneira que é tratada a questão do tráfico, uso de drogas e como isso afeta a saúde pública.

Observou-se que a discussão de política de drogas não é uma tarefa fácil e que está rodeada de controvérsias. Diante de toda a trajetória da guerra às drogas desde a sua origem até o presente momento, os Estados Unidos, que foi seu berço, progrediu consideravelmente no que diz respeito a pesquisas e inovações para o tratamento de doenças crônicas com medicamentos à base de canabidiol. Inclusive ocorreu a legalização da planta para seu uso recreativo em alguns estados do país. Entretanto, ainda sofre com a violência e o tráfico de drogas como cocaína, heroína, crack.

Não há motivos farmacológicos concretos e racionais para acreditar que é apropriado o álcool e o tabaco serem legais, porque lideram o ranking de causas de morte e doenças no mundo inteiro. Esses fatos quase sempre são minimizados ou não são levados em conta, mas isto vem de uma questão histórica e social muito forte. Devido ao seu fácil acesso, muitas crianças e adolescentes usam essas substâncias cada vez mais precocemente aumentando as chances de adquirir alguma dependência química no futuro. Contudo não se pode proibir a autolesão, mas a controlar o uso destas drogas, pois mais uma vez ressalta-se que a proibição não é a solução.

Em termos práticos, a proibição encontra-se com valores mais exorbitantes a cada ano, porque exige um crescimento incessante de vagas no sistema prisional e investimentos na área de vigilância, para contrabalançar com os aperfeiçoamentos do tráfico bilionário. Ao contrário da redução de danos que tende a ficar mais barata, pois se preza pelo respeito à autonomia individual e resolve efetivamente os problemas em sua maioria. Ademais, a proibição gera grande burocracia vinculada ao poder,

que não celebra quando resolve algum problema, porque não quer perder o emprego (BURGIERMAN, 2011, p.58).

O proibicionismo genocida está enraizado em nossa cultura e não abre brecha para implemento de políticas públicas capazes de prevenir danos causados pelo abuso e dependência química. Bem como doentes crônicos travam batalhas para importar medicamentos na tentativa de ter uma vida com mínimo de dignidade. Tudo isso se incorpora no comprometimento político e econômico gerado pela falta de funcionalidade de todo um sistema com bases em princípios de guerra.

Cada vez que uma droga “nova” se insere dentro de uma sociedade e um número relativamente irrisório de pessoas marginalizadas se tornam usuários dela, histórias extraordinárias sobre seus efeitos surgem e são acatadas como plausíveis. Isto ocorre porque não há muitas pessoas que relatam suas experiências com drogas e seus reais efeitos sob a mente humana. Até aqui, se questiona quais de fato seriam as melhores alternativas para desvelar a política de drogas brasileira. Primeiramente instituir organizações especializadas em promover políticas públicas norteadas pela ciência, direitos humanos e saúde, principalmente educação da opinião pública sobre as drogas com esclarecimentos científicos e sem mais subjetividades. O grande vazio de conhecimento é o que impulsiona a histeria dos supostos efeitos que as substâncias entorpecentes causam sobre o comportamento humano.

Referências

AGRA, C. **Entre droga e crime**. Portugal: Casa das Letras, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, L. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2005.

ARGÜELLO, K. Política Criminal de Drogas: Alternativa Para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 113/2015 | p. 317 - 356 | Mar - Abr / 2015 DTR\2015\3615, 2015.

ARNOLFO, J. Maconha: comércio legal da erva movimentada bilhões de dólares nos EUA todo ano. **Rádio Câmara**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/479229-MACONHA-COMERCIO-LEGAL-DA-ERVA-MOVIMENTA-BILHOES-DE-DOLARES-NOS-EUA-TODO-ANO-BLOCO-2.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BIZAWU, K.; GARBACCIO, G. Descriminalização da Maconha e Sustentabilidade: Uma Abordagem Socioeconômica e Socioambiental à Luz do Direito Brasileiro. **Revista Jurídica**, 2015.

BURGIERMAN, D. **O fim da Guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas**. São Paulo: Leya, 2011.

BRESSAN, R., JUNGERMAN, F., LARANJEIRA, R. Maconha: qual a amplitude de seus prejuízos? **Revista Brasileira de Psiquiatria**, 27(1):5-6, 2005.

CARVALHO, S. **A política criminal de drogas no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 6º ed., 2013.

CARVALHO, Salo de. Nas Trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: Depoimento sobre os Danos Diretos e Colaterais Provocados pela Guerra às Drogas, 2013.

CORDEIRO, J. PEREIRA, A.C; DEL BEL, E; GOMES, F. Perfil antipsicótico do canabidiol. **Medicina** (Ribeirão Preto) (2):112-192, 2014.

DEL OLMO, R. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

FERRAZ, L; FIUZA, E; LISBOA, M; VIEGAS, M. **Política Governamental e Regulação do Mercado de Medicamentos**. SEAE/MF Documento de Trabalho nº08, 2001

GIACOMOLLI, N. Análise Crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006, **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 71 | p. 181 | Mar / 2008DTR\2008\166, 2008.

HART, C. **Um preço muito alto**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HERZ, M. Política de segurança dos EUA para a América Latina após o final da Guerra Fria. **Estudos Avançados**, n. 16, v. 46, 2002,

KARAM, M.L. Drogas e Redução de Danos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, | vol. 64 | p. 128 | Jan / 2007DTR\2007\1, 2007.

NEILL, F. **Law Enforcement Against Prohibition (LEAP)**. Relatório Anual, 2010. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/29_Relat%C3%B3rio%202010.pdf?1309645056>. Acesso em 14/05/2016.

Parecer do Conselho Federal de Psicologia (CFP) sobre o Projeto de Lei nº 7663/2010, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/03/Parecer-Conselho-Federal-de-Psicologia-PL-7663-2010.pdf>> Acesso em 25/09/2016.

PASSOS, E.H; SOUZA, T.P. Redução de danos e saúde pública: construções alternativas à política global de “guerra às drogas”. **Psicologia & Sociedade**, 23(1), 2011.

POSNER, R. Eficiência, Uso de Drogas e Law and Economics. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2008.

RODRIGUES, T. A infundável guerra americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente. **São Paulo em Perspectiva**, 16(2): 102-111, 2002.

ZACCONE, O. **Acionistas do nada**: Quem são os traficantes de drogas? Rio de Janeiro: Revan, 2007.