

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA I

Luiz Fernando Kazmierczak
Josefa Muñoz Ruiz
(Orgs.)

INSTITUTO RATIO JURIS



Luiz Fernando Kazmierczak & Josefa Muñoz Ruiz
(Orgs.)

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA I



INSTITUTO RATIO JURIS



Copyright do texto © 2014 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (IV SIACRID)

Luiz Fernando Kazmierczak & Josefa Muñoz Ruiz
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

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

Comissão Científica do IV SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof^a Dr^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia)
Prof. Dr. Sergio Tibiriça (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Violência e Criminologia I / Luiz Fernando
Kazmierczak e Josefa Muñoz Ruiz,
organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR:
UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. (Anais
do IV Simpósio Internacional de Análise
Crítica do Direito)

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-62288-10-4

1. Direito Penal. I. Kazmierczak, Luiz
Fernando. II. Ruiz, Josefa Muñoz.

CDU-344

Índice para catálogo sistemático

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

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

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| <i>A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FRENTE À NECESSIDADE DA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO</i> Deivid Ferreira da Silva | 4 |
| <i>A POPULARIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA COMO FORMA DE JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO</i> Rodrigo Orlandini Volpato Aline F. da Silva Chaves | 22 |
| <i>A TRAJETÓRIA LEGISLATIVA DA VÍTIMA NO BRASIL</i> João Felipe Silva | 43 |
| <i>AÇÕES COLETIVAS VIOLENTAS NO BRASIL E A REAÇÃO ESTATAL: A EQUAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E REPRESSÃO PENAL</i> Walter de Oliveira Campos | 68 |
| <i>AS EXPRESSÕES CORPORAIS E FACIAIS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL</i> Eloize Teixeira Olivetti Marcus Vinícius Feltrim Aquotti | 85 |
| <i>CONSTATAÇÕES SOBRE A POLÍTICA REPRESSIVA ANTIDROGAS: SELETIVIDADE PENAL E A FALÁCIA DO BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA</i> Décio Franco David Gustavo Trento Christoffoli | 101 |
| <i>DELEGADO DE POLÍCIA RESOLUTIVO E AS DECISÕES E MEDIAÇÕES INCIDENTAIS AO INQUÉRITO POLICIAL.</i> Éverson Aparecido Contelli | 120 |
| <i>A TEORIA DA COCULPABILIDADE - UMA ABORDAGEM DE UMA ATENUANTE SUPRA LEGAL QUE DEVE SER MELHOR APLICADA NO DIREITO BRASILEIRO</i> Andreza Cristina Mantovani Marcos Verenhitch | 134 |
| <i>A DESUMANIZAÇÃO DAS PESSOAS ENCARCERADAS E A LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA OFICIAL NAS PRISÕES ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DE UM DIREITO PENITENCIÁRIO DO INIMIGO</i> Florestan Rodrigo do PRADO | 151 |

A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FRENTE À NECESSIDADE DA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

Deivid Ferreira da Silva

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade estudar a ineficácia do sistema prisional brasileiro, tendo em vista que a pena restritiva de liberdade imposta atualmente não tem caráter ressocializador, dadas as vicissitudes experimentadas pelo Estado na manutenção de condições mínimas de dignidade para as pessoas recolhidas ao setor de carceragem. A não ressocialização desvirtua o objetivo principal da pena que é de reeducar o preso para que ele não volte a delinquir, podendo assim voltar ao convívio social. Diante da atual realidade carcerária pode-se observar que o preso não tem o mínimo de dignidade, pois essa realidade afronta a Constituição Federal e a normas infraconstitucionais. O descaso dos governantes só propicia a formação e fortalecimento das organizações criminosas dentro do sistema prisional resultando no alto índice de criminalidade. Demais disso, a ausência de ressocialização acaba por ensejar a reincidência criminal, uma vez que o preso ao sair do sistema carcerário encontra-se em um mundo que lhe voltou as costas e não possui interesse em dar-lhe uma chance de recomeçar sua vida, desta vez longe do submundo da criminalidade no qual já esteve inserido.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem finalidade estudar o sistema prisional brasileiro e a ineficácia da ressocialização do preso.

Como se sabe o sistema prisional brasileiro está em crise, pois a população carcerária vem crescendo rapidamente e conseqüentemente a superlotação torna o sistema ineficaz, uma vez que os presídios acabam por se tornar verdadeiros depósitos de pessoas.

A pesquisa se justifica pelo fato de que o sistema prisional sofre com a falta de estruturação e, por conseqüência não há a realização de sua função precípua, qual seja a de reeducar o preso.

Com a falta de estruturação, conseqüentemente, o poder estatal que tem o direito de punir acaba desrespeitando os princípios constitucionais de direito penal relativos à pena.

O principal objetivo deste estudo será demonstrar que a pena aplicada em condições impróprias não obtém seu objetivo, além de surtir efeitos contrários com o fomento à criminalidade no seio de instituições mantidas, ainda que precariamente, pelo próprio Estado.

A pena aplicada em condições inadequadas perde seu objetivo de ressocialização, sua finalidade é reeducar o condenado para reintegrá-lo a sociedade.

A questão problema aqui levantada corresponderá: Qual objetivo final se busca com a privação de liberdade? Ressocializar ou reincidir?

Existem dispositivos legais, entre os quais a Constituição Federal de 1988 e a lei 7.210/84 - Lei de Execução Penal, para disciplinar o sistema prisional, cujos resultados fáticos almejados não se concretizam, restando

comprovada a gravidade do problema atualmente enfrentado pelo Estado brasileiro acerca das condições do sistema prisional pátrio.

Há necessidade da iniciativa do Governo Federal para construções de novos presídios para reduzir a superlotação, assim como a implantação de políticas públicas aptas a atingir o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade.

Nessa esteira, a construção de novos presídios como medida estatal isolada não basta, é preciso existir uma reestruturação interna que deve obedecer aos dispositivos legais, com maior relevância ao princípio da dignidade da pessoa humana, para que a pena privativa de liberdade possa ter maior chance no seu objetivo final que é a ressocialização do condenado.

Para que isso ocorra é ideal a implantação de melhor qualidade de vida do preso, isto é, a iniciativa de separação de presos já condenados dos que aguardam sua condenação, instalação de unidades educacionais, melhoria do atendimento a saúde e capacitação profissional dos detentos e agentes, entre outras políticas voltadas aos egressos do sistema prisional.

Consequentemente a iniciativa e aplicação deste plano concreto atende o objetivo da pena privativa de liberdade, que respeita o direito do condenado e pode ter maior chance de ressocialização sendo toda a sociedade beneficiada.

2 BREVE HISTÓRICO DO SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA PRISIONAL NO MUNDO

Para que seja possível obter eficácia no presente estudo é imprescindível fazer uma avaliação acerca da evolução histórica do sistema prisional.

Os povos primitivos não aderiam como forma de punição a privação de liberdade e as prisões, pois era aplicada a pena de morte. Para os crimes cometidos com crueldade, ou seja, de forma desumana, os culpados tinham em suas penas um agravante de efeitos amedrontadores. (OLIVERA, 2003, p.47).

No século XVIII o direito penal foi marcado por penas desumanas e cruéis, pois não havia até então a privação de liberdade como forma de pena, mas a mesma existia como forma de custódia, sendo uma garantia que o acusado não iria fugir. Nesse período tinham como forma legítima para obtenção de produção de provas a tortura do acusado.

Ainda no século XVIII se modifica a natureza de prisão, a qual passa a ser privação de liberdade, com o banimento das penas desumanas e cruéis. O encarceramento passa a ter finalidade de isolar e recuperar o delinquente. Segundo a visão crítica de Foucault, muda-se o modo de sofrimento, sendo que agora o objeto deixa de ser o corpo do condenado e passa a ser a sua alma. (CARVALHO FILHO, 2002, p.21-22).

É no final do século XVIII que surgem os primeiros projetos de penitenciárias.

Foi John Howard que apresentou um movimento revolucionário na Inglaterra para humanização das regras disciplinares da detenção penal e do regime prisional da época. O referido autor ofereceu praticamente toda sua vida

a pesquisas e estudos para obter melhores condições carcerárias. (OLIVERA, 2003, p.51).

Howard foi o primeiro a fazer uma série de críticas em 1777. Ele propôs varias mudanças, sendo a principal a criação de estabelecimentos especiais para melhor efetivação do cumprimento de pena, e sugeriu também o isolamento noturno e a separação dos presos. (CARVALHO FILHO, 2002 p.23).

O filósofo Jeremy Bentham (1748-1832), expôs uma arquitetura penitenciária diferente, a qual é conhecida como panótico, que é um tipo de prisão celular. (OLIVERA, 2003, p.52).

Bentham teve uma excelente ideia, propôs a criação de uma torre onde com seu formato circular a vigilância se instalaria no centro do prédio e os detentos poderiam ser visualizados individualmente.

Em 1790, na cidade de Filadélfia, foi instituído um novo regime de reclusão, a qual tinha forte influência religiosa católica dos cárceres. Esse sistema também era conhecido como sistema celular, onde os condenados ficavam em isolamento absoluto (solitary confinement).

Este isolamento absoluto era para o condenado trabalhar sua consciência, ou seja, estimular o remorso e arrependimento. Pois estavam desligados do mundo externo e uns dos outros, e eram permitidos somente passeios pelo pátio celular e leitura da Bíblia.

Assim evidenciou Farias Junior a respeito do sistema pensilvânico:

Esse regime se caracterizava pelo confinamento dia e noite em uma cela individual de poucos metros quadrados; ociosidade absoluta; a comida era levada a cela somente uma vez por dia, na parte da manhã; a cela era nua, isto é, destituída de cama e colchão, roupa de cama ou qualquer móvel; o recluso tinha que ficar em completo silêncio e sem nenhuma comunicação com o mundo exterior e qualquer reação ao regime era reprimida com a vergasta. (1996, p.371)

Esse sistema teve elogios no tocante à separação dos presos, que impedia de influências maléficas. Mas teve também suas criticas pela sua severidade, a qual não proporcionava a reinserção social do condenado.

Em 1821 surge o sistema auburniano, em New York, este sistema tinha certa similaridade com o sistema de Filadélfia, que também era exigido o silêncio absoluto, mas a diferença deste novo método esta no isolamento que passa a ser noturno. (OLIVERA, 2002, p.57)

A grande inovação deste sistema em relação ao de Filadélfia, é que foram instituídas oficinas onde os presos se submetiam a uma rigorosa jornada de trabalho. Para garantia do silêncio entre os presos a vigilância era absoluta.

Em 1846, na Inglaterra nasce o sistema progressivo, sendo que o cargo de diretor foi atribuído a um capitão da marinha Inglesa, Alexandre Maconochie.

Esse sistema possui semelhança com o sistema pensilvânico e o sistema

auburniano, só que neste o tempo de duração da pena era cumprido em três períodos. Sendo o primeiro período o da prova que consistia no isolamento celular completo, o segundo período era do trabalho durante o dia e o isolamento celular noturno e o terceiro e último era o período da comunidade, com benefício da liberdade condicional. (OLIVERA, 2003, p.60-61).

3 EVOLUÇÃO DA PENA NO BRASIL - DESDE AS ORDENAÇÕES ATÉ A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Neste capítulo estudaremos como foi o início do sistema penal brasileiro e sua evolução, a partir das ordenações até na Lei 7210/84 - Lei de Execução Penal.

Segundo Ney Moura Teles:

Nos primórdios da colonização o sistema penal brasileiro estava contido nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Elas consagravam a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena de acordo com a gravidade do caso e a qualidade da pessoa. Os nobres, em regra, eram punidos com multa; aos peões ficavam reservados os castigos mais pesados e humilhantes. (TELES, 1999, p.59)

O primeiro ordenamento jurídico Brasileiro foi as Ordenações Afonsinas, que era o regime jurídico de Portugal, que foi promulgada em 1446, por Dom Afonso V, que vigorou até 1521, pois este ordenamento não teve aplicação no Brasil, sua importância foi apenas para a elaboração das Ordenações Manuelinas.

As Ordenações Manuelinas continham as disposições do Direito Medieval, elaborado pelos práticos, e confundia religião, moral e direito. Vigoravam no Brasil entre 1521 e 1603, ou seja, somente após o início da exploração Portuguesa, não chegou a ser verdadeiramente aplicadas porque a justiça era pelos donatários. (TELES, 1999, p.60)

As Ordenações Manuelinas foram revogadas em 1603 e entrou em vigor as Ordenações Filipinas, ordenadas pelo rei Dom Felipe III na Espanha e II em Portugal, este Código ficou marcado por suas severas penas.

Leal (2004, p.80) afirma que neste ordenamento as penas previstas eram de extrema crueldade. O objetivo era aterrorizar o indivíduo, impondo ao infrator os castigos mais cruéis, caracterizando a exemplaridade da pena.

Segundo Teles (1998, p. 48) o dispositivo estava elencado no livro V e as penas tinham como base a crueldade. A frequência era a aplicação de pena de morte, sendo que as execuções eram realidades com particularidades, como a morte pelo fogo até ser reduzido a pó e a morte cruel marcada por tormentos, mutilações, marcas de fogo, açoites, degredos e confiscações.

O Brasil conquistou sua independência em 1822, mas mesmo assim as Ordenações Filipinas continuaram vigentes, pois aguardava a elaboração de um

novo ordenamento. Estas Ordenações perduram até 1830, pois até então o Brasil não tinha seu Código Penal próprio.

A primeira constituição do Brasil foi outorgada em 1824. Esta elencava garantias públicas e dos direitos individuais. O diploma previa a necessidade de um código criminal, que deveria ter como base a justiça e equidade. (DOTTI, 1998, p.50).

Em 1830, com o Código Criminal do Império foram reduzidos os delitos que eram apenados com morte. Substituindo as penas corporais pela pena privativa de liberdade. (DOTTI, 1998, p.53).

Vale destacar que mesmo com as alterações do Código Criminal do Império, ainda era existente a pena de morte e de trabalhos forçados, a qual também poderia ser perpétua.

O Brasil em 1889 se tornou República, e com esta modificação houve necessidade de estabelecer um novo sistema jurídico para regulamentar a vida sócia econômica e política do povo Brasileiro. Com essa necessidade surgiu em 1890 o Código Criminal da República.

João José Leal esclarece que:

O novo código, seguindo a tendência da época, aboliu a pena de morte e adotou as seguintes sanções: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar para menores de 21 anos, banimento, interdição, suspensão, perda da função pública e a multa. (LEAL, 2004, p.83).

Diante das circunstâncias em que foi criado o Código, juristas da época apontaram erros técnicos e deficiências em seus conceitos. Sendo assim em 1893 foi apresentado um projeto de reforma na Câmara dos Deputados, o qual não obteve êxito.

O Desembargador Virgílio de Sá Pereira, em 1927, divulgou o projeto do Código penal, o qual era dividido em duas classes: principal e acessórias. As primeiras seriam elencadas multas, exílio local, a detenção, a prisão e a relegação. As segundas seriam as interdições de direito, a publicação da sentença, o confisco de certos bens e a expulsão de estrangeiro. (DOTTI, 1998, p.58).

Aníbal Bruno afirma que:

O projeto de Sá pereira, soube tomar em consideração essa enorme soma de experiência legislativa e doutrinária e apresentar-se como obra de estrutura geral avançada, de louvável harmonia técnica e oportuna orientação científica, segundo os princípios da moderna política criminal. Não ficou, porém, isento de críticas, algumas bem severas, mas, apesar de tudo, esse projeto representa um momento relevante no curso dos trabalhos pela reforma penal no Brasil. (BRUNO, 1978, p.182).

Em maio de 1938, o professor Alcântara Machado entregou ao governo o projeto da parte Geral do Código Criminal Brasileiro, em agosto do mesmo ano, foi entregue o projeto completo. Este foi o ponto de partida para o atual Código Penal. (BRUNO, 1978, p.183).

O anteprojeto Alcântara Machado foi deferido em uma comissão integrada por Nelson Hungria, Viera Braga, Narcelio de Queiroz e Roberto Lyra, com as colaborações de Da Costa e Silva e Abgar Renault. (DOTTI, 2005, p.200).

Segundo Leal, houve inúmeras alterações no texto original, e foi redigido um novo projeto, a qual se converteu no terceiro Código Penal Brasileiro, com o Decreto nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, e passou a vigorar em 01 de janeiro de 1942. (LEAL, 2004, p.84).

Magalhães Noronha comenta que “é o Código obra harmônica: soube valer-se das mais modernas ideias doutrinárias e aproveitar o que de aconselhável indicavam as legislações dos últimos anos”. (NORONHA, 1999, p.63).

Em 1946 uma nova Constituição foi promulgada, esta limitava o poder punitivo do Estado e “consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Nesse contexto, a lei 3274/1957 declarou a necessidade da individualização da pena”. (SHECARIA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.44).

No ano de 1962, Nelson Hungria fica encarregado organizar um novo projeto de Código. Somente no ano de 1964 foi determinada uma comissão para a revisão do projeto final, composta pelo próprio Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno C. Fragoso. O projeto foi convertido em lei pelo Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Mas em virtude dos acontecimentos decorrentes do regime militar, este foi revogado sem ter vigência. (DOTTI, 2005, p.207).

Bitencourt (2009, p.49) ressalta que o Código de 1969 ficou conhecido pelo *vacatio legis* mais longo da nossa história, sendo revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978.

Com a Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, foi alterada a parte geral do Código Penal de 1940. Com esta alteração foi abolido as penas acessórias e o sistema do duplo binário (responde com a pena criminal e medida de segurança), passando ser adotado o sistema vicariante, o qual responde com a pena criminal ou a medida de segurança, ficando a ultima opção reservado apenas para os inimputáveis. (SHECARIA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.46).

Com a reforma da parte geral surge a primeira lei de Execução Penal – Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

3.1 Direitos dos Presos - Lei de Execução Penal

Hoje é com grande frequência que os meios de comunicação noticiam as precariedades que ocorrem no sistema penitenciário, violando-se os direitos humanos do preso.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete

Por estar privado de liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, mas isso não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação. (MIRABETE, 1996, p.114).

No entendimento do doutrinador essas precariedades como maus-tratos, crueldades, atos vexatórios e humilhantes, atentam contra a dignidade da pessoa humana. Esses acontecimentos são proibidos conforme prevê a Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, XLIX:

Artigo 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: (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) (BRASIL, 1988).

Portanto, todos os tratamentos desumanos que ocorrem dentro do sistema prisional são vedados por lei e pela própria Constituição Federal, devendo ser garantido o respeito à integridade física e moral aos presos. Conforme prevê o artigo 38 do Código Penal: “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

E ainda no artigo 3º da Lei de Execução Penal expressa que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Segundo Mirabete, “o legislador preocupou-se em humanizar a pena, assentando-se numa proclamação formal de garantia que ilumina todo o procedimento da execução”. (MIRABETE, 2004, p.260).

Os dispositivos que tratam dos direitos dos presos estão expressos na Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Conforme a referida lei, em seu artigo 41, direitos dos presos são:

(...) I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - previdência social; IV constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo. IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X -

visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometeram a moral e os bons costumes; XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (BRASIL, 1984).

Os direitos ancorados nos incisos V, X, XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Vale ressaltar que a Lei de Execução Penal prevê que nas dependências dos estabelecimentos penais deverá possuir lotação compatível com sua estrutura e finalidade. Mas mesmo com todos esses direitos assegurados na Lei de Execução Penal, na realidade não se torna concreta, ou seja, não será efetiva.

E diante da superlotação em que está o sistema carcerário brasileiro, acaba comprometendo o restante dos direitos, pois com esse número elevado de prisioneiros, o sistema perde o controle, aonde surgem os problemas com a higiene que esta ligada diretamente com a saúde, e com essa aglomeração surge conflitos entre grupos rivais e com isto acaba de perder também a segurança, e assim o preso acaba sofrendo violações de todos os seus direitos.

A dignidade do preso acaba violada, sobre tudo pela superlotação, fator que implica na degradação e na impossibilidade de sequer buscar a ressocialização do encarcerado. Haja vista que o sistema não é capaz de prestar os mais básicos direitos aos presos, como higiene, alimentação de qualidade, assistência à saúde, direito de visitas entre tantas outras promessas elencadas na lei especial de execução penal.

4 AS PRIMEIRAS PRISÕES BRASILEIRAS

Em 1551, na cidade de Salvador no estado da Bahia, sede do Governo-geral, mencionou pela primeira vez, a existência de uma “cadeia muito boa e bem acabada com casa de audiência e câmara em cima tudo de pedra e barro, rebocadas de cal, e telhado com telha”. (RUSSEL; WOOD, 1981, p. 39).

Foi inaugurada em 1850, no Rio de Janeiro, a primeira prisão brasileira, a qual seguia o modelo de Auburn, (que tinha 61 celas duplas, quando inaugurada foi transformada em celas individuais). Tinha como obrigatoriedade o trabalho nas oficinas, que obedecia aos critérios de individualização, os condenados eram divididos em três alas, uma delas era destinada a presos políticos (PORTO, 2007, p.16).

Em 1852, começou funcionar o primeiro estabelecimento prisional

paulista, denominado Casa de Correição.

São Paulo em 1906, o número de condenados chegava aproximadamente a 976 presos, sendo o número de 160 vagas. A solução de improvisado foi direcionar os presos para a “abertura, construção e conservação de estradas públicas de rodagem”. (SALLA, 1999, p.182).

Em 1920, na cidade de São Paulo, foi inaugurada a penitenciária, no bairro de Carandiru, possuía uma capacidade de lotação de 1200 presos, oferecia o que havia de mais moderno em matéria de prisão: oficinas, enfermeiras, escolas, acomodações adequadas e segurança. (CARVALHO FILHO, 2002, p.42).

No ano de 1956, em São Paulo foi inaugurada a casa de detenção, também no Carandiru, com capacidade de abrigar 3.250 presos à espera de julgamento, mas logo após sua inauguração passou a abrigar também presos condenados, desviando dessa maneira sua finalidade. A casa de detenção chegou a hospedar 8.000 mil homens, o que se tornou um recorde mundial de detentos em único estabelecimento. (BRASIL, p.1).

Durante a década de 1920 à 1940, o complexo penitenciário do Carandiru, era chamado de instituto de regeneração, e foi considerado como referência nas Américas, o que atraiu inúmeras visitas de políticos, estudantes de direito e autoridades jurídicas Italianas. (BRASIL, 2006, p.1)

Após esse momento o complexo penitenciário do Carandiru, começa a passar por crises, excedendo sua capacidade e resultando na superlotação.

No ano de 1992, houve um episódio o qual é conhecido como “massacre do Carandiru”. O fato ocorreu pelo motivo de uma briga entre dois detentos no pavilhão 9 da casa de detenção, a tropa de choque da polícia militar, sob o comando do coronel Ubiratan Guimarães, invade o local, fortemente armados, a qual se resulta em uma verdadeira chacina com um saldo de 111 detentos mortos. (BRASIL, 1995,p.1).

A respeito das prisões Foucault: “(...) longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los mais na criminalidade” (FOUCAULT, 1995, p.131).

Como se pode verificar ainda na atualidade o sistema prisional sofre com o déficit de vagas que ultrapassa números elevadíssimos. Com essa superlotação, não é possível atender o mínimo de dignidade, gerando um estado degradante ao preso. Hoje o sistema prisional se torna um depósito de gente, o objetivo de ressocializar, acabou-se tornando uma faculdade de criminosos.

5 A QUESTÃO REFERENTE À RESSOCIALIZAÇÃO

Neste capítulo vamos discorrer sobre a ressocialização do preso, diante da realidade atual dos presídios brasileiros.

Vale lembrar que a ressocialização é o objetivo principal da pena privativa de liberdade, mas que na realidade por muitas vezes não se aplica na vida do condenado. Diante desta situação os presos vivem de forma negativa dentro do próprio cárcere, como por exemplo, agressão física, promiscuidade

sexual, dentre tantas outras formas que acabam desvirtuando o caráter ressocializador. Toda esta situação não é por falta de dispositivos legais, mas sim por desinteresse do Estado.

Nos dias atuais os presos convivem em uma situação degradante, sendo a principal causa a superlotação que acaba gerando a falta de higiene, e demais problemas, os quais violam direitos dos presos que são essenciais para sua ressocialização. Diante desta realidade, a visão que se tem do sistema prisional é que o preso não tem o mínimo de dignidade, pois se encontra em estado de miséria e abandono por parte do Estado.

Eugênio Raúl Zaffaroni, (2001, p.135) enfatiza que a prisão é uma “máquina deteriorante”. Acrescenta, ainda, que nas prisões:

[...] o preso é ferido na sua auto-estima de todas as formas imagináveis, pela perda de privacidade, de seu próprio espaço, submissões a revistas degradantes, etc. A isso juntam-se as condições deficientes de quase todas as prisões: superlotação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária, etc., sem contar as discriminações em relação à capacidade de pagar por alojamentos e comodidades. (ZAFFARONI, 2001, p.136).

Diante dessas situações que se encontram os sistemas prisionais, só tende a propiciar o surgimento das organizações criminosas. No mesmo sentido, Michel Foucault assevera que:

A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solitários entre si, hierarquizados, prontos, para todas as cumplicidades futuras [...]. E nesses é feita a educação do jovem delinquente que está em sua primeira condenação [...]. (FOUCAULT, 2007, p.222).

Outro ponto importante na ressocialização do preso, tal como relata Luiz Flávio Gomes (2008, p.1), é a forma que os presos são tratados, muita vezes como animais, tendo em vista que a situação dos encarcerados na atualidade é mais degradante do que a dos escravos na época da escravidão.

Nessa mesma linha de raciocínio assevera Bitencourt (2001, p.171);

A atitude assumida pelo pessoal penitenciário está diretamente relacionada com o sistema social do recluso. Se essa atitude for de desprezo, de repressão e impessoalidade, o sistema social do recluso adquirirá maior vigor e poder, como resposta lógica à agressividade e regeneração do meio. No entanto, se a atitude do pessoal penitenciário for humanitária e respeitosa à dignidade do recluso, é bem possível que o sistema social deste perca

coesão e o feito contraproducente, do ponto de vista ressocializador, que tem sobre o recluso.

Tendo em vista que o indivíduo privado de sua liberdade não pode sofrer violência e humilhação, mas deve ser tratado com dignidade, certamente o resultado de sua ressocialização tem maior chance de ser positiva, se atender aos requisitos mínimos previstos na legislação.

A realidade é alarmante, pois o sistema prisional encontra-se sem estrutura para recuperar os presos, uma das causas é o despreparo dos agentes para atuar com os encarcerados.

Toda essa situação degradante gera mais revolta aos presos tendo como consequência a não ressocialização, fruto da ausência de meios para reeducação do preso. Assim explica Bitencourt:

Em suma conclui-se que pena de prisão gera revolta, avilta, corrompe os princípios e valores do condenado que após submeter-se ao cárcere, certamente voltará a delinquir. Trata-se de uma subcultura que dessocializa e faz com que o detento recuse definitivamente as normas da sociedade. (BITENCOURT, 1999, p.23).

Não bastasse essa vida sem dignidade dentro do sistema carcerário, após cumprir a pena, os presos têm que enfrentar grandes dificuldades no mundo exterior, pois a sociedade ao tomar conhecimento da existência de um ex-presidiário certamente não lhe oferecerá oportunidade para ingressar no mercado de trabalho e reconstruir sua identidade pessoal.

Neste sentido ampara o egresso a lei de execução penal no artigo 25, que prevê:

A assistência ao egresso consiste: I- na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade; II- na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de dois meses. Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego. (BRASIL, 1984).

Este dispositivo é essencial na vida do egresso, pois evita que a sociedade o rejeite, pois tal reação terá como resultado a volta do egresso para a criminalidade, por absoluta falta de oportunidade. Neste sentido assevera Carvalho que:

Cumprida a pena, o estigma da prisão acompanha o condenado. Não há perspectiva de emprego, sobretudo na economia competitiva de hoje. Quanto mais tempo atrás

das grades, distante da dinâmica do mundo real, mais profunda a desadaptação e mais previsível o retorno à criminalidade. (CARVALHO FILHO, 2002, p.71).

Uma das causas que faz o egresso retornar a criminalidade é a falta de oportunidade para buscar meios lícitos para seu sustento. Como já mencionado é obrigação do Estado proporcionar a assistência ao egresso, mas que na realidade acaba omitindo-se na sua obrigação.

Essa omissão fica visível com o alto índice de reincidências, que segundo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), sete em cada dez presos que deixam o sistema prisional voltam para criminalidade.

O que deve ser analisado também é a exclusão social do delinquente, um dos fatores que colaboram para reincidência. Nesse sentido assevera Kazmierczak (2010, p.38):

Tendo em vista que a ótica da exclusão entre classes passa pela questão da delinquência, a partir do momento em que o sujeito delinque, a sociedade já passa a estigmatizá-lo, fazendo com que a própria pessoa que cometeu o delito se reconheça como marginal.

Essa atitude da sociedade de excluir o ex-presidiário é um ponto negativo, pois o afastamento deles para margem da sociedade tem como resultado o fortalecimento do crime. Assim afirma Kazmierczak (2010, p.39):

Esta segregação proporcionada por parte da sociedade faz com que os setores hegemônicos tenham a falsa sensação de que estão afastando o “mal” travestido de criminoso ao deixá-lo nos guetos e afastados dos seus centros de convivência, quando, na verdade, esta atitude apenas potencializa sua criação.

Diante dessa análise percebe-se que o Estado e a sociedade devem se unir para tarefa árdua de reingressar os ex-presidiários na sociedade, pois com essa união certamente os resultados podem ser mais positivos.

A ressocialização é possível, desde que haja interesse do Estado e da sociedade no cumprimento das leis voltadas a tal finalidade.

6 A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL E A AFRONTA À DIGNIDADE DO PRESO.

Neste primeiro momento discorre-se sobre a realidade carcerária no Brasil, como já mencionado o sistema encontra-se em crise, com uma grande incapacidade estatal de ressocializar os presos.

Analisa-se inicialmente a superlotação, pois o Brasil ocupa o 4^a lugar no ranking mundial dos países com a maior população carcerária. (SIQUEIRA,

OLIVEIRA, 2013, p.73).

Diante desta situação surge como consequência a violência dentro do cárcere, as rebeliões e as tentativas de fuga, entre outros graves problemas verificados diuturnamente no sistema carcerário brasileiro.

O sistema carcerário atualmente encontra-se de forma precária nas quais os presos convivem sem condições humanitárias e dignas. Temos como prova os recentes acontecimentos no Complexo Presidiário de Pedrinhas, em São Luís, no Maranhão, que foi constatado a prática de selvageria e crueldade gerando grave violação de direitos da pessoa humana.

Uns dos acontecimentos que chamou atenção foi um vídeo produzido pelos próprios criminosos, que registrou a decapitação de três presos rivais, e depois exibem suas cabeças como troféus. Segundo os relatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aponta que esses casos não são incomuns no Complexo Presidiário de Pedrinhas. (TAVARES, 2014, p. A8)

A população carcerária vem crescendo de forma assustadora, e com esse crescimento a precariedade chega ao extremo, por isso alguns Estados utilizam contêineres como celas. Mais uma prova que o sistema carcerário está falido. (BRASIL, 2011, p.1).

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, o Brasil encerrou 2013 com um total de 548 mil presos, isto revela que houve aumento de 36.000 presos em relação ao ano anterior, ou seja, 6,5% em apenas um ano. Com esse número elevado de presos o déficit chega acerca de 237 mil vagas. (BRASIL, 2014, p.1).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizou no mês de maio de 2014, o número de 563.526 presos. No mês de junho do mesmo ano passou a contabilizar a prisão domiciliar, que é de 147.937 presos. Com isto a população carcerária chega num total de 711.463 presos, resultando no déficit de 354 mil vagas e ainda o Brasil passa de quarto para terceiro no ranking de maior população prisional. (BRASIL, 2014)

Diante desta análise fica visível a ineficácia do sistema prisional que resulta no desrespeito aos direitos humanos e fundamentais dos presos.

Vale destacar que o direito ao tratamento digno é inerente a toda pessoa humana, independente de qual for sua religião, sexo, etnia, raça, nacionalidade e qualquer outra condição.

Deve-se observar que a República Federativa do Brasil tem como base a dignidade da pessoa humana, conforme expressa o artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como Fundamentos: (...) III- Dignidade da Pessoa Humana.

Na visão constitucionalista de José Afonso da Silva, afirma que;

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos exigência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2000, p.109).

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que;

A dignidade da pessoa humana é irrenunciável e a qualifica, afirmando que ela existe ainda que o direito não o reconheça. Todavia, a ordem jurídica exerce importante papel prevendo-a promovendo-a e protegendo-a. E de fato, isso é necessário. Ainda que saibamos que a dignidade pré-existe ao direito, e ainda que esta possua previsão constitucional, são imprescindíveis concretizações de ações que tornem os direitos fundamentais, derivados do princípio maior em comento, reais e efetivos, integrantes verdadeiramente da vida de todo e qualquer indivíduo. (SARLET, 2001 p.40).

Como se percebe a dignidade da pessoa humana é essencial para todos os humanos, inclusive para os presos. Vale destacar que o sistema prisional brasileiro, não cumpre a norma superior. Rogério Greco (2011, p.103), nesse sentido exemplifica;

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetos, diariamente, em sua dignidade, enfrentando

problemas como superlotação carcerária, espancamento, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc.

É importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana não é absoluta. Em determinadas situações o Estado pode privar o indivíduo de sua liberdade temporariamente, pois o Estado tem poder de punir aquele que comete infração penal. Nesse sentido, Greco leciona:

Assim, tomemos como exemplo o fato de alguém ter praticado um delito de extorsão mediante sequestro, qualificado pela morte da vítima. O sequestrador, como é de conhecimento de todos, tem direito à liberdade, diretamente ligado à sua dignidade, deverá ceder frente ao direito de proteção dos bens jurídicos pertencentes às demais pessoas. Que com ele se encontram numa sociedade. Percebe-se, assim, que a dignidade, como valor individual de cada ser humano, deverá ser avaliada e ponderada em cada caso concreto. Não devemos nos esquecer, contudo, daquilo que se denomina como sendo um núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser abalado. Assim, uma coisa é permitir que alguém, que praticou uma infração penal de natureza grave, se veja privado de sua liberdade pelo próprio Estado, encarregado de proteger, em última instância, os bens jurídicos; outra coisa é permitir que esse mesmo condenado a uma privação de liberdade cumpra sua pena em local degradante de sua personalidade; que seja torturado por agentes do governo com a finalidade de arrancar-lhe alguma confissão; que seus parentes sejam impedidos de visitar-lhe; que não tenha uma ocupação ressocializante no cárcere, etc. A sua dignidade deverá ser preservada, pois que ao Estado foi permitido somente privar-lhe a liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como pessoa. (GRECO, 2011, p.73).

O ponto primordial que deve ser levado em conta, é que apesar do Estado ter poder para punir o delinquente, existem limites para tal atuação, sendo estes violados se tem como resultado a violação da norma geral.

Como podemos perceber o sistema penal atualmente comete grave afronta à Constituição Federal e ao arcabouço normativo infraconstitucional, pois não proporciona o mínimo de dignidade para o preso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, observa-se que ao longo da pesquisa pode-se chegar a algumas conclusões. A primeira é que a ineficácia do sistema prisional brasileiro não ocorre por falta de dispositivos legais, o que se percebe na realidade é o descaso do Estado diante desses problemas enfrentados no sistema carcerário e a ausência de concretização dos preceitos jurídicos insculpidos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional.

A privação de liberdade está longe do objetivo de ressocializar os detentos, pois as atuais condições nas quais se encontram o sistema prisional pátrio tornam mais difíceis a tarefa de reeducação dos presos.

Além dos problemas no interior da prisão, após o cumprimento da pena, o preso encontra dificuldades de retornar ao convívio social, tendo como resultado o alto índice de reincidência. Tais dificuldades são verificadas principalmente em virtude do fato de que as instituições prisionais não fazem cumprir, inclusive por falta de recursos materiais e humanos mínimos, os ditames legais estabelecidos principalmente na Lei de Execução Penal.

Após cumprir a pena e estar quite com a sociedade que havia sido lesada, o egresso do sistema penitenciário não dispõe do mínimo de oportunidades para levar uma vida afastada da criminalidade.

Sem opções de sobrevivência, cresce a chance do recém egresso do sistema carcerário voltar a praticar crimes, fato que resulta em um novo aprisionamento, o qual auxilia na manutenção dos altos índices carcerários que superam a quantidade de vagas nos estabelecimentos prisionais. Essa superlotação não dispõe de meios para fazer acontecer a reeducação e ressocialização do preso, é um círculo vicioso vivido pelo Brasil no que toca sua realidade prisional.

Por outro lado, a sociedade deve enxergar que a exclusão social direcionada ao egresso do sistema penitenciário só traz perdas para sociedade como um todo.

Como se percebe a ressocialização necessita de parcela do Estado e da sociedade, para que possa obter um resultado positivo e evitar a reincidência criminal que resulta no círculo vicioso acima referido.

Referências

- ASSIS, Rafael Damaceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ. Brasília: 39, 74-78, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*. Análise político - criminal das alterações da lei 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999
- _____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Documento Eletrônico {online}. Disponível na internet via WWW. URL: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 15 de março de 2014.

_____. Lei nº 7210, de 11.07.84. *Dispõe sobre a Execução Penal no Brasil*. Documento Eletrônico {online}. Disponível na internet via WWW. URL: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em 03 de abril de 2014.

_____. *Secretaria da Administração Penitenciária*. Documento Eletrônico {online}. Disponível na Internet via WWW. URL: www.sap.sp.gov.br/common/museu/museu.php. Acesso em 15 de fevereiro de 2014.

_____. *Secretaria da Cultura*. Documento Eletrônico {online}. Disponível na Internet via WWW URL: www.apaacultural.org.br/sergiocardoso/noticia_interna.php?id-noticia=58. Acesso em 16 de fevereiro de 2014.

_____. *Conselho Nacional de Justiça*. Documento Eletrônico {online}. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 28 de junho de 2014.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*, tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível. 3.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1978.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

FARIAS JUNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1995.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 33. Ed. Petrópolis: vozes, 2007.

FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Tradução de Hilário Veiga Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1953.

GRECO, Rogério. *Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre/RS: Nuria Fabris, 2010.

LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. Florianópolis: OAB Editora, 2004.

Massacre do Carandiru, Chega de Impunidade. Documento Eletrônico {online}. Disponível na Internet via WWW.URL: www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cavallaro/carandiru.html. Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. *Manual de Direito Penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal, introdução a parte geral*. 34 ed. Atualizado Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVERA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 3 ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2003.

PORTO, Roberto. *Crime organizado e sistema prisional*. São Paulo: Atlas. 2007.

RUSSEL-WOOD. A. J. R. *Fidalgos e Filantropos: a Santa Casa de Misericórdia da*

Bahia, 1550-1755. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: ed. Da UnB, 1981.

SALLA, Fernando. *As Prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablune, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; Fernanda Ferreira de Oliveira. *Estudos Contemporâneos de Direitos Humanos*. Birigui/SP: Boreal, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudências e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Os presos e o Estado brasileiro: a propósito do Presídio de Pedrinhas - São Paulo: Jornal Carta Forense*, 2014.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Parte Geral - I. 1.ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

A POPULARIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA COMO FORMA DE JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Rodrigo Orlandini Volpato¹
Aline F. da Silva Chaves

Resumo

Foi destacado neste artigo que o conceito de violência, a partir dos pressupostos expostos, é muito mais amplo do que comumente se constata, ou seja, além da violência física, contata-se, outrossim, considera a violência simbólica, que é aquela que se concretiza a partir das dinâmicas econômicas e sociais. Foi destacado que comportamento violento da sociedade contemporânea é decorrente da inoperância do Estado em prevenir e combater-lo a partir de seus instrumentos legais, como a polícia e a aplicação justa da lei, tal condição resultou em descrença por parte da sociedade que buscou meios legais e de anomia social para atenderem suas necessidades de segurança, como, por exemplo, o desenvolvimento da indústria de segurança, igualmente, a justiça com as próprias mãos, conforme se vem observando atualmente. Como alternativa de combate à violência contemporânea, vem se fazendo apologia ao Direito Penal do Inimigo, uma alternativa ao Direito do cidadão, voltada à pessoa e não ao ato, cujo pressuposto é tirar de circulação o potencial criminoso, indo de encontro a todas as perspectivas principiológicas de um Estado Democrático de Direito, em sua essência trata-se de uma forma de mitigar a ausência do Estado na tutela da segurança. Deste artigo o objetivo foi o de enfatizar a caracterização da violência contemporânea e o seu progresso, destacando a ineficiência do Estado na prevenção e combate a partir do ordenamento jurídico constituído, bem como a perspectiva da aplicação do Direito Penal do Inimigo como alternativa à prevenção e controle da violência. A metodologia utilizada para a elaboração deste artigo foi a da pesquisa bibliográfica, a partir da concepção geral de autores diversos, possibilitando a exposição de um posicionamento subjetivo em torno do problema levantado.

INTRODUÇÃO

A violência é uma realidade no cotidiano da sociedade brasileira e mundial, não obstante essa condição, a compreensão da violência é limitada à violência física, em que a mídia procura expor com contundência, no entanto, não busca oferecer uma explicação dessa realidade.

Diante dessa circunstância, recentemente estudos incisivos vem surgindo para buscar explicar a violência a partir dos pressupostos sociológicos, identificando uma fronteira entre a violência física, a violência propriamente dita; e a violência simbólica, aquela que se estriba em forma de imposição, determinada por contextos econômicos e sociais.

A partir das considerações destes elementos, a violência pode ser explicada de diversas formas e está presente em todos os contextos social e propiciada por diversas instituições e não somente de um nicho específico conforme se comumente atribui rótulos a uma determinada classe. Destaca-se,

¹ Graduado em Direito no ano de 2010 pela Faculdade de Direito/ UENP; Pós graduando em Direito e Processo do Trabalho pela UNOPAR, iniciado em 2013; Professor orientador de Grupo de Estudos de Responsabilidade Social do Estado pela UNOPAR; Professor substituto pelas Faculdades Integradas de Ourinhos.

então que a definição de violência é muito mais complexa e abrangente conforme se costuma inferir.

O Estado, como garantidor da tutela da segurança, vem ausentando-se desta responsabilidade, dando margem para que a sociedade busque meios para lidar com ela, sejam eles a partir de organização social, como a formação de condomínios fechados; ou ainda por meio da anomia social, por intermédio da justiça com as próprias mãos.

Diante desta circunstância social representada pela violência, vem se preconizando a aplicação do Direito Penal do Inimigo, centrado no sujeito em prejuízo ao seu ato, uma forma de prevenção à violência que coloca o indivíduo como um potencial criminoso, retirando-o de circulação a partir deste critério, condição está que embate a todos os princípios do Estado Democrático de Direito.

Diante desta perspectiva, tem-se o seguinte problema: O Direito Penal do Inimigo é um instrumento viável como forma de prevenção da violência dentro de um Estado Democrático de Direito ou se evidencia como uma nova forma de violência aos direitos fundamentais do indivíduo?

O objetivo deste artigo foi o de enfatizar a caracterização da violência contemporânea e o seu progresso, destacando a ineficiência do Estado na prevenção e combate a partir do ordenamento jurídico constituído, bem como a perspectiva da aplicação do Direito Penal do Inimigo como alternativa à prevenção e controle da violência.

Este artigo se justifica no sentido de demonstrar que a prevenção e combate à violência pode ser efetivada a partir da validação dos instrumentos jurídicos já existentes, fazendo com que estes sejam aplicados em sua plenitude, tendo como motivação princípios morais, éticos e legais preconizados pela própria lei, bem como no sentido de valorizar a educação como forma de disciplinarização social, inserindo, com isso, a responsabilidade do Estado em efetivar a prevenção e combate à violência, garantindo a tutela da segurança à sociedade.

A metodologia utilizada para a elaboração deste artigo foi o da pesquisa bibliográfica, a partir da concepção geral de autores diversos, possibilitando a exposição de um posicionamento subjetivo em torno do problema levantado.

1 CARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA

Para Arendt (1994), são cinco perspectivas que permitem a compreensão da violência: o poder, o vigor, a força, a autoridade e a violência por si só. Ao que se alude à primeira perspectiva, de acordo com Arendt (2005, p. 6):

O "poder" é a capacidade que os homens possuem de agir em comum acordo, por consenso. Origina-se de um grupo de pessoas que investiu alguém para exercê-lo em

seu nome e, a partir do momento que esse grupo desaparece, o poder também desaparece. Para ela, o exercício do poder não exige a presença da coercitividade, mas a presença do consenso, elemento fundamental para a ausência da violência.

Portanto, o poder se trata de algo instituído entre a sociedade e um indivíduo ou um grupo, portanto, não se refere a um poder de coerção na qual se obriga à submissão, mas de um consenso entre partes.

Ao que se alude ao vigor, para Arendt (1994) indica algo peculiar, caracteriza-se por ser inseparável de um objeto ou pessoas e integra o seu caráter, acrescenta a autora que é de natureza de um grupo e de seu poder contra a independência a propriedade do vigor individual. Adeodato (1999, p. 172) destaca:

[...] o vigor é uma qualidade necessariamente individualizada de determinado objeto ou pessoa, podendo, este último caso, consistir tanto em potência física ou mental; é um dado objetivamente mensurável, que varia muito de indivíduo para indivíduo e de uma para outra situação.

É possível inferir que, em determinado sentido, o vigor em muito se assemelha à violência uma vez que tem como propósito reduzir a resistência física e psicológica da pessoa, do grupo ou ainda do coletivo a que se direciona, porém dela difere no sentido natural de atrair as pessoas, grupos ou coletivo. No vigor ocorre um domínio natural por vocação, integrante ao caráter.

Em seu uso corrente, quando falamos de um homem poderoso ou de uma personalidade poderosa, já usamos a palavra “poder” metaforicamente; aquilo a que nos referimos sem a metáfora é “vigor”. (ARENDR, 1994, p. 36)

Assim, o vigor representa uma ação peculiar, que integra um objeto ou pessoa e pertence ao seu caráter, podendo provar-se a si mesmo na relação com outras coisas ou pessoas, mas sendo essencialmente diferente delas. (OLIVEIRA E GUIMARÃES, 2005).

Concernente à força, cotidianamente interpretada como sinônimo de violência, refere-se a qualquer energia resultante de movimentos físicos ou de conjunturas, principalmente quando se menciona a forças da natureza ou de pressões de ambientes coletivos (SEREJO, 2008). Para Arendt (1994, p. 212) a força é “[...] uma qualidade natural de um indivíduo isolado [...] Na luta entre dois homens, o que decide é a força e não o poder”.

Dessa forma, evidente está que a força, em princípio, se relaciona com as duas outras perspectivas, pois força é inerente ao poder e ao vigor, como a

força de um grupo que está no poder e o vigor da força de se impor algo. Consequentemente, observa na essência das significações certa espécie de violência presente nos conceitos expostos.

De acordo com a Arendt (1994), a autoridade se trata de um conceito amplo e se relaciona com diversas possibilidades que integram a organização social e as relações nelas presentes, como, a autoridade de pais sobre filhos, da hierarquia empresarial ou pública dentre outras, é importante destacar que a autoridade independe de comportamentos.

Assim, a autoridade, condição hierárquica no processo interacional na sociedade, é o reconhecimento inquestionável por aqueles que se submetem, não necessitando da coerção e nem de um processo persuasivo para a sua evidenciação.

Oliveira e Guimarães (2005, p. 6) faz o seguinte comentário acerca da autoridade:

É o reconhecimento inquestionável, constituindo-se o desprezo seu maior inimigo e a risada o meio eficiente para destruí-la. Assim, a autoridade é incompatível tanto com a utilização de meio externos de coerção - onde a força é usada, a autoridade em si mesmo fracassou -, tanto com a persuasão, a qual pressupõe igualdade e opera mediante um processo de argumentação.

Conforme se pode compreender das colocações supras, a autoridade, diante dessa definição é comumente confundida com violência.

Duarte (apud. SEREJO, 2008, p. 23) faz a seguinte menção:

Em outras palavras, enquanto a violência consegue a obediência mediante a coerção, e o poder, pela persuasão, a autoridade prescinde de ambos. Onde se requer o uso da força, não há autoridade; do mesmo modo, ela também inexistente onde todos são iguais e podem, portanto, entregar-se ao jogo difuso da persuasão e do convencimento de parte a parte. Os que detinham a autoridade não detinham o poder, e a autoridade era compreendida [...] como um conselho e menos que uma ordem.

Já em relação à violência, para Arendt (1994) se diferencia dos outros contextos, distingue-se do poder pelo seu aspecto instrumental. É por meio dela que se justifica para se alcançar um determinado objetivo. Violência se opõe ao poder “[...] onde um domina absolutamente, o outro está ausente.”

Oliveira e Guimarães (2005, p. 6) destacam:

A violência, no pensamento arendtiano, distingue-se por seu caráter instrumental. Meios, implementos,

instrumentos, ferramentas, são alguns dos substantivos usados pela autora. Assim, com o propósito de multiplicar o vigor natural, a violência aproxima-se fenomenologicamente do vigor.

A diferença do poder da força é que enquanto a limitação do poder é a diversidade, a limitação da força se resume na interação de diversos indivíduos e no poder da maioria. Assim, um homem isolado, com força, não detém o poder, enquanto um grupo organizado possui, mesmo que a força individual não seja significativa.

Levando em consideração as concepções exposta, é possível inferir que não é a violência que resulta em poder, porém ela suscita quando o poder sofre ameaça, assim, violência e poder se opõem, assim, onde um prevalece o outro se dissimula. Assim, conforme concepção de Arendt (1994) a violência não gera o poder, mas o destrói, uma vez que o poder não pode ser considerado como sinônimo de opressão nem de coerção, mas sim, no sentido de condição humana para viver a pluralidade, da diversidade de opiniões e de manifestação.

O poder se atualiza quando não há dicotomia entre palavra e ação; quando as palavras estão repletas de sentido e a ação, não manifesta a violência; quando, na ação, a palavra é realizada. Poder é a condição da existência do homem falante e atuante; dominação e violência são o espaço dos mudos e imobilizados.

Assim, segundo Tavares dos Santos et al. (apud ZALUAR E LEAL, 2001, p. 147):

Podemos deste modo, considerar a violência como um dispositivo de excesso de poder, uma prática disciplinar que produz um dano social, atuando em um diagrama espaço-temporal, a qual se instaura com uma justificativa racional, desde a prescrição de estigmas até a exclusão, efetiva ou simbólica. Esta relação de excesso de poder configura, entretanto, uma relação social inegociável porque atinge, no limite, a condição de sobrevivência, material ou simbólica, daqueles que são atingidos pelo agente da violência.

Para Arendt (1994), a violência pode ser justificada, contudo não pode ser legítima, diferente do que ocorre com o poder, ele se justifica e é legitimado pela escolha, sem a imposição.

A partir dessa concepção em relação à violência, compreende-se que ela se efetiva de diversas formas, do Estado sobre a sociedade, do patrão sobre o empregado, de homens sobre homens, dos pais sobre os filhos e assim por

diante. Em todas as formas de violência, essa relação de poder e submissão este presente e ela ocorre quando há o embate entre esses dois elementos.

É importante destacar que o conceito de violência é amplo e não se limita somente à violência física, vai muito além dessa realidade, de modo que se entende por violência toda ação no sentido de aviltar outro, degradando de forma física e psíquica, tornando-o inerente, bem como alternando o comportamento do indivíduo de forma negativa, inepto à reação. (ARENDR, 1994)

Zauar e Leal (2001, p. 146) destacam:

Os instrumentos da violência, seriam mudos, abdicariam do uso da linguagem que caracteriza as relações de poder, baseadas na persuasão, influência ou legitimidade. Outras definições não fogem desse paradigma, mas incorporam a palavra na sua definição: a violência como o não reconhecimento do outro, a anulação ou a cisão do outro.

Diante dessa conceituação acerca da violência, permite-se ter subsídios para analisar a questão do progresso da violência e os fatores que contribuem para o seu recrudescimento.

1.2. O progresso da violência

Conforme se pode compreender do que foi tratado, há uma condição incompatível entre o poder e a violência, pelo menos em termos conceituais, porém, observa-se uma compatibilidade quando analisada a realidade. De acordo com Arendt (1994) onde a violência domina o poder comumente desaparece, onde o poder está estruturado a violência diminui. “[...] poder e violência, embora sejam fenômenos distintos, usualmente aparecem juntos. Onde quer que estejam combinados, o poder é, como descobrimos, o fator primário e predominante.”

De acordo com Brisckievicz (2009) a apologia à violência origina-se em momentos de crise política em que o Estado falha no combate a ela ou ocorre um preparo significativo para combatê-la, decorrente da primeira condição, nesse sentido, afirma Arendt (1994) que a violência sempre brota da impotência.

Contudo, de acordo com a colocação de Zaluar e Leal (2001) a violência se caracteriza por diversos aspectos como a negação da dignidade humana, contra a ausência de compaixão, excesso de poder entre outras perspectivas, nesse sentido, fazem a seguinte menção:

Em todas elas ressaltam-se explicitamente ou não, o pouco espaço existente para o aparecimento do sujeito da argumentação, da negociação ou da demanda, enclausurado que fica na exibição da força física pelo seu oponente ou esmagado pela arbitrariedade dos poderosos que se negam ao diálogo.

Destarte, pela colocação das autoras, desaparece-se a fronteira entre a violência física, que se caracteriza pelo excesso de forma física; e a simbólica que se efetiva por meio da exclusão e dominada pela linguagem.

Tavares dos Santos et al (1998, p. 34) destaca que:

Podemos, deste modo considerar a violência como um dispositivo de excesso de poder, uma pratica disciplinar que produz um dano social, atuando em um diagrama espaço-temporal, a qual se instaura com uma justificativa racional, desde a prescrição de estigmas até a exclusão, efetiva e simbólica. Esta relação de excesso de poder configura, entretanto, uma relação social inegociável porque atinge, no limite, a condição de sobrevivência, material e simbólica, daqueles que são atingidos pelo agente da violência.

Assim pode-se mencionar que a violência pode se caracterizar a partir de magnitudes diversas, condição essa que torna difícil conceituá-la, contudo, conforme as exposições tende-se à violência física, aquela em sentido literal; e a simbólica, que é imposta culturalmente, pelo que Bordieu (apud ZALUAR E LEAL, 2001) denomina de *habitus*.

[...] o *habitus* constitui um conjunto adquirido de padrões de pensamentos, comportamento e gostos capaz de ligar a estrutura com a prática social. Assim o *habitus* resulta da relação entre condições objetivas e história incorporada, capaz de gerar disposições duráveis de grupos e classes.

Esse conceito proporciona uma base possível para que ocorra uma proximidade cultural das desigualdades das estruturas sociais, permitindo uma ênfase acerca das agências de socialização, assim, tem-se a possibilidade de sugerir ausência de indistinção entre os mecanismos de dominação e qualquer outro processo de reprodução cultural ou ainda de socialização em relações sociais ordenadas, condição essa que torna difícil distinguir as espécies de sociedades entre democráticas, ditatoriais ou totalitárias. (ZALUAR E LEAL, 2001).

Assim sendo, compreende-se que o desenvolvimento da violência não deve levar em conta somente a violência em seu sentido literal, mas, igualmente, o seu sentido simbólico, pois, este último tem o potencial de perpetuar a condição da violência atuando no sentido de contemporizar o sujeito de sua condição, conseqüentemente, levando ao crime e à violência em seu sentido literal.

Conforme afirma Zaluar (apud. PESTANA, 2007) a violência tem consequência em diversos planos simbólicos, econômico, político e social, na que possibilitou um novo delineamento da imagem da cidade e já não mais se

relacionam à fantasia da liberdade e da segurança, de modo que em todas as cidades, principalmente, as grandes metrópoles, seus moradores perderam as virtudes cívicas de interação social, segurança, e confiança.

Acerca da relação crime, segregação e a cidadania, Caldeira (2010, p. 56) faz a seguinte colocação:

[...] o universo da violência e do crime, incluindo a falência do sistema judiciário, o desrespeito aos direitos individuais, os abusos por parte das instituições da ordem, preconceitos e intolerância contrapõem-se às tendências democráticas e ajuda a sustentar uma das sociedades mais desiguais do mundo.

Assim sendo, compreende-se que o discurso político pela democracia e por uma sociedade justa, vai de encontro à realidade, em que cada vez mais se constata a deturpação de valores considerados fundamentais para a dignidade do indivíduo, inclusive dispostos no ordenamento jurídico.

Assim, segundo Alves (apud. CALDEIRA, 2010), essa condição exposta no parágrafo supracitado refere-se a um dos maiores contrastes, após anos de um processo de repressão política, em que a liberdade estava coarctada, ocorre a expansão da cidadania política pelo processo de transição democrática, na qual se desenvolveu em harmonia à deslegitimação da cidadania civil e à emergência de uma nação de espaço público fragmentado e segregado, conseqüentemente, representando um caráter desagregado do processo de democratização.

De acordo com Porto (2010, p. 4):

[...] estaria ocorrendo no Brasil de hoje uma resignificação da violência. A dificuldade por vezes ressentida, ao se definir violência, decorre do fato de que, não se tratando de um conceito sociológico, mas de uma categoria empírica de manifestação do social, sua compreensão é dependente dos arranjos societários de que emerge. Daí a recorrência das análises onde a violência é caracterizada como algo ambíguo, relativo.

Assim sendo, é possível mencionar que a violência não se trata de algo recente, ela sempre existiu, de modo que ela ganha resignificação conforme as transformações sociais.

Porto (2010, p. 6) complementa:

Se a violência não é fato recente, o que significa que sua presença implica continuidades, o que aqui se está, entretanto, ressaltando é o novo que caracteriza essa violência. Uma novidade cujas manifestações se constroem em simultaneidade com as novas configurações

do social. Ou seja, a violência contemporânea possui contornos que a distinguem de suas formas tradicionais de manifestação. Convive com estas, mas também contribui para sua destruição, deslocamento e redefinição. Tais contornos vinculam-se a duas ordens de fatores. Em primeiro lugar, à questão dos valores. Neste aspecto, fragmentação sociocultural, ausência de uma representação unificada do social, ausência de pontos fixos de referência norteadores de conduta, são expressões de uma fragmentação valorativa, com repercussões, por exemplo, nos processos de construções identitárias. Em seguida, ao modo como a violência, enquanto manifestação das mudanças do mundo contemporâneo, estaria relacionada à questão da legitimidade, das formas como ela é percebida e do conteúdo mesmo da noção de legitimidade.

De acordo com Caldeira (2010), acerca do papel do simbolismo na reprodução da violência, indica que os problemas de significação apresentados pela violência no Estado de São Paulo não é mera questão de estabilização de diferenças e tentar estabelecer a ordem. O desenvolvimento da violência indica a existência de complexas relações entre violência, significação e ordem, nas quais a narração dessa violência ao mesmo tempo em que combate a reproduz na mesma medida.

De fato, a fala do crime faz a violência proliferar ao combater e simbolicamente reorganizar o mundo. A ordem simbólica engendrada na fala do crime não apenas discrimina alguns grupos, promove sua criminalização e os transforma em vítimas da violência, mas também faz o medo circular através de repetição de histórias e, sobretudo, ajuda a deslegitimar instituições da ordem e legitimar a privatização da justiça e o uso de meios de vinganças violentos e ilegais. (CALDEIRA, 2010, p. 43)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Zaluar (2007) destaca que outros impactos vêm sendo observados em suas investigações acerca da proliferação da violência desde meados da década de 1980, na qual em sua essência constatou- que o crime organizado vem se consolidando como um poder central, principalmente em bairros populares como as favelas no Rio de Janeiro, em que:

[...] seus chefes já expulsam moradores incômodos, matam rivais, alteram as redes de sociabilidade e interferem nas organizações. Daí a participar delas, impor currais eleitorais e espalhar o terror até dentro das casas dos

trabalhadores é um passo. O jogo de futebol realizado de arma na mão e sem a manifestação do juiz é emblemático dessa situação. A interferência na escolha do samba para o desfile anula as regras convencionadas e os critérios de justiça anteriormente aceitos que, embora mantivessem acesas e emocionantes as disputas, não amedrontavam concorrentes nem calavam opositores. As cada vez mais contestadas eleições nas associações de moradores aceleram o seu esvaziamento e, conseqüentemente, o esvaziamento da participação pública nas discussões a respeito da alocação dos bens e serviços na localidade, na decisão dos próprios critérios e justificações a serem aceitos. Ao invés disso, aproximam-se os chefes locais da figura do xerife, como ocorre em favelas das capitais da América Central que sofreram a influência da cultura dos *cowboys*, *outlaws* e *sheriffs* do Oeste norte-americano. (20007, 1997, p. 4)

Assim, o crime organizado na periferia vem substituindo o poder público no atendimento das necessidades básicas do indivíduo, oferecendo a eles benefícios em troca de apoio. Atualmente, é comum observar pela mídia populações de favelas contrárias a intervenção policial naquelas localidades no combate ao tráfico de drogas, por exemplo, principalmente quando de abordagens violentas, uma vez que boa parte dessa população tem a deferências dos criminosos com favorecimento de alimentos, médicos, gás dentre outras necessidades. Assim, essa população se blinda através do crime para ter suas necessidades atendidas.

É possível inferir que tal condição representa a violência do Estado contra a população, a violência por omissão, justamente por não ter a capacidade de atender as necessidades mais básicas da população, não ter suas necessidades imediatas atendidas.

Caldeira (2010) complementa essa colocação mencionando que se a fala do crime promove a resignificação da violência, não o faz no sentido de legitimar a violência legal para combater a violência ilegal, mas atua no sentido contrário; assim ao operar nesse contexto, com oposições delimitadas e definidas em categorias que derivam dos polos bem contra o mal, as falas acerca do crime ganham novos significados e organizam o mundo de uma forma complexa e particular.

Zaluar (2007) acrescenta a essa condição a questão social que comumente é confundida com a exclusão social, para a autora a reorganização da vida privada como a alteração do paradigma familiar, nas relações sexuais, nos valores do trabalho que foram substituídos pelos valores associados ao consumo, com aspectos de descartáveis, resultaram no que se denomina de anomia social difusa.

De acordo com Moreira (2010), tal conjuntura é considerada como crise de valores e normas até então considerada válida, decorrentes de conjunturas

sociais específicas, são resultados de sintomas de vazio quando o poder responsável não contribui para a satisfação das expectativas da sociedade, assim, é possível inferir que essa conjuntura é uma deficiência estrutural na qual se consolida pela transformação social.

Além disso, observa a presença do crime organizado nas instituições que deveriam embater a violência e a criminalidade por intermédio da corrupção, pela deficiência e falta de igualdade no sistema penal e na condição obsoleta do sistema penal brasileiro que proporcionam a impunidade.

Ao que se refere a esse contexto é possível afirmar que é a corrupção que sustenta o crime organizado, não somente por meio de policiais, mais de toda estrutura que deveria combatê-lo, como o ministério público e o judiciário. Além desse aspecto, segundo Monteiro (2007), a ineficiência das leis na aplicação do caso concreto que muitas vezes não pune o criminoso conforme espera a sociedade representa para os indivíduos uma forma de violência, pois as leis são consideradas instrumentos de proteção social, ao ser ineficaz diante de um crime de impacto social incisivo, a sociedade se sente ultrajada.

Segundo Silva (2008), a sensação de impunidade decorrente de leis que beneficiam delituosos, incapazes de punir dá margem para que o crime seja contumaz. A ausência de segurança nas escolas permite que o tráfico de drogas ali se insira, bem como a violência contra docentes por deficiência no desempenho de papéis de professores a alunos, onde os alunos impõem sobre os professores. A religião, embora relegada a segundo plano, ela contribui para a solidificação do caráter das pessoas, justamente pela transferência de valores relevantes para a harmonia social.

Além dessa aplasia institucional, menciona-se a pobreza que também absorveu novos significados, problemas e características. Assim, a pobreza, segundo Zaluar (2007) não se resume somente à privação de condições materiais, mesmo porque muitos dos bens materiais têm mero simbolismo, como posição hierárquica ou para determinar estilos, assim, pode-se compreender que a privação material é simbólica e relativa a partir do momento que as necessidades vitais são supridas. A exclusão deve ser também compreendida em diversos outros planos e processos, sendo considerada a exclusão de justiça e institucional.

Caldeira (2010, p. 43) menciona:

A fala do crime é produtiva, mas o que ela ajuda a produzir é segregação (social e espacial), abusos por parte das instituições da ordem, contestação dos direitos de cidadania e, especialmente, a própria violência. Se a fala do crime gera ordem, esta não é uma ordem democrática, igualitária e tolerante, mas exatamente o seu oposto. [...] no universo do crime, as barreiras estão enraizadas não apenas nos discursos, mas também materialmente nos muros das cidades, nas residências das pessoas em todas as classes sociais e nas tecnologias de segurança.

Outro fator relevante destacado por Silva (2008) é má distribuição de renda e a concentração dela em que a menor parte da população mantém a maior parte das riquezas; enquanto a maior parte, a menor parcela das riquezas, ou seja, dimensões inversamente proporcionais, condição essa que faz com que, para a satisfação das necessidades essenciais, parte desta população desfavorecida insere-se no mundo do crime e, conseqüentemente, da violência; essa condição favorece nimiramente para a segregação social.

De acordo com a colocação de Oliveira (2010), a concentração e má distribuição de renda no Brasil é histórica, contudo, com o advento da política neoliberal a partir dos anos 90, houve um incremento dessas circunstâncias em que poucas pessoas passaram a acumular uma grande quantidade de capitais, em detrimento da maior parte da população mundial, assim, 5% da população mundial detém enormes fortunas; enquanto os 95% restantes, a menor parcela do capital circulante em todo o mundo.

Essa condição exposta limita o acesso da maior parte da sociedade ao consumo dos bens de primeira necessidade, limitando a satisfação de suas necessidades mais básicas, como saúde de qualidade, alimentação, educação dentre outras conjunturas. Conforme se observa, embora indo de encontro ao sentido literal de violência, se trata de uma violência simbólica, presente no cotidiano da sociedade, em que o ser humano passa a estar abstraído do que é fundamental para o seu cotidiano, enquanto, pequena parcela da sociedade se encontra em situação de benefício, evidenciando-se assim a exclusão social.

Caldeira (2010, p. 255) entende a segregação como um apanágio relevante da sociedade, na qual ilustra tal condição com a seguinte citação:

São Paulo, no final dos anos 90, é uma metrópole com mais favelas e cortiços, mas seus muitos bairros pobres na periferia melhoraram consideravelmente; as velhas áreas centrais foram transformadas por processo combinados de enobrecimento e decadências; pessoas das classes altas vivem em regiões centrais e bem equipadas, mas também em novos enclaves fechados em região precárias e distante, perto dos mais pobres, na capital e fora dela; os empregos terciários estão mudando para áreas ainda não urbanizadas; e a oposição entre mais rico e mais pobre está se tornando mais visível.

Destarte, consoante se percebe, os enclaves fortificados reforça a segregação, delineando-se como uma falsa segurança, fragmentando o espaço urbano e tornando a segregação social mais incisiva, para Caldeira (2007, p. 155):

[...] espaços privatizados, fechados e monitorados para residência, consumo, lazer e trabalho. Esses espaços encontram no medo da violência uma de suas principais justificativas e vem atraindo cada vez mais aqueles que

preferem abandonar a tradicional esfera pública das ruas para os pobres, os “marginais” e os sem-teto. Enclaves fortificados geram cidades fragmentadas em que é difícil manter os princípios básicos de livre circulação e abertura de espaços públicos que servem de fundamento para a estruturação das cidades modernas.

Pestana (2007, p. 100) complementa a citação de Caldeira (2007) ao mencionar que:

A proliferação de condomínios fechados, por exemplo, coloca em evidência essa cisão social. [...] de 1999 para 2000 houve um aumento de 100% nos lançamentos de condomínios horizontais na grande São Paulo. O número de empreendimentos subiu de 35 em 1999 para 70 em 2000 e 105 em 2001. Os primeiros condomínios surgiram nos Jardins e na Chácara Flora, bairros considerados nobres em São Paulo. No começo, eram apenas empreendimentos para classes média e alta. A partir de 1999, passaram a ter padrões diversos, preços variados e se espalharam para a periferia e cidades vizinhas.

Pestana (2007) menciona como enclaves fortificados os *shoppings centers*. De acordo com o autor, nos anos de 1970, a cidade de São Paulo tinha somente sete destes estabelecimentos, porém, na década seguinte, esse número mais que dobrou, no início do ano 2000 já são mais de 50. Com o pressuposto inicial de concentrar em um único lugar diversas opções de consumo, contemporaneamente, os *shoppings centers* e relaciona diretamente à questão de segurança:

A atração por esses ambientes deve-se ainda a fatores como a busca pelo distanciamento do caos urbano e da violência. O fato é que hoje, ir ao shopping pode ter inúmeros significados, como cortar o cabelo, ir ao cinema, ao banco, ao restaurante, dançar, lavar roupas, fazer ginástica e até mesmo estudar. Embora o shopping não esteja totalmente imune a problemas como roubos ou furtos, a população assustada o considera ainda mais seguro do que as ruas da cidade. (PESTANA, 2007, p. 101)

É possível compreender que tais estabelecimentos passaram a representar um instrumento que torna o indivíduo imune à violência ao encontrar tudo o que necessita, consumo, lazer e realização de outros serviços em um único ambiente, limitando seu espaço de locomoção, conseqüentemente, expondo-se menos à violência.

Outro fator mencionado por Zaluar (2007) para o incremento da violência, como fator institucional é a corrupção policial na qual encontrou justificativa na mesma condição de exclusão que a vem explicando, tal condição, segundo a autora vem assegurando a impunidade diante de ações ilícitas contra a sociedade e contra pobres, estes que o Estado deveria defender e proporcionar saúde e educação. Caldeira (2010, p. 107) coloca que:

[...] o método peculiar de trabalho da polícia não apenas se baseia no comportamento ilegal, mas também impõe um claro desvio de classe. Consequentemente, membros das classes trabalhadoras têm boas razões para desconfiar da polícia e evitar-se com ela.

Ainda segundo Caldeira (2010) a própria polícia tem a tendência de diligenciar-se a desvelar determinados crimes em detrimentos de outros mesmos que sejam o mesmo tipo, levando em conta critérios de classes sociais.

Furtos a residência são bem investigados quando afetam pessoas das classes mais altas podem pagar para ter de volta seus bens e foram roubados ou furtados; elas põem também pedir à polícia que “seja dura”, ou seja, torture para conseguir informação. Arrombamento de residências tende a ser ignorados quando se trata de casas de pessoas pobres. Roubos e assaltos recebem o mesmo tipo de tratamento: os casos das classes trabalhadoras não.

Recentemente, vem se observando como nova forma de violência a efetivação de justiça com as próprias mãos, vem sendo comuns estas circunstâncias nas cidades brasileiras em que assaltantes são amarrados em postes, espancados; suspeitos de outras espécies de crimes agredidos até à morte, destruição de patrimônio público e privado em decorrência de reivindicações sociais e assim pode diante, de acordo com Diniz (2014) tal condição pode ser explicada, em tese, pela ausência de uma sólida contrapartida da aplicação da norma penal e da significativa benesses ao delituoso resultantes do processo penal. Acresce-se esta conjuntura a impunidade presente nos crimes cometidos por pessoas do núcleo político-econômico que, muitas vezes, sequer permanecem presos, implicando em uma representação falaciosa da lei, todas estas condições secunda o sentimento de insegurança e impunidade para a sociedade, cujas consequências contribuem sobremaneira para esta condição de “justiça com as próprias mãos”.

A violência é um produto criado pelas circunstâncias sociais, não se está mencionando somente a violência em seu sentido estrito, mas sim a violência simbólica que é decorrente da omissão estatal, bem como, das consequências dessas omissões que propicia o surgimento de organizações criminosas, corrupção e o enclausuramento da população.

Diante disso, a justificativa da violência não pode somente ser explicada

por questões de alteração do perfil familiar, da ausência de religião no cotidiano do indivíduo, pelo desemprego e outros fatores, nem tampouco a violência deve ser reduzida ao seu sentido literal, mas sim ampliada em diversos sentidos. Diante desta condição exposta, a problemática está em como combater estas formas de violência em que o Estado se mostra inoperante em termos de combate e aplicação efetiva da punição e controle da harmonia social, corrompida pela violência em detrimento da lei.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO PARA O CONTROLE DESMENSURADO DA VIOLÊNCIA

Nas últimas três décadas o mundo vem passando por uma transformação incisiva, o processo de globalização mundial, que eliminou as fronteiras não somente econômicas, mas principalmente as socioculturais, que resultaram em uma sociedade unívoca, juntamente a isso, diante dessa dinamização da sociedade globalizada, emergiu a concepção de disseminação do direito punitivista, com o fito de reduzir a criminalidade, corolário, propiciar a segurança à sociedade diante das novas infrações penais cometidas.

Com os ataques terroristas no World Trade Center em setembro de 2001, nos Estados Unidos, emergiu a teoria do Direito Penal do Inimigo com o pressuposto de punir o delinquente por ser potencialmente perigoso à sociedade, indo de encontro ao contrato social estabelecido entre a sociedade e Estado; assim, esse Direito visa neutralizar o inimigo que representa perigo para a sociedade, de modo que o Direito Penal do inimigo não se tende ao ato, mas sim à pessoa.

A concepção de inimigo é algo complexo e pode ser situado em perspectivas distintas, de acordo com Kant (apud PIN, 2006), em um estado de natureza, o inimigo é colocado em um estado de conflito perpétuo, de modo que a harmonia, a paz somente se consegue a partir da consolidação do Estado civil, de modo que no estado de natureza, os homens são ameaça para outros homens; em um Estado civil, a perspectiva é a de que não há risco para a segurança no processo de interação entre homens, assim, não haverá entendimento entre indivíduos, em que um compreenderá o outro como inimigo a partir do momento que não houver segurança em decorrência da falta de participação em comum neste estado civil.

Já Hobbes (apud. CARVALHO JÚNIOR, 2013) define o inimigo com sendo o indivíduo com o potencial de romper vínculos civis, retornando ao estado de natureza, que representa o uso do próprio poder da forma que compreender para a preservação de sua vida.

Desta forma, considerando as duas concepções anteriores e relacioná-las às formas de violência destacadas percebe-se uma clara e insofismável condição de um estado natural do homem, em que cada qual busca sua condição de sobrevivência, mesmo que seja em prejuízo daquilo que é juridicamente legal e protegido por lei, em que os indivíduos colocam-se em posição de inimigo. (SHECAIRA, 2012)

Para Hobbes (apud. CARVALHO JÚNIOR, 2013, p. 2): “[...] o estado

natural é um estado de guerra permanente onde os homens são inimigos entre si, podendo, como inimigos tudo contra todos, pois em estado de guerra não há leis, não há justo ou injusto e sequer bem ou mal.”

O grande paradoxo que se observa é que no atual estado civil, vive-se uma condição de anomia, na qual se evidencia a disseminação do estado natural da sociedade em virtude da do ceticismo diante da inoperância estatal, neste sentido, a apologia do Direito Penal do Inimigo, concepção emanada por Gunther Jacobs, vem sobressaindo como panaceia para mitigar a violência contemporânea, como uma forma de prevenção a ela.

Jackobs e Mieliá (2007), levando em consideração estas exposições, distingue a pessoa do indivíduo, sendo a primeira aquela que está envolvida com a sociedade, situando-se como um sujeito de direitos e obrigações diante de outras pessoas, integrantes da mesma sociedade; já o indivíduo, trata-se de um ser sensorial, integrante de uma ordem natural, movido por suas satisfações e não satisfações, conforme suas prerrogativas, ignorando as pessoas.

Para Jackobs e Meliá (2007), o Direito Penal do inimigo, diferente do Direito Penal do indivíduo, como parte integrante de um conjunto social, regulado por leis, foca o sujeito indivíduo como um ser potencialmente inimigo, na qual o Estado mantém uma relação de coação, visando o combate ao perigo que ele representa, punindo a sua periculosidade, funcionando como instrumento de medida de segurança, antecipando a tutela penal na punição de eventuais crimes, estereotipando determinados grupos de criminosos, interceptando-os em sua pretensa ação ainda um estado inicial. Neste contexto, Jackobs e Meliá (2007, p. 30) comentam: “[...] o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra.”

[...] no âmbito da criminalidade econômico, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, [...] pretendendo-se combater em cada um desses casos a indivíduos que em sua atitude[...], em sua vida econômica [...] ou mediante sua incorporação numa organização [...] tenham se afastado, provavelmente de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, ou seja, que não prestam a garantia cognitiva mínima que é necessária para o tratamento como pessoa. [...] não se trata, num primeiro momento, de compreensão de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade se adianta até o âmbito da preparação, e a pena se dirige ao asseguramento frente a fatos futuros e, não, a sanção de fatos cometidos. (JACKOBS E MELIÁ, 2007, p. 38)

No entanto, tal condição, considerando as constituições democráticas disseminadas pelo mundo, que asseguram garantias e direitos fundamentais à sociedade, garante aos seus cidadãos a não submissão a quaisquer arbítrios do

Estado, de modo que a teoria do Direito Penal do Inimigo pune o indivíduo antes da conduta por ele praticada justamente por não proporcionar segurança cognitiva, de modo que conspurcam de forma insofismável diversos princípios constitucionais, como o da proporcionalidade, presunção da inocência, devido processo legal, da exteriorização ou materialização do fato, *nulla injuria sine actione*, da Culpabilidade, *nulla actio sine culpa*, do Ônus da Prova, *nulla accusatio sine probatione*, da ampla defesa ou falseabilidade, *nulla probatio sine defensione*; pois conforme destaca Capez (2005, p. 8):

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível e seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

Acresce-se ainda a tal condição, conforme pressuposto de Jackobs (apud, JACKOBS E MELIÁ, 2007), que o delinquente deve ser excluído socialmente, condição esta que representa a conduta arbitrária do Estado, propiciando espaço para a aplicação de punições contrárias aos direitos humanos, pois antecipa o possível dano que indivíduo pode provocar na sociedade.

Consoante colocação de Silva Sánchez (2002), a transição do aspecto de “cidadão” para o aspecto “inimigo” se efetivaria diante da reincidência, o hábito de ir de encontro à lei, a delinquência profissional e, por fim, a integração em organizações criminosas estruturadas.

Para Jackobs e Meliá (2007), é o perigo do sujeito que o caracteriza como inimigo, contrapondo à pessoa-cidadã, a punição do inimigo paira no perigo que representa, pressupondo que no contexto interior do sujeito há o perigo de dano no devir.

Conforme se pode constatar, o Direito Penal do Inimigo, em sua essência, representa um retrocesso ao contexto jurídico penal, trazendo consigo apanágios medievais de punição, indo na contra mão de valores como a valorização da educação e redução das desigualdades sociais.

Destarte, para Jackobs e Meliá (2007), o Direito Penal do Inimigo é um instrumento de prevenção positiva que produz efeitos em toda a sociedade na qual ocorre a certeza da presença de uma norma. Assim, o inimigo é considerado como uma não pessoa, em que o Direito estabelece em ele uma condição de guerra, objetivando combater o perigo por intermédio de medida de segurança, punindo o perigo do agente antecipando a tutela penal na punição do perigo, mais especificamente os possíveis atos preparatórios do crime. Esta condição enseja a determinados grupos a condição de infratores.

Desta forma, pela concepção de Silva Sánchez (2002), esta perspectiva

do Direito, refere-se a uma expansão do Direito, situa-se em posição diametral do Direito Penal, flexibilizando as ferramentas dogmáticas do Direito, agindo no controle dos fenômenos de risco que vão se evidenciando na sociedade contemporânea, estabilizando a sociedade.

No entendimento do Direito Penal do Inimigo, na contramão do Direito Penal do Cidadão, não se evidencia como uma forma de prevenção, mas sim a aplicação da violência antes de seu cometimento. Não se trata de uma forma de assegurar a tutela da segurança, mas um meio arbitrário de prevenção de eventualidades criminosas que situa pessoas em uma condição deletéria para a sociedade, prevaricando os fins ínsitos à lei e os princípios constitucionais estabelecidos.

Para Jackobs (apud JACKOBS E MELIÁ, 2007), o Direito Penal do Inimigo não se trata de legitimar algo desmedido, mas sim de não confundir com um regime de exceção. No entanto, nos dizeres de Costa (2012), Jackobs, na sua proposta, admite a exceção, trata-se de um retrocesso dentro da concepção do Direito Penal em um Estado de Direito.

Kazmierczak (2010) expõe a posição de Zafaroni (2007) que destaca a fragilidade e a insegurança jurídica proporcionada pelo Direito Penal do Inimigo, uma vez que explicita a vontade arbitrária daqueles que sustentam o poder na definição de quem é considerado inimigo, bem como das ações necessárias para a contenção deles, trata-se de um comportamento autoritário, coercitivo e ditatorial.

A violência é uma realidade e que deve ser combatida, contudo, de uma forma racional e legal, não se previne crimes com a criação de tipos penais; as leis servem para punir, a prevenção se efetiva com a informação e a educação. Fabretti (2011) menciona que o aspecto positivo da violência está no sentido de desenvolver a moral, pois ele desafia a ordem estabelecida e por ser flexível, adquire novas formas por meio de mudanças. Assim sendo, o criminoso passa a ser considerado o agente de transformação social.

Leciona Zaffaroni (apud. KAZMIERCZACK, 2010, p. 82):

Quando uma pessoa é considerada como inimigo, retira-se dela a própria condição de pessoa, pois não é a quantidade de direito de que alguém é privado que lhe anula essa condição, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso.

Segundo Silva Sánchez (2002), a constatação de um Direito penal com os aspectos do Direito Penal do Inimigo, a discussão paira sobre a legitimidade do mesmo, devendo esta legitimidade estribar-se em considerações de necessidade absoluta, subsidiariedade e eficiência em uma condição de emergência. Contudo, deve-se levar em deferência se esta conceituação de Direito é Direito em si mesmo, ou um não-Direito, sendo uma pura reação defensiva de fato diante da exclusão de sujeitos.

O que permite inferir é que investir em leis, em criação de tipo penal é mais cômodo, as alternativas buscadas pela sociedade para se combater a violência se trata de ameaça para o Estado constituído. A sociedade é ameaçada pela violência e em um estado patológico e esta vem driblando-a a partir de seus meios, situando seus integrantes em uma condição de perigo à ordem estabelecida, condição esta contemporizadora pelo o Estado diante de sua inércia na prevenção da violência cotidiana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário de violência destacado anteriormente pode sim ser transformado, contudo, identificar novas formas de punição, como o Direito Penal do Inimigo, não se trata de um caminho peremptório, mas sim algo contraproducente que macula um Estado Democrático de Direito diligentemente buscado por anos. O estado patológico que se encontra a violência deve ser combatido com a transformação real da aplicação da lei no Brasil, justificando os princípios constitucionais como os de igualdade na aplicação do processo penal, da aplicação da pena, do acesso à justiça, da segurança jurídica dentre outros, principalmente, promovendo a educação como um direito fundamental da sociedade, para que, a médio e longo prazo, as circunstâncias de violência apontadas possam ser transformadas em um cenário de harmonia social.

A necessidade social se situa no resgate da crença no Estado por parte da sociedade, que, contemporaneamente, vem se sentido órfão em seus direitos fundamentais, dentre eles o de segurança, ensejando que busquem meios de atender estas necessidades por seus próprios meios, por artifícios legais, como o enclausuramento em condomínios fechados; outrossim, por condutas ilícitas, fazendo a justiça pelas próprias mãos, pura anomia social, em virtude da ausência do papel do Estado, ensejando concepções para suprir esta deficiência, como o Direito Penal do Inimigo que vai de encontro a quaisquer preceitos constitucionais instituídos, representando outra forma de violência simbólica contra a sociedade.

A solução não está na criação de artifícios jurídicos de punição como meio de conter a violência, pois estes já existem. A criação de tipos penais não previne a violência, mas sim a consubstanciação de comportamentos morais e éticos nas relações sociais, mantendo a violência e a criminalidade, dentro de parâmetros socialmente aceitáveis, condição está que somente será viável a partir da colocação da educação como prioridade política.

Referências

- ADEODATO, Antônio. *O Problema da legitimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ARENDT, H. *Sobre a Violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- _____. *Violência, poder, força e autoridade*. 2005. Disponível em: <<http://criticaehistoria.blogspot.com.br/2008/05/hannah-arendt-violncia->

poderfora-e.html> Acesso em 30 mai. 2014.

BRISCKIEVICZ, Danilo Arnaldo. *Violência e Poder em Hannah Arendt*. 2009. Disponível em: www.recantodasletras/trabalhosacademicos/1646163> Acesso em: 24 mai. 2014.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio, *Cidades e Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*: São Paulo: EDUSP, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO JÚNIOR, Almério Vieira de, *O Direito Penal do Inimigo*. 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11101&revista_caderno=3> Acesso em: 30 mai. 2014.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Teoria do crime e da pena de Durkheim*. 2011. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/humbertorevisado.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2014.

MONTEIRO, Edson. *Corrupção Policial, ação de advogado e juiz ineficiente mantêm PCC*. Disponível em: ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/24642/27879.shtml: Acesso em: 30 mai. 2014.

DINIZ, Rebeca, *A Teoria da Anomia e os linchamentos no Brasil*. 2014. Disponível em: <http://rebeccadinizz.jusbrasil.com.br/artigos/113493802/a-teoria-da-anomia-e-os-linchamentos-no-brasil>> Acesso em: 30 mai. 2014.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed - Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

KAZMIERCZAC, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

MOREIRA, Humberto Rodrigues. *Conceito de anomia*. 2010. Disponível em: <http://www.cambury.edu.br/blog/direito/2010/11/02/o-conceito-de-anomia/>> Acesso em: 30 mai. 2014.

OLIVEIRA, Waléria Fortes de; GUIMARÃES, Marcelo Rezende. *O conceito de violência em Hannah Arendt e sua repercussão na educação*. 2010. Disponível em: <http://www.educacionenvalores.org/spip.php?article809>> Acesso em: 30 mai. 2014.

PESTANA, Débora, Regina. *Medo e opinião pública no brasil contemporâneo*. 2007. Disponível em: www.doaj.org/doaj?func=fulltext&aId=737191> Acesso em: 20 mai. 2014.

PIM, Joám Evans, *Para a paz perpétua / Immanuel Kant*. - Estudo introdutório. Tradução Bárbara Kristensen.- Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTO, Maria Stela Grossi . *A violência entre a inclusão e a exclusão social*. Tempo soc. vol.12 no.1 São Paulo May 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-2070200000100010&script=sci_arttext Acesso em: 23 mai. 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SEREJO, Lincoln Sales. *Poder e violência*. Revista em Foco em Educação e

Filosofia. V.1. 2008. Disponível em: < www.educaçãofilosofia.uema.br> Acesso em: 24 mai. 2014.

SILVA, Valter José da. *Fatores sociais como geradores da criminalidade*. 2008. Disponível em: www.proconsciencia.com.br/index2.php?option=com...do... Acesso em: 29 mai. 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

TAVARES DOS SANTOS, J. V. et al. *A palavra e o gesto emparedados: a violência na escola*. Porto Alegre: Secretaria Municipal de Educação. 1998.

ZALUAR, Alba; LEAL, Maria Cristina. *Violência extra e intra muros*. RBCS Vol. 16fevereiro/2001. Disponível em: < www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4335.pdf> Acesso em: 23 mai. 2014.

ZALUAR, Alba. *Exclusão e políticas públicas, dilemas teóricos e alternativas políticas*. Rev. bras. Ci. Soc. vol. 12 n. 35 São Paulo Feb. 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091997000300003&script=sci_arttext> Acesso em: 29 mai. 2014.

A TRAJETÓRIA LEGISLATIVA DA VÍTIMA NO BRASIL

João Felipe Silva²

Resumo

A vítima percorre uma trajetória legislativa no Brasil marcada por avanços e retrocessos. No período imperial, a legislação infraconstitucional ocupava-se de forma mais detalhada da vítima, principalmente no que tange à reparação dos danos por ela sofridos. Ao adentra-se o período republicano, alterações legislativas ocorreram, um número considerável de constituições sucederam-se e a vítima acabou por perder espaço nas preocupações do legislador penal que se mostrava mais interessado em melhorar os meios de investigação e de persecução criminal. Apenas a partir de meados da década de 1980, após a influência da Vitimologia ensejar uma declaração internacional de direitos das vítimas, oriunda da ONU, o Brasil passa a adotar legislação mais complacente com a figura da vítima. Tais avanços legislativos acabaram por ensejar o Programa Federal de Proteção à Vítima e à Testemunha, cujo objetivo é preservar a integridade física e psíquica da vítima. Além disso o Brasil, através do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) estabelece que a proteção à vítima possui *status* de política pública. A análise crítica, objeto do presente estudo inicia-se com o período imperial, pós independência e se estende até os dias atuais, abordando os diplomas legais de maior relevância para o tema.

INTRODUÇÃO

A figura da vítima é alvo de estudos que datam de certa contemporaneidade. É certo que a legislação pátria nunca deixou de dedicar certa atenção às vítimas de delitos.

Também é certo afirmar-se que tal atenção foi mais ou menos intensa, variando conforme o momento político que o país atravessava, mas sobretudo, em virtude da escola criminológica dominante que influenciava o legislador infraconstitucional no momento da elaboração dos textos normativos.

Os textos constitucionais vigentes durante a história do Brasil acabaram por mencionar a vítima sem o aprofundamento que o tema requer. Uma das causas reside no fato de que por mais analíticas as constituições do Brasil possam ser e ter sido, não há espaço nas Cartas Políticas para a abordagem mais pormenorizada do tema relativo à vítima.

A Vitimologia, ciência autônoma surgida em meados da década de 1940, veio a influenciar de modo progressivo a elaboração das leis penais vigentes no Brasil, trazendo novas perspectivas acerca do trato estatal para com a vítima.

Dessa feita, conforme se perceberá adiante a legislação infraconstitucional foi incumbida de imprimir o necessário detalhamento acerca da forma como o Estado e os particulares devem se comportar em relação às vítimas.

Contudo, o que se pode notar é que em seus vários diplomas legais

² Bacharel em Direito, Especialista em Direito do Estado, Mestrando em Ciências Jurídicas, Professor Universitário de Direito Civil e Direito Internacional no Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos, Advogado.

voltados à área do Direito Penal e do Processo Penal, ainda é débil no país a preocupação para com o bem estar das vítimas.

Ainda que o Brasil seja Estado-Parte na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder, oriunda da Organização das Nações Unidas, pouco se fez no intuito de efetivamente melhorar a situação das vítimas, o que denota o débito internacional do Estado brasileiro, uma vez que assumiu obrigação perante a comunidade internacional a qual ainda não cumpriu na sua integralidade.

Ainda é dominante na legislação o estabelecimento de mecanismos que agilizam a persecução penal, com a melhoria nas formas de apuração do delito, assim como sua persecução em juízo, restando muito pouco ou nada para a vítima que acaba participando do processo apenas como mero informante de um fato típico penal.

Logo, suas aspirações enquanto ser humano são pouco atendidas, o que em última instância revela afronta a sua dignidade enquanto pessoa.

Desde o período imperial até a redemocratização do Brasil, passando pelo período ditatorial, período que compreendeu menos de dois séculos no qual as turbulências políticas sacudiram o país, as legislações constitucionais e infraconstitucionais deixaram de tratar a contento o tema referente à vítima.

Somente mais recentemente as legislações penais, processuais e penais especiais vieram a voltar as atenções para a vítima, de forma que imbuídas de influências advindas da Vitimologia e seus estudos, passou-se a cogitar acerca de temas como Justiça Restaurativa, recomposição de danos patrimoniais causados às vítimas, preocupação com a integridade física e psíquica da vítima, entre outros abordados no presente estudo.

O Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988, passa a mostrar-se mais sensível com a figura da vítima, incluindo no arcabouço jurídico leis e decretos-leis que alçam o cuidado para com a vítima ao *status* de política pública.

O presente artigo científico ocupou-se da análise crítica do ordenamento jurídico, com destaque para os textos constitucionais, legislação penal e processual penal, além de algumas legislações esparsas nas quais o tema vítima foi melhor evidenciado.

Trata-se de análise cronológica, a fim de que se possa analisar de forma clara a mudança do paradigma concernente ao modo de se atender à figura da vítima. Logo, inicia-se o estudo na legislação editada logo após o rompimento dos laços coloniais que atrelavam o Brasil à Metrópole portuguesa, para posteriormente avançar no período republicano, no ditatorial e chegando-se até os dias atuais, após a redemocratização do Brasil e a assunção de obrigações internacionais pelo Estado brasileiro.

1. A CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DE 1824 E O CÓDIGO CRIMINAL DE 1830.

Tendo em vista o propósito do presente trabalho, indispensável se faz a análise dos primórdios legislativos pátrios, no intuito de remontar o trato

legislativo da vítima frente ao ordenamento brasileiro para compreender a sua evolução e desenvolvimento até atingir-se os dias atuais.

Inicialmente, há que se destacar o fato de que, embora tenha sido plasmado no texto da Constituição do Império do Brasil, datada de 22 de Abril de 1824, um considerável rol de direitos no Título 8º da Carta Constitucional, cujo título é “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros (*sic*)”, não há qualquer menção específica acerca de direitos das vítima de delitos e abuso de poder.

Cumprindo ainda ressaltar que a referida Constituição não é fruto da vontade popular, haja vista ter sido outorgada, trazendo como características marcantes o regime da monarquia parlamentar, uma faceta liberal e o acentuado centralismo político³.

A maior expressão da centralização do poder encontra-se na figura do Poder Moderador, insculpido no artigo 10, e regulamentado no Título 5º, Capítulo 1º, artigos 98 a 101, que à época constituía-se em um dos poderes do Império, ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Havia, portanto uma tetrapartição de poderes no Império.

Entre os dispositivos acima citados os mais emblemáticos apontam para o relevante destaque dado à figura do Imperador, titular privativo do Poder Moderador e pessoa inviolável, além de não estar sujeito a qualquer espécie de responsabilização.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. (*sic*) (1824, p. 11).

Desse modo, resta evidente que o tema referente à proteção expressa da vítima não era assunto de maiores preocupações do texto da Constituição do Império, fato este que não se repetiu no Código Criminal de 1830, no qual há menções sobre a vítima no sentido referente à sua participação na gênese do crime e em alguma medida ressaltando-lhe o direito ao ressarcimento nos crimes patrimoniais.

O Código Criminal do Império representa avanço em relação à crueldade típica das ordenações Filipinas, com a abolição dos castigos corporais. Contudo, ainda havia a previsão da pena de morte por enforcamento⁴ e a da galés⁵ que poderia, inclusive, ser perpétua.

No que concerne ao ofendido, não se utilizou o termo vítima naquele

³ WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 85.

⁴ Vide artigo 38 do Código Criminal de 1830: “A pena de morte será dada na forca.”

⁵ Conforme o artigo 44 do Código Criminal de 1830 tratava-se de pena de trabalhos forçados imposta ao condenado que ficava atrelado a calcetas nos pés e correntes de ferro.

diploma legal, havia considerável quantidade de menções e disposições legais, que variavam desde sua posição ou atuação como circunstância agravante ou atenuante do crime em relação às suas características pessoais, até a sua reparação pelos prejuízos sofridos em virtude do crime, passando ainda por fator determinante da dosimetria da pena.

Na “Parte Primeira” do Código de 1830, sobretudo no artigo 16, a legislação ocupou-se de apresentar as situações agravantes que, conforme o exposto acima, levavam em conta as características físicas do ofendido, como idade, força física, além de circunstâncias que, via geral, dificultavam a defesa da vítima.

Art. 16. São circunstâncias agravantes: (...) 5º Ter o delinquente faltado ao respeito devido á idade do offendido, quando este fôr mais velho, tanto que possa ser seu pai. 6º Haver no delinquente superioridade em sexo, forças, ou armas, de maneira que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa. 7º Haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre, ou superior do delinquente, ou qualquer outra, que o constitua á respeito deste em razão de pai. (...)12. Ter precedido ao crime a emboscada, por ter o delinquente esperado o offendido em um, ou diversos lugares. (...)14. Ter havido entrada, ou tentativa para entrar em casa do offendido com intento de commetter o crime. (*sic*) (1830, p.2).

Por sua vez, o artigo 17 estabelecia como agravado o crime cujos resultados lesivos também atingiam a família do ofendido. Dessa forma, resta clara a intenção do legislador de proteger não apenas a pessoa da vítima, mas também seus familiares que não raro figuram como vítimas indiretas do crime, ou seja, sofrem o dano advindo do crime por via oblíqua que pode ser de duas espécies, o moral e o patrimonial.

De outra banda, a atuação da vítima era analisada também para atenuar a pena do criminoso. A lei penal à época previa a atenuação do crime no caso da prática deste ter sido precedida por agressão do ofendido⁶.

A referida atenuante leva em conta atuação do ofendido, que é classificada atualmente pela moderna Vitimologia, de acordo com a classificação elaborada por Benjamin Mendelson, como Vítima tão culpada quanto o delinquente. (MOREIRA FILHO, 2004, p.47).

Na parte dedicada às penas, a proteção do ofendido é evidenciada através da vedação de a pena de degredo ser aplicada para o território que compreende a comarca de seu domicílio, o que demonstra a preocupação do legislador em não submeter vítima à possíveis represálias do criminoso condenado.

⁶ Art. 18. São circunstâncias atenuantes dos crimes: 6º Ter precedido agressão da parte do offendido. (*sic*) (1830, p. 3).

O mesmo ocorria para a pena de desterro, já que o artigo 52 estabelecia o afastamento do apenado do território do local do crime, de sua principal residência e da principal residência do ofendido⁷.

Acerca dos crimes em espécie e suas penas, descritos na Parte Segunda do Código Criminal de 1830, são levadas em conta circunstâncias específicas do ofendido como parâmetros para dosimetria da pena, assim como seus direitos, cuja previsão expressa encontra-se no artigo 240 que estabelece o direito do ofendido de pedir explicações no caso de crime de calúnia ou injúria.

A reparação dos danos causados ao ofendido também foi objeto de atenção do Código Criminal no capítulo IV, intitulado “Da Satisfação” que estabelecia a regra da reparação mais completa possível. Para tanto, estabelecia a lei penal que o mal causado à vítima seria avaliado em todas as suas partes e consequências.

No intuito de buscar a mais completa reparação dos danos da vítima o Código Criminal estabelecia a sucessão na obrigação reparatória aos herdeiros do delinquente e o direito à reparação aos herdeiros do ofendido.

Além disso, há a previsão no artigo 30 de que a satisfação dos prejuízos da vítima preferem ao pagamento das multas impostas ao réu pelo Estado, de forma que o patrimônio do criminoso deveria ser destinado primeiramente ao ressarcimento da vítima.

Há que se ressaltar, entretanto, que a referida satisfação de prejuízos causados à vítima não incumbia ao Estado, mas sim ao condenado pela prática criminosa.

O Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, posteriormente alterado pela Lei nº 261 de 03 de dezembro de 1841, por sua vez não traz maiores menções acerca do ofendido, o fazendo apenas quando estabelecia inicialmente em seu artigo 57 que o direito a pleitear indenização era imprescritível, posteriormente alterado e em seu artigo 36 estabelecia o prazo de prescrição para a obrigação de indenizar, fixado à época em trinta anos⁸.

Destarte, a legislação criminal de 1830, embora ainda impregnada de resquícios do período colonial demonstra avanço no trato da vítima e estabelece formas de reparação dos prejuízos causados pela ocorrência do delito.

2. AS CONSTITUIÇÕES DE 1891, 1934 E 1937.

Dado o esgotamento do sistema monárquico e a insatisfação com o Império sobreveio a República que segundo Gilmar Ferreira Mendes (2009, p.185) foi fruto muito mais da desconfiança das instituições monárquicas do que da crença nas virtudes republicanas.

Em virtude da influência estrangeira, especialmente norte-americana, a

⁷ Art. 52. A pena de desterro, quando outra declaração não houver, obrigará os réos a sahir dos termos dos lugares do delicto, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrar em algum delles, durante o tempo marcado na sentença. (*sic*).

⁸ Art. 36. A obrigação de indemnizar prescreve passados trinta annos, contados do dia em que o delicto fôr commettido. (*sic*) (1841, p. 4).

primeira da República dos Estados Unidos do Brasil visa, de forma expressa no texto constitucional, neutralizar o poder pessoal do governante, de modo a buscar a concretização de uma maior distribuição de competências e realizar efetivamente a tripartição de poderes nos moldes estabelecidos por Montesquieu.

Entretanto, as instituições demonstravam-se ainda atreladas ao modelo oriundo do Império, o que em grande parte dificultou a plena concretização dos valores republicanos e a repudia ao modelo monárquico parecia não ter sido um sucesso completo.

Apesar ou por causa do aparente sucesso dessa atuação solitária do seu "elaborador maior", a verdade é que, decorridas duas décadas da sua promulgação, já se tornava evidente que a Constituição de 1891 não dispunha de força normativa suficiente para ordenar o processo político, do que resultou o surgimento de insatisfações generalizadas, tendentes a aboli-la ou, no mínimo, a reformá-la profundamente. (MENDES, 2009, p. 188).

Tendo em vista tratar-se de verdadeiro período de transição do regime monárquico para o republicano, uma série de ajustes haveriam que ser feitos, assim como ainda era necessário lidar com o furor reacionários dos conservadores que viam na monarquia o melhor regime para o Brasil à época.

Noutras palavras, com ou sem razão, vítima de alegada falta de sintonia com os fatores reais de poder, bem assim pela ausência de clareza e intensidade nos ideais daqueles que a elaboraram, o fato é que não durou muito para que aquela Constituição despertasse "vontades reformistas", que, afinal, se concretizaram em 1926, quando significativas alterações se introduziram no seu texto, seja na parte relativa à organização do Estado, seja na que dispunha sobre os direitos e garantias individuais. (MENDES, 2009, p. 189).

No que diz respeito à menções expressas sobre eventuais direitos das vítimas, a Constituição de 1891 muito pouco o fez. Pode-se destacar a afirmação acerca da inviolabilidade da casa, cuja regra somente pode ser mitigada, entre outros casos, para se "acudir a victimas de crimes (*sic*)⁹".

Dessa feita, a primeira constituição da República deixou de dedicar maior atenção às vítimas de crimes ou abuso de poder.

⁹ Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei. (*sic*) (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

Com o advento da Constituição de 16 de Julho de 1934 o Brasil atravessa momento político de democratização e de esforço pela concretização de direitos sociais.

Dessa forma, inspirado pelas constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, o texto constitucional de 1934 pela primeira vez faz constar um rol de direitos sociais o que marca o modelo de Estado Social então assumido pelo Brasil.

No que diz respeito à constitucionalização da ordem econômica e social, Paulo Bonavides observa, com a sua costumeira acuidade, que essa decisão se inseriu na modelagem do Estado Social – a terceira revolução política da idade moderna –, em cujo âmbito, inspirada menos na referência ao indivíduo do que no valor da pessoa humana, a própria sociedade, sem derramar sangue nem acender labaredas, antes de forma silenciosa e irreprimível, vai promovendo a convergência entre liberdade e igualdade e se libertando da alternativa, simplória, de ter de optar entre o capitalismo e o marxismo, o que, afinal, evidencia que os direitos sociais, fruto desse *aggiornamento* político e constitucional. (MENDES, 2009, p. 190).

A Lei Maior de 1934 assegurou ainda um considerável rol de liberdades individuais, entre elas a de manifestação do pensamento, insculpida no artigo 113, item 9.

Como contraponto, o texto constitucional sob análise também consagrou o direito de resposta, o que denota uma implícita preocupação com a vítima de ações que extravasam a liberdade de expressão do pensamento.

Apesar de bastante avançada para seu tempo, a Constituição de 1934 resistiu pouco tempo, vindo a ser substituída pela de 1937, fruto de um golpe militar levado à efeito pelo próprio presidente da República.

Com efeito, acossada pela conjugação de múltiplas adversidades – econômicas, políticas e sociais –, tanto no plano interno quanto no cenário internacional, a Constituição de 1934 teve curtíssima duração, vindo a sucumbir em 10 de novembro de 1937, vítima de golpe desfechado pelo próprio Presidente da República, que assim justificou o sacrifício daquele texto constitucional, que, em princípio, deveria institucionalizar e consolidar a Revolução da qual ele fora, indiscutivelmente, o maior líder. (MENDES, 2009, p. 190).

A Constituição de 1937 apresenta em seu texto uma concentração de poderes na figura do chefe do executivo federal, que possuía poderes para

inclusive dissolver a Câmara dos Deputados, conforme o estabelecido na alínea “c” do artigo 74.

(...) a Constituição de 1937, inspirada no Fascismo europeu, instituiu o autoritarismo corporativista do Estado Novo e implantou uma ditadura do Executivo (todos os poderes concentrados nas mãos do presidente da República) que se permitia legislar por decretos-leis e reduzir arbitrariamente a função do Congresso Nacional (...). (WOLKMER, 2002, p. 113).

A vítima foi lembrada apenas no que concerne ao direito de resposta em relação às ofensas à honra praticadas em jornais, conforme o estabelecido no artigo 15, alínea “c” do texto constitucional.

O período conhecido como República Velha apresentou-se como conturbado e controverso, haja vista o fato de que o mesmo presidente que inicialmente defendia a democratização do Brasil foi protagonista de um golpe que resultou com a instauração de um regime ditatorial disfarçado de democracia, no qual a figura presidencial através de uma estratégia política conhecida como populismo manipulava as massas e a opinião pública em seu favor.

No que toca às vítimas de delitos, as constituições desse período dedicaram-lhes pouca ou nenhuma atenção, relegando tal tarefa para o Código Criminal ainda em vigor cujas principais disposições acerca do trato para com a vítima foram abordadas acima neste texto.

3. O CÓDIGO PENAL DE 1941 E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1946.

O Código Penal, elaborado em substituição do Código Criminal e instituído através do Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 representou profundas alterações na legislação penal então vigente no Brasil.

A novel legislação penal demonstrava estar afinada com os progressos sociais e tecnológicos, enormes se comparados à sociedade do período imperial.

Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo. A datar de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis. (*sic*) (EXPOSIÇÕES DE MOTIVOS DO CÓDIGO PENAL DE 1940, p.1).

Dessa feita, com a entrada em vigor do novo Código Penal, o termo vítima passou a ser empregado com maior frequência na legislação, assim como os termos ofendido e lesado também foram utilizados pelo legislador.

Ainda assim, no texto legal anterior à reforma de 1984 do Código Penal a vítima recebeu escassa atenção legislativa, o que denota a influência das escolas criminológicas que, até então pouco se importavam com a figura da vítima de delitos, focando suas atenções especialmente no infrator da norma penal.

O Código Penal Brasileiro, instituído pelo Dec.-lei 2.848/40, destinou poucos artigos à proteção da vítima, o que denota a imprescindibilidade de atenção e tratamento peculiar, repensando e reelaborando tal posicionamento, de maneira a reequilibrar seus direitos em relação àqueles já reconhecidos aos infratores. (MAZZUTTI, 2012, p. 91).

De acordo com Guaracy Moreira Filho (2004, p.59) após a reforma do Código Penal levada à efeito pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, a palavra vítima aparece 22 vezes, ofendido 19 e lesado, apenas uma vez¹⁰.

Há que se lembrar que no interregno entre a entrada em vigor do texto original do Código Penal pátrio e sua reforma no ano de 1984 floresceu na Europa uma nova doutrina, posteriormente defendida como ciência autônoma da Vitimologia.

A Vitimologia surge entre nós logo após a II Guerra Mundial, quando o mundo assistiu, perplexo, a uma das maiores atrocidades já registradas contra a humanidade: o extermínio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração nazistas, comandados por Adolf Hitler. Sua fundação deve-se a Benjamin Mendelson, professor de Criminologia e advogado em Jerusalém, que pronunciou na Universidade de Bucareste em 1947, sua famosa conferência “Um horizonte novo na ciência biopsicossocial - a Vitimologia”. (MOREIRA FILHO, 2004, p. 19).

Segundo Vanessa De Biassio Mazzutti (2012, p. 90) as inovações referentes à inclusão de um maior número de artigos relacionados à vítima após a reforma do Código Penal demonstram a influência, ainda que tímida, da Vitimologia na legislação penal pátria.

Destaca-se inicialmente a atenção dada ao comportamento da vítima no momento da dosimetria da pena, conforme o estabelecido no artigo 59.

¹⁰ Vítima: artigos 20, 59, 63, 71, 94, 107, 121, 122, 129, 133, 148, 157, 160, 163, 216-A, 221, 224, 225, 226, 227. Ofendido: artigos 61, 100, 103, 104, 105, 106, 107, 121, 138, 139, 140, 144,145,240. Lesado: artigo 91, Inciso II.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao **comportamento da vítima**, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...). (1940, p.4) (grifo nosso).

O comportamento da vítima é levado em consideração para a fixação da pena-base levando-se em consideração sua influência na ocorrência do delito.

Importante salientar que conforme a conduta da vítima, o ação praticada pelo agente do delito pode inclusive ser considerada atípica ou acobertada por alguma causa de exclusão da antijuridicidade, como se verifica no caso da legítima defesa, inculpada no artigo 23, Inciso II do diploma legal ora sob análise.

Outros dispositivos do Código Penal abordam a vítima. Na Parte Geral, importantes as disposições acerca das agravantes e atenuantes, presentes nos artigos 61 e 65, que levam em conta a participação da vítima para atenuar ou agravar a pena a ser imposta ao réu.

Na Parte Especial do Código Penal as características pessoais da vítima (como sua pouca ou elevada idade), assim como sua conduta também figuram como o circunstâncias que implicam no aumento ou na diminuição do *quantum* mínimo e máximo de pena a serem dosadas pelo Magistrado no momento de elaboração da sentença condenatória¹¹.

Situação curiosa é a que diz respeito à reparação dos danos e indenização da vítima e de seus familiares pelos prejuízos advindos da prática delituosa.

O atual Código Penal não dedicou a mesma atenção apresentada no Código Criminal de 1830, que possuía capítulo específico dedicado ao tema. De acordo com Vanessa De Biassio Mazzutti (2012, p. 93) esse fato explica-se em virtude da constatação de que durante muito tempo a maior preocupação foi com a imposição de penalidade, ficando esquecidos os direitos daqueles que foram prejudicados pela conduta criminosa.

O artigo 91, Inciso I do Código Penal estabelece que um dos efeitos da condenação criminal é tornar certa a obrigação de indenizar. No entanto, o referido diploma legal deixa de estabelecer regras mais precisas sobre a forma como tal reparação deve se dar.

Interessante se faz mencionar que a questão relativa à reparação e indenização às vítimas pelos prejuízos decorrentes do ilícito. No Código Penal brasileiro, tal referência é mínima (...). (MAZZUTTI, 2012, p. 93).

¹¹ Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena: § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a **injusta provocação da vítima**, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Homicídio qualificado§ 2º Se o homicídio é cometido: IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a **defesa do ofendido**; Pena - reclusão, de doze a trinta anos. (grifo nosso).

A Constituição de 1946, promulgada no pós-guerra tratou de restabelecer a democracia representativa e apresentou-se como o texto que até então mais acertadamente realizara a distribuição de competências entre os Poderes do Estado.

Inspirada pelo texto de 1934, a Constituição de 1946 delimitou os direitos políticos e os direitos sociais, assim como fixou diretrizes gerais sobre a ordem econômica e o sistema educacional. No entanto, sérias críticas ao texto constitucional sob análise podem ser apontadas no seguinte sentido:

a) o enfraquecimento do Executivo, deixado à mercê do Legislativo; b) o fortalecimento do Legislativo, mas num quadro normativo anacronicamente reduzido às figuras da lei constitucional e da lei ordinária; c) a criação de óbices à intervenção do Estado no domínio econômico, o que era incompatível com a sociedade industrial emergente; e, por fim, d) a adoção do pluralismo partidário, sem limitações nem cautelas, o que levou ao ressurgimento da "política estadual" e à criação de "partidos nacionais" de fachada, cujas siglas escondiam meras federações de clientelas ou de facções locais. (MENDES, ano, p, 195).

Resistindo a todos os abalos políticos que marcaram sua vigência, a referida Lei Maior perdurou por quase vinte anos e o país experimentou período de tolerância e paz, até o Golpe Militar de 1964, quando foi deposto o Presidente João Goulart e o país se viu imerso em um regime ditatorial que perdurou por quarenta anos.

Dessa forma, apenas o artigo 141 da Constituição de 1946, em seu parágrafo 5º preocupa-se com o direito de resposta em caso de ofensa à honra perpetrada por intermédio dos veículos de informação. De fato, as maiores preocupações com a vítima restringiram-se à legislação penal acima assinalada.

4. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E AS CONSTITUIÇÕES DE 1967, 1969 E 1988.

O Código de Processo Penal, fruto do Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 substituiu o Código de Processo Criminal e representou avanço e consonância com as mudanças verificadas na sociedade.

Registre-se que o modelo de sistema processual utilizado pela legislação pátria, conhecido como acusatório, é considerado, inegavelmente, o tipo mais democrático para se conduzir um processo justo e equilibrado. (MAZZUTTI, 2012, p. 100).

Durante o seu período de vigência, que data até os dias atuais houve uma série de reformas em seu texto, representadas sobretudo pelas Leis nº 8.862/94, 10.792/03, 11.435/06, 11.690/08, 11.719/08, 11.900/09, 12.403/11, 12.694/12, que tratam respectivamente da prova pericial, do interrogatório do réu, das medidas assecuratórias e formas de ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima, da criação de um Capítulo dedicado ao ofendido/vítima, da atuação do Ministério Público e do Defensor, do interrogatório do réu, da prisão, das medidas cautelares alternativas à prisão e da liberdade provisória e da alienação dos bens assegurados.

A posição da vítima dentro do processo sempre foi tema de discussão e estudos voltados, especificamente, para o objetivo centra: a sua consideração como sujeito de direitos e parte essencial para a concretização dos verdadeiros ideais de justiça. (MAZZUTTI, 2012, p. 100).

Diferente do anterior Código de Processo Criminal, que em nenhum momento veio a prever a oitiva do ofendido, o atual Código de Processo traz tal previsão tanto para a fase inquisitorial quanto para a processual.

De relevante destaque é a Lei 11.690/08 que criou o Capítulo V no CPP, dedicado exclusivamente ao ofendido e a Lei nº 11.719/08 que estabelece meios para o ressarcimento da vítima dos prejuízos sofridos pela ocorrência do crime.

Nessa esteira foram criados maiores direitos à vítima a serem exercidos no bojo do processo penal, tal como o de ser comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e saída do acusado da prisão, assim como da designação de data para audiência e da publicação da sentença e de eventual acórdão que a modifique ou mantenha, tal como descrito no parágrafo 2º do artigo 201.

O mesmo dispositivo em seu § 4º demonstra a atenção para com a vítima ao estabelecer que esta deve ser colocada em local separado do acusado antes do início da audiência e durante a sua realização, com vistas a preservar a vítima do infortúnio de compartilhar o mesmo espaço físico com a pessoa acusada de atentar contra seu bem jurídico.

Por sua vez no artigo 201, §5º encontra disposição no sentido de o juiz, caso entenda necessário venha a encaminhar a vítima para atendimento multidisciplinar às expensas do ofensor ou do Estado.

Preocupou-se o legislador, ainda, na proteção do ofendido, garantindo espaço reservado a ele, antes do início da audiência. Ainda nessa linha, pode o juiz, sendo necessário, encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde. Deve o juiz, velar, ademais, pela preservação da intimidade, da vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, para tanto, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos. (CUNHA, 2009,

p. 101).

A Lei 11.719/08 traz em seu bojo alterações no artigo 387, Inciso IV da lei processual penal ao dispor que “[...] o juiz ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido [...]”

A referida disposição legal tem por escopo facilitar a quantificação dos danos a serem recompostos pelo réu, assim como possibilitar maior celeridade para vítima concretizar sua indenização e trazer economia processual, evitando a liquidação dos danos em outro processo a ser deflagrado na esfera cível.

O dispositivo em apreço demonstra a diminuição na demora antes experimentada pela vítima no ressarcimento de seus danos, além de implicar um importante passo na concretização das inspirações vitimológicas, segundo as quais o ofendido deve ser visto como uma das principais figuras envolvidas no processo penal. (MAZZUTTI, 2012, p. 106).

Entretanto, conforme o vaticinado acima, há que se destacar o problema advindo da falta de meios para a concretização dos direitos previstos na legislação penal adjetiva.

No que diz respeito ao texto constitucional vigente à época da edição do Código de Processo Penal, tratava-se da Constituição de 1946, já abordada acima, que foi substituída pela de 1967 após o golpe militar de 1964.

Produto da Revolução de 1964, e com a pretensão de consolidar seus "ideais e princípios", tivemos a Constituição de 1967, que foi aprovada pelo Congresso Nacional, para tanto constrangido a deliberar em sessão extraordinária de apenas quarenta e dois dias – de 12-12-1966 a 24-1-1967 –, com base em proposta literalmente enviada "a toque de caixa" pelo Presidente da República, que para tanto dispunha do apoio das Forças Armadas, se necessário até mesmo para o fechamento das Casas Legislativas, àquela altura em recesso forçado e já desfalcadas dos principais líderes oposicionistas, cujos mandatos e direitos políticos tinham sido cassados pelos chefes da insurreição militar vitoriosa. (MENDES, 2009, p. 197).

Posteriormente modificada em sua quase totalidade pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, tratava-se de carta política extremamente antidemocrática, centralizadora e que promoveu a supressão de liberdades individuais de expressão, de reunião e, em certa medida até mesmo de locomoção.

Simulacro de Constituição, editado pela Junta Militar que assumiu o poder em 1969, sobre esse documento nenhum comentário a fazer, senão o que disse Afonso Arinos, com a argúcia de costume: tal como a de 1967, foi uma

Constituição de tipo instrumental, destinada tão-somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato; há, dentro dela, um núcleo, por assim dizer, tradicional, que reconhece as realidades históricas e políticas da formação nacional, e, por isso mesmo, é a sua parte duradoura; afora isso, o seu texto é de escassa, ou, mesmo, nenhuma importância. (MENDES, 2009, p. 197).

Os referidos textos constitucionais não fizeram qualquer menção a eventuais direitos das vítimas. A uma porque em certa medida segue a tradição constitucional pátria de não trazer menções expressas sobre o tema, deixando seu cuidado para a legislação infraconstitucional. A duas, pelo fato de que desde o golpe militar de 1964, o Brasil se viu tomado por uma onda paranoica dos governantes que em nome da defesa da segurança nacional promoveram supressão de direitos e violações aos direitos humanos das mais variadas matizes, com a prática da tortura, de assassinatos e desaparecimentos forçados que até os dias atuais assombram a história nacional.

No que diz respeito à Constituição Federal de 1988, esta é símbolo máximo da redemocratização do Brasil, após os “anos de chumbo” que representaram o período ditatorial.

A Carta Política de 1988 é a única que pode ser considerada verdadeiramente espontânea, uma vez que contou com a participação popular e não foi imposta por déspotas ao povo brasileiro. (MENDES, 2009, p.205).

A vítima foi objeto de tímida abordagem na Lei Maior de 1988, uma vez que apenas no artigo 125, §4º há a menção sobre a competência do Tribunal do Júri quando o autor do fato for policial militar e a vítima for civil.

No artigo 5º, Inciso V repete-se a previsão constitucional sobre ao direito de resposta garantido à vítima de afronta ao bem jurídico praticada pelos veículos de comunicação.

Logo, o tema referente à vítima e sua proteção foi relegado à legislação infraconstitucional que, a partir da constituição de 1988 tem como premissa maior os valores da dignidade da pessoa humana.

5. A VÍTIMA NA LEI Nº 9.099/95

A Lei nº 9099/95 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito dos Estados da Federação com o fito de dar maior celeridade para causas que teoricamente são mais simples e, portanto, não demandam a utilização dos procedimentos previstos nos Códigos de Processo Civil e Penal, trazendo assim aos jurisdicionados um sentimento maior de realização da Justiça.

A edição da referida lei instituidora segue o mandamento constitucional insculpido no artigo 98, Inciso II da Lei Maior¹² que também

¹² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor

estabelece os seus princípios regentes.

Especificamente no campo dos Juizados Especiais Criminais, estes possuem competência para o julgamento dos casos concretos envolvendo os crimes de menor potencial ofensivo, assim entendidos de acordo com a Lei 9.099/95, as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não supere os dois anos¹³.

Esse modelo de Justiça Criminal teve como meta primária a agilização dos conflitos de menor gravidade, antes praticamente impunes por serem as normas processuais existentes idênticas aos crimes de maior reprovabilidade social. (MOREIRA FILHO, 2004, p. 178).

No que tange à proteção da vítima e sua participação no processo, a aludida legislação especial representa o que alguns doutrinadores denominam de “redescoberta da vítima”, ou ainda, segundo Marcelo Gonçalves Saliba (2009, p. 114) “revitalização da vontade da vítima” pela qual a maior preocupação deixa de ser a punição (em seu sentido estrito) do infrator e passa a ser a indenização/recomposição da vítima pelos prejuízos causados devido à prática delituosa.

Estabeleceu o legislador que o juiz deve, sempre que existir dano, buscar a composição civil, destacando que a composição civil implica renúncia ao direito de queixa ou representação. Fica clara a intenção do legislador de estimular a composição civil e por consequência a reparação do dano, pois o autor do fato, não aceitando a composição, fica sob o risco da ação penal, preferindo muitas vezes realizar o acordo civil a sofrer a sanção penal. (BREGA FILHO, 2013, p. 5).

A revitalização da vontade da vítima pode ser compreendida como a privatização do conflito penal, ou seja sua devolução para a esfera particular para que ali haja livre disposição e discussão das partes interessadas, ou seja, vítima e ofensor (SALIBA, 2009, p. 114).

Ressalte-se que deve o órgão jurisdicional incentivar a conciliação (composição civil dos danos) e, caso a mesma se realize, homologar o acordo e fiscalizar o seu cumprimento.

A lei 9.099/95 instituiu no Brasil a suspensão condicional do processo. Por este instituto, o processo fica suspenso pelo prazo de 02 a 04 anos e o autor do crime tem de

potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

¹³ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

cumprir algumas condições. Entre elas está a reparação do dano à vítima (art. 89, § 1º, I). Fica evidente, mais uma vez, a intenção do legislador de incentivar a reparação do dano e vincular alguns benefícios a sua ocorrência. (BREGA FILHO, 2013, p. 5).

Aliado aos princípios da oralidade e da simplicidade das formas e tendo em vista que a lei ocupa-se da criminalidade de menor monta é imperioso que haja a maior interação possível entre ofendido e ofensor para que, sendo praticável no caso concreto, possam chegar a um acordo no que toca ao *quantum* indenizatório a ser pago para a vítima. (MAZZUTTI, 2012, p.98).

Nas ações penais públicas condicionadas à representação tal manifestação da vítima é imprescindível para a deflagração da ação penal, tratando-se de condição objetiva de procedibilidade.

Conforme o artigo 75 da Lei 9.099/95, o momento oportuno para o oferecimento da representação é o da audiência preliminar que ocorre na presença do autor do fato delituoso¹⁴.

No referido dispositivo legal reside um dos pontos criticados pela doutrina, de forma que segundo Vladimir Brega Filho:

O primeiro e mais importante deles é o do momento da representação nos crimes de ação penal pública, condicionada à representação. Segundo a lei, a representação deve ser feita em audiência preliminar, na presença do autor do fato. Isso faz com que a vítima, já perturbada com o delito, sinta-se ainda mais constrangida. A não representação é muitas vezes fruto deste constrangimento. Imagine-se alguém que tenha sido ameaçado de morte e que tenha de representar contra o autor da ameaça na frente do juiz. Se existia alguma inimizade, isto somente iria exacerbá-la. (2013, p.5).

O excerto doutrinário acima demonstra que o legislador, ainda que buscando “revalorizar” a vítima no que concerne ao seu patrimônio, deixou de atentar para sua segurança e para formas de evitar a coação da vítima pelo autor do delito, o que contraria a dignidade da pessoa do ofendido.

Percebe-se que a Lei 9.099/95, apesar de apresentar algumas falhas no trato com a vítima em muito melhorou os mecanismos para sua participação mais ativa no desenrolar do processo penal (cujo objetos são os crimes de menor lesividade), assim como tem por objetivo maior fomentar na sociedade o sentimento de realização da Justiça, dessa vez com a participação direta dos envolvidos no litígio penal.

¹⁴ Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

6. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA VÍTIMA E A DECLARAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS DE JUSTIÇA RELATIVOS ÀS VÍTIMAS DA CRIMINALIDADE E DE ABUSO DE PODER DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.

No ano de 1985, através da Resolução nº 40/34 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, foi aprovada a Declaração sobre os Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder.

O preambulo do documento internacional apresenta a exposição de motivos para a elaboração da Declaração, no sentido de que há a consciência internacional de que os milhões de vítimas da criminalidade e do abuso de poder ao redor do mundo sofrem prejuízos pelas condutas criminosas contra si praticadas, assim como suas famílias e as testemunhas também são vítimas de danos quando passam a colaborar na perseguição dos criminosos¹⁵.

Ainda no preambulo, no item 4 a Declaração traz um rol exemplificativo de medidas sugeridas para os Estados membros, a fim de reduzir o processo de vitimização dos quais destacam-se a alínea “a” na qual menciona-se a criação e aplicação de políticas públicas nas áreas da saúde, da educação e da economia, assim como promover a prevenção criminal.

Na alínea “c”, solicita-se aos Estados membros a revisão de sua legislação penal, com o fito de adaptá-la aos princípios insculpidos na Declaração. Esse passo já foi iniciado pelo Brasil ao realizar reformas no Código Penal, no Código de Processo Penal e ao elaborar legislações especiais que em considerável medida prestigiam a figura da vítima.

4. Solicita aos Estados membros que tomem as medidas necessárias para tornar efetivas as disposições da Declaração e que, a fim de reduzir a vitimização, a que se faz referência daqui em diante, se empenhem em: a) Aplicar medidas nos domínios da assistência social, da saúde, incluindo a saúde mental da educação e da economia, bem como medidas especiais de prevenção criminal para reduzir a vitimização e promover a ajuda vítimas em situação de carência; [...] c) Examinar regularmente a legislação e as práticas existentes, a fim de assegurar a respectiva adaptação à evolução das situações, e adotar e aplicar legislação que proíba atos contrários às normas internacionalmente reconhecidas no âmbito dos

¹⁵ “[...] Consciente de que milhões de pessoas em todo o mundo sofreram prejuízos em consequência de crimes e de outros atos representando um abuso de poder e que os direitos destas vítimas não foram devidamente reconhecidos. Consciente de que as vítimas da criminalidade e as vítimas de abuso de poder e, frequentemente, também as respectivas famílias, testemunhas e outras pessoas que acorrem em seu auxílio sofrem injustamente perdas, danos ou prejuízos e que podem, além disso, ser submetidas a provações suplementares quando colaboram na perseguição dos delinquentes [...]”.

direitos do homem, do comportamento das empresas e de outros atos de abuso de poder; [...] (ONU, 1985, p.2).

No Anexo da Declaração sobre os Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder encontra-se a definição de quem, nos quadros da Declaração, deve ser compreendido como vítima.

1. Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder. (ONU, 1985, p.3).

No que concerne à busca pela maior efetivação da recomposição patrimonial da vítima, o documento internacional ora em estudo estabelece nos itens 12 e 13, sob o título de "Indenização" que nos casos em que não seja possível obter-se reparação dos danos diretamente do criminoso, caberá ao Estado indenizar financeiramente a vítima e/ou seus familiares pelo prejuízo sofrido com a prática criminal.

12. Quando não seja possível obter do delinquente ou de outras fontes uma indemnização completa, os Estados devem procurar assegurar uma indenização financeira: a) Às vítimas que tenham sofrido um dano corporal ou um atentado importante à sua integridade física ou mental, como consequência de atos criminosos graves; b) À família, em particular às pessoas a cargo das pessoas que tenham falecido ou que tenham sido atingidas por incapacidade física ou mental como consequência da vitimização. 13. Será incentivado o estabelecimento, o reforço e a expansão de fundos nacionais de indenização às vítimas. De acordo com as necessidades, poderão estabelecer-se outros fundos com tal objetivo, nomeadamente nos casos em que o Estado de nacionalidade da vítima não esteja em condições de indenizá-la pelo dano sofrido. (ONU, 1985, p.4).

Conforme o trecho acima transcrito caberá ao Estado parte a criação de mecanismos, tais como os fundos nacionais de indenização das vítimas para a efetivação do direito consagrado internacionalmente à compensação financeira pelos prejuízos materiais ou imateriais advindos da conduta delituosa.

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às vítimas, a qual é adotada pelo Brasil, revela a preocupação global com o alento das

vítimas, seja na parte material, através de indenização, seja cuidando de aspectos procedimentais, busca humanizar a figura da vítima, até então objeto de pouca ou nenhuma atenção dos Estados que há muito tempo dedicam seus esforços à solucionar o crime e punir o condenado.

7. A LEI Nº 9.807/99 E O PROGRAMA FEDERAL DE PROTEÇÃO À VÍTIMA E À TESTEMUNHA.

No que concerne à efetiva proteção da vítima e da testemunha que colaboram para a atuação do Poder Judiciário foi criado na década de 1990, através da Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos do Governo Federal, o Sistema Nacional de Proteção às Vítimas e Testemunhas, assim como o Programa de Proteção à Vítima e à Testemunha – PROVITA.

A proposta de implantação de serviços específicos para o atendimento de vítimas e testemunhas ameaçadas foi originariamente prevista no Programa Nacional de Direitos Humanos (1996), que estabeleceu, no capítulo que trata da "Luta contra a Impunidade", a meta de "apoiar a criação nos Estados de programas de proteção de vítimas e testemunhas de crimes, expostas a grave e atual perigo em virtude de colaboração ou declarações prestadas em investigação ou processo penal". (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010, p.1).

A Lei 9.807/99, por sua vez, apresenta-se como marco legislativo do Sistema, sendo que positiva e estabelece em solo pátrio a obrigação do Estado, em todas as suas esferas, de velar pela segurança e bem-estar das vítimas e testemunhas que estão em situação de risco devido ao fato de colaborarem com a investigação ou processo criminal.

Vale ressaltar que, conforme o descrito no artigo 2º "caput" da Lei nº 9.807/99¹⁶, a inclusão no Programa de Proteção à Vítima e à Testemunha somente ocorrerá nos casos em que as medidas de segurança convencionais não forem aconselháveis e levando em consideração a gravidade da ameaça à integridade física ou psíquica da vítima/testemunha.

Dentre as medidas protetivas legalmente previstas destacam-se a segurança na residência da pessoa protegida, escolta e segurança para os seus deslocamentos, transferência de residência, ajuda financeira mensal, apoio e assistência pessoal, médica e psicológica e sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida¹⁷.

Muito mais do que mera legislação voltada à proteção das vítimas e

¹⁶ Art. 2º A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

¹⁷ Vide Art. 7º da Lei 9.807/99.

testemunhas, o diploma legal ora sob estudo compõe um sistema nacional de proteção que integra todos os entes federativos e constitui-se em verdadeira política pública integrante do Programa Nacional de Direitos Humanos.

“O Programa tem status de política pública prioritária no âmbito do Governo Federal, haja vista integrar o Programa Nacional de Direitos Humanos, estar contemplado no Plano Plurianual 2000-2003 (Avança Brasil) e ser um dos compromissos do recém lançado Plano Nacional de Segurança Pública.” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2.011).

O mencionado Programa Nacional de Direitos Humanos constitui-se em um série de ações cujo objetivo é a preservação dos Direitos Humanos no Brasil e a promoção de melhor qualidade de vida à população brasileira.

Suas áreas de atuação envolvem o combate à tortura, ao trabalho escravo, assim como a proteção à vítima e à testemunha, às crianças e adolescentes e a melhoria em setores como a segurança pública.

“A cada ano, crescem e são aperfeiçoados os programas de proteção aos defensores dos Direitos Humanos, às vítimas e testemunhas ameaçadas e aos adolescentes sob risco de morte. O combate à tortura e o enfrentamento das modalidades recentes de trabalho escravo, assim como o empenho para erradicar o sub-registro civil de nascimento também se ampliaram de modo palpável nos últimos anos.” (PNDH-3, 2.010, p.12).

O Programa Nacional de Direitos Humanos encontra-se em sua versão mais recente aprovada pelo Decreto nº 7.037/09, que institui o PNDH-3 e atualiza as políticas públicas vigentes, no sentido de melhorar as práticas e as legislações voltadas para o melhor atendimento e efetivação dos direitos humanos.

Sobre o tema específico da proteção à vítima, o PNDH-3 dedica a sua Diretriz nº 15, Objetivo II, pertencente ao Eixo IV, no qual prevê a necessidade de propositura de projeto de lei para o aperfeiçoamento do marco legal do Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas.

a) Propor projeto de lei para aperfeiçoar o marco legal do Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, ampliando a proteção de escolta policial para as equipes técnicas do programa, e criar sistema de apoio à reinserção social dos usuários do programa. b) Regulamentar procedimentos e competências para a execução do Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (PROVITA), em especial para a

realização de escolta de seus usuários. (PNDH-3, 2.010, p.131/132).

O PNDH-3 prevê ainda o empenhamento de esforços estatais para a melhoria das condições de trabalho dos profissionais que operam as forças policiais e maior proteção para os defensores dos Direitos Humanos no desempenho de suas atividades, assim como a erradicação da tortura e de outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o enfrentamento ao tráfico de pessoas, além da redução da violência motivada por diferenças de raça, gênero, etnia e orientação sexual.

Ressalte-se que embora haja registros de resultados positivos no desenvolvimento dos programas especiais federais de proteção à vítima e às testemunhas no Brasil, ainda há muito que ser feito em termos de melhor aplicação da lei penal e maior assistência às vítimas, principalmente aquelas que não preenchem as exigências legais para serem inseridas nos programas especializados, que constituem a grande maioria de vítimas de delitos verificada no país.

Há que se lembrar, contudo, que o caminho rumo ao melhor atendimento às vítimas não se atém somente à edição de textos legais voltados ao tema, mas depende amplamente de modificações orçamentárias estatais para que o contido na lei possa vir a realizar-se concretamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A vítima atravessou verdadeira epopeia legislativa durante a história do Brasil que, apesar de relativamente curta, foi bastante conturbada até a redemocratização e o fortalecimento em solo pátrio da doutrina dos Direitos Humanos.

Após a análise crítica da trajetória legislativa da vítima é possível compreender que no Código Criminal de 1830, havia maior preocupação com as consequências patrimoniais do delito, uma vez que eram estabelecidas regras claras acerca da satisfação da vítima, no sentido de que encontrava-se positivado no ordenamento o direito da vítima à reparação dos danos por ela sofridos em virtude da agressão ao bem jurídico perpetrada pelo criminoso.

Após a entrada em vigor do Código Penal de 1941, tal certeza nos modos como se daria a reparação patrimonial da vítima deixou de existir, havendo previsões muito genéricas sobre a compensação da vítima.

O Código Penal foi reformado e novos dispositivos inseridos no intuito de dirigir maior atenção para a figura da vítima. Entretanto, há que se frisar que a imensa maioria das aparições da vítima no diploma legal se restringem ao campo da forma como o Estado se comportará em relação ao delinquente, de forma que conforme a maior ou menor participação da vítima na ocorrência do delito, mais ou menos grave seria a pena imposta ao acusado.

No Código de Processo Penal, especialmente após a reforma advinda com a Lei 11.690/08, a vítima ganha um capítulo exclusivo no qual o legislador preocupa-se com a preservação da integridade física e psíquica da vítima.

Outra micro reforma do diploma processual que merece destaque é aquela fruto da Lei nº 11.719/08 que estabelece a obrigação do Juiz em fixar na sentença penal condenatória um valor mínimo a ser pago à vítima a título de indenização, situação que agiliza a busca da vítima pela recomposição dos danos sofridos.

A Lei 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais representa mais um passo na legislação pátria na busca pela “revitalização” da vítima, já há algum tempo esquecida no ordenamento jurídico pátrio.

A mencionada lei estabelece mecanismos de conciliação e de maior protagonismo da vítima, uma vez que passa a ter o direito de realizar a composição civil dos danos (que é causa de extinção da punibilidade do autor do fato) e o direito de representação, cuja ausência torna impossível o processamento do feito criminal em desfavor do delinquente.

No plano internacional, a Declaração de 1985 da ONU representa verdadeira inovação legislativa, pois, apesar de já existirem diplomas internacionais acerca de tipos específicos de vítimas (tais como a Convenção de Genebra) não havia ainda documento internacional específico para vítimas de delitos e de abuso de poder.

Levando-se em conta que o Brasil adere à referida declaração, é lícito afirmar que as reformas no Código Penal e no de Processo Penal são por ela influenciadas e também recebem influência da crescente doutrina da Vitimologia.

O Programa Nacional de Direitos Humanos e o Programa Federal de Proteção à Vítima e à Testemunha são diplomas normativos que evidenciam a hodierna preocupação legislativa com a proteção da vítima em seus mais variados aspectos.

Contudo, há que se ter em mente que ainda há muito o que ser feito, uma vez que a simples positivação de dispositivos legais voltados à proteção da vítima sem as devidas políticas públicas para sua concretização apenas fará crescer o sentimento de insatisfação com o Estado, assim como a descrença nas instituições estatais encarregadas de realizarem a Justiça.

Referências:

BREGA FILHO, Vladimir. *A reparação do dano no direito penal brasileiro: perspectivas*. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 3, p. 93-105, Jan. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em:

<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/18/19>>. Acesso em: 22 Jun. 2014.

BRASIL, Decreto nº 7.037 de 21 de Dezembro de 2.009. *Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em 19 de Agosto de 2.013.

_____. *Constituição Política do Império do Brazil*, outorgada em 22 de Abril de 1824. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 24 de Novembro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 16 de Julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 18 de Setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Constituição da República Federativa do Brasil*, outorgada em 24 de Janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte em 05 de Outubro de 1.988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Lei de 16 de Dezembro de 1830. Manda Executar o Código Criminal do Império*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Lei de 29 de Novembro de 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Lei nº 261 de 03 de Dezembro de 1841. Reformando o Código do Processo Criminal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM261.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

_____ *Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-

lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

____Lei nº 11.690 de 09 de Junho de 2008. *Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

____Lei nº 11.719 de 20 de Junho de 2008. *Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

____Lei nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

____Lei nº 9.807 de 03 de Julho de 1999. *Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm>. Acesso em 02 de jun. de 2014.

CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. *Processo penal: doutrina e prática*. JusPodivm: Salvador. 2009.

DUARTE, Lilith Joice Matos Frota Lemos. *Juizados especiais cíveis e a proposta de uma justiça mais célere: dos princípios processuais, do amplo acesso à justiça e do desvirtuamento da teoria*. Disponível em:

www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/download/1090/875. Acesso em 04 de jun. de 2014.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia e direitos humanos: o processo penal sob a perspectiva da vítima*. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional - 4. ed. rev. e atual.* - São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Programa de Proteção à Vítima e à Testemunha – PROVITA. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL: <portal.mj.gov.br/sedh/ct/spddh/cgpvta/sistema.htm>. Acesso em 05 de out. de 2.013.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Vitimologia: O Papel da Vítima na Gênese do Delito*. 2ªed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (1985): adotada em 29 de Novembro de 1985*. Disponível em:

<<http://WWW.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administração>>. Acesso em 03 de set. de 2.010.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AÇÕES COLETIVAS VIOLENTAS NO BRASIL E A REAÇÃO ESTATAL: A EQUAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E REPRESSÃO PENAL

Walter de Oliveira Campos¹⁸

Resumo

Este artigo tem por finalidade pensar sobre alguns fatores que têm contribuído para o aumento das manifestações coletivas violentas no Brasil e que podem gerar, por parte do Estado, ações repressivas no âmbito penal, provavelmente com ameaças a direitos fundamentais. Para isso, tece considerações a respeito de três dos mais importantes desses fatores: em primeiro lugar, discorre sobre a atuação ineficiente do Estado e a sua conseqüente falta de legitimidade perante a população. Em seguida, trata da dificuldade de afirmação da ideia de direitos humanos. Discorre também sobre a atuação do sistema penal, enfatizando a influência da ideologia da defesa social e a tendência de eleger “inimigos” da sociedade. À luz das considerações sobre esses três fatores, tece comentários sobre o recente projeto de lei antiterrorismo como um exemplo de resposta estatal, no âmbito penal, a alguns episódios de violência coletiva no Brasil. Conclui afirmando que os três fatores abordados influenciam não somente o surgimento de manifestações coletivas mais contundentes, mas também condicionam a reação estatal, a qual se dá principalmente no âmbito penal, o que pode comprometer o respeito e a proteção dos direitos humanos.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos têm crescido no Brasil as ações e manifestações coletivas, as quais representam em meios de reivindicações, protestos e até mesmo atos de revolta da população. A instantânea transmissão de informações por meio da internet e a possibilidade de rápida mobilização coletiva por meio das redes sociais têm estimulado a ação conjunta e organizada, seja de um grande número de pessoas, seja de um grupo pequeno, tendo em vista os mais variados objetivos. De manifestações pacíficas e “rolezinhos” a planejamentos de protestos políticos e brigas de torcidas organizadas, as manifestações coletivas têm ganhado espaço na mídia, trazendo conseqüências a uma parcela cada vez maior da população brasileira e chamando a atenção de acadêmicos, políticos e governantes. Mas, de todas essas ações coletivas, algumas chamam a atenção dos estudiosos do direito e começam a preocupar as autoridades e a população em geral, entre as quais, os protestos violentos e a justiça pelas próprias mãos. Nos últimos meses têm sido noticiados diversos casos de tentativas de linchamento de acusados de crimes, e recentemente chocou o país o episódio em que uma mulher foi morta em decorrência do espancamento a que foi submetida por populares por ser erroneamente identificada com uma pessoa que supostamente raptava crianças para rituais de magia negra e que teve um retrato falado divulgado na internet. Antes disso, o país já se preocupava com a violência de protestos como os ocorridos em junho de 2013, os quais produziram medo na população, prejuízos materiais e pelo menos uma

¹⁸ O autor, oficial de justiça, é mestre em Ciência do Direito pela UENP (Jacarezinho) e doutorando em História pela UNESP (Assis).

morte.

Os episódios de violência coletiva e de busca de justiça pelas próprias mãos, embora choquem autoridades e a opinião pública, não chegam a surpreender: trata-se das consequências de um longo processo que tem provocado fissuras no tecido social. Uma análise desse processo pode revelar que ele pressupõe várias causas que podem ser consideradas de diversas perspectivas: política, jurídica, econômica, sociológica etc. Este trabalho tem por objetivo refletir sobre alguns aspectos desse processo tocantes ao direito, concentrando a análise na questão da atuação estatal, na força do conceito de direitos humanos e no funcionamento do sistema de repressão penal, procurando direcionar a síntese para a perspectiva deste último item, uma vez que a atuação estatal no campo penal tem sérias implicações quanto à liberdade humana.

A hipótese que orienta o presente trabalho é a de que esse processo, que gera consequências como os episódios de violência coletiva a que aludimos, tem como importantes elementos geradores uma atuação estatal socialmente ineficiente e comprometida com uma ordem neoliberal; um quadro de pouca influência do ideal de direitos humanos; e a atuação de um sistema penal excludente, seletivo e também comprometido com a ordem neoliberal. Um importante problema que se pode colocar quanto ao tema proposto é saber em que medida esses fatores explicam os movimentos de violência coletiva e a consequente resposta do Estado, a qual se dá principalmente no âmbito da repressão penal, não raro por meio de uma atuação sem comprometimento com a prevalência dos direitos humanos.

A elaboração do trabalho nesses moldes se justifica porque a discussão sobre temas que há algum tempo têm sido objeto de estudos no âmbito doutrinário, a saber, a ineficiência e a crise de legitimidade do Estado, a dificuldade de implementação e proteção dos direitos humanos e a atuação de um sistema penal seletivo, pode ajudar a compreender a gênese de acontecimentos atuais cujos efeitos têm causado apreensão na sociedade. Além disso, espera-se que o debate sobre esses temas forneça subsídios úteis à orientação da atividade estatal administrativa, legislativa e jurídica com relação aos problemas causados pela violência coletiva no Brasil.

A metodologia utilizada terá cunho indutivo: partindo das considerações sobre os temas apontados no parágrafo anterior, este trabalho procurará verificar em que medida aqueles fatores explicam a ocorrência de episódios de violência coletiva no Brasil e a respectiva reação estatal concentrada na repressão penal e pouco comprometida com a proteção dos direitos humanos.

1 O ESTADO: INEFICIÊNCIA E ILEGITIMIDADE

Para se começar a entender por que as manifestações coletivas violentas têm crescido no Brasil, é necessário primeiramente pensar sobre a parcela de culpa do Estado nesse processo. A seguir, discorreremos sobre alguns fatores que ajudam a compreender a relação entre a deficiência da atuação estatal no

tocante à satisfação das demandas sociais e o aumento da violência coletiva no Brasil.

1.1 A ineficiência do Estado globalizado e pós-moderno

Sem a pretensão de discutir o conceito de Estado Moderno, podemos tomar como ponto de partida para nossas reflexões uma noção comum à maioria dos doutrinadores, segundo a qual, de acordo com Streck e Moraes (2006, p. 42), o Estado deriva da institucionalização do poder e os elementos essenciais que caracterizam sua existência são o território, a nação, a potência e a autoridade. Com relação à potência e à autoridade, temos que a possibilidade de uso, pelo Estado, da coerção legal para o cumprimento das normas elaboradas por ele mesmo, coerção que pode valer-se inclusive de violência física, garante-lhe o exercício da soberania sobre seu povo em seu território, embora o processo de globalização implique uma relativização dessa soberania, uma vez que as decisões tomadas por um Estado sofrem a pressão de outros atores importantes no cenário capitalista mundial, como as grandes corporações transnacionais e multinacionais. Embora seja certo que o grau de interferência estatal em todas as esferas de atividade social (esferas política, econômica, educacional etc.) varie conforme o tempo, o espaço e as situações circunstanciais, não há dúvida de que o Estado, mesmo em sua versão neoliberal, sempre deteve o monopólio de uma gama de atribuições que não delega à iniciativa privada, entre as quais, o poder de legislar, a função jurisdicional e a manutenção da ordem interna.

A importância do Estado é grande demais para se pensar, pelo menos a curto e médio prazo, na sua dispensabilidade e no seu fim, como alguns preconizaram. Dalmo de Abreu Dallari, ao sintetizar suas considerações sobre as predições para o futuro do Estado, conclui que ele “deverá existir enquanto não se operar a modificação da própria natureza humana. Como não há sinais concretos dessa modificação, o que se pode concluir é que não existem perspectivas de desaparecimento do Estado” (DALLARI, 2001, p. 181). No entanto, é certo que nas últimas décadas tem-se falado numa crise do Estado. O modelo tradicional de Estado nação parece não se coadunar com a dinâmica transnacional dos tempos de globalização. No plano interno, o Estado tem dificuldades para se adaptar às demandas dos grupos sociais e das minorias emergentes e para fazer frente aos problemas próprios de sociedades cada vez mais desenvolvidas e complexas. No caso dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, há outra agravante, a incapacidade para garantir à população carente o acesso aos bens e serviços indispensáveis a uma vida minimamente digna.

A exemplo do que acontece com outros países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, caso dos latino-americanos, o Brasil vive um dilema no que tange à dependência da sociedade em relação ao Estado. Por um lado, o desejo de alinhar-se aos países desenvolvidos e desfrutar dos benefícios econômicos proporcionados pela abertura ao capital investido pelas potências econômicas mundiais nos países periféricos em tempos de globalização faz com que o

Estado concentre seus esforços em oferecer o suporte necessário à entrada e à manutenção desse capital estrangeiro em seu território. Tais esforços incluem a redução de investimentos em áreas menos prioritárias aos olhos dos investidores, como saúde e educação, além de ações de caráter administrativo e legal que reduzam custos e aumentem a margem de lucro do capital investido, o que se verifica, por exemplo, com a flexibilização de direitos trabalhistas. À maneira concebida pelo receituário neoliberal, o Estado deve ter uma atuação mínima, intervindo apenas o necessário para a manutenção da ordem interna e, principalmente, para garantir uma estrutura adequada ao desenvolvimento da atividade capitalista. Zygmunt Bauman descreve o papel do Estado em tempos de globalização: sob a pressão dos mercados financeiros globais, no final do “espetáculo do strip-tease da globalização” ele é deixado apenas com seu poder de repressão, tornando-se um “mero serviço de segurança para as mega-empresas” (BAUMAN, 1999, p. 73).

Por outro lado, a situação de carência de condições dignas de sobrevivência e a conseqüente dependência em relação ao Estado para a satisfação dessas necessidades torna imperiosa uma atuação estatal nos moldes do Estado providência. No entanto, não é necessária uma análise muito profunda sobre a situação social da maioria da população brasileira para constatar a impotência do Estado para sanar os problemas de uma sociedade tão desigual em termos de distribuição de renda e dotar uma grande parte da população carente dos bens e serviços essenciais a uma vida minimamente digna. A crítica feita por Lenio Streck ajuda a esclarecer muito sobre o não funcionamento do Estado de bem estar social Brasil:

O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia [...] (STRECK, 2004, p. 24).

Entre os serviços prestados exclusivamente pelo Estado e cuja deficiência traz prejuízos para uma grande parte da população brasileira está o da distribuição de justiça. O Estado tem se mostrado incapaz de, por meio de sua atividade jurisdicional, dar soluções justas, rápidas e eficazes a todos os que se socorrem do Poder Judiciário para assegurar seus direitos ou para exigir a reparação ou punição para quem os fere, quer se trate de demandas individuais ou coletivas e mesmo daquelas suscitadas em nome da própria sociedade. De acordo com o ideário neoliberal, a atuação jurisdicional também deve estar comprometida com a manutenção da ordem, com a garantia da liberdade contratual e com o asseguramento das condições para a livre concorrência, que são algumas das condições necessárias para o pleno e exercício das atividades capitalistas num território. Novamente citamos Lenio Streck, para quem o

Estado, em sua forma ordenadora e absenteísta, intervém na economia para concentrar riquezas e o Direito é utilizado para essa finalidade, na medida em que sua instrumentalidade para a concretização dos direitos sociais é comprometida por uma dogmática jurídica que, presa a uma concepção liberal individualista do Direito, tem obstaculizado a realização ou a efetivação daqueles direitos (STRECK, 2004, p. 205-6).

1.2 A crise de legitimidade do Estado

Diante quadro exposto até aqui, compreende-se por que um tema hoje recorrente em estudos de Ciência Política e outras ciências afins é o da crise de legitimidade do Estado. Norberto Bobbio define a legitimidade como “[...] um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 675).

Partindo-se de um conceito muito simples de democracia, entendida como o governo do povo para o povo, temos que, de fato, no mundo há pouquíssimos Estados realmente democráticos, uma vez que raros são os países cuja atividade política, administrativa e legislativa contempla satisfatoriamente as aspirações legítimas e as necessidades de sua população. Antônio Carlos Wolkmer, ao tratar do surgimento de novos movimentos sociais como alternativa à ação do poder estatal, que não consegue mais dar conta das demandas próprias da sociedade de massas, menciona um contexto de crise política, em que a legitimação formal e institucional, marcada pela fórmula clássica de representação política por meio de delegação e mandato, perde espaço para novas modalidades de participação plural e democrática, desvencilhadas das instituições oficiais:

Na medida em que a representação expressa gradativamente um artificialismo *mis-en-scène* desvirtuado e deslegitimado, embasado na manipulação perversa e na alienação das maiorias silenciosas, obviamente que as estratégias que permitem a construção de ‘vontades coletivas’ participativas não incidem nos procedimentos tradicionais de ‘institucionalização’ (WOLKMER, 2001, p. 141-2).

Embora os movimentos sociais dos quais Wolkmer trata sejam grupos com certa estrutura organizada para a consecução de objetivos bem definidos mediante ações e estratégias bem planejadas, o contexto de insatisfação com a ordem institucional fomenta também o surgimento de grupos menos organizados, com objetivos nem sempre muito claros e que muitas vezes têm existência efêmera, como é o caso dos grupos que hoje se reúnem principalmente por meio de redes sociais, levam a cabo suas manifestações públicas e rapidamente se dispersam.

José Eduardo Faria, ao discorrer sobre a crise de legitimidade de um sistema político, diz que ela consiste numa crise de mudança social, e um de seus movimentos iniciais é a ineficácia do sistema em captar as necessidades de alteração e modernização de suas regras, o que pode criar uma tensão entre governantes e governados; daí a necessidade de, entre outros fatores, o sistema político respeitar e ajustar-se aos valores que correspondem ao sentimento coletivo de “justiça” (FARIA, 1978, p. 112).

No caso do Brasil, é perceptível a existência de um déficit de legitimação estatal, causado pelo descompasso entre as necessidades coletivas e a atuação dos órgãos institucionais, o que acarreta a diminuição da confiança do povo no Estado, e conseqüentemente, também a obediência e o respeito às autoridades estatais, bem como às leis emanadas pelos órgãos legiferantes oficiais. A série de protestos ocorridos em junho de 2013 começou, em princípio, com passeatas contra fatos aparentemente pontuais, quais sejam, os reajustes dos bilhetes de ônibus e metrô em São Paulo e no Rio de Janeiro, mas depois aglutinou outros diversos motivos de protesto, tais como os gastos excessivos com a preparação com a Copa do Mundo de 2014, a corrupção política etc., todos relacionados direta ou indiretamente com a ingerência ou com a ineficiência estatal.

Porém, não somente as manifestações públicas legítimas se originam a partir do descontentamento com o Estado, mas também as manifestações excessivas ou abusivas e as ações criminosas. Dessa maneira, tanto os protestos violentos quanto a justiça/vingança privada possuem, em sua gênese, uma relação com a ineficiência estatal, assumindo a forma de reivindicações supostamente legítimas ou de manifestação de descontentamento, no primeiro caso, e como uma demonstração de descrédito quanto à justiça estatal, no segundo.

Ainda na esteira das considerações de Wolkmer sobre os movimentos sociais, temos que os novos atores coletivos buscam alternativas à ordem jurídica e à atuação jurisdicional estatal, a qual muitas vezes é injusta, lenta e não adequada à dinâmica das necessidades sociais em tempos de globalização e neoliberalismo. Com relação aos grupos que têm chamado a atenção da sociedade brasileira nos últimos tempos, sejam os que objetivam protestar contra determinado estado de coisas e muitas vezes entram em confronto com o poder de polícia institucional, sejam os que buscam a realização da justiça pelas próprias mãos, um dos pontos que eles têm em comum com os movimentos sociais organizados é que eles representam um desafio à ordem jurídica estabelecida e um questionamento sobre a legitimidade da ação do Estado. Porém, diferentemente daqueles movimentos sociais, os novos agrupamentos nem sempre observam o respeito aos direitos humanos durante suas ações.

2 O ENFRAQUECIMENTO DA IDEIA DE DIREITOS HUMANOS

Muito embora a consciência da necessidade de proteção dos direitos humanos seja um consenso no discurso acadêmico e na fundamentação das linhas mestras da atuação estatal tanto no nível interno quanto no das relações

internacionais, fato é que essa consciência não se traduz em prática na realidade cotidiana das relações sociais e da atuação dos agentes estatais, principalmente no que se refere ao âmbito da repressão penal. A seguir, pensaremos sobre alguns fatores que se constituem em barreiras à prevalência do respeito aos direitos humanos.

2.1 A imprecisão e a banalização do conceito de direitos humanos

O primeiro obstáculo à sedimentação da consciência do respeito aos direitos inerentes a todo ser humano em qualquer situação diz respeito à dificuldade de delimitar o conceito de direitos humanos. Quanto a essa dificuldade, uma questão que se coloca é a da aceitação ou não da universalidade dos direitos humanos. Conforme explicado por Flávia Piovesan (2004, p. 58-65), no que concerne ao alcance das normas de direitos humanos existem duas correntes: a *universalista* e a *relativista*. De acordo com a primeira, os direitos enunciados nos instrumentos internacionais de direitos humanos se aplicam a todos os povos, e o fato de tantos países aderirem a esses instrumentos significa que eles se comprometem a respeitar os direitos reconhecidos. Os defensores da segunda corrente rebatem a ideia de uma moral universal, sustentando que a noção de direitos fundamentais está relacionada a circunstâncias históricas, econômicas, políticas, sociais e morais de cada país, não se concebendo que a noção de direitos humanos, forjada de acordo com a concepção ocidental, seja imposta a todo o mundo.

Não obstante a reconhecida importância do conceito de direitos humanos, é certo que há muito tempo sua importância e sua efetividade têm sido discutidas e muitas vezes postas em dúvida até mesmo por filósofos. Michel Villey (2007, p. 4-8), após uma breve menção às críticas dirigida ao conceito por filósofos como Kant e Marx e até pela Igreja católica, faz ele mesmo uma crítica aos “direitos do homem”. Para Villey, eles são *irreais* porque impotentes para fazer com que os direitos proclamados nas Declarações de Direitos e nas Constituições sejam realizados, prometendo mais do que qualquer Estado teria condições de realizar¹⁹. Diz ainda o autor que as promessas formuladas pelas Declarações são incertas ou *indeterminadas*: é difícil precisar o significado de expressões como “liberdade”, “direito à segurança”, “direito à intimidade” etc. Aponta ainda o autor que “Cada um dos pretensos direitos humanos é a negação de outros direitos humanos e, praticado separadamente é gerador de injustiças”, sendo incompatíveis, por exemplo, o direito ao silêncio com o direito de se manifestar na rua, ou o direito à intimidade com o direito à informação (VILLEY, 2007, p. 8).

O desenvolvimento econômico, social e tecnológico das sociedades tem levado a novas aspirações e necessidades que devem ser satisfeitas para que os seres humanos possam atingir a felicidade ou, pelo menos, um grau mínimo de conforto e satisfação que atenda aos padrões do que hoje se entende por

¹⁹ Villey, de maneira irônica, menciona o caso do dissidente soviético Bussovski, que, maravilhado ao ver proclamado nos Estados Unidos o “direito à felicidade”, teria se perguntado o que pensar se a felicidade do senhor X fosse matar a própria mulher.

dignidade humana. Dessa maneira, os direitos humanos têm aumentado em quantidade e em diversidade. Ocorre, porém, que tal aumento tem levado à perda da força da ideia de direitos humanos. De acordo com Michel Villey, os direitos contidos nas Declarações são fracionados, criando-se direitos cada vez mais específicos, e “Nesse registro, a imaginação de nossos contemporâneos é inesgotável; produziu as espécies mais malucas: ‘Direito dos jovens a serem eles mesmos’ e, de modo mais geral, o direito de cada qual ‘à sua diferença’” (VILLEY, 2007, p. 7).

Também com relação aos direitos fundamentais, isto é, os direitos humanos positivados numa Constituição, há críticas de doutrinadores quanto ao elevado número de direitos reconhecidos constitucionalmente. Uma vez que os direitos humanos têm sido reconhecidos ao longo dos séculos após muita luta, o que os valoriza e reforça seu caráter de fundamentalidade, o fato de nos últimos anos diversos direitos terem sido elevados à categoria de fundamentais num espaço de tempo relativamente curto diminui sua força, ideia essa compartilhada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem a “multiplicação de direitos ‘fundamentais’ vulgariza e desvaloriza a ideia” (FERREIRA FILHO, 2002, p. 67). Além disso, a atribuição do caráter de fundamentalidade a um direito implica em que o ordenamento jurídico deve dispor de um instrumental jurídico-processual e de garantias constitucionais capazes de dar conta de sua proteção e efetividade. Assim, é pertinente a observação de Vladimir Brega Filho, para quem “não podemos considerar todos os direitos como sendo fundamentais, sob pena de desmerecermos a proteção e a distinção dada a eles nos vários sistemas constitucionais” (BREGA FILHO, 2002, p. 28). No mesmo sentido é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que alerta, quanto ao reconhecimento de novos direitos fundamentais, sobre o risco com relação ao seu *status* jurídico e científico e à sua própria fundamentalidade, devendo-se observar critérios rígidos para que se preserve a relevância das reivindicações que “efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal” (SARLET, 2004, p. 62).

Podemos concluir com Norberto Bobbio, para quem o problema quanto aos direitos humanos é mais jurídico e político do que filosófico, pois não se trata de saber a natureza ou o fundamento dos direitos, mas de saber “qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, 1992, p. 25).

2.2 A descrença na ideia de direitos humanos

Uma consequência mais radical da não afirmação da ideia de direitos humanos como direitos inerentes a todo ser humano independentemente de quaisquer circunstâncias é o não reconhecimento de determinadas pessoas como merecedoras de respeito e de proteção à sua dignidade, ou, mais simplesmente, como sujeitos de direitos humanos. O desgaste do conceito de direitos humanos e principalmente a ineficácia do Estado em protegê-los e assegurar sua efetivação em todos os casos em que eles estejam ameaçados têm acarretado a sensação de que eles só valem para determinadas pessoas.

No Brasil a visão segundo a qual “direitos humanos só valem para os bandidos” tem sido difundida não somente na informalidade das conversas e opiniões cotidianas, mas também defendida por uma parte da imprensa sensacionalista. Hoje, quando ativistas dos direitos humanos cobram das autoridades a preservação dos direitos de presos e supostos criminosos, a mídia, discretamente, e a sociedade de uma maneira geral, mais abertamente, tacham-nos de “defensores de direitos de bandidos”, numa clara demonstração de negação do “outro” como sujeito de direitos. Yolanda Catão diz que essa tendência se explica pelo fato de que a violência atinge mais intensamente a população mais pobre e não branca, que não tem acesso à justiça e à segurança, e essa impunidade gera um sentimento de intolerância em relação aos criminosos, o que leva à identificação dos direitos humanos como “instrumentos de proteção dos criminosos” (CATÃO, 2005, p. 372).

Teresa Pires do Rio Caldeira (2003, p. 344-50) faz interessantes considerações a respeito da ideia de direitos humanos como “privilégio de bandidos”. A discorrer sobre como o conceito de direitos humanos pode ser articulado politicamente em contextos específicos, a autora lembra a importância do conceito de direitos humanos quando estes eram invocados em defesa de presos políticos de classe média no final dos anos 1970, ainda no período da ditadura militar brasileira. Após a libertação dos presos políticos, os defensores dos direitos humanos voltaram suas atenções aos presos comuns, que continuavam a ser torturados, mortos e a viver em condições degradantes nas prisões. A autora descreve então como, após um significativo aumento da criminalidade no Estado de São Paulo durante o governo de Franco Montoro (1983-1987), seus adversários políticos combateram a política estatal de “humanização dos presídios”, utilizando-se habilmente dos meios de comunicação em massa para disseminar uma série de preconceitos e estereótipos a respeito dos criminosos.

A autora fala ainda sobre as três estratégias utilizadas nos discursos contra os direitos humanos. A primeira é negar a humanidade dos criminosos mais violentos, representando-os como pessoas que violaram a natureza humana, que são dominadas pelo mal e pertencem apenas ao espaço do crime. A segunda estratégia consiste em associar o aumento da criminalidade aos esforços da administração estatal em garantir os direitos dos presos. A terceira estratégia é denominar as políticas de humanização das prisões de “concessão de privilégios a bandidos”; uma vez que, de acordo com a opinião da maioria das pessoas, a justiça favorece os ricos e os direitos da maior parte das pessoas menos abastadas não são respeitados, os criminosos também não poderiam ter este “privilégio” (CALDEIRA, 2003, p. 348-9). Dessa maneira, até hoje o discurso contra os direitos humanos sustenta a simpatia de uma grande parte da população brasileira por medidas aplicadas contra os criminosos, como a pena de morte e a tortura. Ou mesmo contra supostos criminosos, os quais muitas vezes não têm sequer acesso ao direito a um processo justo e à ampla defesa, como atesta o episódio de linchamento mencionado na introdução deste trabalho.

Porém, a negação do “outro” como sujeito de direitos não tem se

aplicado apenas aos “bandidos”, mas até mesmo às “pessoas de bem”, conforme demonstrado pelo fato de que ultimamente no Brasil tem havido muitos episódios de manifestações coletivas em que a vida e o patrimônio das pessoas têm sofrido violência, como nos casos de violentos protestos de rua que não poupam veículos, imóveis e até mesmo a integridade física de pessoas que na maioria das vezes não têm nada a ver com os motivos dos protestos.

3 A REPRESSÃO PENAL CONTRA O INIMIGO DA SOCIEDADE

Os casos de violência coletiva ocorridos no Brasil nos últimos tempos convidam a uma reflexão sobre o sistema penal brasileiro. A atuação do aparato estatal repressivo tem se mostrado insuficiente tanto para conter a criminalidade quanto para satisfazer a necessidade de justiça em relação aos atos criminosos que atingem a população brasileira e produzem uma sensação de medo cada vez maior. É notória a descrença da população quanto às leis penais e quanto à atuação dos órgãos incumbidos da repressão penal, como a polícia e o Poder Judiciário. Tal situação ajuda a compreender o dilema enfrentado por quem se propõe a pensar sobre os rumos do direito brasileiro: por um lado, tem ganhado corpo a doutrina que prega um direito penal mínimo, o que implica diminuir a ação do direito penal sobre a vida dos indivíduos; por outro lado, cresce a pressão popular por uma exacerbação da repressão para fazer frente ao aumento da criminalidade e da violência.

Essa exacerbação penal tem como fundamento e justificativa a defesa da sociedade. Dentre as várias ideologias que no decorrer dos tempos têm delineado a identidade da dogmática jurídico-penal, destaca-se a ideologia da defesa social, a qual, de acordo com Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 135-6), orienta não apenas a Ciência Penal, a Criminologia e a ação dos representantes do sistema penal, mas também, o saber comum do homem comum sobre a criminalidade e a pena (*every day theories*). Dentre os princípios nucleares da referida ideologia, mencionados pela autora a partir da lição de Alessandro Baratta, destacamos o *princípio do bem e do mal*, de acordo com o qual “o fato punível representa um dano para a sociedade, e o delinquente é um exemplo negativo e disfuncional do sistema social. O comportamento criminal desviante é o mal; a sociedade, o bem” (ANDRADE, 2003, p. 136).

Segundo Rogério Grecco (2014, p. 38), a reação social à delinquência origina um controle sobre esta, o qual pode se dar de duas maneiras: por meio de um *controle formal*, exercido pelos órgãos oficiais de repressão, como a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário; e o *controle informal*, exercido pelo próprio meio social em que o infrator se encontra, como a família, a vizinhança, os meios de comunicação etc. O que os recentes episódios de violência popular e de justiça privada indicam é o aumento e a radicalização do controle informal sobre a delinquência uma vez que, aos olhos da população, o controle formal parece não ser suficiente para evitar a criminalidade e nem mesmo fazer justiça em relação aos crimes já cometidos.

Ainda segundo Grecco (2014, p. 36), o Direito Penal moderno segue as orientações político-criminais de um direito penal máximo, o qual muitas vezes abre mão de garantias penais e processuais penais sob o falso argumento da

defesa da sociedade. Uma vertente do direito penal máximo é o chamado Direito Penal do Inimigo, o qual vê o delinquente não como um cidadão, mas como um inimigo da sociedade, o que justificaria uma minimização das garantias a fim de aplicar as penas privativas de liberdade, as quais têm sido agravadas.

A adoção do modelo de Estado neoliberal para os chamados países de modernidade tardia acarretou efeitos negativos, que se fazem sentir principalmente no campo social, onde se verifica, entre outros problemas, um aumento da miséria e da desagregação familiar. Esses efeitos têm reflexos também no campo penal, uma vez que tais condições desfavoráveis são fatores de peso no aumento da criminalidade. Loïc Wacquant (2001, p. 7), ao discorrer sobre o paradoxo da penalidade neoliberal²⁰, que pretende “remediar com ‘um mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países”, destaca, no capítulo intitulado “Nota aos leitores brasileiros”, que

[...] a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século (WACQUANT, 2001, p. 7).

Raúl Zaffaroni, ao comentar sobre o processo de “planetarização do poder” e da ameaça de uma “ditadura global”, fala de um contexto que se caracteriza, entre outros aspectos, pela debilidade dos Estados nacionais, pelo formidável poder técnico da comunicação em massa, “empenhada numa propaganda *völkisch*²¹ vingativa e sem precedentes”, pela declaração de guerras com fins claramente econômicos e, principalmente, pela fabricação em série e em alta escala de inimigos, com os consequentes estados de exceção (ZAFFARONI, 2011, p. 16-7). O autor, quando discorre mais especificamente sobre o autoritarismo *cool* próprio da América Latina, aponta que, nos Estados enfraquecidos pelo processo de globalização, os quais não conseguem resolver seus problemas sociais, os políticos fingem resolvê-los por meio de uma “política de espetáculo”, deixando de buscar o que é melhor e preocupando-se com o que pode ser transmitido de melhor com a finalidade de aumentar a clientela eleitoral, e o exercício do poder punitivo contra um inimigo desconhecido é parte importante desse espetáculo; esse poder punitivo é exercido por meio de medidas de contenção de suspeitos perigosos, o que o

²⁰ Segundo a nota do tradutor, “Penalidade refere-se ao conjunto das práticas, instituições e discursos relacionados à pena e, sobretudo, à pena criminal”.

²¹ Conforme nota do tradutor, a tradução mais adequada de *völkisch* seria *popularesco*, termo que denota uma demagogia realizada de forma grosseira.

autor chama de periculosidade presumida, exercida por meio de medidas de contenção provisória, como as medidas cautelares e as prisões preventivas, as quais muitas vezes deixam presas, por mais tempo que o necessário, pessoas que poderiam responder processo em liberdade (ZAFFARONI, 2007, p. 70-77).

O “espetáculo” da repressão dos inimigos da sociedade não é o único apresentado no presente tempo de globalização e de capitalismo avançado. Há outro “espetáculo” que serve à estratégia de controle social nos tempos pós-modernos. Atualmente, não apenas os delinquentes são vítimas de controle social, mas todas as populações. Ao discorrer sobre a noção de biopoder de Foucault, Cristina Rauter fala sobre os dois polos do biopoder: o primeiro, do controle sobre o corpo, disciplinar propriamente dito, em declínio no neoliberalismo; o segundo, o do “controle a céu aberto das populações”, em ascensão. Diz a autora:

“A difusão do medo à criminalidade, a visibilidade midiática da violência, a incitação ao consumo e a busca da segurança – podemos considerar esses fenômenos como parte das novas técnicas de gestão de massas humanas, ou ‘da vida’, que ganham visibilidade atualmente e que Foucault nomeou ‘biopoder’” (RAUTER, 2012, p. 73)

Pode-se assim afirmar que a instilação do ódio contra os criminosos, atualmente incentivada pelos meios de comunicação em massa, como a televisão, é parte de uma estratégia típica do capitalismo avançado que consiste em unir a população contra o maior inimigo da sociedade, o criminoso. Esse clima de medo geral justifica um maior controle repressivo e vigilância das massas pelo Estado e pela própria população, o que produz a estabilidade necessária ao desenvolvimento da atividade capitalista.

Conforme se pode perceber a partir das lições dos autores acima, por mais que no âmbito doutrinário e até mesmo na prática de alguns operadores jurídicos a ideia de um direito penal mínimo, ressocializador e humanitário esteja ganhando corpo, fato é que a prática dos agentes estatais, bem como a opinião da maior parte da população sobre criminalidade, delinquente e pena, está impregnada de uma concepção do comportamento desviante como algo lesivo à sociedade e do criminoso como um inimigo a ser combatido.

4 EPISÓDIOS RECENTES DE VIOLÊNCIA NO BRASIL E A RESPOSTA DO ESTADO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Embora episódios de violência e de revolta popular ocorram em todos os lugares do mundo e não cheguem a surpreender, no Brasil é perceptível o recrudescimento da violência, a qual assusta não apenas pela quantidade de episódios, mas também pela assunção de formas às quais não estávamos acostumados num país cuja população sempre considerou a si mesma como pacífica. Com efeito, não era comum no Brasil uma série de protestos tão violentos e duradouros como os que ocorreram no ano de 2013 e cuja ameaça de

repetição em 2014 chegou a preocupar o país durante a preparação para a Copa do Mundo, evento para o qual viriam milhares de estrangeiros e que colocaria o Brasil como centro da atenção do mundo inteiro durante sua realização.

O quadro atual de violência urbana no Brasil tem gerado insegurança e medo na população, e pode levar a reações enérgicas do aparato repressivo estatal, tanto em termos de ação policial quanto de ação legislativa no sentido de criação de novos tipos penais e de aumento de penas. Veja-se o quadro retratado por Leonardo Gonçalves sobre a situação atual no Brasil no que se refere à violência:

Especificamente sobre o Brasil, constatamos um ambiente de desesperança e pânico coletivo, sendo que a histeria em torno da necessidade de segurança e as reações irracionais e reacionárias em face da questão da violência urbana comprometem até mesmo um projeto democrático que se pretenda duradouro, uma vez que preconizam desde a adoção de pena de morte para delinquentes de todo tipo, passando por operações militares violentas e indiscriminadas em favelas e núcleos de pobreza [...] (GONÇALVES, 2013, p. 94).

O clima descrito acima pelo autor condiz com as opiniões de um número cada vez maior de pessoas sobre os meios para conter a escalada da violência no Brasil. Embora se saiba que, de acordo com o atual ordenamento constitucional, a pena de morte seja proibida no Brasil, cada vez mais ela é apontada por populares como uma das alternativas mais eficazes no combate à violência e principalmente como uma forma de justiça retributiva. Ações violentas da polícia contra passeatas e protestos, supostamente empregadas para a manutenção da ordem, e principalmente no combate à criminalidade também têm sido muitas vezes vistas com simpatia por uma grande parte da população brasileira. Nesse diapasão, um tema que nos últimos tempos vem sendo cada vez mais debatido no Brasil é o da redução da maioria penal, e quanto a essa questão não é nada desprezível o número de pessoas que se dizem favoráveis à redução e de políticos que tentam tirar proveito eleitoral, fazendo coro com os que entendem que a redução da maioria penal acarretará a justa punição a adolescentes que não temem praticar crimes porque são acobertados pela minoridade.

Esse ambiente de descrença da população quanto à ação estatal e à justiça promovida pelo Estado e de complacência com relação a atos atentatórios de desrespeito aos direitos humanos tem favorecido a ocorrência, no Brasil, de fatos evados de violência e ilegalidade e que muitas vezes constituem ameaça à ordem social, dentre os quais se encontram aqueles já mencionados neste trabalho, a saber, as manifestações e os protestos violentos e a tentativa de realizar a justiça por meios que não os permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A resposta do Estado a fatos semelhantes se dá principalmente em

termos de política criminal, uma vez que se considera que no campo penal é que a repressão se dá de maneira mais rápida e eficaz. Um exemplo é o recente Projeto de Lei do Senado nº 499, de 2013, conhecido como Projeto de Lei Antiterrorismo, o qual se encontrava em tramitação no momento de elaboração deste trabalho. Embora a principal justificativa para a elaboração do projeto seja a necessidade de uma legislação que torne efetivo o compromisso, assumido pelo Brasil nos tratados internacionais, de combater o terrorismo, não se pode deixar de apontar que, a exemplo de várias leis penais brasileiras, esse projeto, considerado por muitos como populista, foi feito às pressas, como uma resposta pronta à série de protestos ocorridos em junho de 2013, em grande parte devido à comoção causada após a morte de um cinegrafista que fazia a cobertura das manifestações.

Dentre as muitas lacunas, imprecisões, dúvidas e imperfeições apontadas com relação ao projeto, podem-se mencionar algumas, apenas a título de exemplificação sobre como leis apressadas e mal formuladas podem ameaçar direitos fundamentais. Em primeiro lugar, registre-se que a tipificação do crime de terrorismo é muito ampla, podendo englobar diversas condutas que, numa análise mais objetiva, não se aproximam do que o senso comum reconhece como atos típicos de terrorismo, os quais ocorrem em países com sérios problemas institucionais, como é o caso das ações de grupos fundamentalistas que praticam atentados com o objetivo explícito de infundir terror numa população e desestabilizar ou derrubar um regime político. Assim, uma passeata de protesto que começa de maneira pacífica, mas termina em confronto com as tropas policiais e depredação, gerando pânico na população, poderia ser classificada como um ato de terrorismo, sujeitando seus participantes, em caso de condenação, à pena de 15 a 30 anos de reclusão, ou de 24 a 30 anos, no caso de haver morte²². Observe-se também que essa pena é maior do que a pena de 6 a 20 anos cominada para o homicídio simples, ou seja, a conduta de “provocar ou infundir pânico ou terror generalizado” na população “mediante ofensa ou tentativa de ofensa à vida” sem, contudo, provocar qualquer morte pode levar a uma pena maior do que no caso de um homicídio praticado em um contexto que não o de “terrorismo”.

Parece claro que a cominação de penas no PLS 499/2013 parece refletir o clamor popular por penas mais severas, e tudo indica que essa exacerbação penal pode se transformar numa tendência da atividade legislativa no trato de graves problemas que afetam a sociedade brasileira e que, acredita-se, devem ser resolvidos no âmbito da repressão penal. O referido projeto pode ainda prejudicar o legítimo e constitucionalmente protegido direito de reunião para fins pacíficos, uma vez que o medo generalizado, difundido principalmente pelos meios de comunicação em massa, aliado ao despreparo das forças

²² Eis a redação do artigo 2º e seu §1º, do Projeto:

Terrorismo

Art. 2. Provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa ou tentativa de ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação da liberdade de pessoa.

Pena - reclusão, de 15 (quinze) a 30 anos.

Parágrafo 1. Se resulta morte:

Pena - reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.

policiais para lidar com multidões, pode pretensamente justificar uma ação estatal no sentido de dificultar os agrupamentos sob a alegação de evitar protestos violentos. Espera-se que a restrição do exercício de direitos dos cidadãos sob o pretexto da supremacia do interesse público não seja outra tendência da atividade legislativa brasileira, tendência essa passível de ser observada na redação do PLS 499/2013.

CONCLUSÕES

As considerações feitas neste trabalho permitem concluir que os três temas abordados, quais sejam, a ineficiência e o déficit de legitimação do Estado perante sua população, a dificuldade da afirmação do ideal de respeito e proteção dos direitos humanos na prática cotidiana das relações sociais de da atuação estatal, e a atuação de um sistema penal influenciado pela ideologia da defesa social, dizem respeito a três dos mais importantes fatores que explicam e condicionam as ações coletivas violentas e também a reação estatal a essas ações.

O quadro atual da situação política e socioeconômica brasileira favorece o surgimento de novos movimentos sociais que objetivam, entre outras ações, pressionar o Estado a adotar uma política que contemple os anseios e necessidades da população de um país que ainda não conseguiu distribuir aos seus cidadãos, de maneira igualitária, os benefícios prometidos pela modernidade e que se mostra incapaz de prover todos os cidadãos dos serviços e bens essenciais a uma vida digna e ainda de solucionar as mazelas advindas de um sistema político-administrativo ineficiente e impregnado pela corrupção. Nesse sentido, as ações coletivas podem traduzir-se em movimentos de protesto, os quais podem assumir uma forma pacífica ou adotar estratégias de confronto que muitas vezes levam à violência. Nesse último caso, a repressão do Estado com o pretexto de assegurar a ordem pública tende a também se concretizar de forma violenta e despreocupada com a proteção aos direitos humanos. E quando a ação estatal preventiva assume a forma legislativa, ela se inclina a adotar a repressão no âmbito penal, a qual se mostra mais eficaz na contenção desses movimentos de protesto e tem a vantagem de demonstrar, aos olhos da população, a eficiência do Estado em garantir a ordem pública e reprimir a ações de uma nova classe de supostos criminosos, “disfarçados” de manifestantes, que tem posto a sociedade em estado de alerta: os “terroristas” e baderneiros.

A reflexão sobre os temas aqui propostos podem levar a um prognóstico pessimista em relação ao modo sobre como o direito de expressão, manifestação e protesto por meio de passeatas e outros agrupamentos populares vai ser tratado pelo Estado, tanto no nível legislativo quanto no do exercício do poder de polícia. Ao que parece, as ações muitos desses grupos não levam em conta o respeito aos direitos humanos, haja vista que muitas vezes elas terminam numa violência que atinge não somente cidadãos que nada têm a ver com os motivos dos protestos, mas também a sociedade é atingida, principalmente por meio da difusão do medo generalizado. E a resposta estatal

também se mostra no mesmo nível: de forma violenta e com desrespeito aos direitos humanos. É preocupante a possibilidade da ocorrência de um círculo vicioso em que a violência dos grupos de protesto seja combatida com mais violência pelo Estado, a qual pode servir como justificativa para reações ainda mais violentas dos manifestantes e a consequente resposta estatal à altura, e assim por diante, num ciclo infinito.

De qualquer modo, é importante saber que os temas tratados neste trabalho referem-se a fatores que, conjugados, engendram uma dinâmica social de conflito entre Estado e população, e, conforme visto, num país em que o Estado se mostra ineficiente em resolver os problemas de sua população e, por isso, passa por uma crise de legitimidade, esta gera uma reação de contestação e revolta que muitas vezes se concretiza de forma coletiva e violenta. E, de um Estado subserviente aos interesses do capitalismo neoliberal, a resposta só pode vir pela via repressiva da ação policial e de uma legislação penal cada vez mais preocupada com a penalização do que com a ressocialização do delinquente. Nesse contexto, não é de estranhar a fabricação de novos inimigos da sociedade, atualmente, os pretensos “terroristas”, cuja repressão, espera o Estado, vai ajudar a restabelecer sua legitimidade e a confiança da população e tirar de cena alguns atores que podem se constituir em ameaça aos interesses capitalistas prevaletentes no país. Infelizmente, a tendência é que cada vez mais o direito penal seja o instrumento de pacificação social e de manutenção da ordem pública, e o histórico da equação entre direito penal e direitos humanos demonstra que, em países no estágio de desenvolvimento em que se encontra o Brasil, quanto maior a aplicação do primeiro, menor a proteção dos últimos.

Referências Bibliográficas

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: UnB, 1998.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. 2. ed. São Paulo: Editora 34/Edusp, 2003.
- CATÃO, Yolanda. Chegaremos à plenitude democrática, dentro do processo de globalização com os direitos humanos realmente universalizados? Avanços ou simples retórica? In: ARNAUD, André-Jean (Org.). *Globalização e Direito I: impactos nacionais, regionais e transnacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 361-379.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Direito sociais: cidadania, política e justiça*. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

GRECCO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 45-71.

RAUTER, Cristina. O estado penal, as disciplinas e o biopoder. In; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

AS EXPRESSÕES CORPORAIS E FACIAIS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Eloize Teixeira Olivetti²³
Marcus Vinícius Feltrim Aquotti²⁴

Resumo:

O presente artigo tem o objetivo de apresentar as expressões corporais e faciais e, como podem ser utilizadas no âmbito judiciário como meio de prova. Apresenta também quais são os tipos de expressão que os indivíduos utilizam em situações específicas, como um interrogatório, depoimento etc. descreve quais são os tipos de linguagem não-verbais, colocando quais são as principais expressões corporais e faciais. O artigo expõe sobre a comunicação não verbal e como ela se manifesta nos seres humanos, ou seja, quando a pessoa não está falando totalmente a verdade, estabelece-se a comunicação não verbal, de maneira autônoma e reflexiva, onde o corpo emitirá sinais que não condizem com a comunicação verbal. Também foi apontado pelo artigo a questão das microexpressões faciais, emoções apresentadas pelas pessoas, mas que duram fração de segundos, essas microexpressões podem também contribuir como comprovação das veridades dos fatos. A utilização dessas técnicas de linguagem corporal não verbal levou o artigo a incluir a questão das provas no Processo Penal e como as expressões podem ser os meios de prova já. O artigo demonstra também como são utilizadas as técnicas de expressão corporal e facial no âmbito judiciário.

INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é relativo às expressões corporais e faciais que na atualidade anda em voga, pois com recentes comportamentos dos seres humanos, a utilização de técnicas que observem, detectem e analisem a predisposição e antever seus atos é o que impulsiona o homem a se aprofundar nessa questão.

O estudo do comportamento humano é alvo de pesquisa desde o século passado com o Cientista Charles Darwin, onde este conseguiu desenvolver e se aprofundar nas espécies de seres humanos até desenvolver sua obra referente as emoções.

As emoções estão presente nas atitudes do homem, como ser biopsicossocial que o é, elas emanam de maneiras inusitadas, caso a caso e, principalmente, na situação em que o ser se insere.

Nesse sentido, o objetivo do artigo é o enfoque no estudo das expressões corporais e faciais, bem como, estudo do comportamento apresentado pelas pessoas quando inseridas no âmbito judiciário, sendo um órgão que investiga, questiona e julga.

A arte de saber interpretar e observar as expressões faciais e corporais

²³ Discente do 9º Termo do Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” em Presidente Prudente.

²⁴ Docente do Curso de Direito Penal das Faculdades Integradas “Antonio Eufrasio de Toledo” em Presidente Prudente. Mestre em Direito Penal

são comumente utilizadas em praticamente todos os ambientes. Com a observação desta linguagem consegue extrair o que pessoa não disse, ou seja, o que está omissos dos interlocutores e até mesmo se a pessoa está tentando enganar.

Outra razão para o estudo do tema são as técnicas introduzidas no âmbito judiciário, para atuar juntamente na busca pela verdade real.

Segundo a Constituição Federal em seu art. 5º, LIV “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, é mister a consideração que as provas estão contidas dentro do devido processo legal.

As provas no Processo Penal encontram-se dispostas nos arts. 150 A 250 do Código Processo Penal, estão descritos em todos esses dispositivos o que são provas e os meios de utilizá-las.

O artigo embasou-se em pesquisas bibliográficas, como livros, artigos e jurisprudências, bem como entrevista com especialista na área médica, referência em estudo do comportamento humano.

A metodologia utilizada no trabalho foi um levantamento bibliográfico contendo um histórico dos temas apontados, além da apresentação de inúmeras correntes que debatam sobre a questão das expressões corporais e uma explanação geral sobre os prós da utilização das expressões corporais como meio de prova no processo penal, uma vez que eles farão parte do processo como um todo, levando ao convencimento das autoridades desde a persecução penal até a ação penal, colaborando coma busca da verdade.

1- AS EXPRESSÕES CORPORAIS

O conceito de expressão corporal está intimamente ligado à expressão do corpo. Etimologicamente a expressão corporal teve seus primeiros conceitos ligados à dança, pois essa última, expressa através do corpo os ritmos ao som de uma melodia.

Parodiando esse conceito trazido pela expressão do corpo, a expressão corporal tão somente, expressa da mesma maneira a linguagem sem palavras. Nesse sentido, o corpo consegue expor palavras que foram omissas, por algum motivo importante, mas que aos olhos de um observador essa comunicação não-verbal fora percebida.

Esse conceito originário aparece no Brasil por volta dos anos 60, onde Klauss Viana e Angel Viana iniciaram o movimento da dança nos palcos brasileiros.

A arte da expressão corporal ultrapassou os palcos culturais atingindo a comunicação entre as pessoas.

A expressão corporal chega como uma linguagem não verbal, conseguindo emitir sinais que a palavra dita, num determinado contexto, não disse por motivo de ocultação ou por qualquer outro motivo.

Através das expressões corporais consegue-se visualizar as reações do corpo e, numa observação mais minuciosa, chega-se a conclusão de que as expressões emitidas pela pessoa estão condizentes com sua fala.

Ao longo da evolução do estudo das expressões corporais, descobriu-se que as pessoas podem mentir e as observações desses comportamentos seriam diferenciais na avaliação das pessoas. Diante desse fato, as áreas comerciais e administrativas deram ênfase para a técnica, tanto para atrair mais cliente quanto para seleção e treinamento de pessoas.

Segundo definição encontrada em Wikipédia “a linguagem corporal faz parte de um Sistema Autônomo, ou seja, quem comanda nossas ações é um sistema nervoso autônomo, que é responsável, entre outras funções pelas respostas reflexas”. Por se tratar de um sistema nervoso primitivo, as respostas do corpo são reflexas, ou seja, instantâneas, sendo considerada como uma primeira resposta.

Quando alguém faz um questionamento e a resposta é contrária a sua fala, ou seja, alguém mente na resposta, ou oculta algo, o corpo reflexivamente já responde através de suas reações.

Por esses e outros fatores é que a análise das expressões corporais vem ganhando terreno ao longo dos anos.

Outras áreas então começando a introduzir a técnica da análise das expressões corporais, sendo como um diferencial na tomada de decisões.

Atualmente a área jurídica descobriu o quanto a análise da expressão corporal pode ajudar na busca pela verdade. Em alguns países a escolha do júri é feita por profissionais experts na avaliação das expressões corporais. Em Manzi (2012, s.p.) “ A linguagem corporal é um importante aliado na audiência de conciliação, pois ajuda não somente a estabelecer a empatia, mas favorece o diálogo entre as partes”.

Ainda, para o autor supracitado

a linguagem corporal auxilia na criação da empatia entre os participantes da audiência, indispensável para que seja a conciliação, em sentido contrário, pode estabelecer um clima de antipatia que impede o diálogo e com ele, a colaboração para uma solução amigável. A raiva e o medo são sentimentos na maioria das vezes, muito mais eficientemente transmitidos por meio das expressões faciais e corporais do que por meio das palavras.

Em ambientes como Tribunal do Júri, sala de audiência de conciliação, é necessário observar o comportamento das pessoas quando estão verbalizando, pois, ao demonstrar qualquer tipo de sentimento, o avaliador pode se certificar que está dizendo a verdade ou algo diverso do seu discurso.

Em Dimitrius e Mazzarelli (2009, p.76) existem exemplos de julgamento onde a observação interpretativa da expressão corporal foi determinante na escolha do júri, pois, uma vez que o caso julgado apresenta uma situação fática os jurados não podem apresentar qualquer traço de contrariedade com o assunto. Em outros termos, quando o candidato a júri verbaliza suas opiniões, o avaliador deverá fazer análise das expressões emitidas, para constatar se está de acordo com o caso julgado, caso contrário, o candidato poderá prejudicar o

andamento do caso por opiniões pré-concebidas.

Por vezes, essa análise pode ser interpretada facilmente pelo avaliador, mas, por outras vezes a análise requer certa especialidade, devido alguns detalhes e técnicas mais avançadas que os estudiosos do gênero desenvolveram para conseguir desvendar os sinais do corpo.

Para os especialistas Dimitrius e Mazzarella (2009, p. 99) a linguagem corporal possui 9 estados emocionais como: honestidade e desonestidade, frustração, depressão, pesar e tristeza, indecisão e nervosismo. Estes estados são classificados como básico, pois em qualquer pessoa elas são facilmente identificadas, seu comportamento será semelhante a qualquer outra pessoa nesse mesmo estado.

Após os estudos desses nove estados, aparecem também mais outros 13 estados, porém, os estudos desses últimos são bem mais específicos.

Existem ainda outros tipos de classificação definida por outros autores, porém, não há divisão em estados emocionais, apenas realizam uma análise mais geral analisando a posição dos pés, das mãos, pernas, cabeça e joelho.

Um exemplo dessa observação é, segundo Peace e Peace (2005, p.16) a posição das mãos, que ao colocar pra cima quando estiver verbalizando é sinal de honestidade. Porém, quando alguém está verbalizando e toca o nariz, coloca as mãos da boca ou toca o pescoço é sinal de desonestidade. Outro exemplo é o aperto de mãos que dependendo da posição quer dizer autoridade sobre a outra pessoa.

Tamborilar os dedos sobre uma superfície, segurar um objeto e mexer constantemente nele significa nervosismo. O cruzamento de pernas e braços também revela que a pessoa não está aceitando o que o outro diz, em termos gerais, está na posição defensiva.

É importante enfatizar que, o observador precisa estar atento a outros fatores que possam estar presentes na situação analisada. Reparar se o avaliado não está com gripe, rinite alérgica ou qualquer outro comportamento que possam influenciar na avaliação, ou caso contrário, o avaliador pode fazer um juízo errado do avaliado.

Comumente, é necessário enfatizar que outros aspectos também são primordiais na análise das expressões corporais, uma vez que existem pessoas que em sua constituição já apresentam patologias que podem comprometer a análise caso o observador não consiga percebê-los.

O caso em tela refere-se aos psicopatas, cujos seres são caracterizados como pessoas com ausência de culpa, ou até mesmo, pessoas que ao verbalizar, mesmo que seja uma mentira, não demonstram reação em seu corpo, uma vez que esses não apresentam sentimento de compaixão, nem remorso.

Nesses casos acima mencionado, é mister que o observador conheça esse perfil do psicopata e análise de suas expressões corporais deverão ser contrastada com o histórico de vida desse indivíduo.

Porém, em todos os casos é importante que o avaliador estabeleça um *Baseline* com o avaliado. Essa técnica, segundo Castilho (2011, p.113) consiste em conhecer um pouco da história de vida do avaliado, bem como estabelecer um clima amigável com ele:

O primeiro passo, num caso desses, é criar o que tecnicamente chamamos de *baseline*, ou um mapa das expressões faciais e característica de comportamento da pessoa numa conversa relaxada, em que ela não se sinta ansiosa, acuada ou pressionada a mentir. Na elaboração de um *baseline*, preste atenção a aspectos como um piscar de olhos – quão frequente ele é? -, o uso da sobrancelhas para dar ênfase a alguma parte da conversa, a posição das mãos, das pernas, a rigidez do ombro, o aspecto da testa, da boca.

Um *baseline* será melhor se soubermos de antemão alguns fatos sobre a vida da pessoa.

Essa técnica, descrita pelo autor supracitado, consiste em deixar o avaliado relaxado, diminuindo o nervosismo e com isso conseguir extrair o máximo de informações possíveis através de suas expressões corporais.

2-EXPRESSÕES FACIAIS

As expressões faciais são conceituadas segundo Ekman (2011, p.52), como movimentos da face que se formam todas as vezes que nos emocionamos. Esses movimentos são expressos através emoções nas quais o ser humano é inserido.

A respeito das emoções, o estudo profundo e originário foram iniciados pelo cientista e pesquisados Charles Darwin de 1910. O cientista mencionado descobriu a origem das emoções nos seres humanos através da observação de todos os seres vivos.

Atualmente para Ekman, cientista e Psicólogo, as expressões faciais são universais, ou seja, em qualquer parte do planeta as expressões são idênticas nas pessoas.

De início o cientista acima mencionado, realizou pesquisas em vários povos diferentes, porém com características parecidas por pertencerem às civilizações urbanizadas. Devido inúmeras críticas Ekman, resolver ampliar suas pesquisas para povoados distantes, em tribos não civilizadas, conseguindo assim a comprovação de que realmente as expressões faciais são universais no mundo.

Em recente reportagem da Revista Veja (Editora Abril,ed.2355), afirma que Ekman conseguiu catalogar 43 músculos do rosto codificando assim as expressões chamadas de básicas que são: tristeza, angustia, raiva, surpresa, medo e aversão.

Para Oliveira (2011, p.19), existem na face uma série de músculos e todos eles ligados a pele e osso do nosso corpo, fenômeno ocorrido somente nesse membro. Diante disso, existem músculos que são prioridade na observação da face e estão subdivididos em conjuntos que segundo Oliveira

(2011, p. 33) são: “músculos da frente, ao redor da boca, músculo ao redor das pálpebras e o músculo do nariz”.

Combinando o movimento dos músculos da face mais as expressões que elas formam tem-se representada a emoção que a pessoa sente a isso se deu também o nome de expressão facial.

Outra descoberta importante feita por Ekman foi sobre as microexpressões faciais, que são movimentos muito rápidos da face, imperceptível ao olho humano, mas que são capazes de revelar uma emoção muito forte. Para Ekman (2011, p. 32) as microexpressões podem ser definidas como:

O que denominei microexpressões - movimentos faciais muito rápidos, que duram menos de um quinto de segundo - são fonte importante de escapamento, revelando uma emoção que a pessoa está tentando ocultar. Uma expressão falsa pode ser denunciada de diversas maneiras: em geral, é levemente assimétrica e carece uniformidade de forma que influi de vez em quando da face.

O cientista em questão aprofundou-se na busca do conceito das expressões faciais, em sua pesquisa conseguiu catalogar todas as expressões faciais num Sistema de Codificação de Ação Facial que ajuda outros pesquisadores a reconhecerem as expressões através de um software com precisão se a pessoa está mentindo, nervosa, com raiva etc.

Ante ao exposto, estão descrito abaixo as principais expressões faciais supracitadas.

2.1 Tristeza

A tristeza é um sentimento intenso e que perdura bastante, demora mais da metade do tempo normal a sua vivência, do que os demais sentimentos, principalmente os sentimentos vividos de perda. A tristeza é sem dúvida uma das expressões mais fáceis de reconhecer na face da pessoa, pois se há o mínimo de tristeza real ela transparecerá com certa clareza.

A figura exposta abaixo vem a confirmar:



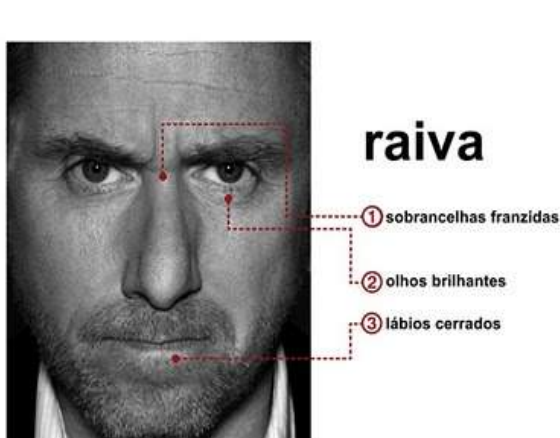
Fonte: dossierredjohn.blogspot.com 1

2.2 Raiva

A raiva é a expressão facial mais fácil de identificar na face das pessoas, devido ao olhar fixo e sobrancelhas unidas.

Para Ekman (2011, p.127) a raiva apresenta uma variedade de sentimentos que vão desde sentimentos passivos, contidos, dirigidos e breves. Eles podem ser direcionados tanto a pessoas distantes, aqueles com os quais nos envolvemos numa briga de trânsito, por exemplo, (dirigido), ou até mesmo pessoas mais próximas. Esses são até muito comum, pois essas pessoas com quem nos relacionamos e amamos idealizamos um ideal de perfeição e uma vez que essas pessoas falham provocam em seus entes um sentimento de raiva, pois quebra àquele sentimento idealizado.

Esta é sem dúvida a expressão da raiva dirigida às pessoas, que pode ser facilmente identificada conforme a figura abaixo:



Fonte: dossierredjohn.blogspot.com 2

2.3 Medo

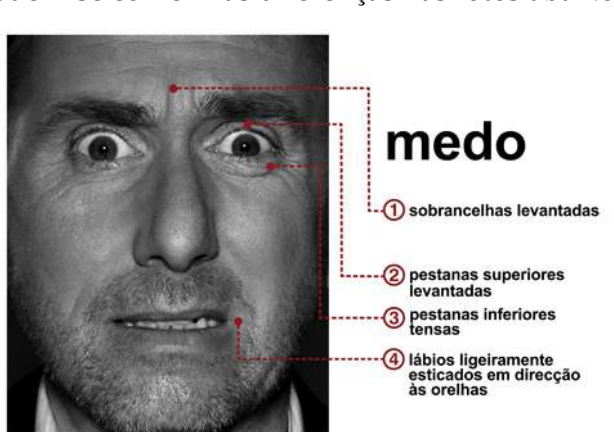
O medo é uma das emoções que não perduram por tanto tempo na face

do indivíduo. É um sentimento que é considerado como o mais breve e a mais forte, porém permanece por um curto período de tempo na expressão facial da pessoa. Por isso, o medo pode vir a ser confundido com a surpresa, outra emoção curta também, que pode vir a acontecer logo após o medo.

Foi descoberto pela pesquisa dos cientistas que esse sentimento possui vários níveis de escala para várias pessoas, podendo ser mais intenso e mais brando, mas sempre lembrando que o modo como a pessoa se comporta pode variar a intensidade desse medo, ou seja, dependendo da situação a pessoa pode fugir ou paralisar diante do medo.

Contudo, para identificação do medo a característica mais importante são os olhos arregalados, as pálpebras superiores bem erguidas e a boca esticada para trás. Para Oliveira (2011, p. 51) a característica do medo se confunde muito com a do espanto, pois são muito parecidos músculos muito contraídos e sob forte pressão.

Podem-se conferir as diferenças nas fotos abaixo:



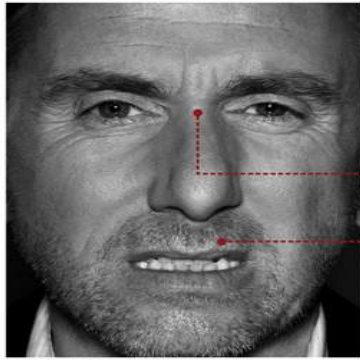
Fonte: picbox.biz 1

2.4 Aversão

Uma importante característica da aversão é que ela só aparece nas pessoas depois de certa idade, ou seja, quatro anos de idade. Outra característica importante é que geralmente os gatilhos universais que o desencadeiam são os relacionados aos produtos gerados pelo nosso corpo humano como as fezes, vômito, urina, muco e sangue.

Oliveira (2011, p. 55) é um dos cientistas que confirma a aversão no sentido de nojo e classifica esse sentimento como expressão da face fechada, porque o nojo tenta retirar do ambiente todos os sentidos possíveis:

Para reconhecer a aversão é necessário avaliar primeiramente o nariz e os lábios. Há sempre o enrugamento do nariz e o lábio superior é sempre erguido conforme a imagem abaixo demonstra:



nojo

- ① nariz franzido
- ② lábio superior levantado

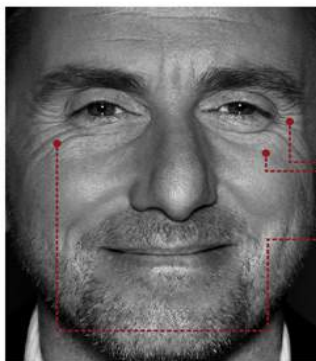
Fonte: revelandosegredolc.blogspot.com 1

2.5 Alegria

Esse sentimento é algo um pouco peculiar de nossa língua portuguesa, pois em outras línguas não existe tradução para alegre, mas sim para felicidade, então os cientistas preferiram pesquisar sobre as emoções agradáveis.

Existem outras emoções agradáveis que são a felicidade, furor, entusiasmo, êxtase etc. todas elas com algum componente diferente para desencadeá-lo com relação aos gatilhos, porém esses sentimentos quando expressos na face são os mesmos, suas expressões são semelhantes.

A principal característica para identificação da alegria é com referência aos músculos ao redor dos olhos, que se contraem, apertam-se, expressando o mais puro sentimento de alegria ou qualquer outra emoção agradável, mas somente quando o sentimento é verdadeiro, pois quando o sorriso é falso somente a boca do indivíduo se mexe, pois os músculos ao redor dos olhos não se contraem voluntariamente.



alegria

- ① pés de galinha
- ② maçãs do rosto salientes
- ③ olhos em "órbita"

Fonte:psi85_mentalista.blogspot.com 1

3-PROVAS NO PROCESSO PENAL

As Provas no Processo Penal são estudadas em dois momentos. O primeiro refere-se ao estudo da Teoria Geral da prova e o segundo as Provas em espécie.

Antes de iniciar os estudos das provas em si, é necessário conceituá-la. O conceito de provas segundo Tourinho Filho (2012, p.231), deriva da ação de

provas, ou seja, de tornar a todos o conhecimento de algo que a pessoa possui e que os outros ainda não tem.

Segundo Mittermaier (2008, p.76) as provas aparecem sob vários pontos de vista:

A prova, essa base de argumentações que cada uma das partes emprega para ganhar a convicção do juiz, pode ser encarada, conforme os casos, sob diversos ponto de vista.

Consideramos: 1º, com relação àquele que a produz, ou, o que é o mesmo, com relação àquele que fornece os motivos determinados da convicção; 2º, com relação àquele perante quem ela é dada.

No primeiro caso a palavra prova é tomada subjetivamente: designa esforços feitos pela parte para fundar a convicção no ânimo do juiz, e habilitá-lo a decidir com toda a certeza a respeito dos fatos da causa; nesse sentido prova e produção de prova são sinônimos. Assim é que no cível as partes procuram demonstrar as suas pretensões; assim é que no crime vê-se logo os esforços por demonstrar os fatos um acusador, substituído no processo de inquirição por um inquiridor, que, no interesse da verdade, vai pesquisando todos os vestígios materiais ou não materiais, verifica-se, se pode, desde que se ligam ao corpo de delito, ao agente e à sua culpabilidade, ou desde que podem contribuir para esclarecer os deveres do magistrado que tem de julgar.

Considerada em relação àquele para quem a prova é dada, torna-se esta palavra sinônimo de certeza; torna-se então objetivamente, e compreende esse complexo de poderosos motivos que com toda segurança dão em conclusão a realidade dos fatos acusados.

Contudo, para Pereira (1995, p.25), as provas aparecem na busca pela veracidade dos fatos, e ainda:

Fornece a certeza real ou moral da prática considerada delituosa, fornecendo um juízo lógico e real para posterior aplicação da *sact juris*. Um dos princípios básicos que regem o nosso Direito Processual Penal, é sem dúvida a busca da verdade real, e tal é buscado através das provas.

Uma questão abordada pelos doutrinadores, como Pereira e Nucci, refere-se à busca pela verdade real, que para uns consiste em buscar aquilo que mais se aproxima da realidade. Porém, outros como Silva (2010,s.p), conclui que não há como buscar a verdade real através da análise de fatos ocorridos, pois o passado não é passível de remontagem.

Para o presente artigo, é importante a consideração dessa primeira corrente, uma vez que se pretende utilizar as expressões faciais e corporais como meio de prova na busca mais próxima da veracidade dos fatos.

Ante as introduções acima apresentadas, é necessário o conhecimento dos meios de prova são na verdade os instrumentos que levam a esse conhecimento.

Nos dizeres de Tourinho Filho (2012, p. 235) “os meios de prova são tudo o quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação que se procura no processo: testemunhas, documentos, perícia, etc.”.

Nesse mesmo sentido Nucci (2011, p.389) conceitua os meios de prova como a busca da verdade dos fatos e dispõe:

São todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Na lição de Clariá Olmedo, é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso (Tratado de derecho penal, v.1, p. 448).

Para Estefam (2008, p.20), os meios de prova inominados são só admitidos porque se sustentam no Princípio da Liberdade das provas, “A liberdade das provas é o corolário do princípio da verdade real e, por meio dela, sustenta-se que todo meio de prova devem ser admissíveis, previsto em lei (meios de prova nominados) ou não (meios de prova inominados) ”.

Tourinho Filho (2012, p. 239), afirma que o Princípio da Liberdade das Provas oferece a garantia de que não há nenhuma restrição a utilização de outros meios de prova, não sendo somente àqueles dispostos na lei. Ainda completa além da não restrição ao uso das provas inominadas, as únicas vedadas pelo Código são as que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana.

4-AS EXPRESSÕES CORPORAIS COMO MEIO DE PROVA

A análise do comportamento humano atualmente tornou-se fundamental para avaliação das pessoas no âmbito judiciário

O ser humano por contido no âmbito social interage com seus pares, sendo primordial a observação dessa interação, pois daqui é que surgirão os comportamentos que formarão as características de um ser. Ainda, a partir disso, vendo as pessoas dialogando ou interagindo consegue ao mesmo tempo prestar atenção as suas falas e também a sua comunicação não verbal.

No judiciário há questão da busca pela veracidade dos fatos e as provas são meios de colaboração para motivar a convicção do juiz. Contudo, a busca pela verdade é algo que se pode conseguir pela observação das expressões corporais e faciais. Segundo Wachmuth (2009,s.p) “ Diferentemente da fala, a

linguagem involuntária do corpo não recorre à ironia ou a dissimulação. Transmite a verdade nua e crua por meio de sinais que revelam pistas e impressões sobre personalidades e desejos”.

As provas devem ser colhidas desde a persecução penal e em toda a ação penal, a autoridade policial pode utilizar-se durante o interrogatório de técnicas da expressão corporal, por intermédio de gravação em vídeo, podendo ocorrer o mesmo dentro da ação penal, onde o juiz deverá extrair essas expressões, gravadas em vídeo, no interrogatório, na confissão e no testemunho.

Ainda, com relação as provas, o perito pode analisar todas as imagens para constatar sua veracidade.

Durante toda a fase do processo poderá ser feito, através de interpretação do sistema de expressões, questões de maneira mais assertiva, mais direcionada àquilo que se pretenda descobrir.

Quando o juiz e outras pessoas envolvidas no processo, conseguem agir emocionalmente inteligente, consegue se extrair mais facilmente o que se pretende descobrir, ou seja, a verdade dos fatos. Neste sentido Manzi (2011, s.p) completa:

Como alguns gestos podem decorrer do medo (tensão) ou da mentira, é essencial que o juiz, no início do depoimento, tente deixar o depoente à vontade, evitando a rispidez ou perguntas essenciais à solução da controvérsia. Nesse momento, além de deixar o depoente mais a vontade, poderá obter uma síntese de seu padrão corporal, para compará-lo com as eventuais alterações, quando formuladas questões onde o depoente poderia mentir.

O autor acima aborda a questão da mentira. A mentira é algo que os seres humanos querem descobrir, desde seus relacionamentos íntimos, em ambiente de trabalho e principalmente nas questões judiciais.

Para Castilho (2011, p.35) o ato de mentir é visto pela maioria das pessoas como algo ruim, mas, muitas vezes a mentira serve para preservar algo, o ato de mentir viria como algo para preservar os relacionamentos. O autor destaca: “Em geral, quando se pensa em mentira, a associação imediata que quase todos nós fazemos é com algo puramente negativo, que irá causar algum mal a alguém. Nem sempre (a bem da verdade, quase nunca) é assim”. E continua:

Pesquisas mostram que, em média, mentimos três vezes a cada dez minutos, mesmo que nem percebamos isso. E mentimos não porque temos problemas em dizer a verdade. Em muitos casos é provável que mintamos para atenuar o impacto que a verdade teria. Ou seja, mentimos de forma a evitar magoar pessoas com quem nos importamos, ou para evitar situações embaraçosas,

constrangedoras.

É o que em muitos casos, autores denominam como “mentira branca”, não tem a finalidade de mentir para esconder o seu mal feitos, mas na intenção de preservar algo.

Ainda, segundo Castilho (2011, p.111), as pessoas que trabalham na área criminal possuem experiências e prática para reconhecer perfis criminosos e de pessoas que estão tentando enganá-las. Essas pessoas viabilizam em muito a aplicação da técnica da observação das expressões corporais e faciais.

Essa facilidade do reconhecimento do perfil trabalhando conjuntamente com as expressões em si, são confirmadas por Castilho (2011,p. 112):

Além disso, a técnica acabou por revelar um atalho na produção de provas e de caminhos na investigação que levam à solução de um crime. Pois, agora, eu dependia mais apenas da intuição – ao analisar as expressões e o comportamento de meus interlocutores, tinha condições de separar prováveis suspeitos de pessoas certamente, com notável precisão, confirmar a veracidade do que era me dito.

E conclui:

O cenário ideal para a aplicação de técnica com total segurança nos resultados é o que permite gravar em vídeo entrevistas, interrogatório, negociações. Evidentemente, como qualquer trabalho de investigação, usualmente quem é filmado não tem ciência disso – mas o proprietário ou responsável pelo espaço, em geral a empresa que me contratou para resolver um crime, sim.

O autor utiliza os equipamentos de filmagem como forma de auxílio para análise mais profunda de observação das técnicas para decodificação das expressões corporais.

O autor supracitado também faz uso de equipamentos para gravações em vídeo de audiências e interrogatórios. Porém, diferente do âmbito organizacional, o qual a filmagem não poderia tornar-se instrumento de prova, aqui elas fazem parte do processo e servirão como instrumento para análise profunda da linguagem não verbal.

Neste sentido, as expressões corporais e faciais serviriam como meio de prova, pois através dos registros que ficarão nos autos, e com análise pericial, o observador conseguirá analisar profundamente a linguagem não-verbal, emitidas pelo acusado durante todo o processo.

CONCLUSÕES

As Expressões Corporais são definidas como algo que o corpo transmite através da comunicação não-verbal. Esses gestos possuem ligação com cérebro, por isso quando algo está dentro do cérebro humano este já esboça uma reação.

No que tange as emoções, os autores afirmam que elas estão contidas na face das pessoas, ou seja, são denominadas expressões faciais, que também fazem parte das expressões corporais como um todo. E, além disso, foi apresentada as microexpressões faciais e sua importante contribuição para análise das pessoas.

É mister observar que, ao se analisar um indivíduo pelas expressões corporais é mais fácil detectar se há mentira por detrás das palavras, como por exemplo, o sorriso sincero é identificado pelo levantar da sobrancelhas e rugas ao redor dos olhos, caso não haja esses sinais, provavelmente a pessoa não está sinceramente feliz ao te encontrar.

Nesse contexto, através dessa observação há a possibilidade do analisador descobrir sinais que comprovem mentira, como coçar cabeça e extremidades do nariz, tapar a boca com a mão, sinais de nervosismos, como tamborilar dos dedos, balançar os pés, inúmeros comportamentos que podem surgir no decorrer do processo e que servem como meio de prova na busca da verdade.

Comumente, a mentira é o tema que hoje em dia os autores estão pesquisando mais profundamente, pois detectando traços de mentirosos consegue chegar num julgamento ou em interrogatório mais fidedigno.

Existem também casos de mentirosos patológicos, chamado de “mitômanos” ou psicopatas, esses não exprimem culpa e mentem como se fosse uma verdade real. Nesses casos a descoberta da mentira deverá ser através investigação e contraste com a história de vida desses indivíduos.

Diante disso, as expressões corporais e faciais podem contribuir em vários âmbitos, como o judiciário, por exemplo, pois elas podem permanecer no processo penal através da filmagem que hoje o mundo jurídico dispõem, podendo apresentar-se como prova subjetiva corroborando com as demais provas materiais dentro do processo.

Até mesmo as expressões podem participar do processo como prova objetiva, onde analisadores conseguirão comprovar cientificamente as expressões emitidas naquele momento através de perícia, entrando assim como meio de prova.

Referências

- BALLONE, GJ - *Personalidade Psicopática* - in. PsiqWeb, Internet, disponível em <http://www.psiqweb.med.br/> revisto em 2008. Acesso 05/02/2013.
- BARROS, Antonio Milton. *Da prova no processo penal: apontamentos gerais*. 1º Ed. São Paulo: Editora Juarez Soares, 2001.
- CARROL, John B. *Psicologia da Linguagem*. 3º Ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1969.
- CASTILHO, Wanderson. *Mentira: um rosto de muitas faces*. 3º Ed. São Paulo: Editora Urbana, 2011.

DAVIS, Flora. *A comunicação não-verbal*. 5º Ed. São Paulo: Editora Summus, 1979.

DIMITRIUS, Jô-Ellan; MAZZARELLA, Wendy Patrick. *Decifrar Pessoas: como entender e prever o comportamento humano*. 2º Ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

EKMANN, Paul. *A linguagem das emoções*. 4º Ed. São Paulo: Editora Lua de Papel, 2011.

ESTEFAM, André. *Provas e procedimentos no processo penal*. 1º Ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2008.

FARAH, Geisa Matos. *Prova Ilícita e sua Aplicação no Processo Penal*. 2008.68f. Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Presidente Prudente, 2008.

GOLEMAN, Daniel. *Inteligência Emocional*. 41º Ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1995.

JAMES, Judi. *Linguagem corporal no trabalho*. Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2008.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Vol I. 3º Ed. Campinas: Editora Bookseller, 1996.

MANZI, José Ernesto – *O Uso de Técnicas Psicológicas na conciliação e na colheita de prova judiciária*- Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5243/o-uso-de-tecnicas-psicologicas-na-conciliacao-e-na-colheita-da-prova-judiciaria>. Acesso em 15 de dezembro de 2012.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5º Ed. Campinas: Editora Bookseller, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ªEd. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A Prova por Índícios no Processo Penal*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ªEd. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, João. *Saiba quem está a sua frente: análise comportamental pelas expressões faciais e corporais*. 1º Ed. Rio de Janeiro: WAK Editora, 2011.

PEASE, Allan; PEASE, Bárbara. *Desvendando os segredos da Linguagem Corporal*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2005.

PEREIRA, André. *Justiça poderá vir a usar análise das expressões faciais*. Disponível em internet http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2062552&page=1. Acesso em 02 de agosto de 2013.

SANTOS, Hélène Rebecca Bautzer dos. *PSICOLOGIA NA ÁREA CRIMINAL*. 1ªEd. Bauru, Editora Jalovi LTDA, 1979.

SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2008.

SCHUBERT, Siri. *Mensagens Sutas*. Disponível em <http://www.methodus.com.br/site/artigos/default.asp?tema=2&curpage=9>. Acesso em 05 de agosto de 2013.

SCHUBERT, Siri. *Faces da Mentira*. Disponível em <http://www.methodus.com.br/artigos/337/faces-da-mentira.html>. Acesso em

03 de agosto de 2013

TARDIN, João Paulo. *Admissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal Brasileiro como Instrumento à Acusação*. 2011. 72f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdades “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2011.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal. Volume 3*. 34º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A Ilícitude da Prova: teoria do testemunho do ouvi dizer*. 1º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VIANNA, Klaus. *A Dança*; em colaboração com Marco Antonio de Carvalho. 3º Ed. São Paulo: Summus, 2005.

WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. *O Corpo Fala: a linguagem silenciosa da comunicação não verbal*. 59º Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1986.

CONSTATAÇÕES SOBRE A POLÍTICA REPRESSIVA ANTIDROGAS: SELETIVIDADE PENAL E A FALÁCIA DO BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA

Décio Franco David ²⁵
Gustavo Trento Christoffoli ²⁶

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo analisar as práticas de intervenção penal na política de combate as drogas e seus efeitos sobre a população. Para tanto, analisa, inicialmente, os números dos dados do sistema prisional brasileiro, bem como a identificação de rótulos e estereótipos às condutas vinculadas ao tráfico e/ou uso de entorpecentes. Na sequência, é abordado o problema acerca dos interesses envolvidos na criminalização de entorpecentes, passando, por fim, a demonstração de como a saúde pública não é um verdadeiro bem jurídico-penal, mas apenas um instrumento retórico para facilitar a imposição de políticas paternalistas e contrárias à própria lógica do sistema de garantias fundamentais que fundamenta e estrutura o ordenamento jurídico pátrio.

INTRODUÇÃO

Não deixa de ser um truísmo, um senso comum, hoje em dia, afirmar que a atual política de drogas é um verdadeiro fracasso. Isso porque seja a nível nacional ou internacional²⁷, longe de resolver qualquer dos problemas a que se propõe, a política atual serve, em verdade, para agravá-los: segundo dados do Infopen²⁸, a população carcerária brasileira saltou de 175.908 (cento e setenta e cinco mil, novecentos e oito) presos em 2005, para a quantia de 548.003 (quinhentos e quarenta e oito mil e três) presos em dezembro de 2012. Se considerarmos exclusivamente os dados referentes à política de drogas, temos que, no ano de 2005, 32.880 (trinta e dois mil, oitocentos e oitenta) pessoas foram presas pela prática de algum dos verbos contidos no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06. Já em dezembro de 2012, são 138.198 (cento e trinta e oito mil, cento e noventa e oito) pessoas presas pelo mesmo motivo.

O enorme crescimento da população carcerária em geral salta aos olhos, especialmente em relação àqueles condenados por se envolverem, de algum modo, com as substâncias ilícitas.

Apesar de ser um problema em si mesmo, o processo de grande

²⁵ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP) Professor de Direito Penal do Centro Universitário Franciscano do Paraná (FAE). Professor Colaborador da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Advogado.

²⁶ Aluno do 9º Período do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

²⁷ O cunho essencialmente repressivo pouco muda quando o assunto é política de drogas, salvo exceções pontuais (que felizmente vêm crescendo) em relação à *cannabis*.

²⁸ BRASIL. **InfoPen - Dados Consolidados 2008**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 19 de agosto de 2013.

encarceramento²⁹ levado a cabo na atualidade poderia ser – por uma perspectiva utilitarista – tolerável *se (e apenas se)* a “guerra contra as drogas”³⁰ estivesse surtindo qualquer efeito positivo. Não é o que acontece, pois a política proibicionista “vem destruindo vidas e espalhando violência, mortes, prisões, estigmas, doenças, sem sequer obter qualquer resultado significativo em seu declarado objetivo de erradicar ou reduzir a circulação das selecionadas drogas tornadas ilícitas”³¹. O modelo proibicionista-punitivo tem por fundamento dois pilares, um de forte cunho moral-religioso que defende a abstinência como conduta padronizada frente aos entorpecentes e outro de vertente higienista que defende como modelo ideal de sociedade aquela livre de drogas³². Evidentemente, uma perspectiva de controle penal baseada em tais pilares proporcionará efeitos devastadores.

Toda a dor, causada por prisões, mortes e injustiças em geral, relacionadas às drogas, em nada³³ afetaram o normal funcionamento deste mesmo mercado³⁴. Diante da eloquência desses fatos, o que geralmente se faz é trazer à tona, a respeito da política repressiva atual, o velho bordão do *ruim com ela, pior sem ela*. Mas uma análise racional, que não se deixe levar pelo medo do desconhecido – que não raro nos impede de progredir –, mostra que o temor não tem razão de ser.

A partir dessas premissas, e constatado o nível de fracasso em seus objetivos proclamados³⁵, faz-se necessário grande esforço para tentar

²⁹ PAVARINI, Massimo e GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11-12.

³⁰ Termo introduzido inicialmente pelo presidente norte-americano Richard Nixon.

³¹ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso legalizar**. Law Enforcement Against Prohibition, maio de 2012. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 20 de agosto de 2013. Segundo a autora, “Após cem anos da globalizada proibição com os 40 anos de “guerra às drogas”, o resultado visível é que as substâncias proibidas foram se tornando mais baratas, mais potentes, mais facilmente acessíveis e mais diversificadas”. (KARAM, Maria Lúcia. *Loc. cit.*).

³² RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e Redução de Danos**: Análise crítica no âmbito das ciências criminais. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 20.

³³ Poder-se-ia objetar que apreensões de grande monta realizadas pela polícia retiram do mercado quantidades consideráveis de substâncias, que causariam problemas de saúde à população. Tudo o que fazem as apreensões, entretanto, é elevar o preço de outros carregamentos, para fins de reposição do lucro temporariamente perdido, como manda a lei da oferta e da procura. Trata-se, afinal, de uma mercadoria como outra qualquer – exceto pelo fato de ser criminalizada.

³⁴ “Guerra, mortes, prisões em nada afetam o fornecimento das drogas tornadas ilícitas. Padrões e empregados das empresas produtoras e distribuidoras, mortos ou presos, logo são substituídos por outros igualmente interessados em acumular capital ou necessitados de trabalho. Por maior que seja a repressão, as oportunidades de trabalho e de acumulação de capital subsistirão enquanto estiverem presentes as circunstâncias sócio-econômicas favorecedoras da demanda que impulsiona o mercado. Onde houver demanda, sempre haverá oferta. A realidade não pode deixar de obedecer às leis da economia. As artificialmente criadas leis penais não têm o poder de revogar as naturais leis econômicas. A proibição do desejo simplesmente não funciona” (KARAM, Maria Lúcia. *Loc. cit.*).

³⁵ Nesse sentido, CARVALHO, Salo de. Política de Drogas: Mudanças e Paradigmas (Nas trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: Depoimento sobre os Danos Diretos e Colaterais Provocados pela Guerra às Drogas). **Revista EMERJ**, v. 16, n. 63

compreender *como e por que* essa política ganha cada vez mais força, como, por exemplo, na forma de inovações legislativas que procuram aumentar ainda mais a pena mínima para o crime de tráfico de drogas³⁶.

Em relação aos altos níveis de encarceramento produzidos como consequência da política antidrogas, pode-se afirmar, ao menos em uma primeira e superficial análise, que a falta de clareza nos parâmetros utilizados para classificar os que serão condenados como *usuários* ou como *traficantes* deve ser levada em conta. É que a legislação não possui um critério reitor da interpretação que o magistrado deverá fazer, mas sim alguns parâmetros, tais como a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação etc³⁷.

Nesse sentido, falta no ordenamento jurídico brasileiro regulamentação *objetiva* referente à *quantidade* de droga que poderia ser considerada para classificar a conduta como consumo ou tráfico. E aqui, frise-se, a objetividade é fundamental na medida em que serve para impedir o arbítrio dos agentes do sistema penal (sejam eles policiais, delegados, promotores de justiça ou juízes) no momento da classificação jurídica do fato.

Todas as circunstâncias acima citadas, como a falta de objetividade da lei, favorecem enormemente a atuação de *metarregras punitivas*³⁸ (valoração de indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização, etc³⁹) por parte do responsável pela classificação jurídica do fato. Trata-se, em verdade, de verdadeiro pressuposto para se compreender a seletividade de todo sistema penal como um todo. Seguindo o que foi anteriormente dito, o problema da criminalização das drogas é um dos que mais contribui para a superlotação do sistema carcerário nacional. Mas não foi sempre assim. Segundo Maria Lúcia Karam, as drogas são usadas desde os primórdios da humanidade, sendo que a proibição de algumas substâncias psicoativas só aparecem em nível global a partir do século XX⁴⁰.

E é a partir dessa premissa que se faz necessário compreender a gênese histórica da proibição, aliada, naturalmente, à incontestável seletividade do

(Edição Especial). Rio de Janeiro, out.-dez./2013, p. 46-69; EDITORIAL. Sobre Drogas e Preconceitos. **Boletim IBCCRIM**, ano 20, edição especial: 20 anos, São Paulo: IBCCRIM, out/2012, p 01.

³⁶ Projeto de Lei nº 7663, de 2010, de autoria do Deputado Federal Osmar Terra (PMDB-RS). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483808>>.

Acesso em: 09 de abril de 2014. Se a atual reprimenda mínima é cinco anos, o projeto de lei propõe que sejam oito (inacreditavelmente, seria uma pena maior do que a de homicídio simples), com a clara finalidade de evitar que as penas sejam fixadas inicialmente no regime aberto ou semi-aberto.

³⁷ Conforme art. 42, Lei 11.343/2006.

³⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 101-106.

³⁹ SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Direito Penal**. Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 29.

⁴⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso...**, p. 1. No mesmo sentido, SABADELL, Ana Lucia; ELIAS, Paula. Breves Reflexões sobre a Política Internacional de Drogas: o Papel das Nações Unidas. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 219.

sistema penal, que acaba por servir como forma de controle das *underclasses*. Assim, a vinculação dos conceitos de “proibição” (da produção e circulação das substâncias tornadas ilícitas) e de “seletividade” (do sistema penal) é fundamental para compreender o problema. Afinal, não se trata verdadeiramente de uma proibição em geral, mas sim uma proibição que se dirige muito especificamente a pessoas de classes sociais bem determinadas. Sobre a seletividade, Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista pontuam que o sistema penal opera como um filtro seletivo de pessoas, o qual capta a vulnerabilidade individual com a correspondência ao estereótipo criminal⁴¹, isto é, “o estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo consoante a correspondência com o estereótipo for maior ou menor”⁴²

1 A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS SERVE A QUEM?

A respeito da imprecisão com que a Lei de Drogas trabalha a questão da imputação (e que abre margem para *metarregras punitivas*), existem alternativas, que, conquanto não sejam as ideais – *legalização da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas* –, possivelmente evitariam a ocorrência de casos de prisões tecnicamente errôneas, o que traria maior segurança jurídica, e em última instância, aliviaria o sofrimento das inúmeras pessoas condenadas injustamente: assim como já ocorre em alguns países europeus⁴³, há a possibilidade de que uma quantia seja definida como limítrofe para consumidores e comerciantes, como ocorre na Dinamarca (cuja legislação considera como quantidade para consumo dez gramas de maconha), Finlândia, (cuja legislação considera como quantidade para consumo quinze gramas, também, de maconha) e Bélgica (a qual limita a quantidade de três gramas para consumo da mesma droga).

A grande fragilidade desses sistemas que descriminalizam o consumo reside na incoerência de não permitirem a comercialização livre das drogas. Como entender que uma mercadoria possa ser comprada, mas ao mesmo tempo não possa ser vendida?

Deve-se deixar claro que não se ignora, certamente, a possibilidade de fracionamento da droga por parte dos vendedores com o objetivo de se passar por usuário. Esse risco não justifica, porém, a total ausência de uma *presunção*

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 47.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Loc. cit.* Nesse sentido, Heleno Claudio Fragoso já afirmava que “A identificação de criminoso e marginal resulta do fato de serem atingidos pela justiça substancialmente os pobres e desfavorecidos, que enchem as prisões e que constituem a *clientela* do sistema. O Direito penal é, realmente, direito dos pobres, não porque os tutela e protege, mas porque sobre eles, exclusivamente, faz recair a sua força e o seu dramático vigor” (FRAGOSO, Heleno Claudio. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 03).

⁴³ Cf. EMCDDA. **Illicit drug use in the EU**: legislative approach. Lisbon: EMCDDA, 2005, p. 24-26. Disponível em: <<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index10079EN.html>>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

relativa que poderia ser afastada no caso concreto⁴⁴, desde que presentes, obviamente, outros elementos que atestem o dolo da mercancia.

Como ótimo exemplo de pesquisa empírica no campo de política criminal de drogas, pode-se citar o livro da criminóloga Vera Malaguti Batista⁴⁵, que leva a cabo uma série de levantamentos sobre a realidade dura da juventude pobre carioca que se vê fortemente controlada pelas políticas proibicionistas que tentam, em vão, suprimir a demanda pelo consumo de drogas. Ignoram, entretanto, que as leis da demanda e da oferta não podem ser artificialmente subjugadas por leis penais⁴⁶: enquanto houver possibilidades de altos lucros (e ressalte-se: uma mercadoria colocada na ilegalidade tem seu preço aumentado exponencialmente), unida à demanda, haverá vendedores⁴⁷. E é como mercadoria que devem, afinal, serem tratadas todas as substâncias hoje ilícitas, como afirma Fernando Rojas H.:

Uma vez tratadas como mercadorias e inseridas no modo de produção capitalista, maconha e cocaína perdem muito de seu significado e de seu mistério. Certamente o cunho de ilegalidade que as envolve lhes dá características especiais dentro do mundo mercantil: repentina rotação nos locais de produção, fragilidade dos canais de distribuição, enormes magnitudes de vendas e de movimentos de dinheiro, elevados índices de lucro, financiamento (pré-avaliação) subreptícia, maiores riscos de quebra devido à pré-avaliação e à pseudo-avaliação, reinserção vedada nos círculos transnacionais do dinheiro e do capital.⁴⁸ (grifo nosso)

É, também, conhecimento plenamente sedimentado na literatura crítica a afirmação de que um processo de *rotulação* é levado a cabo pelas agências oficiais de controle, processos esses que sempre recaem sobre os mesmos estratos sociais⁴⁹. Tornando-se imprescindível questionar, dessa forma, e a partir das reflexões trazidas pelo *labeling approach*, o porquê de a imagem social

⁴⁴ NUPECRIM (Núcleo de Pesquisa em Criminologia e Política Penitenciária do Estado do Paraná): **Sobre a quantidade de drogas para uso ou tráfico e a necessidade de regulamentação.** Disponível em:

<http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/nupecrim/RELATORIO_II_NUPECRIM.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2013.

⁴⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis Ganhos Fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁴⁶ KARAM, Maria Lucia. **Drogas, é preciso...**, p. 2.

⁴⁷ “Quando um serviço ou bem é vendido e existe demanda, a proibição nunca poderá abolir o comércio” (SABADELL, Ana Lucia. ELIAS, Paula. *Op. cit.*, p. 230).

⁴⁸ Fernando Rojas H. Prefácio. IN: OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1988, p. 18.

⁴⁹ D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada:** Quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

do *traficante* corresponder ao morador de favela⁵⁰.

Nesse particular, os interacionistas produziram um corpo teórico que revoluciona a maneira de se enxergar as condutas tidas como criminosas: às perguntas alienadas, de cunho etiológico (que buscam a causa) da conduta da traficância, como por exemplo, “por quê sujeitos traficam?”, “como se tornam traficantes?”, “como combater o tráfico?”, os criminólogos e criminólogas de matriz crítica opõe “quem é definido como traficante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, e acima de tudo, “**quem define quem?**”⁵¹. É nesse sentido a explicação de Vera Malaguti Batista:

O estereótipo do bandido vai se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda. A mídia, a opinião pública destacam o seu cinismo, a sua afronta. São camelôs, flanelinhas, pivetes e estão por toda parte, até em supostos arrastões na praia. Não merecem respeitabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados. Quem ousará incluí-los na categoria cidadã estará formando fileiras com o caos e a desordem, e será também temido e execrado. Existe alguma coisa de novo nesta configuração simbólica da crise urbana brasileira? Ou historicamente se reproduz todo o processo de formação de nossas cidades: concentração de descendentes de ex-escravos nas tarefas informais que um mercado de trabalho excludente e aviltador vem criando através dos tempos? ⁵² (grifo nosso)

Para que fosse justo, o critério de rotulação não poderia se ater à renda do sujeito, deste modo poderia ser igualmente imposto ao “jovem universitário”, que pode muito bem praticar – e, em muitos casos, certamente pratica – as mesmas condutas típicas descritas na lei 11.343/06⁵³. Igualmente, impera-se questionar, o porquê da utilização dos termos “traficante” e “tráfico”, essas palavras são carregadas por um apelo retórico, midiático, vazio, que por tantas vezes inocentemente utilizamos e acabamos por contribuir com a

⁵⁰ Nesse sentido, demonstrando a inclinação da esfera judiciária a tal pensamento: EDITORIAL. Consagração da Cultura Punitiva. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. ano 19, n. 220, São Paulo: IBCCRIM, mar/2011, p. 01.

⁵¹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 88.

⁵² BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos...**, p. 36.

⁵³ Novamente, Heleno Claudio Fragoso demonstrava estar à frente de seu tempo: “A experiência demonstra que as classes sociais mais favorecidas são praticamente imunes à repressão penal, livrando-se com facilidade, em todos os níveis, inclusive pela corrupção. Os habitantes dos bairros pobres é que estão na mira do aparato policial-judiciário repressivo e que, quando colhidos, são virtualmente massacrados pelo sistema” (FRAGOSO, Heleno Claudio. *Op. cit.*, p. 03).

reprodução do estereótipo⁵⁴.

A consequente construção feita pela mídia da imagem do traficante como um ser (anti)social, perigoso, se apoia enormemente no fato de se tratarem de pessoas extremamente vulneráveis, desvalorizadas, e que por isso não têm como oferecer resistência à atribuição de preconceitos decorrentes de classe social, estética e etnia⁵⁵. Faz-se necessário considerar, outrossim, a importante influência que poderes políticos e econômicos têm sobre o processo de *escolha* (altamente discricionária, e portanto autoritária) das substâncias que serão, a partir de certo momento, criminalizadas.

O processo de escolha citado reflete a necessidade de se controlar determinados grupos sociais⁵⁶ que não se mostram úteis ao mercado de consumo e que, portanto, seriam descartáveis no processo de produção da vida social. É o que muito bem explica Orlando Zaccone, ao expor a falsa ideia, enormemente difundida e acreditada pela população em geral, de que as drogas envolvem *grandes traficantes*, fortemente armados e sem piedade de seus inimigos. E a realidade não poderia ser mais diferente: a vasta maioria dos presos por esse delito são pequenos varejistas, que nada têm a oferecer senão sua liberdade de ir e vir, utilizada, enfim, para o transporte das substâncias que serão comercializadas. São esses pequenos varejistas (assim como aqueles que praticam crimes contra o patrimônio) que sempre são objetos da indignação moral promovida pelos meios de comunicação⁵⁷, e propagados principalmente pela classe média. São, enfim, o “bode expiatório útil para *esconder* (e justificar) problemas sociais reais”⁵⁸.

A realidade em si é bastante distinta do que preza o imaginário construído por tal proposta: enquanto as classes mais abastadas utilizam primordialmente seus condomínios e apartamentos fechados para a prática de atos ilícitos (tais como a venda/compra e/ou uso de drogas), as classes baixas o fazem nas ruas, isto é, em espaço público:

O espaço em que se opera a venda de drogas ilícitas na Zona Sul e Barra da Tijuca é completamente distinto de outras regiões, como Jacarepaguá, Bangu e Bonsucesso. **Os grandes pontos de venda de drogas ilícitas na Barra, por exemplo, se localizam em áreas residenciais de acesso privado, como apartamentos e condomínios, espaços onde a polícia não tem entrada franqueada.**

⁵⁴ Nesse sentido, KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 22 de novembro de 2013; BATISTA, Nilo. BATISTA, Vera Malaguti. “Todo Crime é Político”. **Caros Amigos**. Rio de Janeiro, p. 28 - 33, 01 ago. 2003. Entrevista concedida a Hugo R.C. Souza, Luciana Gondim, Maurício Caleiro, Paula Grassini, Rodolfo Torres e Sylvia Moretzsohn, p. 20.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 46.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 105.

⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008, p. 17.

⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Loc. cit.*

Imagine a proposta de se policiar ostensivamente as entradas e saídas dos grandes condomínios da Avenida das Américas para “combate” ao tráfico de drogas!⁵⁹
(grifo nosso)

A decorrência lógica é que uns ficam mais vulneráveis e desprotegidos que outros (como se já não bastassem fatores suficientes de criminalização dirigidos aos *mesmos de sempre*). Alie-se ao fato de que as residências das regiões periféricas urbanas se encontram praticamente excepcionadas da garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, os parques espaços privados das camadas populares se mostram ainda mais vulneráveis à vigilância promovida pelas agências de controle.

E junto a todos esses fatores que contribuem para a marginalização social de grande parte da população brasileira, a política criminal do Estado brasileiro, na contramão de uma política includente e socialmente responsável, é, como afirma Juarez Cirino dos Santos, uma política *penal (e tão somente penal)*: “No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a *política criminal* do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia (...)”⁶⁰ que seriam capazes de aumentar os níveis de qualidade de vida da população e, conseqüentemente, reduzir a taxa de crimes estritamente vinculados às necessidades materiais, tais como o furto famélico.

A triste realidade, descrita acima, assume contornos de verdadeiro desastre em países subdesenvolvidos como o Brasil. É sintoma disso o fato de que o Congresso Nacional sistematicamente propõe novos projetos de lei, aumentando penas ou criando novos crimes⁶¹, na vã tentativa de resolver complexos problemas sociais com canetadas legislativas repressivas: não conseguem fugir da ilusão transmitida pelo sistema penal, que se autoapresenta como um bom solucionador de conflitos, sempre baseado na míope visão maniqueísta representada pela ideologia da defesa social, esmiuçada por Baratta⁶².

Nessa toada, verifica-se que a sustentação ideológica da política repressiva perpassa por fortes discursos sediciosos, os quais se adéquam às necessidades e modificações dos interesses do grupo opressor⁶³.

Em verdade, a punição de condutas pela esfera penal é construída sempre sobre o embasamento da danosidade social e dos mecanismos de controle. Assim, os “movimentos político-criminais têm seu fundamento

⁵⁹ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Op. cit.*, p. 19.

⁶⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal...**, p. 419.

⁶¹ Como bem definiu Nilo Batista, o Estado primeiro inventa para depois combater o crime (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21).

⁶² BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 42.

⁶³ Salo de Carvalho elenca três modelos (Ideologia da Defesa Social, Ideologia da Segurança Nacional e os Movimentos de Lei e Ordem) (CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/96. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 83 e ss).

relacionado com a reação contra a conduta desviada”⁶⁴. A danosidade social pode ser determinada por três critérios⁶⁵: a) ética social; b) funcionalidade das condutas; e, c) pelo bem jurídico atingido. Certamente, diante destes três o único que se amolda aos anseios de uma sociedade democrática é o do bem jurídico⁶⁶.

No entanto, ainda que existam inúmeras críticas acerca da dificuldade de adoção de um conceito seguro para o que deve ser entendido enquanto bem jurídico⁶⁷, principalmente sobre a necessidade de se delimitar um conceito político criminal ou optar por um meramente legalista⁶⁸, continua ele a ser o critério mais seguro para apuração do conteúdo material do injusto, razão pela qual torna-se imprescindível analisar qual é o bem jurídico tutelado no discurso proibicionista-punitivo das drogas.

2 O ARTIFÍCIO RETÓRICO DO BEM JURÍDICO “SAÚDE PÚBLICA”

Um dos pontos essenciais, que se refere à própria sustentação de toda a política proibicionista, se baseia no argumento de que o bem jurídico a ser protegido é a saúde pública⁶⁹. Tal argumento é retórico e não se amolda à correta interpretação do objeto que se busca tutelar, até mesmo pelo fato de induzir a equivocada concepção de que o crime é de dano⁷⁰.

De acordo com a doutrina de Luís Greco não é possível conceber falsos bens jurídicos coletivos, como a saúde pública, principalmente por eles legitimarem sanções absurdas⁷¹ e esconderem déficits de legitimidade de

⁶⁴ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e Exclusão Social**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010, p. 70.

⁶⁵ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 72-73.

⁶⁶ Em decorrência do curto espaço do presente estudo, para análise detalhada das críticas aos outros dois critérios remete-se à leitura de BUSATO, Paulo César. *Loc. cit.*

⁶⁷ Demonstrando o problema de forma completa, DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no Sistema Penal. In: BUSATO, Paulo César. **Fundamentos do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 43-70; DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Ofensividade, Bem jurídico e Conteúdo Material da imputação. In: BUSATO, Paulo César. **Teoria do Delito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 71-92.

⁶⁸ Sobre o tema, GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). **Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo**: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401-426.

⁶⁹ Por todos, JESUS, Damásio de. **Lei antitóxicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 10 e ss.

⁷⁰ JESUS, Damásio de. *Op. cit.*, p. 16.

⁷¹ Nas palavras do autor: “Primeiramente, vemos a criticabilidade da proibição, que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular. E com isso *abrimos as portas para uma interpretação teleológica restritiva do tipo*: este tipo só deverá aplicar-se caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante, por estar viciada de erro, por ser ele doente mental, menor, louco ou inculpável por qualquer outro motivo. O segundo problema deste bem jurídico coletivo é legitimar a *sanção absurda*, pois se o tráfico de tóxico nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física, esta conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso as lesões corporais. (GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-ago/2012, p. 114-115).

antecipações da tutela penal⁷².

Além disso, não se tem como aceitar que ao “defender” a saúde pública se esteja tutelando cada pessoa de forma individual, pois tal argumento é facilmente refutado pela esfera de liberdade do modo de agir e de ser de cada pessoa.

Desta forma, compreende-se que a saúde pública seja, propositalmente, um conceito impreciso, destinado a servir como argumento de autoridade (em seu sentido mais totalitário). Afinal, basta um mínimo de lucidez para se perceber que os danos causados pela atual forma de combate às substâncias tornadas ilícitas são muito superiores aos danos que a atual política pretende proteger. Para isso basta imaginar “a surpresa de um pesquisador que um dia comparar o número de pessoas mortas pelas drogas, por overdose, debilitação progressiva, ou qualquer outro motivo, com o número de pessoas mortas pela guerra às drogas”.⁷³

A imprecisão do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico serve de pretexto para ampliação das prisões, das mortes, da violação às normas garantidoras de direitos fundamentais, isto é, serve à guerra, propriamente dita⁷⁴. A realidade comprova que “mais do que proteger a saúde, a intervenção do sistema penal causa sim danos e perigo de danos a essa mesma saúde que enganosamente anuncia pretender proteger”⁷⁵.

Ademais, como não é lógico – se considerados os objetivos proclamados da política de drogas – ministrar uma maior dose de um remédio que sabidamente piora o estado da doença, não faz sentido continuar com uma tentativa de solução (penas privativas de liberdade) de um problema que acaba por agravá-lo, como ocorre atualmente com a política repressiva.

Se seu objetivo fosse realmente a proteção da saúde pública, não existiria proibição. Verifica-se extremamente contraproducente o efeito colateral das leis penais criminalizantes, que terminam por excluir totalmente do poder público qualquer tentativa de controle de qualidade sobre as substâncias:

Com a intervenção criminalizadora do Estado, o mercado das drogas tornadas ilícitas é entregue a agentes econômicos que, atuando na clandestinidade, não estão sujeitos a quaisquer limitações reguladoras de suas atividades. Nesse ponto, já se pode constatar um dos maiores paradoxos da proibição: **a ilegalidade significa exatamente a falta de qualquer controle sobre o supostamente indesejado mercado. São os criminalizados agentes que decidem quais as drogas que serão fornecidas, qual seu potencial tóxico, com que substâncias serão misturadas, qual será seu preço, a quem serão vendidas e onde serão vendidas. Os maiores**

⁷² GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” ..., p. 117.

⁷³ BATISTA, Nilo. “Política Criminal com derramamento de sangue” *in*: **Discursos Sediciosos**, nº 5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 77.

⁷⁴ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso...**, p. 7.

⁷⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso...**, p. 7.

riscos à saúde daí decorrentes são evidentes.⁷⁶ (grifo nosso)

E se as dúvidas sobre o grau de proteção ao “bem jurídico” saúde pública ainda podem ser razoáveis no crime de tráfico de drogas, não se pode falar o mesmo em relação ao crime de consumo. Isso porque uma conduta que não afeta absolutamente nenhum bem jurídico de terceiros e que está completamente amparada pelo livre-arbítrio, não pode(ria) ser criminalizada, constituindo verdadeira intromissão paternalista do Estado na esfera de decisão de indivíduos adultos e capazes. É oportuno ressaltar a lógica paradoxal do sistema que não considera crime a autolesão corporal e o suicídio ou suas tentativas por vias tradicionais, mas criminaliza a autolesão produzida pelo consumo de drogas.

A política paternalista, em linhas gerais, ocorre quando o Estado ou uma pessoa “trata alguém como se fosse um pai ditando as regras a uma criança”⁷⁷. O comportamento paternalista “demonstra uma preocupação com o bem-estar da pessoa e a presunção de que esta escolha é a melhor”⁷⁸. Em outras palavras, o paternalismo traz em si uma estrutura de se preocupar com o agente, porém, essa preocupação é baseada na incapacidade de tomada de decisões boas/certas da pessoa sobre a qual recai tal preocupação, ou seja, já que a pessoa não é capaz de escolher o melhor para si, o Estado ou outra pessoa escolherá. Exemplos históricos demonstram como ela pode ser prejudicial à sociedade e, conseqüentemente, às relações jurídicas, merecendo menção a proibição da prática da capoeira⁷⁹.

Esse mecanismo atua diretamente na esfera de autonomia e liberdade individuais, motivo pelo qual é possível afirmar que o paternalismo é a usurpação do direito de escolha individual, baseado em fundamentos de cunho protecionista, mas que podem ter efeitos penais. Por tal motivo, são encontradas discussões sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343 (Recurso Extraordinário 635659), em razão do dispositivo violar diversas garantias constitucionais, dentre elas a da vida privada, a intimidade, além de ferir o princípio da lesividade, caro a qualquer direito penal que se pretenda democrático.

Nesse sentido, existem decisões verdadeiramente inovadoras, provindas da vanguarda do pensamento crítico brasileiro, que declararam a atipicidade e a inconstitucionalidade do crime de consumo de drogas, as quais foram proferidas pelos magistrados Maria Lucia Karam⁸⁰ e Gerivaldo Alves

⁷⁶ KARAM, Maria Lúcia. *Loc. cit.*

⁷⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal**. Tese (Doutorado em Direito Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 99. Em respeito ao trabalho do autor, desde já é ressaltado que o conceito de paternalismo exige uma análise de inúmeros critérios, os quais foram profundamente tratados por Marinelli em seu trabalho doutoral ao qual é feita a devida remissão (p. 100-115).

⁷⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, p. 99-100.

⁷⁹ Sobre o assunto, REALE JÚNIOR, Miguel. Paternalismo no Brasil. *In: Revista Brasileira de Filosofia*, vol. LVI, n. 227. São Paulo, jul-set/20078, p. 287-319.

⁸⁰ Sentença disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/13_Posse_drogras_uso_pessoal.pdf?1286477441>. Acesso em: 06 de novembro de 2013.

Neiva⁸¹.

Observa-se, também, que até mesmo insuspeitas vozes conservadoras (ultra-liberais/anarcocapitalistas, ou simplesmente direita libertária⁸²), tais como Milton Friedman e Ludwig von Mises são favoráveis à descriminalização de todas as drogas, justamente com base no argumento de que o Estado não pode, em hipóteses alguma, dizer ao cidadão o que fazer, pena de ferir de morte a liberdade individual: “Ao se abolir a liberdade de um homem em determinar o seu próprio consumo, todas as outras liberdades já estão, por definição, abolidas.”⁸³. É que os libertários têm tanta aversão ao Estado que nada seria mais natural do que retirá-lo de sua atuação intervencionista (porque proibicionista) no campo das drogas, ressalvando-se que não se adota no presente trabalho o posicionamento político desses últimos autores citados. Porém, reconhece-se a colaboração de sua postura, como bem pondera Maria Lúcia Karam,

Setores ditos “conservadores” que verdadeiramente se posicionem no sentido da legalização da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas, naturalmente, devem ser muito bem-vindos. Todas as forças que se disponham a lutar para obter essa conquista fundamental para o bem-estar da humanidade, certamente, devem ser recebidas com entusiasmo. Posicionando-se verdadeiramente pela legalização da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas poderão até ser “conservadores” em alguns temas, mas estarão demonstrando um compromisso com a liberdade e com o bem-estar das pessoas que deve ser saudado.⁸⁴

Assim é que se conclui que as pautas comuns podem e devem ser aproveitadas, ainda que se tratem de movimentos e ideários de mundo completamente diversos. Se os anseios forem de liberdade, não há problemas.

“Paradoxo dos paradoxos”, também, é o fato de que nem uma palavra é proferida pelos proibicionistas em favor da criminalização da substância que

⁸¹ Sentença disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/42_atipicidade%20drogas%20-%20Gerivaldo%20Neiva.pdf?1338246918>. Acesso em: 06 de novembro de 2013.

⁸² Utiliza-se aqui, como base para fins de definição de orientação política, o site *Political Compass*. Tal portal eletrônico cria a distinção entre quatro eixos de pensamento político: Esquerda Libertária, Esquerda Autoritária, Direita Libertária e Direita Autoritária. Material disponível em: <<http://www.politicalcompass.org/analysis2>>. Acesso em 06 de novembro de 2013.

⁸³ “Mises explica a guerra às drogas”. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1722&comments=true>>. Acesso em 06 de novembro de 2013.

⁸⁴ Entrevista ao Coletivo Desentorpecendo a Razão (Coletivo DAR). Disponível em: <<http://coletivodar.org/2010/06/entrevista-especial-de-aniversario-maria-lucia-karam/>>. Acesso em: 22 de novembro de 2013.

mata mais de 6 (seis) milhões de pessoas no mundo por ano⁸⁵: o tabaco. Da mesma maneira, o álcool que é conhecido como agente causador de inúmeros acidentes automobilísticos que acarretam a perda de milhares de vidas, além dos próprios problemas de alcoolemia, também é igualmente “esquecido”. Diante desse quadro, o mínimo que se poderia esperar daqueles favoráveis a proibição é que mantivessem um mínimo de coerência teórica, e passassem a batalhar também pela criminalização das drogas atualmente lícitas que causam, sob a óptica proibicionista levantada, comprovadamente, danos de grandes proporções à sociedade, não restando motivos para que continuassem na legalidade.

Assim, como se pode perceber,

A criminalização se baseia na distinção arbitrariamente efetuada entre as selecionadas drogas tornadas ilícitas (como a maconha, a cocaína, ou a heroína) e as outras substâncias de similar natureza que permanecem lícitas (como o álcool, o tabaco, ou a cafeína). **Uma arbitrária diferenciação entre as condutas de produtores, comerciantes e consumidores de umas e outras drogas é então introduzida** – umas constituindo crime e outras perfeitamente legais –, em clara violação ao princípio da isonomia, ao postulado da proporcionalidade e, assim, à própria cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial.⁸⁶ (grifo nosso)

Nessa esteira, e exatamente a partir da constatação de que as drogas – *todas, sem distinções arbitrárias criadas e difundidas pelas leis proibicionistas* – podem exercer efeitos consideravelmente negativos sobre uma dada sociedade, que organizações como a LEAP (*Law Enforcement Against Prohibition*⁸⁷) deixam expresso em suas declarações de princípios a preocupação com o abuso das drogas:

A LEAP não promove o uso de drogas e tem profundas preocupações com a extensão do abuso de drogas por todo o mundo. A LEAP também se preocupa de forma igualmente profunda com o destrutivo impacto da violência de gangues e cartéis em todas as partes do mundo. **A atual política de proibição das drogas não resolve nenhum desses problemas. Na realidade, o**

⁸⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION (*Organização Mundial da Saúde*): **Report On The Global Tobacco Epidemic**, 2013, p. 13-14. Disponível em: <http://www.who.int/tobacco/global_report/2013/en/>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

⁸⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas, é preciso...**, p. 2.

⁸⁷ Organização sem fins lucrativos composta exclusivamente por agentes do sistema penal (policiais, promotores de justiça, juizes, delegados etc.) que abertamente são contra a política proibicionista, e conseqüentemente propugnam por um modelo de legalização da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas.

abuso de drogas e violência das gangues florescem no ambiente proibicionista, da mesma forma que floresceram durante a proibição do álcool.⁸⁸ (grifo nosso)

Entretanto, reconhecem, ao mesmo tempo, que a proibição é um mal em si mesmo, além de ser perfeitamente evitável e superável⁸⁹, ao contrário do faraônico e inconcretizável plano de pôr fim às substâncias tornadas ilícitas - por meio do direito penal.

Alessandro Baratta discorre sobre o fenômeno das drogas separando seus efeitos em primários e secundários⁹⁰: os efeitos, ou consequências primárias seriam aqueles próprios da utilização das substâncias entorpecentes, tais como adição, vícios ao organismo, à saúde mental, etc. Já os efeitos secundários seriam os provenientes da interferência do sistema penal na questão das drogas, com todos os problemas que com ele carrega, tais como a estigmatização (decorrente da condenação - reação social formal -, ou da maneira pela qual a sociedade passa a enxergar o usuário de drogas, com todos os adjetivos negativos possíveis - reação social informal). A tese central de qualquer crítico à política de drogas é justamente a de que os efeitos secundários provindos da utilização de substâncias ilícitas são muito maiores, paradoxalmente, do que os efeitos primários, e que portanto a atual política não tem motivos - declarados - para se sustentar.

Salo de Carvalho divide, portanto, as consequências advindas da intervenção do sistema penal na questão das drogas em quatro âmbitos⁹¹: individuais: consumidores e dependentes; sistema penal e carcerário; sistemas educacional e assistencial; e sistema econômico (mercado).

Os efeitos da estigmatização, que fortemente recaem sobre usuários e dependentes, são, como acima dito, brutais. E uma das decorrências disso é fazer com que se isolem em pequenos grupos (que não pouco frequentemente adentram em subculturas criminais), na tentativa de se verem, de certa forma, protegidos. "A visão patologizada dos consumidores deflagrada pelo sistema penal produz seu isolamento e sua rotulação, impedindo qualquer tipo de escuta diversa da policialesca⁹²".

O principal efeito da criminalização da questão das drogas é fazer com que o dependente fuja de qualquer apoio que deveria procurar, caso não houvesse reações sociais formais e informais tão negativas. Correm o risco de serem criminalizados, afinal. Foi com o reconhecimento de que as reações belicistas contribuem ainda mais para o agravamento do problema, que determinadas políticas de saúde começaram a disponibilizar locais onde

⁸⁸ Princípios da LEAP. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/missao/principios>>. Acesso em: 13 de setembro de 2013.

⁸⁹ Vide, por exemplo, a recente política de regulamentação da produção, compra e venda da maconha no Uruguai, ou em alguns estados norte-americanos.

⁹⁰ BARATTA, Alessandro, 1989 *apud* CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 240.

⁹¹ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 241.

⁹² CARVALHO, Salo de. *Loc. cit.*

dependentes pudessem utilizar heroína⁹³, tudo no intento de evitar infecções e transmissões, de doenças infecto-contagiosas, tais como HIV, através de resquícios de sangue presentes em seringas compartilhadas pelos usuários.

Já em relação ao sistema de saúde, a política de proibição também causa sérios danos, na medida em que o dependente somente poderá se recorrer das casas de assistência se conseguir escapar das agências criminalizadoras. É paradoxal pensar que as políticas atuais de tratamento de dependentes só funcionam na medida em que a política repressiva não tenha funcionado. Do contrário, estariam respondendo a processos criminais, seja como incurso no artigo 28 ou no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

É nesse sentido que se começou a pensar em uma política diferente, que, antes de qualquer coisa, não fosse penal; que não se pautasse pela repressão, pelo medo, pela condenação moral e conseqüente (e impraticável) abstinência: a política de redução de danos. Essa nova forma de encarar o fenômeno das drogas tem a vantagem de apreender toda a complexidade (histórica, cultural, social), que o tema traz, não se deixando levar por maniqueísmos baratos (“drogas são más”; “por um mundo livre de drogas” etc.), mas sim reconhecer que o cidadão usuário de drogas é “sujeito de direitos, protagonista das reivindicações de seu contexto social e responsável pela implementação das modificações necessárias para a melhoria de sua vida pessoal e relacional”⁹⁴. Em uma sociedade que levasse a política de redução de danos a sério, ter-se-ia modelos de venda semelhantes ao que existem para remédios tarja preta hoje em dia⁹⁵: vendedores específicos e licenciados (*licensed druggists*) venderiam conteúdos contendo as drogas específicas, como cocaína. Seriam criadas listas de classificação de substâncias, a depender de seu grau de perigosidade, e um cadastro interligado seria criado entre as farmácias, de modo a proibir que alguém compre uma quantidade acima do estipulado por lei⁹⁶.

O debate pós-proibição exige, certamente, outro trabalho, mas suas linhas gerais podem ser sintetizadas na existência de, basicamente, dois modelos operacionais de venda de substâncias alteradoras de consciência. São projetos para a tão falada *legalização das drogas*: a legalização estatizante e a liberal⁹⁷. Sob o manto da primeira (legalização estatizante), o Estado seria o controlador efetivo do trânsito das mercadorias, desde a sua produção até seu consumo. E sob o manto da segunda (liberal), o Estado agiria sob a forma de agências reguladoras e como supervisor do processo (posição passiva, portanto)

⁹³ Nesse sentido, a cidade de Santos inovou ao distribuir seringas para o consumo por meio de políticas de redução de danos. Contudo, o Ministério Público insurgiu-se de forma contrária (MARTINS, Lucia. SP pode distribuir seringas em agosto: Secretaria está negociando com Ministério Público para viabilizar projeto de prevenção entre usuários de drogas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 15 de julho de 1997).

⁹⁴ RIBEIRO, Maurides de Melo. *Op. cit.*, p. 38.

⁹⁵ RODLES, Steve. **The year is 2022 and drugs are legal...** Disponível em: <<http://transform-drugs.blogspot.com.br/2008/01/year-is-2022-and-drugs-are-legal.html>>. Acesso em: 7 de abril de 2014.

⁹⁶ RODLES, Steve. *Op. cit.*, p. 3

⁹⁷ RODRIGUES, Thiago. **Drogas, proibição e abolição das penas**. In: Curso livre de abolicionismo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 144.

Já na vigência da proibição, percebe-se claramente que seus custos são, em seus dois sentidos, fortemente negativos. Salo de Carvalho⁹⁸ os aponta como sendo a variação dos preços das substâncias e os altíssimos custos da manutenção do aparato repressivo.

Em relação ao preço, constata-se que quem mais tem a ganhar com a sustentação do atual sistema é quem lucra com ele: os donos dos cartéis, no México, e os donos de bocas e líderes de organizações criminosas, no Brasil, por exemplo. Entre quem não lucra diretamente, mas aufere ganhos, podem ser citados as agências de controle e repressão às drogas, tais como o DEA americano, e o DENARC (Divisão Estadual de Narcóticos) brasileiro.

Por tal razão, verifica-se que o mais adequado seja a criação de políticas públicas e projetos legislativos a superarem a criminalização de entorpecentes, bem como propor mecanismos extrapenais ao problema.

Qualquer disposição em sentido contrário demonstra que combate ao narcotráfico dirime as fronteiras existentes entre as políticas de segurança e o Direito Penal, operando no sentido oposto do que deveriam, pois não servirão para deslegitimação da violência, mas servirá como instrumento legitimador do extravasamento e da perda do controle do poder⁹⁹.

CONCLUSÕES

1. É erro primário e demonstração de ingenuidade (ou má-fé) supor que o Direito Penal serve para defender a sociedade, como quer determinada parte da doutrina que parece sequer conhecer qualquer literatura criminológica básica.

2. A política de drogas (consubstanciada na guerra às drogas), como braço do sistema penal, é ilustrativa nesse sentido: sob o pretexto de combater substâncias, combate pessoas reais - provindas de determinadas classes sociais de baixa renda - pouco ou nada importando o fato de que são as classes sociais médias e altas que consomem 15 (quinze) vezes mais do que o resto da população.

3. A guerra às drogas é, em seus objetivos declarados, um completo fracasso: as drogas ilícitas se tornaram, com o passar dos anos, cada vez mais baratas, acessíveis e consumidas. Tudo ao custo de inúmeras mortes e prisões, e depois de despendidos bilhões de dólares visando “um mundo livre de drogas”. O falso bem jurídico saúde pública serve de instrumento paternalista para reforçar tal guerra.

4. Em países de capitalismo periférico, como o Brasil, o Sistema Penal

⁹⁸ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 246.

⁹⁹ CARVALHO, Salo de. A política de guerra às drogas na América Latina entre o Direito penal do inimigo e o Estado de exceção permanente. *In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). **Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo**: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 624.

tem uma orientação de classe muito bem delineada, o que por si só abala a certeza daqueles que sepultam qualquer tentativa crítica de interpretação da sociedade como ultrapassadas.

5. Deste modo, as medidas mais adequadas a superar os problemas derivados das políticas repressoras consiste na criação de políticas públicas e projetos legislativos a superarem a criminalização de entorpecentes, bem como adotar mecanismos extrapenais ao problema.

Referências

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007
- _____. "Política Criminal com derramamento de sangue" in: *Discursos Seditiosos*, nº 5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.
- _____. BATISTA, Vera Malaguti. "Todo Crime é Político". *Caros Amigos*. Rio de Janeiro, p. 28 - 33, 01 ago. 2003. Entrevista concedida a Hugo R.C. Souza, Luciana Gondim, Maurício Caleiro, Paula Grassini, Rodolfo Torres e Sylvia Moretzsohn.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BRASIL. *InfoPen – Dados Consolidados 2008*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 19 de agosto de 2013.
- BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/96. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- _____. Política de Drogas: Mudanças e Paradigmas (Nas trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: Depoimento sobre os Danos Diretos e Colaterais Provocados pela Guerra às Drogas). *Revista EMERJ*, v. 16, n. 63 (Edição Especial). Rio de Janeiro, out.-dez./2013, p. 46-69.
- _____. A política de guerra às drogas na América Latina entre o Direito penal do inimigo e o Estado de exceção permanente. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 611-626.
- DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Ofensividade, Bem jurídico e Conteúdo Material da imputação. In: BUSATO, Paulo César. *Teoria do Delito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 71-92.
- _____; _____. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no Sistema Penal. In: BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 43-70;
- D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.
- EDITORIAL. Consagração da Cultura Punitiva. In: *Boletim do Instituto Brasileiro*

de Ciências Criminais. ano 19, n. 220, São Paulo: IBCCRIM, mar/2011, p. 01.

_____. Sobre Drogas e Preconceitos. *Boletim IBCCRIM*, ano 20, edição especial: 20 anos, São Paulo: IBCCRIM, out/2012, p 01.

EMCDDA. *Illicit drug use in the EU: legislative approach*. Lisbon: EMCDDA, 2005, p. 24-26. Disponível em: <<http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index10079EN.html>?>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

FERNANDO ROJAS H. Prefácio. IN: OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1988.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). *Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401-426.

_____. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-ago/2012, p. 89-147.

JESUS, Damásio de. *Lei antitóxicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KARAM, Maria Lúcia. *Drogas, é preciso legalizar*. Law Enforcement Against Prohibition, maio de 2012. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

_____. *Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 22 de novembro de 2013.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo Jurídico-Penal*. Tese (Doutorado em Direito Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARTINS, Lucia. SP pode distribuir seringas em agosto: Secretaria está negociando com Ministério Público para viabilizar projeto de prevenção entre usuários de drogas. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 15 de julho de 1997.

NUPECRIM (Núcleo de Pesquisa em Criminologia e Política Penitenciária do Estado do Paraná): *Sobre a quantidade de drogas para uso ou tráfico e a necessidade de regulamentação*. Disponível em: <http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/nupeccrim/RELATORIO_II_NUPECCRIM.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. Paternalismo no Brasil. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. LVI, n. 227. São Paulo, jul-set/20078, p. 287-319.

RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e Redução de Danos: Análise crítica no âmbito das ciências criminais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) Universidade de São Paulo. São Paulo.

RODLES, Steve. *The year is 2022 and drugs are legal...* Disponível em: <<http://transform-drugs.blogspot.com.br/2008/01/year-is-2022-and-drugs-are-legal.html>>. Acesso em: 7 de abril de 2014.

RODRIGUES, Thiago. *Drogas, proibição e abolição das penas*. In: Curso livre de

abolicionismo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

SABADELL, Ana Lucia; ELIAS, Paula. Breves Reflexões sobre a Política Internacional de Drogas: o Papel das Nações Unidas. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217-233.

PAVARINI, Massimo e GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Penal. Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (*Organização Mundial da Saúde*): *Report On The Global Tobacco Epidemic*, 2013, p. 13-14. Disponível em: <http://www.who.int/tobacco/global_report/2013/en/>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

DELEGADO DE POLÍCIA RESOLUTIVO E AS DECISÕES E MEDIAÇÕES INCIDENTAIS AO INQUÉRITO POLICIAL.

Éverson Aparecido Contelli¹⁰⁰

Resumo:

O presente trabalho analisa a função do Delegado de Polícia Resolutivo, integrante da carreira jurídica do Estado, como primeiro responsável pela difusão de práticas de autocomposição dentro da *persecutio criminis* e da necessidade de maior utilização das decisões e mediações incidentais ao Inquérito Policial, como forma de proporcionar a participação popular, reproduzir nas investigações os anseios da sociedade e, principalmente, produzir efetividade a *persecutio* pós moderna em busca da paz social. Contextualiza a posição do delegado de polícia neoconstitucionalista na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, onde posiciona Constituição Federal, com força normativa, no centro do ordenamento jurídico. Identifica a função política do Delegado de Polícia Resolutivo e as conseqüências de sua atuação no processo crime, nos demais ramos do direito e na formulação de políticas públicas de tratamento adequado ao fenômeno criminal.

INTRODUÇÃO

O Delegado de Polícia no modelo de persecução criminal adotado no Brasil é o integrante da carreira jurídica responsável por dirigir às Polícias Cíveis dos Estados e a Polícia Federal, e tem por função precípua a apuração de infrações penais, nos exatos termos do §4º do art. 144 da Constituição Federal. A apuração de infrações penais tem o significado de formação de indícios de autoria e de provas e elementos informativos de materialidade, que proporcionem ao legitimado ativo da relação jurídica processual penal – o Ministério Público – condições necessárias para à judicialização do conflito que, não se desconhece, nesse modelo, tem por finalidade a proteção suficiente do Estado em busca da efetivação do *ius puniendi* em concreto.

Nos procedimentos de *persecutio criminis* de primeira fase – Inquérito Policial e Termo Circunstanciado –, tradicionalmente fundamentados pelos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade, o Delegado de Polícia tem por missão auxiliar o Poder Judiciário na aplicação do direito, em observância às regras processuais penais. Mas a Polícia Investigativa democrática deve atuar para além da busca de rígida observância do formalismo jurídico e alcançar a concretização de outros valores fundamentais previstos na Constituição, tais como o da duração razoável do processo, preservação da dignidade da pessoa humana e busca da paz (social), o que se dá com aplicação da norma jurídica compreendida não apenas pelo conjunto de regras.

Contudo, visto pela ótica tradicional, temos o modelo do Delegado de Polícia “demandista”, aquele que atende todas as determinações legais, atua como a “boca da lei”, mas ainda que visualize uma alternativa ao conflito, à

¹⁰⁰ Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Processual Civil pelo IBDP. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo e Professor da disciplina Processo Penal na FAPE – Presidente Epitácio-SP.

pacificação social ou a efetividade da aplicação da lei penal, prefere a judicialização, ao argumento simplista de transferir as responsabilidades ao Poder Judiciário, deixando esvair importante momento de mediação ou conciliação, como exemplos.

O modelo “demandista”, fundamentado no Código de Processo Penal de 1.941, redigido em nítido estado policial, mais se aproxima a combatida neutralidade estatal afeta ao liberalismo, em que o juiz, como paralelo de atuação do Delegado de Polícia, exerce insignificante função política na resolução de conflitos.

Posicionar esse importante integrante da carreira jurídica do Estado em um novo paradigma, o do Delegado de Polícia Resolutivo, como superação definitiva do positivismo exacerbado, em um perfeito alinhamento com o neoconstitucionalismo, é o objetivo deste artigo, como função indispensável na efetividade da segurança jurídica, alcance da paz social, acesso à justiça, sem descuidar da proteção suficiente do Estado.

1. O DELEGADO DE POLÍCIA NO NEOCONSTITUCIONALISMO

O modelo vingativo-punitivo, valorizado no positivismo, deixou de apresentar as respostas adequadas a todos os conflitos decorrentes da violação do direito penal objetivo, no exato momento em que a complexidade e a velocidade da sociedade de consumo e tecnológica proporcionou novos problemas aos operadores do direito, para os quais o modelo tradicional se mostrou deficiente. Antes, o Direito Penal, por exemplo, nos crimes sexuais praticados contra as mulheres, visava, além da punição, apresentar resposta satisfatória e compensatória a sociedade patriarcal. Menos dignidade, mais vingança. Atualmente, com a Constituição sendo erigida ao centro do ordenamento jurídico, com força normativa e supremacia da dignidade humana, os crimes sexuais deixam os costumes de lado para proteger efetivamente a dignidade da vítima.

Com isso, o operador do direito responsável pela *persecutio criminis* de primeira fase, de importância ímpar para o sucesso do processo criminal, vivenciando a dinâmica dos conflitos da modernidade deve estar focado na realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação de direitos fundamentais, como apregoado pelo neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, portanto, é um movimento dentro do direito constitucional inaugurado especialmente após a 2ª Guerra Mundial e tem por finalidade a reaproximação entre o direito e a moral, influenciado pelas obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, cuja principal característica é o reconhecimento da normatividade dos princípios, modelo a ser seguido, doravante, pelos Delegados de Polícia do Brasil.

Os crimes praticados até metade do Século passado, retratados muitas vezes pela doutrina com os exemplos envolvendo Tício e Mévio, por certo encontram no positivismo, em que o Inquérito Policial é simples reunião de informações de autoria e materialidade a solução adequada.

Contudo, os delitos da atualidade, muitas vezes envolvem os mesmos personagens Mévio e Tício, mas com inserção de novos ingredientes, exigem a atuação do Delegado de Polícia neoconstitucionalista. Pode ser que um homicídio envolvendo Mévio e Tício tenha sido ordenado por uma célula de uma organização criminosa em que nenhum dos autores da ordem – entendendo autor para este fim pela teoria do domínio do fato – conheçam os demais integrantes da organização criminosa, ou nem ao menos tiveram qualquer contato com Mévio e Tício.

Note-se que o instrumento adequado a *persecutio criminis* na espécie é o Inquérito Policial – procedimento que tem sofrido críticas nos últimos anos, por doutrinadores que tem algum tipo de interesse institucional ou que esquecem de mencionar a ausência de investimentos na Polícia Judiciária em alguns Estados.

Utilizaremos, portanto, o Inquérito Policial, mas com uma investigação mais plástica, que compreenda a dinâmica do crime e que possibilite ao operador do direito responsável pela primeira fase da persecução, o poder de decisão diante de medidas urgentes sem reserva de jurisdição, como ocorre na ação controlada ou na colaboração premiada, previstas na Lei 12.850/2013, que define organização criminosa e cuida da investigação criminal, medidas adotadas incidentalmente ao Inquérito Policial.

Portanto, o problema não está no procedimento, mas na compreensão da necessidade de um novo paradigma de atuação da Polícia Judiciária, em que se objetive a eficácia e efetividade da persecução criminal pós-moderna e a proteção da dignidade da pessoa humana em todos os sentidos, onde o operador do direito deve compreender o novo modelo constitucional, realizar a releitura constitucional dos institutos jurídicos, formular novos paradigmas de atuação e compreender que a atuação deficiente dentro do Inquérito Policial pode ocasionar prejuízos não somente ao autor do crime, visto hoje como sujeito de direitos, mas à vítima como personagem a ser considerada na persecução e, quiçá, à República Federativa do Brasil, uma vez que como signatário do Pacto de San José da Costa Rica, eventuais omissões da *persecutio* doméstica, estarão sujeitas à complementaridade da Corte Regional Internacional Americana ou até mesmo da aplicação do instituto de deslocamento de competência à Justiça Federal, conforme previsto no §5º do art. 109 da Constituição Federal, medidas com evidente caráter pejorativo ao Estado que deixou de desincumbir com eficiência sua missão de preservação dos direitos humanos.

Dispõe o art. 109, §5º, da CRFB/88:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou

processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

Com efeito, como concluiu H. HENKEL, o direito processual penal é o direito constitucional aplicado (FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 74). Além da formação da culpa, para utilizar a expressão do Código de Processo Penal do Império, o Inquérito Policial deve sofrer uma releitura constitucional, à luz dos valores, dos fins públicos e dos comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição que condicionam a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2005, p.42), função a ser desempenhada pelo Delegado de Polícia Resolutivo.

2. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO PRIMEIRA APROXIMAÇÃO DO PARADIGMA RESOLUTIVO

A mediação durante a *persecutio criminis* e sua repercussão no tecido social são inegáveis fatores de redução da tensão entre os atores sociais e, por conseguinte, busca a preservação da paz social, da igualdade, da participação popular e, principalmente, a preservação da dignidade da pessoa humana, na medida em que as técnicas autocompositivas constituem obstáculo ao avanço desmesurado do poder punitivo do Estado - na representação do direito penal do inimigo.

No plano vertical, a mediação é identificada como método autocompositivo de conflitos, não se confunde com conciliação e negociação, e corresponde a concretização da efetividade de uma das ondas renovatórias do direito.

A fase processualista ou também denominada fase científica, ao promover a abstração do processo, ignorou, quase que por completo o direito material, deixando de lado as tutelas diferenciadas para proteção do direito material. Sob a perspectiva da fase científica, houve quem dissesse que não existe direito antes ou fora da ação, o que ensejou uma interpretação equivocada do termo monopólio da jurisdição, como se todos os conflitos necessariamente fossem solvidos somente pelo exercício da função jurisdicional.

Mas em tempos de discussões acerca da existência ou não de uma verdadeira ação de direito material (buscar aproximação endoprocessual do direito material), mister que previamente o interprete analise se o método de heterocomposição do conflito é necessário na espécie, isso porque, em uma cultura de paz, pode ser que partes em litígio aceitem submeter sua pretensão, ainda que envolva Direito Penal, ao mecanismo da autocomposição. Nesse sentido, e visando promover a efetividade do direito à paz, surgem os métodos de mediação comunitária, preocupação com a realização da justiça consensuada - justiça reparatória; justiça restaurativa; justiça negociada e justiça colaborativa. Nessa linha, o projeto de Lei 4827-B/1998 que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução

consensual de conflitos.

No mesmo sentido, a Resolução 125/2010 do CNJ que estabelece a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.

Conforme alerta Mauro Cappelletti, não basta o acesso formal ao poder judiciário, daí a terceira onda que impõe efetividade. Com efeito, promover a mediação em um prazo médio de 10 dias (experiências de mediação no Brasil como o NECRIM têm alcançado este prazo) representa um significativo efeito prático na solução de conflitos de interesses diante da realidade do judiciário.

Análise da psicologia jurídica e das teorias sobre conflito auxiliam no processo de entendimento das espirais de conflito, métodos de solução e abordagem do mediador, conhecimentos necessários na formação de novos Delegados de Polícia mediadores.

Ademais, a compreensão da mediação de conflitos em uma sociedade dita pós-moderna deve perpassar pelos direitos fundamentais e avançar as discussões sobre em que medida as teorias funcionalistas do Direito Penal e o avanço do direito penal do inimigo obstam a aplicação de novas alternativas que afastem a punição penal, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

A mediação no âmbito criminal, por evidente, não envolve aspectos relacionados à eliminação do *ius puniend*, porquanto, nesse ponto, o interesse-necessidade como condição da ação penal sempre estará presente. Essa característica da ação penal é que a conduz a sua indisponibilidade do bem jurídico (liberdade e direitos de punir).

Contudo, a ação penal pública nem sempre é obrigatória e por isso, imprescindível o avanço dos estudos acerca da mediação de conflitos, entendendo-se mediação sob três aspectos.

Primeiro sob o ponto de vista de condição de procedibilidade da ação penal. A (in) disponibilidade dogmática da ação penal pública condicionada e da ação penal privada, do modo como tem sido interpretada nem sempre tem o condão de solucionar o conflito de interesses. Está muito mais relacionada a evitar o *strepitus processus* (escândalo do processo) como feição da sociedade patriarcal do século passado. Não raro, a vítima não oferece representação por medo ou para evitar o custo do processo, hipóteses em que o conflito permanece latente.

O segundo aspecto da mediação de conflitos está relacionado à repercussão patrimonial. A reparação não é o fator primordial ou necessário para se alcançar uma mediação, contudo, é inegável que a sociedade atual expressa incomensurável valor ao prejuízo patrimonial como fator desencadeador de conflitos e, a reparação civil, pode repercutir na transação penal. Ademais, a efetivação do acordo realizado entre os atores do conflito pode repercutir pedagogicamente na neutralização de novos delitos.

O fator derradeiro e considerado mais importante é o psicológico de

compreensão do outro (alteridade) e de neutralização de conflitos, desencadeado da aplicação adequada das técnicas de mediação de conflitos, como forma de pacificação social.

A mediação de conflitos encontra legitimidade política, na medida em que constitui forma de participação popular na promoção da paz.

Não se trata da adoção do minimalismo penal. Ao contrário, cuida-se da reafirmação de uma política criminal moderna que controla as condutas antissociais, em situações pontuais, sem o emprego da repressão ou da aplicação de sanções penais (FRAGOSO, 1991, p.17).

O modelo de mediação de conflito adotado pela Polícia Civil no Estado de São Paulo, de expressão resolutiva, conta atualmente com mais de 35 núcleos especializados na mediação de conflitos penais, com repercussão cível, em que a população participa e exerce sua liberdade com autonomia, em decorrência de uma decisão fundamental do Delegado de Polícia em alcançar à paz social em detrimento da judicialização desmesurada.

3. CONTROLE DA CRIMINALIDADE PELO DIÁLOGO COM A VÍTIMA E A SOCIEDADE CIVIL

O Decreto Presidencial de nº 8.243, de 23 de maio de 2014, instituiu a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS e, embora não trate especificamente de segurança pública, tem como diretrizes gerais, previstas nos incisos do art. 3º, o reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia e a valorização da cidadania ativa, ao dispor que:

Art. 3º São diretrizes gerais da PNPS:

I - reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia;

II - complementariedade, transversalidade e integração entre mecanismos e instâncias da democracia representativa, participativa e direta;

III - solidariedade, cooperação e respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação sexual, religião e condição social, econômica ou de deficiência, para a construção de valores de cidadania e de inclusão social;

IV - direito à informação, à transparência e ao controle social nas ações públicas, com uso de linguagem simples e objetiva, consideradas as características e o idioma da população a que se dirige;

V - valorização da educação para a cidadania ativa;

VI - autonomia, livre funcionamento e independência das organizações da sociedade civil; e

VII - ampliação dos mecanismos de controle social.

Analisadas as diretrizes sob a ótica da segurança pública, temos que o Delegado de Polícia Resolutivo, quando desenvolve esforços em prol da mediação, desempenha atividade que vai ao encontro das diretrizes da Polícia Nacional de Participação Social, porquanto insere a vítima no centro do conflito como personagem que merece ser ouvida e com possibilidade de expressão dos seus sentimentos, os quais serão adequadamente valorados, não mais a considerando como mero meio de obtenção de prova.

Nesse sentido, o cidadão, como representação da sociedade civil, passa a exercer importante função no processo penal brasileiro na resolução de conflitos de interesses em que, a despeito de manter o Estado como detentor do *ius puniendi*, tem o Delegado de Polícia que sabe compreender, auscultar e até mesmo facilitar a recompensa, não somente por meio de algum tipo de reparação patrimonial mas, principalmente, pela reconstrução da dilaceração moral resultado da prática delitiva, afinal, conforme ensinamentos de Fernando de Brito Alves, “a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em diversas normas a obrigatoriedade da cooperação entre sociedade civil e as instâncias de governo.” (ALVES, 2013, p.234).

Do mesmo modo, o autor do crime pode manifestar seus sentimentos e a forma de enxergar o conflito e, sempre que a autonomia das partes é exercitada, isso pode valer mais, em termos de efetividade, que a própria execução de uma sentença penal condenatória sem diálogo, afastando o conflito pontual e rompendo por completo a espiral de conflito.

É certo, porém, que este novo modelo resolutivo deve ser incentivado pelo Poder Judiciário e pelas Polícias Cíveis e Federal, contudo, a verdadeira cidadania ativa somente ocorrerá por meio da expressão voluntária, fruto do acolhimento e da educação cidadã por uma cultura de paz. Como bem pontua o doutrinador Fernando de Brito Alves, “a participação efetiva dos *cidadãos* requer conhecimento informado, é dizer que as informações estejam disponíveis e possam ser compreendidas, utilizadas, contestadas, aperfeiçoadas.” (ALVES, 2013, p.14).

4. DA POSSIBILIDADE DA CONCILIAÇÃO INCIDENTAL EM CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA, AINDA QUE NÃO SEJA DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Analisar a mediação ou conciliação incidental não importa em dizer que o conflito de interesses jurídico penal será totalmente superado.

O novo modelo resolutivo deve ser capaz, ainda, de trabalhar cooperativamente com o Poder Judiciário e o Ministério Público em busca de apresentar soluções, onde a Polícia Civil (Federal) Resolutiva apresente alternativas aos sujeitos processuais da segunda fase da *persecutio criminis*. Por evidente, o modelo repressor de restrição de liberdade deve ser acionado sempre que adequado e proporcional à reparação do bem jurídico tutelado, mas isso não quer dizer que restaram fechadas todas as portas para a reparação,

como medida incentivadora da paz.

Importantes avanços promovidos no Código de Processo Penal reforçam a necessidade de um Delegado de Polícia Resolutivo. Basta lembrar que desde a alteração do CPP pela Lei 12.403/2011, a prisão preventiva deixa de integrar um sistema de dualidade, em que se optava pela prisão ou pela liberdade, para um sistema de multicausalidade, em que, cabe ao Delegado de Polícia, antes de representar pela prisão preventiva, em regra, esgotar o rol de medidas cautelares diversas da prisão, verificando se medidas como afastamento da função pública, monitoração eletrônica, retenção de passaporte etc, não são suficientes a afastar a medida extrema.

Ainda como decorrência da Lei 12.403/2011, deve o Delegado de Polícia, em caso de prisão cautelar em flagrante delito, considerar na fixação da fiança criminal, o valor do dano perpetrado pelo suposto autor do crime à vítima, nos termos do art. 336 do CPP:

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Mesmo nos crimes de ação penal pública incondicionada, há espaço para o desenvolvimento de medidas conciliatórias.

Como exemplo, importante inovação introduzida ao CPP pela Lei 11.719/2008, com a possibilidade de o juiz de direito fixar o valor mínimo de indenização quando da sentença penal condenatória, senão vejamos:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Para que isso ocorra com eficiência no processo criminal, cabe ao Delegado de Polícia, antes de concluir o Inquérito Policial, realizar um levantamento, que muitas vezes coincide com o auto de avaliação nos crimes dos crimes não transeuntes, aqueles que deixam vestígios. Em complemento a formação do corpo de delito, mesmo nos crimes transeuntes (que não deixam vestígios), a exemplo do crime formal, deve o Delegado de Polícia adotar medidas resolutivas tendentes ao estabelecimento de um valor mínimo de indenização, o que importará em concluir que não estaremos diante de um valor definitivo, por isso a expressão valor mínimo.

Nessa importante atividade de inclusão da vítima como protagonista e de identificação de uma criminologia moderna não excludente, o Delegado de Polícia poderá formular suas impressões até mesmo acerca dos parâmetros para uma compensação por danos morais.

Para parcela da doutrina que compreende como possível a fixação de valor mínimo de compensação moral, muitas vezes não fixadas porque o legitimado ativo da ação penal ou o magistrado não tem um critério seguro para fixação, temos como dever do Delegado de Polícia a manifestação de suas impressões. O costume atual da não fixação ocorre exatamente porque o Delegado de Polícia nada deliberou acerca dessa análise técnico jurídica. Note-se, assim como verificamos na prática o desconhecimento ou não utilização da hipoteca legal como medida cautelar do processo penal pela vítima, muitas vezes o juiz de direito não fixa o valor mínimo exatamente porque o Delegado de Polícia não fundamentou suas valiosas impressões e o legitimado ativo não formulou o pedido em sua petição inicial (*rectius*: denúncia ou queixa-crime).

Na hipótese, por uma nova cultura resolutive do Delegado de Polícia, o dimensionamento do valor mínimo de indenização ou compensação, pode ser importante na resolução de conflitos. O Delegado de Polícia, ainda que não mencione valores acerca da compensação moral, deve manifestar suas impressões sobre a intensidade do sofrimento da vítima – não raro, o Delegado de Polícia é o primeiro a dimensionar a repercussão do crime em relação a vítima e a sociedade –; ponderar sobre a natureza e a repercussão da ofensa considerando a posição social ou política do ofendido; analisar o grau de sensibilidade do ofendido; investigar o que objetivava o autor do crime ao decidir pelo ilícito, critérios que podem ser desincumbidos sem muito esforço pelo profissional e que em muito auxiliará a *persecutio criminis* de segunda fase e, por conseguinte, a diminuição de processos extrapenais.

Sugere-se, independente da consideração pelos sujeitos processuais, a obrigatoriedade de o Delegado de Polícia inserir em seu relatório as medidas que adotou para o levantamento destas informações, até porque, casos há em que o autor do crime pode ter interesse em adimplir imediatamente o valor mínimo, sem que nenhum prejuízo ocorra a eventual pedido em processo cível autônomo ou ao processo crime, casos em que propugnamos pela possibilidade de mediação ou conciliação incidental ao Inquérito Policial.

Considerando que na hipótese, autor e vítima alcancem, pela autonomia privada, um valor mínimo, ainda que decorrente de conseqüências de um crime de ação penal pública incondicionada, não haverá qualquer tipo de prejuízo na elaboração de um termo de composição prévia, quiçá com força de título executivo extrajudicial, a integrar incidentalmente o Inquérito Policial.

5. O DELEGADO DE POLÍCIA RESOLUTIVO NO PROCESSO PENAL E NA LEGISLAÇÃO ESPECIAL

No processo penal, a atuação resolutive do Delegado de Polícia pode ser fomentada com a maior utilização do instituto do seqüestro, como importante método de recuperação de ativos adquiridos com proventos da infração penal e na adoção das demais medidas assecuratórias que repercutam posteriormente em conseqüente diminuição de judicialização de demandas cíveis ou criminais.

No âmbito da lei de crime organizado, a Lei 12.850/2013 prevê a

possibilidade de o Delegado de Polícia e do Promotor de Justiça celebrarem a colaboração premiada. Cuida-se de instituto há muito previsto na legislação brasileira e pouco explorada, até mesmo pela ausência de uma cultura de cooperação processual penal e da desconfiança dos agentes do estado na credibilidade das informações prestadas pelo autor do crime. É bem verdade que a colaboração premiada deve ser efetiva e alcançar os resultados previstos no art. 4º da Lei:

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

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Com efeito, observados os requisitos legais, a aplicação da colaboração premiada poderá significar maior economia processual, efetividade das investigações criminais e redução do custo de outras investigações, proporcionar significativa recuperação de ativos em benefício dos cofres públicos ou em reversão às vítimas e quiçá, atingir o perdão judicial ao colaborador. Todas medidas que podem revelar aparente confronto com os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, mas que em termos de eficiência e economia processual, podem importar em significativo avanço ao combate do crime organizado no Brasil, especialmente quando envolver crimes praticados contra a Administração Pública.

Outro mecanismo resolutivo, incentivado pelo Delegado de Polícia, é o que possibilita ao magistrado a alienação antecipada de bens, inserido pela Lei 12.694/2012 ao CPP, no art. 144-A:

Art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

(Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 1º O leilão far-se-á preferencialmente por meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 2º Os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até 10 (dez) dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% (oitenta por cento) do estipulado na avaliação judicial. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 3º O produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo, procedendo-se à sua conversão em renda para a União, Estado ou Distrito Federal, no caso de condenação, ou, no caso de absolvição, à sua devolução ao acusado. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 4º Quando a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, o juízo determinará a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 5º No caso da alienação de veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado de registro e licenciamento em favor do arrematante, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de execução fiscal em relação ao antigo proprietário. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 6º O valor dos títulos da dívida pública, das ações das sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 7º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

A medida simples, além de importar em ato sanitário, porquanto desocupa e libera pátios assoberbados de veículos e bens móveis dos pátios das delegacias de todo o Brasil, possibilita, em termos econômicos, a manutenção do valor de mercado dos bens. Pouco importa o resultado do processo criminal. Existindo sentença condenatória ou de absolvição, o comando da sentença será suficiente a direcionar o valor depositado a quem de direito, evitando-se, com isso, o ingresso de novos pedidos ou ações de indenização em face do Estado

pela inadequada preservação dos bens.

6. A FUNÇÃO POLÍTICA DO DELEGADO DE POLÍCIA RESOLUTIVO

Para além da atuação técnico jurídica do Delegado de Polícia, as práticas de Polícia Civil (Federal) Resolutivas, muitas das quais com efetiva participação popular direta na formação da decisão, como ocorre na mediação, representam o exercício da função política na atuação do Delegado de Polícia, em busca de uma concepção justa, entendida como concepção razoável à alcançar um regime democrático duradouro pelo apoio dos cidadãos politicamente ativos, de tal modo que as *razões públicas* de Rawls, sejam alcançadas pelo exercício ponderado do uso da coerção pelo Estado, com observância do âmbito de decisão do *consenso sobreposto*, entendido como o acordo suficientemente amplo e profundo da decisão constitucional e com respeito ao princípio da legitimidade. (GARGARELLA, 2008, p. 229 e 236).

Portanto, a função resolutiva é imprescindível para que as investigações realizadas pelos Delegados de Polícia alcancem a eficiência necessária do processo criminal, mas também tem o papel de repercussão em outros âmbitos do ordenamento jurídico e ainda, nos destinos da sociedade.

Ao reconhecer a função polícia, o Delegado de Polícia pode atuar preventivamente ao acontecimento do fenômeno criminal, sugerindo a adoção de políticas públicas e apontando fatores da criminalidade, o que pode ocorrer pelas conclusões do relatório do Inquérito Policial, passando a ser além de coadjuvante do Poder Judiciário, importante fonte de informação, ao retratar a necessidade do *cidadão* à Administração Pública e ao Legislativo.

ANÁLISE CRÍTICA E CONCLUSÃO

A inclusão da constituição no centro do ordenamento jurídico e a força normativa da Constituição Federal de 1988 alteraram a hermenêutica constitucional e a forma de aplicar e efetivar os direitos fundamentais, exigindo de todos os operadores do direito uma atuação compatível ao movimento neoconstitucionalista e neoprocessualista.

Com isso, o Delegado de Polícia não pode continuar na situação de formalista aplicar do direito, como que revivêssemos Montesquieu e a figura do juiz como “boca da lei”, o que vai de encontro com as orientações do CNJ e de Tratados Internacionais para a disseminação de política de resolução alternativa de conflitos. Conforme Anuário da Justiça de 2014, o Poder Judiciário terminará este ano com cerca de 100 milhões de processos.

A sociedade de consumo, a velocidade da evolução informática e a nova dinâmica do crime organizado exigem a atuação eficaz do operador do direito, com soluções que possam neutralizar os conflitos e que desenvolvam, no âmbito da segurança pública, políticas preventivas da criminalidade.

Dessa forma, os métodos de resolução de conflitos durante a *persecutio criminis* constituem a primeira aproximação do modelo resolutivo e as diversas medidas incidentais ao Inquérito Policial, como o estabelecimento de critérios

para a fixação de valor mínimo de indenização, metas de alienação antecipada de bens, remodelação da recuperação de ativos nos crimes contra a Administração Pública e daqueles perpetrados por organização criminosa exigem a atuação de um Delegado de Polícia Resolutivo no âmbito do sistema processual penal brasileiro, com decisões em harmonia e perfeito diálogo com os sujeitos processuais e com a sociedade civil.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e Participação Popular. A Construção Histórico-Discursiva do Conteúdo Jurídico-Político da Democracia como Direito Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun., 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo, Saraiva, 2009. v. 1.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Douglas Dias Ferreira. 2 ed. Campinas, SP: Bookseller, 2003.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, políticas públicas e Protagonismo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014
- CANOTILHO, j. j. Gomes. *Direito constitucional*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000.
- DIAS, Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra, 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. 1ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.
- IORELLI, José Osmir; MALHADAS JUNIOR, Marcos Junior Olivé. *Psicologia na mediação: Inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTr, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GOMES, Marina Pereira Manoel. *Mediação Comunitária: O acesso à Justiça pela disseminação da cultura de Paz*. Monografia apresentada na conclusão de Mestrado pela UENP, 2012.

JAMES, Willian. *Principles of psychology*. Harvard University, 1ª ed. 2002

JUNIOR, Aury Lopes. *Introdução Crítica ao Processo Penal. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V.I. . 1ª ed. São Paulo: Bookseller, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. *A Tipicidade Penal à Luz da Missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. n. 18 (janeiro/junho) – Jacarezinho, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. Malheiros: São Paulo, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

YOUNG, Jock. *A sociedade Excludente*. Coleção Pensamento Criminológico. v.7. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*. In: Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

A TEORIA DA COCULPABILIDADE - UMA ABORDAGEM DE UMA ATENUANTE SUPRA LEGAL QUE DEVE SER MELHOR APLICADA NO DIREITO BRASILEIRO

Andreza Cristina Mantovani¹⁰¹

Marcos Verenhitch¹⁰²

RESUMO: O artigo aborda a temática da coculpabilidade estatal tendo como objeto de análise o Brasil contemporâneo, com suas notáveis discrepâncias: de um lado, a sempre lembrada riqueza dos recursos naturais, o potencial produtivo/econômico e, de outro, os bolsões de miséria, os ancestrais problemas decorrentes do crescimento urbano desorganizado das periferias e os números crescentes da criminalidade em geral. Analisa, o trabalho, como as dificuldades econômicas, resultado de falhas na política estatal, aliadas à lógica de consumo imperativo, revelam-se como razões autorizadores para que o magistrado criminal, quando se deparar com um acusado proveniente de tal contexto social, possa aplicar a atenuante supralegal do artigo 66 do Código Penal, buscando na letra do rap "Um Homem na estrada", do grupo Racionais Mc's, elementos agregadores para o tema, pelo olhar dos integrantes, oriundos da periferia da cidade de São Paulo, e conhecedores da realidade das áreas mais pobres da capital. O recurso ao rap, como música e cultura periférica, justifica-se, no presente artigo, pela identidade de sua temática recorrente com elementos da Criminologia: o "crime", o "delinqüente", a "vitima" e o "controle social".

INTRODUÇÃO

O Brasil é o quinto maior país do mundo. A nossa imensidão geográfica, aliada ao solo fértil e condições climáticas, nos alavanca no setor da agroindústria, sendo um dos maiores exportadores de alimento no mundo.

Entretanto, apesar dessa abundancia no gênero alimentício, ela não é bem distribuída. Em um cenário imerso a equívocos econômicos, escândalos de corrupção, surgem bolsões de miséria, abrigando milhares de pessoas em condições desumanas, muitas vezes privada de água potável, rede de esgoto, porém, o problema de moradia abrange uma série de brasileiros, que acabam se vendo obrigados a se instalar em lugares inadequados, por vezes em morros, encostas, lugares inabitáveis, com grande risco de desabamento.

Resta evidenciado o descaso do estado em concretizar os direitos sociais dos seus cidadãos. Os direitos sociais podem ser tratados como uma categoria de direitos que legitimam ao cidadão a exigência de atuações positivas do Estado para melhoria das condições de vida, assim como a garantia de

¹⁰¹ Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM (2000). Especialização em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2005). Mestre (2012) em Ciência Jurídica, área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e exclusão - linha de pesquisa: Função Política do Direito, junto ao Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Docente em cursos de Graduação e Pós-graduação. Advogada militante na Comarca de Maringá-PR

¹⁰² possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2013) . Tem experiência na área de Antropologia.

condições materiais necessárias para a prática da liberdade.¹⁰³

Na mesma linha, Marmelstein afirma “são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois visam garantir as condições necessárias à fruição de uma vida digna”.¹⁰⁴

Nesses lugares, o Poder Público não garante o mínimo necessário para uma existência digna, a miséria atinge uma grande parte da população de maneira tão contundente que milhares de pessoas passam fome. Parece paradoxal tendo em vista as estatísticas da produção, mas essa é a triste realidade de nossa pátria.

Diante das mazelas¹⁰⁵sociais, há que se abordar um novo conceito, uma nova forma de analisar a culpabilidade, a chamada co-culpabilidade, que tem uma ligação com um Direito Penal socialista. Suas origens remontam a Jean Paul Marat, um médico Francês que, em 1799, desenvolveu uma crítica socialista e revolucionária ao pensamento kantiano, afirmando ser a penal talional a mais justa e apropriada das formas de pena, desde que tivéssemos uma sociedade igualmente justa e igualitária, algo que, já naquela época, era reconhecido como utópico.

Dessa forma, surge uma crítica que questiona o caráter retributivo da pena, pois com base nas desigualdades sociais existentes, não seria justo que se cobrasse com o mesmo rigor o cumprimento da lei daqueles que tem menos oportunidades e opções na vida em sociedade, em relação a quem não cresceu em um contexto de miséria econômica.¹⁰⁶

Portanto, com base nestas idéias nasce a co-culpabilidade, ou culpabilidade social, pois se a sociedade moderna contribui para a desigualdade, então deve ela arcar em parte com as conseqüências deste ônus por ela imposto aos indivíduos, dividindo a responsabilização através de uma espécie de co-culpabilidade, compartilhando a culpa, e atenuando a punição daqueles que, por serem menos favorecidos, acabem por cometer infrações penais.¹⁰⁷

Ante o exposto, faz-se necessário admitir a Teoria da Co-culpabilidade. O ser humano é dotado do livre arbítrio, porém, em condições extremas de miserabilidade, é natural uma tendência maior a procura do “dinheiro fácil” na vida delituosa, isso numa visão geral das favelas na América latina ou aos subúrbios guetos norte-americanos. Sobre o homem ser determinado pelo meio em que ele vive, destacam-se na literatura francesa Emile Zola com o clássico "Germinal" e "O Cortiço" de Aluizio Azevedo. O determinismo quer dizer que "o comportamento é causado ou influenciado por eventos ou fatores precedentes."¹⁰⁸

¹⁰³ DIMOULIS Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. – 3ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰⁴ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. – 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁰⁵ PIERANGELI e ZAFFARONI, 1999:611 apud RODRIGUES. Cristiano. Teorias da culpabilidade e Teoria do Erro. Editora Lumen Juris. 2009. 2 edição. p. 19

¹⁰⁶ RODRIGUES. Cristiano. Teorias da culpabilidade e Teoria do Erro. Editora Lumen Juris. 2009. 2 edição. p.20

¹⁰⁷ Ibid

¹⁰⁸ PAYNE. Brian. White Collar Crime The Essential. St. Clous State Universisty. 2013.p. 5

Um magistrado criminal, ao se deparar com um réu de pouca instrução, baixa escolaridade, oriundo de um lugar onde os serviços mais básicos não chegam (comprovando desse modo a falha do Estado), pode invocar a Teoria da co-culpabilidade para tanto utilizando-se do artigo 66 do Código Penal, a denominada atenuante inominada, que autoriza a pena atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Tal permissão prevista em nosso diploma repressivo, ao determinar que embora não prevista expressamente em lei, pode o Juiz atenuar a pena mesmo assim, abre uma exceção ao princípio da legalidade em favor de uma interpretação *in bonam parte*. O nosso código jamais poderia estabelecer o mesmo para aumentar a pena, pois uma agravante não prevista em lei feriria o princípio da legalidade que tem como função (além de vedar a retroatividade da lei penal, não permitir a criação de crimes e penas pelos costumes e impedir incriminações vagas e indeterminadas) proibir o emprego de analogia para criar crimes ou prejudicar o réu, de acordo com o brocardo latino (*nullem crimen nulla poena sine lege stricta*).¹⁰⁹

A respeito da co-culpabilidade ou culpabilidade social, bem colocadas são as palavras de Zaffaroni ao afirmar que "a sociedade, por melhor organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades"¹¹⁰. Aliás, como Teoria de raiz marxista, cabe mencionar que o direito para Marx era uma superestrutura ideológica e domínio da classe opressora, sendo o delito, o resultado de tensões sociais. Tais definições (do direito e do delito) tende a reafirmar o que prega a doutrina marxista, qual seja, que os detentores do capital (burguesia) está em conflito permanente com os que fornecem a força de trabalho (operários), logo, tem-se uma eterna relação de interesses antagônicos, o de explorar ao máximo (por parte da burguesia) e o de não ser explorado (por parte dos mais desfavorecidos economicamente).¹¹¹

Prosseguindo, assevera-se que a culpa deve, portanto ser compartilhada, conforme lições de Rogério Greco¹¹²:

Estudos criminológicos já demonstraram que as infrações patrimoniais são praticadas em decorrência da ausência do Estado, melhor dizendo, da má administração da coisa pública, que gera a desigualdade social, criando bolsões de miséria, separando, cada vez mais, as classes sociais existentes.

A situação de miserabilidade gera revolta, indignação, desconfiança dos Poderes Públicos e cria um clima de tensão. De um lado, a mídia bombardeando nossa mente,

¹⁰⁹ GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. Editora Impetus. 2013. 7 edição. p.2

¹¹⁰ ZAFFARONI; Eugenio Raul. PIERANGELI, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo. Revista dos Tribunais. p.644

¹¹¹ Ibid.

¹¹² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial vol. III. Niterói. Editora Impetus

nos forçando a “entrar na moda”, nos obrigando a todo tipo de compras inúteis e desnecessárias, do outro desempregados ou, mesmo, empregadas, recebendo importâncias irrisórias que mal atendem as suas necessidades básicas de subsistência, sofrem a consequência de pressão social, que a discrimina pela maneira de se vestir, falar, por não terem casa própria, veículo, e etc.

Com isso, conclui o renomado autor que a ausência do Estado social e fator preponderante para a prática dos crimes patrimoniais, e para tanto fundamenta citando o Japão, onde os crimes patrimoniais são tão baixos quando comparados com países pobres, justo porque esse país cumpre a suas funções sociais, proporcionando a quase todos uma vida digna.

No mais, a imposição da sociedade que incentiva o consumo, a insistência da mídia em “eleger” certas marcas, acaba instigando alguns indivíduos a cometer crimes patrimoniais.

Uma questão da criminologia que aqui merece ser relacionada com o que defende a co-culpabilidade, no tocante ao consumo, são os estudos de Robert King Merton. Ganha relevo o seu trabalho pelo motivo do autor ser norte-americano, da sociedade que talvez seja a que mais exalte o capitalismo. A sua teoria microssociológica (strain theory) trata de uma extensão psicossocial da situação de anomia¹¹³

A inovação¹¹⁴, uma das formas de reação em uma situação de anomia, é a resposta do indivíduo que busca os fins culturais, mas rejeita os meios institucionais legítimos para alcançá-los, ao perceber que os meios legítimos não estão ao seu alcance, tentando alcançar as mesmas metas servindo-se de meios socialmente reprovados, que acaba gerando o comportamento desviante

Na sociedade atual baseada na busca do sucesso e do poder, onde o que vale é o “ter” em detrimento do “ser”, ou seja, quando a própria sociedade sublinha a relevância de certas metas, sem oferecer a todos iguais oportunidades de atingi-las por meios legítimos, muitas vezes nos deparamos com situações anômicas, o que propicia o comportamento “inovador” e consequentemente o aumento dos comportamentos desviados, justamente pelo fato de não conseguirem todos especialmente os indivíduos das classes menos favorecidas atingirem as metas, como por exemplo ganhar dinheiro ou ostentar uma vida luxuosa.¹¹⁵

¹¹³ Robert Merton, op. cit., p. 167. Apud Vera, Palas Ryanna. Nova criminologia e os crimes do colarinho branco. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 2010. p. 58

¹¹⁴ Ibid

¹¹⁵ MOTA, Indaia Lima. A CO-CULPABILIDADE COMO HIPÓTESE SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. Tese de dissertação para mestrado na Universidade Federal da Bahia.

Alem do exposto acima, os escândalos de corrupção, desvio de dinheiro publico, no Brasil são incessantes e o ser humano, por ser dotado de uma capacidade intelectual, infere que parte dos engravatados responsáveis pela administração publica as causas de suas mazelas. Também favorável a tese da co-culpabilidade, temos o eminente Dr. Juarez Cirino dos Santos¹¹⁶, que diz:

Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida.

Agora cabe alertar que, em que pese a tese da teoria da co-culpabilidade (que em síntese defende que a omissão do Poder Publico aliada ao ônus da sociedade pelo consumo é responsável indiretamente pelos delitos), jamais deve tal motivo justificar a conduta do agente, vindo este a ser absolvido em razão disso. Torna-se evidente que a gestão publica comete muitas falhas, sim, mas uma pessoa não pode cometer um delito patrimonial e querer uma absolvição tendo em vista a teoria aludida(ponto de vista contrario, defende Idaia Lima Mota¹¹⁷ que em casos de miséria extrema pode-se aceitar uma absolvição com base nesse motivo, em sua tese de dissertação de mestrado apresentado na Universidade Federal da Bahia),

A respeito desse assunto, bem adverte o Prof. Gregore Moura, que tem uma excelente monografia sobre o tema, que diz¹¹⁸:

Assim, a aplicação do princípio da co-culpabilidade decorre do reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, responsabilizando-o indiretamente por esse fato, tendo, porém, como limite o cuidado para não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos. Com efeito, esse princípio, ao ser aplicado no caso concreto, reconhece o papel do Estado e da sociedade no que se refere aos delitos praticados por certas pessoas, em certas condições, propiciando a diminuição da seletividade e da visão ideológica do Direito Penal, indo ao encontro dos direitos fundamentais do cidadão.
[...]

¹¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro. Editora Freitas Bastos, 2000., p. 270 apud RODRIGUES, Cristiano. Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2009. p. 20

¹¹⁷ MOTA, Idaia Lima. A co-culpabilidade como hipótese supra legal de exclusão de ilicitude por inexigibilidade de conduta adversa.

¹¹⁸ MOURA, Gregore. Da co-culpabilidade. Niterói. Ed. Impetus

Portanto, a palavra culpabilidade não é usada aqui em sua acepção dogmática, mas, sim, como uma forma de responsabilização indireta do Estado dada sua omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais, gerando conseqüências na cominação, aplicação e execução da pena. Poderíamos dizer, em suma que, na realidade, não se trata de uma responsabilização penal do Estado, mas apenas se reconhece sua inoperância em cumprir seus deveres, o que, em contrapartida, gera uma menor reprovação social ao acusado.

A aplicabilidade da teoria deve ser restrita aos delitos em que o agente auferir vantagem econômica e, além disso, que seja de alguma localidade onde o Estado revela descaso para com os seus cidadãos.¹¹⁹

2. A CO-CULPABILIDADE "ÀS AVESSAS".

Considerando as circunstâncias judiciais inscritas no artigo 59 do Código Penal, circunstâncias essas utilizadas como parâmetro para quantificar a pena-base, pode o Juiz, na primeira fase da dosimetria da pena, na aplicação da pena-base aumentar a pena, desde que de maneira fundamentada, conforme determina o princípio da livre convicção motivada.

Na aferição do grau de reprovabilidade da conduta do criminoso, caso o réu seja diplomado, bem de vida, com alto rendimento, e mesmo assim caia na vida bandida, cabe indagar: Pode o magistrado considerar essas características pessoais para então aumentar a pena-base? Esse fato pode ser considerado na dosimetria para então acrescentar o tempo da condenação, conforme achar melhor o Juiz criminal ?

Tal resposta, deve ser negativa. Sobre isso, excelentes são as palavras de Leonardo Moreira Alves merecem aqui ser transcritas¹²⁰:

A coculpabilidade às avessas, aqui, não pode ser invocada simplesmente para uma maior reprovação penal de "incluídos" (isso seria a mera negação da coculpabilidade). Nessa perspectiva, os órgãos incumbidos da persecução penal devem buscar uma distribuição democrática da pena tradicional, sobretudo na criminalidade de sonegação de tributos, de agentes políticos (atos de corrupção e "crimes do colarinho branco", numa idéia geral) etc., como única estratégia capaz de romper a destinação exclusiva da prisão para os marginalizados. Cuida-se, aqui, de promover a maior

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Disponível em :
<[http://www.leonardomoreiraalves.com.br/system/arquivos/89/original/Grupo%20II%20-%20questao%203\[1\].pdf?1322846714](http://www.leonardomoreiraalves.com.br/system/arquivos/89/original/Grupo%20II%20-%20questao%203[1].pdf?1322846714)>. Acessado em março de 2013.

responsabilização dos detentores dos meios de produção de capital, que mobilizam grande vulto de recursos (materiais e humanos) como subterfúgio para a prática de crimes em cadeias de vínculos cada vez mais complexos, a exigir uma resposta estatal mais enérgica e efetiva.

Se o fato do criminoso pertencer a uma elite justificar o aumento da pena, tem-se um abuso. Ora, a condição social como elemento para prejudicar o réu configura-se um direito penal de autor, e não de fato. O que a coculpabilidade as avessas vem propor, portanto, é que seja adotado um caráter isonômico no tocante a prisionalização

Para adentrar em um exemplo, vale citar que o pagamento do tributo antes do início da ação penal, extingue a punibilidade do delito fiscais (art. 1 e 2 da lei 8.137/90 e artigo 168-A e 337 do Código Penal) conforme determina a Lei n 10.684/03 no seu artigo 9. Entretanto, inexistente o mesmo tratamento aos agente acusados de furto, estelionato e apropriação indébita. Sobre tal assunto, o ilustre autor e membro do Ministério Público gaúcho Lenio Luiz Streck indaga:

“Poderia o legislador retirar da órbita da proteção penal as condutas dessa espécie? Creio que a resposta deve ser negativa. No caso presente, não há qualquer justificativa de cunho empírico que aponte para a desnecessidade da utilização do direito penal para a proteção dos bens jurídicos que estão abarcados pelo recolhimento de tributos, mormente quando examinamos o grau de sonegação no Brasil. No fundo, a previsão do art. 9 da Lei n 10.684/03 nada mais faz do que estabelecer a possibilidade de converter a conduta criminosa – prehe de danosidade social – em pecúnia, favor que é negado a outras condutas”¹²¹

Fazendo um comparativo entre os delitos previstos no artigo 155, 171 e 168 do diploma repressivo nacional com os crimes de sonegação fiscal, tem-se que a semelhança reside no fato de que todos esses são delitos patrimoniais cometidos sem violência e/ou grave ameaça a pessoa. Portanto, o que justificaria um tratamento diferenciado?

A grande maioria dos que cometem delitos tributários pertencem a uma elite, são empresários, profissionais autônomos bem sucedidos, em contrapartida dos que cometem furto, por exemplo, muitos encontram-se em marginalizados.

Com base no princípio da isonomia e da proporcionalidade, o eminente Procurador de Justiça supra mencionado¹²² elaborou parecer que foi acatado em vários julgados, aplicando o benefício da extinção da punibilidade as demais hipóteses de crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias Discursivas da possibilidade a necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2009 p. 201

¹²² Ibid

ameaça, desde que a *res furtiva* tivesse sido devolvida ou totalmente recuperada. Assim:

‘Estelionato. Ônus da prova. No estelionato, mesmo que básico, o pagamento do dano, antes do oferecimento da denúncia inibe a ação penal. (...). Lição de Lenio Luiz Streck. Os benefícios concedidos pela lei penal aos delinquentes tributários, lei n 9.249/95, artigo 34, artigo alcançam os delitos patrimoniais em que não ocorra prejuízo nem violência, tudo em atenção ao princípio da isonomia. Recurso provido para absolver o apelante.(Apelação crime n 297019937 - Segunda Câmara criminal do TARS - Rel. Amilton Bueno de Carvalho)

A "cocalpabilidade às avessas" foi assunto cobrado no concurso para ingresso na carreira de promotor de justiça, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em 2011, questionou-se a respeito as duas perspectivas da teoria da co-culpabilidade as avessas.

Uma das perspectivas, é a de que o sistema penal é seletivo. Registros históricos comprovam a seletividade do sistema, basta citar o livro de Georg Rusch e Otto Kirchheimer, o famoso "Punição e Estrutura Social". Traçando uma retrospectiva histórica das penas, a obra destaca que na Baixa Idade Média o sistema penal respondia de maneira diversa de acordo com a condição econômica, instituindo a fiança para quem podia pagar, sobrando castigos corporais para quem não tinha condições para arcar com esta, e aqui merece ser transcrito um trecho a respeito da pena "exílio"¹²³:

“O exílio, uma forma de punição comum neste período, frequentemente representava um destino muito pior para as classes subalternas do que se pode imaginar. Com o exílio, escapava-se da morte na cidade natal mas muitas vezes as esperava o sentenciado onde ele deveria se refugiar. O exílio para os ricos, entretanto, não era uma punição muito severa. Significava viagem de estudo, um estabelecimento de um braço de negócios no exterior, ou mesmo um serviço diplomático para a cidade natal ou o país de origem, com a perspectiva de um breve e glorioso retorno.”

Ressalte-se que a própria vulnerabilidade do agente oriundo das regiões mais pobres, encontra-se incriminada pela Lei de Contravenção Penal (a mendicância) infração penal não recepcionadas pela Constituição de 1988.

Já a outra perspectiva seria considerar a condição social como fator negativo ao agente criminoso, fato esse que configura o temido direito penal do

¹²³ Hippel op. Cit., I, p.157, citando Rau. apud RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. 2 ed. Tradução de Gizlene Neder Editora Revan. 2004 p. 38

autor, conforme já salientado acima.

Como bem observado pelo Ilustre professor Leonardo Moreira Alves, o fato condição econômica em prejuízo ao réu visualiza-se em alguns dispositivos legais, como o artigo 76 da Lei 8.078/90(o Código do Consumidor) que como circunstancia agravante estabelece ser o crime praticado por "servidor público, ou por pessoa cuja **condição econômico-social** seja manifestamente superior à da vítima;" , mais antiga do que essa lei, tem-se o artigo 4 da Lei 1521/51(Lei dos crimes contra a economia popular) , que como agravante genérica também estabelece ter sido o delito praticado por pessoa cuja **condição econômico-social** seja manifestamente superior a da vítima.¹²⁴

1.4 - O ESTADO PARALELO. A ATROFIA DO ESTADO SOCIAL E A HIPERTROFIA DO CRIME ORGANIZADO

Entre as diversas conseqüências ante a ausência do Estado, tem-se o fortalecimento das organizações criminosas nos bairros pobres. Ora, se o Poder Público não zelar pelo o seu povo, pode surgir alguém que assuma tal papel, e essa figura é denominada de Estado Paralelo.

Como objetivos fundamentais da República, o artigo terceiro da Carta Magna determina ser construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Entretanto, quando os governantes não primam por esses objetivos aí então observa-se um processo de atrofia do Estado e hipertrofia de organizações mafiosas.

O que se observa, é que os pontos de comércio de drogas costumam aparecer mais em bairros pobres, e tal fato deve-se porque nos lugares mais pobres o Estado tende a se ausentar mais. Diante de tal realidade, os moradores de tais lugares que sofrem com a falta de Estado e com as péssimas condições de moradia acabam apoiando, seja por intimidação ou necessidade extrema, as organizações criminosas que substituem o Estado Ausente em seu papel de ofertar o mínimo necessário para uma existência digna.

Um belo exemplo para que cabe ser citado, é uma reportagem publicada no Jornal Folha de São Paulo, em 22 de junho de 2006, no caderno Cotidiano, que narrou com detalhes a atuação do PCC (Primeiro Comando da Capital) na favela Pedra sobre Pedra, localizada na zona sul de São Paulo, merecendo a transcrição de um pequeno e emblemático trecho¹²⁵:

"Em um cenário desenhado por morros, tomados por barracos, lixo, esgoto a céu aberto e onde carteiros, lixeiros

¹²⁴ Disponível em : <[http://www.leonardomoreiraalves.com.br/system/arquivos/89/original/Grupo%20II%20-%20questao%203\[1\].pdf?1322846714](http://www.leonardomoreiraalves.com.br/system/arquivos/89/original/Grupo%20II%20-%20questao%203[1].pdf?1322846714)>. Acessado em março de 2013.

¹²⁵ MATIAS, Alexander Martins; SANTOS, Claudionor Mendonça, Direito de propriedade e Direito de Moradia. Justiça, cidadania e democracia/ Coordenação Roberto Livianu – São Paulo. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Ministério Público Democrático, 2006. p. 36

e serviços soais não chegam, a facção criminosa PCC(Primeiro Comando da Capital) montou, com o apoio dos moradores, uma de suas bases de venda de droga em São Paulo. Em troca, criou uma espécie de programa assistencial, batizado de Ajuda da Correria para o Social, que distribui leite, gás e cestas básicas a 200 famílias cadastradas. 'Correria' significa crime na linguagem das ruas."

A respeito desse assunto, dois anos antes da respectiva matéria ter sido publicada e não se referindo portanto a essa organização em específico, Mano Shetara(jornalista,DJ, produtor cultural, escritor dos livros Nação Hip Hop e Canos, ruas rimas e Manos) escreveu em um artigo intitulado Por Favor Parem de Cheirar e Fumar, posicionando-se contrario a idéia de que o crime organizado substitui o Estado no quesito assistência social¹²⁶:

"Dinheiro do trafico não vai pra educação, não vai pra ONG, não vai pra saúde, não vai pro Estado. E esse papo de que traficante ajuda comunidade no lugar do Estado e furado. Estes, os exemplos do que o trafico faz com a população. Aterroriza, mata etc. Alguns podem ate dar uns remédios ou ate umas cestas básicas, mas com o interesse de pegar simpatia em cima da dificuldade das pessoas e cooptar seu silencio.

Mostra-se pertinente apresentar a opinião de Sabotage, rapper brasileiro, sobre o Estado não "dar conta" de propiciar a todos a mesmas oportunidades. ¹²⁷"Aí a galera aqui na periferia, a fonte de renda de uma favela, não é o governo que abastece é o tráfico. Então geralmente, a gente não tinha nada pra fazer e a gente aprende na rua."

É inaceitável o fato do Estado não oferecer o mínimo para milhares de brasileiros e com isso abrir brecha para o crescimento de organizações criminosas, que desenvolvendo programas sociais, garantindo aquilo que é dever do Estado mas este não realiza, obtém um grande apoio da comunidade.

A situação ao chegar a esse extremo, cria um descrédito em relação ao Estado Social por parte das pessoas que moram em um bairro tomado por uma facção criminosa, e alimenta a consideração e respeito dos criminosos. O indivíduo, desatendido, geralmente recorre ao chefe do tráfico local para providenciar soluções para questões emergências, tais como comprar comida, remédios e etc.

No cotidiano da favela, a ajuda por parte dos criminosos é conhecida como "fortalecimento". Isso depreende-se de um trecho muito interessante de

¹²⁶ SHETARA, Mano. Por favor, parem de cheirar e de fumar!.Hip Hop a Lapis: o livro / organizados Toni C. São Paulo. 2 edição. 2006. p. 50

¹²⁷ FERREIRA, Ivan Vale; BAMBINI, Tiago; CALDAS, Pedro. Sabotage. 13 produções, 2004 apud C. Toni. Sabotage:Um Bom Lugar, Editora Literaria. 2013. p.40.

um documentário explosivo feito sob coordenação de rapper MV Bill e do sociólogo Celso Athayde, que recolheram imagens e depoimentos, em todo o país, durante sete anos, de 17 menores de idade que trabalhavam para o tráfico, empunhando fuzil, dos quais infelizmente morreram 16 ao longo da produção, o que vem a comprovar que os menores infratores morrem com muito mais frequência do que matam¹²⁸.

"Celso: Você tem que idade mesmo ?

Menor 3: Doze, 12 anos.

Celso: Essas pessoas com quem você anda, que são bandidos, eles fazem o que de bem pra você ?

Menor 3: Dão dinheiro, fortalece á vera

Celso: E você faz o que em troca?

Menor 3: Em troca, eles pede para fazer alguma coisa tipo como comprar lanche, comprar gasolina pras motos. eu vou lá e faço.

Celso: Você acha que isso é exploração de menores?

Menor 3: Não. Se eles não me ajudar, quem vai me dar as coisas? Você ?"

Não é novidade que o crime organizado atua com mais desenvoltura nas periferias, pelo fato do Estado estar mais ausente em lugares mais pobres. O que percebe-se, é a atrofia do Estado Social e por conseqüência, a hipertrofia do Estado Paralelo. Convém mencionar uma definição do juiz italiano Giovanni Falcone sobre a lendária Cosa Nostra, máfia de origem siciliana, de que ela é uma organização paralela que quer aproveitar as imperfeições do desenvolvimento econômico, operando na ilegalidade, e a classifica como a organização mais ágil, versátil e pragmática que se possa imaginar¹²⁹.

A ligação¹³⁰ presente entre o fortalecimento da máfia diante da ausência estatal, se explica também pelo fato da Sicília ter sido a menos favorecida por parte de políticas estatais em detrimento do restante da Itália, conforme se extrai do seguinte trecho:

"(..)a sicilianidade, a máfia, como os sicilianos em geral, se sente ofendida pelo desinteresse do Estado e pelos erros cometidos pelas instituições, prejudicando a ilha. E quanto mais o Estado se desinteressar pela Sicília e as instituições se retraírem mais aumentará o poder da organização"

3. A COCULPABILIDADE PELA OTICA DO RAP.

Pode se afirmar que o rap tem uma íntima ligação com o crime, por

¹²⁸ MV BILL E CELSO ATHAYDE, Meninos do Tráfico, Editora objetiva. 2006. Pag. 142

¹²⁹ FALCONE, Giovane. Giovanni Falcone com Marcelle Padovani, Coisas da Cosa Nostra: A máfia vista por seu pior inimigo. Tradução de Luis de Paula. 2012. p.96-97

¹³⁰ Ibid.

entre diversos motivos, o tema de enredo adotado geralmente é a violência, e por vezes o personagem, o "eu - lírico" ser, esta envolvido com atividades delituosas, quando não também o interlocutor, o rapper, o porta-voz ser uma pessoa que por algum momento na vida, ingressou no sistema carcerário, a exemplo de muitos, como Sabotage, Tupac, Cascao do Trilha Sonora do Gueto, Notorious Big, e etc)

O estudo da criminologia atualmente está dividido em quatro vertentes: delito, delinqüente, vítima e controle social¹³¹. O enredo da musica rap, freqüentemente, aborda essas quatro vertentes, conforme será demonstrado. Desse modo, revela-se pertinente o estudo desse gênero literário, por ser uma mensagem oriunda muitas vezes do "delinqüente", do excluído socialmente, ou do "favelado".

Existem vários criminólogos que dedicaram estudos sobre as características das subculturas delinqüentes, conforme se depreende do seguinte trecho:

Colocando acento, em primeiro lugar, sobre a importância dos mecanismos de aprendizagem e de diferenciação dos contatos, mas, em segundo lugar, também sobre a relação desta diferenciação com as diferenciações dos grupos sociais, Sutherland impulsionou a teoria da criminalidade para modelos explicativos que não se limitam a simples análise das associações diferenciais e dos mecanismos de aprendizagem, mas enfrentam diretamente o problema das causas sociais das diversas associações diferenciais e de sua qualidade. E é Cohen quem desenvolve completamente este aspecto problemático da teoria das subculturas. Em seu famoso livro, *delinquent boys*, analisa a subcultura dos bandos juvenis. Esta é descrita como um sistema de crenças e de valores, cuja origem é extraída de um processo de interação entre rapazes que no interior da estrutura social, ocupam posições semelhantes. Esta subcultura representa a solução de problemas de adaptação, para os quais a cultura dominante não oferece soluções satisfatórias.¹³²

Os estudos de Cohen complementam a teoria de Merton. Em relação a inovação, (uma reação diante de um quadro de anomia), o indivíduo busca os fins culturais mas rejeita os meios institucionais legítimos para alcançá-los, ao perceber que os meios legítimos não estão ao seu alcance. O primeiro, reportando a atenção as características da estrutura social, induz que, nos adolescentes da classe operaria, a incapacidade de se adaptar aos *standards* da cultura oficial faz surgir neles problemas de status e de autoconsideração. Dai

¹³¹ SAMPAIO, Nestor Penteadado Filho. Manual Esquemático de Criminologia. Editora Saraiva. 2013. 3 edição. p. 22

¹³² BARATTA, Alessandro. Criminologia Critica e Critica do Direito Penal. Introdução a sociologia do direito penal. Instituto Carioca de Criminologia. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Editora Freitas Bastos. 1999. p.73

então deriva uma subcultura caracterizada por elementos de “não-utilitarismo”, de “malvadeza” e de “negativismo” que permite, aos que dela fazem parte, exprimir e justificar a hostilidade e a agressão contra as causas da própria frustração social.¹³³

Com base nisso, entendemos importante análise de algumas músicas do Rap, por descrever algumas características da subcultura criminal. A ação policial na periferia é um tema constante. Ao analisar o estudo da cultura artística dos indivíduos que convivem nos subúrbios, onde grande parte deles tem um contato com a vida bandida, desenvolve-se um trabalho sob a perspectiva microsociológica, da sociologia, para tanto faz-se necessário destacar que¹³⁴:

"As teorias psicossociológicas ou microsociológicas estudam o problema do crime sob a perspectiva do indivíduo em interação com o meio social. A sociedade cria as condições para o desvio (o espaço geográfico, a pressão por sucesso, a falta de oportunidades etc.) e a microsociologia estuda como essas condições atuam no indivíduo, de forma particular. Encontram a predeterminação do crime no sujeito. Analisam as formas de transmissão do comportamento criminoso e as motivações sociais que levam um indivíduo a delinquir. São teorias que abandonaram a variante puramente individualista (biológica) e consideram importante a influência da sociedade sobre o homem, enfatizando a formação, os valores e os contatos sociais."

Devido abordagem musical freqüentemente descrever como agem aos órgãos de repressão; a Instituição Polícia; a "Justiça criminal"; a reação estatal, destaca-se de imensurável importância a análise de algumas letras, que se referem ao modo de agir das instâncias oficiais de controle social.

Na criminologia, o *labelling approach* tem-se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem-se estudado o efeito estigmatizante da atividade de polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juizes.¹³⁵

Desse modo, podemos dizer que uma parcela da produção cultural do Hip Hop aborda os objetos de estudo da criminologia. O crime, em acepção geral, é constante tema dos enredos dos textos, criminoso também está presente, pelo fato de uma significativa parcela dos seus expoentes terem por algum motivo contato com o sistema criminal, seja como acusado, testemunha, réu), a

¹³³ Ibid

¹³⁴ Francis Cullen e Robert Agnew, p. 131. Apud VERAS, Ryanna Pala. Nova criminologia e os crimes do colarinho branco. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2010. p. 12

¹³⁵ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução a sociologia do direito penal. Instituto Carioca de Criminologia. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Editora Freitas Bastos. 1999. p. 86

vitimologia também é estudada, por vezes o narrador refere-se a vítimas, e o controle social também é abordada nos enredos, seja a abordagem policial, a relação polícia-comunidade, e etc. Tudo isso, frise-se, pela ótica do "delinqüente". O MC é um poeta, que denuncia aquilo que ele entende estar errado, por esse motivos pretende esse capítulo estudar a cultura HipHop, citar aquilo que lhe é comum ao mundo jurídico.

Em um processo criminal em que o acusado é oriundo de uma favela, os conhecidos "bolsões de miséria", lugares que abrigam pessoas em condições desumanas, muitas vezes privada de água potável, rede de esgoto, demonstrando então a falha do Estado, pode o Juiz Criminal invocar a Teoria da co-culpabilidade para compartilhar a culpa com o Estado, e dessa forma diminuir a pena do réu, tudo legitimado pelo artigo 66 do Código Penal, já que o Poder Público não oferece o mínimo necessário para uma existência digna.

O rapper Sabotage é um exemplo de um indivíduo que vivenciou esse contexto descrito pela teoria da coculpabilidade e veio a incidir na vida delituosa por diversas vezes, sendo que o mesmo morou nas áreas mais pobres da grande (São Paulo) onde impera o consumo como filosofia de vida, e a sociedade prega uma ostentação aos bens materiais.

Em detalhes, Sabotage foi "gerente" de uma boca de fumo um determinado período da sua vida. Uma música sua referindo a esse período de sua vida diz "Não era o Pablo Escobar, mas era o cara e pa"¹³⁶. A sua biografia constata que o mesmo teve um pai alcoolatra, e seus tios eram figuras conhecidas no submundo do crime.

Segundos estudos de Sampson e Groves¹³⁷, a deterioração familiar contribui para o delito, quando em um bairro se encontram famílias desfeitas, como é o caso de famílias com crianças, nas quais ficava somente a mãe, sofrendo os filhos ante a ausência paterna, como ocorrido com Sabotage. O primeiro, sofreu com a ausência do pai, dependente químico.

Em que pese Sabotage ter cometido alguns "desvios" durante a sua vida, costumava dizer que era um "regenerado delinqüente"¹³⁸, tendo realmente abandonado as atividades delituosas quando começou a ganhar dinheiro suficiente com os trabalhos artísticos, e constantemente alertava sobre os malefícios do crime, como em entrevista em que o mesmo asseverou: "Se o crime fosse bom, eu ainda teria o meu tio aqui, meu irmão e minha mãe. Eu quero sair da favela pros meus filhos crescerem sem ver o que eu vi"¹³⁹.

Aos 8 anos, em 1981, teve o seu primeiro "emprego". Os tios eram envolvidos com ilícitudes, logo, qualquer coisa que chamasse a atenção, ele deveria correr e avisar seus parentes e, em troca ganhava alguns trocados. A respeito dessa fase, uma vez declarou: "Com oito anos conheci a vida do crime

¹³⁶ SABOTAGE. Rap e compromisso. Cosa Nostra. 2001

¹³⁷ SAMPSON, 1987: 363, 367-367 (sic) e 376; Sampson e Groves, 1989: 781 apud MAILLO, Alfonso Serrano; PRADO. Luiz Regis. Curso de Criminologia. Editora Revista dos tribunais. 2013. 2 edição Editora Revista dos tribunais. p. 304

¹³⁸ SABOTAGE. Mum'ra. Cosa Nosta. 2001

¹³⁹ VIDOTTI, Ana. "Sabotage: Hip-Hop contra vício, moléstia ou crime, Cineweb, 24 de janeiro de 2003. Apud C. Toni. Sabotage: Um Bom Lugar, Editora Literaria. 2013. p.40.

e ouvia: 'não pode ter medo, quem tem medo é otário''¹⁴⁰

Atribuindo grande ênfase no papel da família no controle a delinquência, Nestor Sampaio afirma que a família: "é diretamente responsável pela moldura do caráter e comportamento de seus integrantes, caracterizando-se a necessária autoridade dos pais em decorrência do binômio exemplaridade - amor." ¹⁴¹

Sobre o papel da família da ressocialização do condenado, vale a pena citar uma frase da música "Diário de um Detento" de Racionais MC's, que diz que "Nada deixa o homem mais doente, que o abandono dos parentes."

O ambiente descrito pela teoria está presente em alguns versos do rap, por exemplo, "Um homem na estrada", do grupo Racionais MC's, no trecho em que diz: "me digam quem é feliz, quem não se desespera, vendo nascer seu filho no berço da miséria." Estando presente portanto o fator miséria. Mais adiante, o "eu lírico" continua:

"Equilibrado num barranco um cômodo mal acabado e sujo, porém, seu único lar, seu bem e seu refúgio. Um cheiro horrível de esgoto no quintal, por cima ou por baixo, se chover será fatal. Um pedaço do inferno, aqui é onde eu estou. Até o IBGE passou aqui e nunca mais voltou. Numerou os barracos, fez uma pá de perguntas. Logo depois esqueceram, filha da puta!"

No verso acima, encontra-se um segundo fator da coculpabilidade, qual seja, a ausência estatal. Unindo a miséria com a ausência estatal tem-se o cenário da co-culpabilidade. O Estado representado pelo IBGE na letra, não se faz presente na comunidade. As condições são tão precárias que até mesmo falta água no ambiente descrito. "Faltou água, já é rotina, monotonia, não tem prazo pra voltar, hã! já fazem cinco dias." O narrador posteriormente relata que o tráfico de drogas é uma excelente fonte no local onde reside e em sua trajetória, acaba engrossando as estatísticas criminais quando pratica 157.

O senador Eduardo Suplicy frequentemente cita essa música, já declamou sua letra em várias ocasiões, uma vez no Congresso Nacional, em discussão a proposta de emenda a constituição que visava diminuir a maioria penal, em 2007, e novamente em 2010, desta vez na segunda reunião interparlamentar Brasil/México, ambas o seguinte trecho abaixo transcrito:

"É madrugada, parece estar tudo normal. Mas esse homem desperta, pressentindo o mal, muito cachorro latindo. Ele acorda ouvindo barulho de carro e passos no quintal. A vizinhança está calada e insegura, premeditando o final que já conhecem bem. Na

¹⁴⁰ FERNANDES, Nelito; AZEVEDO, Solange; FRANZOIA, Ana Paula. "Amizade bandida". Época, nº211, 3 de junho de 2002. Apud C. Toni. Sabotage: Um Bom Lugar, Editora Literaria. 2013. p.34

¹⁴¹ SAMPAIO, Nestor Penteadado Filho. Manual Esquemático de Criminologia. Editora Saraiva. 2013. p. 131

madrugada da favela não existem leis, talvez a lei do silêncio, a lei do cão talvez. Vão invadir o seu barraco, "É a polícia"! Vieram pra arregaçar, cheios de ódio e malícia, filhos da puta, comedores de carniça! Já deram minha sentença e eu nem tava na "treta", não são poucos e já vieram muito loucos. Matar na crocodilagem, não vão perder viagem, quinze caras lá fora, diversos calibres, e eu apenas com uma "treze tiros" automática. Sou eu mesmo e eu, meu deus e o meu orixá. No primeiro barulho, eu vou atirar. Se eles me pegam, meu filho fica sem ninguém. É o que eles querem: mais um "pretinho" na Febem. Sim, ganhar dinheiro ficar rico enfim, a gente sonha a vida inteira e só acorda no fim, minha verdade foi outra, não dá mais tempo pra nada... Bang! Bang!"

Surge então uma voz de rádio¹⁴² aparece na música e a encerra dessa maneira: "Homem mulato aparentando entre vinte e cinco e trinta anos é encontrado morto na estrada do M'Boi Mirim sem número. Tudo indica ter sido acerto de contas entre quadrilhas rivais, segundo a polícia, a vítima tinha "vasta ficha criminal"."

CONCLUSÃO

A teoria da coculpabilidade revela-se coerente ao compartilhar a culpa dos delitos (em que o agente auferiu vantagem patrimonial) com o Estado. Tal responsabilidade por parte do Poder Público, surge desde que comprovado o descaso deste na formação do indivíduo enquanto pessoa merecedora de direitos, seja falhando no fornecimento da educação, ou se mostrando ausente quando o cidadão necessita de amparo para sua saúde, e/ou não oferecendo moradia decente para quem precisa, de uma maneira geral, não tratando as pessoas de maneira digna.

Há que se ressaltar que como decorrência lógica, as condições carcerárias tendem a melhorar com a aplicação prática dessa teoria, haja vista a superlotação nas prisões brasileira em nível nacional, uma vez que muitos se encontram na presente situação de hiposuficiência ocasionada pelo Estado, corroborando portanto sua responsabilidade indireta da política criminal existente.

A música "Um homem na estrada" analisada no presente artigo, demonstra-se importante pois o eu-lírico sofre com as mazelas sociais, envolvido em um ambiente esquecido pelo Poder Público, descrevendo com exatidão o cenário da teoria da coculpabilidade, e o mesmo ser um "delinquente", que é um dos objetos de estudo da Criminologia.

¹⁴² RACIONAIS MC'S. Um homem na estrada

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Critica e Critica do Direito Penal. Introdução a sociologia do direito penal*. São Paulo: Editora Freitas Bastos. 1999.
- C. Toni. *Sabotage. Um Bom Lugar*, São Paulo: Editora Literarua, 2013
- DIMOULIS Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FALCONE, Giovane. Giovanni Falcone com Marcelle Padovani, *Coisas da Cosa Nostra: A máfia vista por seu pior inimigo*. São Paulo:
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOTA, Idaia Lima. *A co-culpabilidade como hipótese supra legal de exclusão de ilicitude por inexigibilidade de conduta adversa*.
- MOURA, Gregore. *Da co-culpabilidade*. Niterói. Ed. Impetus. 2007
- MV BILL E CELSO ATHAYDE, *Meninos do Trafico*, Editora objetiva. 2006
- PAYNE. Brian. *White Collar Crime The Essential*. St. Clous State Universisty. 2013.p. 5
- PRADO. Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais.. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.
- RODRIGUES. Cristiano. *Teorias da culpabilidade e Teoria do Erro*. São Paulo: Editora Lumen Juris. 2009.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2 ed. Tradução de Gizlene Neder Editora Revan. 2004
- SAMPAIO, Nestor Penteadado Filho. *Manual Esquemático de Criminologia*. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias Discursivas da possibilidade a necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2009
- VERAS, Ryanna Pala. *Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2010.
- ZAFFARONI; Eugenio Raul. PIERANGELI, Jose Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais

A DESUMANIZAÇÃO DAS PESSOAS ENCARCERADAS E A LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA OFICIAL NAS PRISÕES ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DE UM *DIREITO PENITENCIÁRIO DO INIMIGO*

Florestan Rodrigo do PRADO ¹⁴³

RESUMO: O presente estudo enfocou a problemática da estigmatização das pessoas encarceradas sob o ponto de vista criminológico e jurídico, visando estabelecer uma reflexão crítica dentro do processo de desumanização do criminoso com base na teoria do *Labeling approach*. O trabalho também discutiu a diminuição do valor das pessoas que cumprem pena como uma espécie de estratégia para legitimar a punição exacerbada na fase de execução penal. Tais temas referem-se a possível existência de uma legislação penitenciária pautada no famigerado Direito Penal do Inimigo. Por intermédio de pesquisa doutrinária e normativa, o trabalho procurou abordar os principais pontos da questão. Além disso, também enfocou atuais problemas de natureza carcerária, investigando-se o cumprimento dos objetivos da sanção penal e o respeito dos direitos e garantias individuais das pessoas encarceradas.

INTRODUÇÃO

A pesquisa estruturada no presente artigo, visa discutir a questão da desconstrução do ser humano encarcerado, sob o ponto de vista criminológico e jurídico, com o propósito de investigar a exacerbção da punição penitenciária a partir da criação da identidade de pessoas desprovidas de humanidade.

Sabe-se que, no direito brasileiro, vem crescendo a incidência de normas penais inspiradas nos movimentos de intolerância, onde a mídia exerce um relevante papel de instigação neste processo. A violência e o sentimento de impunidade também fazem parte desta sistemática.

No entanto, além destas questões, o presente trabalho parte da premissa de que o homem encarcerado é estigmatizado pela sociedade. Primeiro, por causa de uma profunda exclusão social que assola a sociedade brasileira, marcada, principalmente, pelo paradigma da diferença, que aponta a existência de dois mundos: o dos incluídos e satisfeitos com os bens da vida e o mundo dos excluídos e dos discriminados, que vivem à margem da sociedade.

Neste mosaico social, surge a subcultura delinquente, que acentua a questão da diferença entre as pessoas, potencializando a questão da violência e da criminalidade. Essa dialética de exclusão social faz gerar estigmas, causando uma expectativa ruim das pessoas que não são consideradas normais. Por causa disso, essas pessoas são tratadas como seres inferiores e perigosos, rotulados e etiquetados pelas instâncias formais de controle que visam neutralizar o inimigo.

¹⁴³ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/PR. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos, pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP/SP. Professor das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” – TOLEDO de Presidente Prudente. Professor convidado da Escola de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo – EAP/SP. Advogado público da Fundação de Amparo ao Preso - Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel – FUNAP/SP.

Através de pesquisa bibliográfica, buscamos discutir a ideia da negação de humanidade ao indivíduo no cárcere, refletindo sobre a atribuição de uma forma de vida inferior como estratégia de aumento da punição. Neste processo, abordamos a teoria do *Labeling approach*, onde buscamos enfatizar a rotulação das pessoas criminosas, estabelecendo, como objetivo específico do estudo, a negação da humanidade do homem preso como justificativa para se legitimar a violação de direitos dos presidiários.

Por fim, adentramos no âmbito jurídico, buscando compreender a existência de um verdadeiro Direito Penitenciário voltado a implementar e colocar em prática normas baseadas na diminuição de direitos e de garantias daqueles que cumprem pena, legitimando a violência oficial no âmbito do cumprimento da pena privativa de liberdade.

1. EXCLUSÃO SOCIAL, DIFERENÇAS E SUBCULTURA DELINQUENTE: INGREDIENTES PARA O ESTIGMA

A divisão imposta pela exclusão social faz surgir uma espécie de cidadania de segunda classe. Existe um terreno de diferenças extremamente contrastante. De um lado, os satisfeitos que moram em um reino civilizado de tranquilidade e de outro a subclasse, povoada por pessoas sem esperanças e um mundo de caos e insatisfação. Essa concepção fez surgir barreiras e divisões. Temos aí um paradigma de diferença. Dois mundos em uma mesma sociedade: um grupo incluído e satisfeito e uma minoria excluída e abatida.

Como afirmado, existem barreiras que dividem as pessoas, estabelecendo uma hierarquia de condições pautadas em diversos fatores, criando-se uma divisão entre os homens. Essas barreiras são explicitadas pelas forças de poder econômico das elites, que fecham-se em si mesmas, criando um mundo particular, barrando os demais de seu aproveitamento, que acabam sobrevivendo em seus *guetos* e proibidos de ultrapassarem esse muro que divide os mundos.¹⁴⁴

Na visão de Zygmunt Bauman (1999, p. 28):

As elites *escolheram* o isolamento e pagam por ele prodigamente e *de boa vontade*. O resto da população *se vê* afastado e *forçado* a pagar o pesado preço cultural, psicológico e político do seu novo isolamento. Aqueles incapazes de fazer de sua vida separada uma questão de opção e de pagar os custos de sua segurança estão na ponta receptora do equivalente contemporâneo dos *guetos* do início dos tempos modernos; são pura e simplesmente

¹⁴⁴ Uma das maneiras de exemplificação dessa divisão são os condomínios residenciais fechados, construídos por uma parcela da sociedade com maior poder econômico. Sua existência manifesta uma espécie de *geografia da exclusão*. Segundo Pastana (2003, p. 68), os condomínios fechados são *enclaves fortificados*.

postos para “fora da cerca” sem que se pergunte a sua opinião, têm o acesso barrado aos “comuns” de ontem, são presos, desviados e levam um choque curto e grosso quando perambulam às tontas fora dos seus limites, sem notar os sinais indicadores de “propriedade privada” ou sem perceber o significado de indicações não verbalizadas mas nem por isso menos decididas de “não ultrapasse”.

A igualdade e a diferença dos homens se desdobram em uma relação de dominação e exclusão. Os grupos humanos tendem a tornar as outras pessoas diferentes para transformá-las em inimigas. Há uma tendência em transformar o outro em igual, o que justificaria a dominação.

Historicamente isto é explicitado através da *civilização* de certas culturas. O índio foi cristianizado, o negro foi escolarizado, o asiático aculturado, etc. É como se eles vestissem uma espécie de roupa adequada a uma identidade culturalmente legitimada. Conforme destaca Fernando de Brito Alves (2010, p. 30), neste processo, há uma relação de dominação, pois eu transformo o outro igual a mim e o submeto às minhas vontades, ou seja uma filosofia totalitária que pensa existir apenas um homem (ALVES, 2010, p. 30).

Segundo expõe Carlos Rodrigues Brandão (apud ALVES, 2010, p. 31), o escravo africano, ao chegar ao porto trazido pelas caravelas era batizado. Era rebatizado com um novo nome cristão e forçado a acreditar na mesma fé de seu senhor. Conforme pontua Brandão (apud ALVES, 2010, p. 31), os filhos dos índios não poderiam ficar nus. Eram obrigados a vestir roupas de algodão.

Nesse contexto de ideias, surge a necessidade de abordar a questão da diferença, uma vez que a desigualdade consiste no principal fator de exclusão social entre os homens. Na concepção de Jock Young, as culturas humanas que compõem a sociedade são construídas por entrecruzamentos e hibridações, e as diferenças constituem uma reinterpretação de valores (YOUNG, 2002, p. 136).

Essa pluralidade de mundos pode ser detectada com a existência do fenômeno da subcultura. Na verdade, a sociedade é um mosaico de pluralidades, constituídas pelos mais diferentes tipos de pessoas (um cenário de múltiplas faces) o que cria uma série de subculturas, cada uma com seu próprio estilo. As frustrações que decorrem da privação e da exclusão se transformam em condutas desviadas que se manifestam nas subculturas, verdadeiros mundos subterrâneos.

Para Young:

[...] as subculturas emergem do trampolim moral de culturas já existentes e são soluções para problemas percebidos no interior da estrutura das culturas iniciais. Cultura é vista como as várias maneiras através das quais as pessoas desenvolveram o manejo de problemas que a vida do dia-a-dia impõe. Isto inclui linguagem, modos de vestir, padrões morais, instituições políticas, formas de arte, trabalho, normas, modos de sexualidade - em uma

palavra todo o comportamento humano. As pessoas se vêem em posições estruturais particulares no mundo em para resolver os problemas engendrados por estas posições desenvolvem sua própria subcultura. [...] (2002, p. 136).

Na subcultura delinquencial desenvolvida por Albert Cohen (1994, p. 201), o crime resulta da interiorização e da obediência a um código cultural identificado com os valores da subcultura delinquente. Tal delinquência teria surgido da falta de oportunidade econômica e social dos jovens da classe operária e moradores da periferia dos Estados Unidos que integravam essas gangues (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 288-293).

No contexto aqui tratado podemos exemplificar as subculturas por intermédio das gangues locais, que formam seus territórios, onde a circulação é permitida apenas para aqueles que integram específicos grupos. Trata-se de uma forma de nova aquisição de respeito, uma maneira destrutiva de responder à violência que sofrem pela exclusão social, um terreno em que grupos diferentes externam suas normas próprias, excluindo-se uns aos outros (exclusão entre os excluídos).¹⁴⁵ Esse fenômeno é uma hipótese clara de dialética da exclusão.

A desigualdade tem várias faces. A primeira e mais evidente forma de desigualdade é a questão da renda. Segundo informa Bernardo Kliksberg, a América Latina é considerada um *antiexemplo* mundial de desigualdade de rendas (2001, p. 33):

A América latina é considerada, em nível internacional, a região com os mais elevados níveis de desigualdade. Pesquisas especializadas apresentam dados comparativos consistentes a esse respeito. Shadid Burki (1996), vice presidente para a América Latina do Banco Mundial destaca; “A região da América Latina e caribe tema a mais pronunciada disparidade de rendas de todas as regiões em desenvolvimento no mundo” Um editorial do jornal New York times (1997) classificou a região como a que tem a maior brecha entre os ricos e pobres. No discurso inaugural da última assembleia geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) o então presidente da

¹⁴⁵ Nos Estados Unidos a existência de inúmeras *gangues* retrata o fenômeno da subcultura. Em Nova York existem as seguintes denominações: *Bloods*, *Latim Kings* (formada por latinos) e *Crips*, dentre outras. Essas gangues são formadas em bairros periféricos, a exemplo do *Bronx*. No Brasil existem diversas espécies de agrupamentos intitulados de *gangues*, tais como as gangues de pichadores, os *emos*, os *punks*, os *skin heads*, os participantes do movimento *hip hop*, etc. Atualmente essas divisões são muito acentuadas nas denominadas *torcidas organizadas* de certos times de futebol, a exemplo do grupo *Gaviões da Fiel* (Corinthians), *Mancha Verde* (Palmeiras), *Independente* (São Paulo), etc. Fonte: < <http://pessoas.hsw.uol.com.br/gangues1.htm> > Acesso em 20.06. 2014.

Venezuela (país sede dessa organização) Rafael Caldera (1998) afirmou que a “América Latina é a região com maiores desigualdades no mundo” e que resulta paradoxal que um hemisfério rico em possibilidades e recursos tenha deixado milhões de seus filhos desamparados, envolvidos na garra da miséria”.

Como dito, a desigualdade detém diferentes dinâmicas. Além da diferença de rendas, a diferença do acesso à saúde, à educação de qualidade, ao trabalho digno, dentre outros, são problemas de profunda magnitude nos países em desenvolvimento. Não só isso, os homens são diferentes biologicamente falando. Existem etnias diferentes, culturas diferentes, religiões diferentes, dentre outras assimetrias humanas.

Conforme observamos, a exclusão social gera uma série de estigmas. Existe uma falta de percepção de qualidades e características do outro e uma expectativa ruim das pessoas *normais* em face daqueles que são os excluídos, os ditos *anormais*. Em outras palavras, os excluídos são estigmatizados.

O excluído é tratado como um estranho, como um desconhecido. Não só isso, o excluído é tratado como um ser inferior e perigoso, um *não humano* estigmatizado. O estigma é uma forma de neutralizar o inimigo.

Para Bacila (2005, p. 24), o estigma não constitui somente uma marca física, mas também uma imagem social que serve para controlar essa pessoa e para desacreditá-la em sociedade.

Estigma é um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo. No início era uma marca oficial gravada a fogo nas costas ou no rosto das pessoas. Entretanto, não se trata somente de atributos físicos, mas também de imagem social que se faz de alguém para inclusive poder-se controla-lo e até mesmo de linguagem de relações, para empregar expressão de Erving Goffman, que compreende que o estigma gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza e desvantagem. Daí a criação absurda de dois seres: os estigmatizados e os “normais”, pois, afinal considera-se que o estigmatizado não é completamente humano. Então, a ideia pretérita de estigma significando somente um sinal material não existe mais, há muito tempo, ou se ainda subsiste, não é esta que será aqui considerada (BACILA, 2005, p. 24-25),

Existem vários tipos de pessoas discriminadas em sociedade. Muitas formas de discriminação se manifestam no dia-a-dia, contra negros, pobres,

deficientes, etc. No contexto atual, as pessoas encarceradas são as que mais sofrem discriminação em vários setores da sociedade.¹⁴⁶

2. A TEORIA DO LABELING APPROACH NO PROCESSO DE DESUMANIZAÇÃO

Diante deste contexto, surge a teoria do *Labeling approach*, onde o crime não é uma conduta humana, tão somente, mas o resultado de um processo de estigmatização. A diferença do homem de bem, para o criminoso é a etiqueta que este recebe. A sociedade elege quem são as pessoas perigosas e as rotulam. Isso faz surgir um processo de estigma para os homens condenados, que sofrem reação de todas as camadas da sociedade (PENTEADO FILHO, 2012, p. 59). A criminalidade advém de um *status social* negativo imposto através de um processo pelas denominadas instâncias formais de controle.

Consoante expõe Alessandro Baratta (2002, p. 118):

[...] a criminalidade não é, portanto, uma qualidade ontológica, mas um status social atribuído através de processos (informais e formais) de definição e mecanismos (informais e formais) de reação. Se a criminalidade é um “bem negativo” que, como os outros bens positivos ou negativos de cujo processo dependem os diversos status sociais, é atribuído a determinados indivíduos, o acento das teorias criminológicas se desloca, repetimos, da criminalidade para os processos de criminalização.

Na verdade, a prisão apresenta-se como uma das maneiras mais cruéis de estigmatização, pois, sob este viés, não é errado falar em prisão perpétua no Brasil, já que presa por um dia, a pessoa é estigmatizada e sofre essas consequências pelo resto de sua vida.

A pessoa encarcerada é discriminada enquanto cumpre a pena e também após a extinção desta, quando volta do cárcere como egresso do sistema penitenciário. A prisão deixa profundas marcas no prisioneiro. A exemplo do que acontecia na antiguidade, o preso é *marcado a ferro* pelo estigma da prisão e permanece com esse rótulo perpetuamente.

A teoria do *Labeling approach* constitui um pensamento que rompeu o paradigma etiológico da criminologia tradicional e voltou seus olhos para questionar quem é definido como criminoso, discutindo essa definição sob o ponto de vista da atribuição da condução de pessoa desviada. Seu cerne

¹⁴⁶ O preconceito em face dos egressos do sistema penitenciário é extremamente acentuado no Brasil. A dificuldade em inserir os ex-presos no mercado de trabalho é um dos grandes problemas enfrentados atualmente pela sociedade brasileira. Disponível em <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/12/apesar-de-leis-ex-presos-enfrentam-resistencia-no-mercado-de-trabalho.html>> Acesso em 20. Jun. 2014.

envolve a estigmatização ou a rotulação da figura do criminoso e suas consequências no processo de criminalização.

Os estudos foram concentrados em questões sociais que geravam a criminalização de condutas e na prerrogativa de defini-las. Há uma reflexão no sentido de se arguir o porquê de algumas pessoas serem consideradas criminosas e outras não.

Segundo expõe Antônio Garcia-Pablos de Molina:

[...] a teoria *labeling approach* contempla o crime como mero subproduto do controle social. Para ela o indivíduo se converte em delinquente não porque tenha realizado uma conduta negativa, senão porque determinadas instituições sociais etiquetaram-lhe como tal, tendo ele assumido referido status de delinquente que as substituições do controle social distribuem de forma seletiva e discriminatória. Por isso, a teoria do *labeling approach* não é uma teoria da criminalidade, senão da criminalização, que se afasta do paradigma etiológico convencional e potencia ao máximo o significado das chamadas desvios secundárias ou carreiras criminais. (2000, p. 307)

Há uma alta carga discriminatória e seletiva no controle penal e a prisão teria um efeito criminógeno, potencializando e perpetuando a condição de delinquente, gerando um estereótipo que se pretende evitar. O condenado assumiria uma nova roupagem de si próprio. Teria sua personalidade redefinida em torno do seu papel de desviado.

Como visto, os efeitos da prisão na vida do cidadão não cessam quando este deixa o cárcere, pois a privação da liberdade traz uma coerção psicológica protagonizada pela sociedade que se encarrega das mais variadas formas de lembrar que o ex-presos já esteve atrás das grades e que, a qualquer tempo, pode voltar.

A persecução criminal, desde o início, é guiada por representações de status e estereótipos, manifestando a existência do chamado *second code*, que é a materialização, no plano psicológico dos atores do sistema penal e da ideologia da defesa social. São normas e mecanismos não positivados que estão no plano do inconsciente do aplicador da regra penal (BERLA, 2010, p. 308). Cria-se uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade que produz reflexos nas investigações e nas decisões dos crimes.

Segundo Gabriel Vieira Berla (2010, p. 309):

Fritz Sack, principal expoente da recepção alemã do *labeling approach* foi responsável pelo desenvolvimento das formulações científicas do *second code*. Em sua visão, o crime é uma realidade social que se atribui como qualidade a determinados indivíduos gerando, além da responsabilidade penal, consequências sociais conexas,

tais quais a estigmatização, mudança de status e identidade social etc. [...] Nessa acepção, o crime não constitui um comportamento, mas um “bem negativo”, análogo aos bens positivos, como patrimônio, renda e privilégio e sua disposição se opera de acordo com a vulnerabilidade do indivíduo.

A marginalização social do preso é agravada pela ineficácia dos patronatos que deveriam existir com a finalidade de afastar os efeitos negativos que incidem sobre a vida do preso e do liberado. Entretanto, apesar de estarem previstos na Lei nº. 7.210/84 como órgãos de execução penal destinados a prestar assistência aos albergados e aos egressos,¹⁴⁷ a instituição do patronato funcionando de forma eficaz em nosso país é rara, com poucas unidades da federação mantendo esse tipo de assistência ao egresso.

O mesmo descaso ocorre com as casas de albergado. Nesse sentido, denuncia César Barros Leal (2001, p. 60) :

[...] a) poucos são os Estados que construíram ou adaptaram prédios para essa finalidade, e os que o fizeram assistiram à sua decadência gradual ao longo dos anos; b) nos raros sítios onde funcionam, não há controle das condições impostas nem se dispõe de local adequado para cursos e palestras.

Isso se apresenta como um dos mais graves inconvenientes do tratamento penitenciário, pois quando o preso mais precisa do Estado, que é no momento em que ele deixa a prisão e deveria ser amparado e auxiliado em sua nova vida, o Estado lhe vira as costas, retirando-lhe as esperanças de concreta reintegração social e abrindo caminho para a reincidência.

Assim, possuir uma condenação criminal impõe ao indivíduo um rótulo, reconhecendo-se nele o papel social de criminoso, com todas as consequências negativas advindas dessa etiqueta. Passa-se a acreditar que essa pessoa sempre será um criminoso. É como se ele passasse a ser um *inimigo da lei* (BERLA, 2010, p. 310).

Enfatiza Myriam Mesquita Pugliese de Castro (1984, p. 103) que:

A condição de vida do egresso penitenciário parece por si só evidente. Portador de uma “identidade virtualmente deteriorada”, construída no curso de um projeto de vida em que a situação de inferioridade e desigualdade social pode significar um ponto de partida, o cotidiano marcado pelo contato permanente com a polícia e com a justiça significa um trânsito necessário e ao acesso à prisão uma

¹⁴⁷

O Patronato está previsto no Capítulo VII, artigos 78 e 79, da Lei de Execuções Penais e a assistência ao egresso encontra-se expressamente declarada no artigo 25 da mesma lei.

lógica irreversível, ele vivencia a experiência mais cruel de sua condição de subalterno, justamente ao retomar seus direitos civis. O estigma materializado em seus antecedentes criminais e o fetiche representado pela ausência de documentos oficiais, comprobatórios de um status de trabalhador livre, assalariado e empregado, constituem sintomas de uma ressocialização conflituosa, em que o passado jamais se configura ao presente como peso morto.

Significa uma espécie de identidade de um ser inferior, que não tem direitos de cidadão. Passa a ser constantemente submetido a blitz da polícia e não é aceito em empregos formais. O egresso se transforma em um peso morto na sociedade, um ser sem humanidade.

3. O PRECONCEITO EM FACE DAS PESSOAS ENCARCERADAS: A DISCRIMINAÇÃO DOS PRESOS PELA SOCIEDADE E A CRIAÇÃO DE IDENTIDADE DE MONSTROS

Quando se estigmatiza alguém, há uma tendência em diminuir o valor desta pessoa. É comum a criação de estereótipos através dos meios de comunicação, como a televisão, que exhibe fórmulas discriminatórias. Por exemplo, nos programas jornalísticos, quando se apresenta uma matéria envolvendo criminosos, esses são apresentados como pessoas de aparência desagradável, sem camisas, com mãos algemadas e tatuagens à mostra. Nos jornais, é comum a descrição de charges de natureza policial com bandidos desenhados de maneira repugnante, com rostos encapuzados e feições rudes.

Isso já ocorria no passado. As pessoas encarceradas eram submetidas a vários tipos de privações. Por causa do tratamento dispensado nas prisões dos séculos passados, as pessoas que eram presas ficavam sujas e exalavam mal cheiro. Acabavam emagrecendo e seus cabelos e barbas cresciam, deixando-as com aparências extremamente repugnantes. Assim, os criminosos são vistos como imagens desbotadas, imperfeitos ou anormais, como seres pertencentes a outro mundo, pessoas *monstrualizadas*.

No aspecto social, essa *monstrualização* permite que seja sempre colocada a culpa no *outro*. Coloca-se um rótulo de monstro perigoso no outro e lhe é atribuída toda a responsabilidade pelos problemas da criminalidade.

O criminoso por instinto nato e o atavismo, bem como os defeitos congênitos do ser humano, foram trabalhados pela escola positiva da criminologia, tendo um de seus representantes Cesare Lombroso que autopsiou o famoso criminoso milanês Vilela encontrando a fosseta occipital média, fato que sustentou a teoria da regressão atávica em sua obra *O homem delinquente* (1876). Entretanto, estudos predecessores da antropologia criminal já haviam sido realizados por Phillipe Pinel e Paul Broca que analisaram, no início do Século XIX, a degeneração e a loucura moral do homem (FARIAS JÚNIOR, 1996, p. 28-29).

Michel Foucault na obra *Os anormais*, apresenta um significado do monstro humano, conceituando-o como monstro moral:

Vou falar hoje do aparecimento, no limiar do Século XIX, desse personagem que terá um destino tão importante até o fim do século XIX início do século XX: o monstro moral. Creio que, até os séculos XVII-XVIII podia-se dizer que a monstruosidade como manifestação natural da contranatureza, trazia em si um indício de criminalidade. O individuo monstruoso do ponto de vista das regras das espécies naturais e do ponto de vista das distinções das espécies naturais era, se não sistemática, pelo menos virtualmente, sempre referido a uma criminalidade possível. Depois, à partir do século XIX, veremos a relação se inverter, e haverá o que poderíamos chamar de suspeita sistemática de monstruosidade no fundo de qualquer criminalidade. Todo criminosos poderia muito bem ser, afinal de contas, um monstro, do mesmo modo que outrora o monstro tinha uma boa probabilidade de ser criminoso. (FOUCAULT, 2010, p. 69)

Conforme acentua Jock Young os criminosos “[...] são vistos como monstros, criaturas que são essencialmente diferentes de nós. Seus atos são ‘inacreditáveis’, é impossível imaginar-se fazendo aquilo: estão ‘no limite da compreensão [...]’” (2002, p.170). A figura do homem monstro e desumanizado sempre povoou o imaginário da humanidade.¹⁴⁸

Esse fenômeno é altamente abordado pela mídia que se interessa em explorar a vida desses rotulados *monstros*¹⁴⁹ na busca de audiência. O público se interessa por crimes e comportamentos criminosos, desde o Século XIX, com histórias de terror e de assassinatos (a exemplo da novela de Jack, o Estripador), até os dias de hoje com filmes que rendem expressivas bilheterias e até *reality shows* envolvendo a vida de criminosos.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Na literatura destacam-se *Frenkenstein* de Mary Shelley (1831); *O corcunda de Notre-Dame* de Victor Hugo (1831) e *O Golem* de Gustav Meyrinck (1915). No cinema, a monstruosidade humana é retratada no filme *O Homem Elefante*, de David Linchy (1980), que conta a história da amizade entre Joseph Carey Merrick (1862-1890) e Frederick Treves (1853-1923). Segundo se verifica, Merrick era portador de neurofibromatose tipo 1 que lhe dava aparência assemelhada a um elefante. Rejeitado pela sociedade inglesa em razão de sua aparência Merrick era apresentado em um circo como uma espécie de *monstro humano*. Treves, que era um médico, auxiliou Merrick e tentou descobrir a natureza de suas deformidades.

¹⁴⁹ No Brasil, na última década, a imprensa manifestou especial predileção a certos episódios que ganharam ampla divulgação na mídia. Alguns crimes foram repetidamente divulgados nos telejornais por semanas ininterruptamente e seus autores ganharam notoriedade negativa nacional. Podem ser destacados os casos de Francisco Assis Pereira, o *Maníaco do Parque*, condenado por vários homicídios e estupros, de Suzane Von Richthofen, condenada por ter participado do homicídio dos pais e do notório crime praticado pelo *Casal Nardoni* em que ambos foram acusados de matar a própria filha.

¹⁵⁰ Existem programas em canais fechados que transmitem o cotidiano de pessoas presas, a exemplo do canal Discovery Channel que através de um documentário retrata a vida de um prisioneiro americano recluso na Penitenciária de Oklahoma na primeira semana de sua pena. Disponível em

Para Sérgio Salomão Shecaira:

O fascínio que o crime e o criminoso exercem tem duas funções para o ser humano. A primeira é de diferenciar o “homem de bem” do criminoso. O reforço do seu estereótipo permite não deixar dúvidas quanto a condição de pessoas honestas que cada um atribui a si próprio. Além disso serve para manifestar uma incompreensibilidade da natureza humana; deve se ver no crime mais que uma fraqueza ou uma doença, uma energia que se ergue, um brilhante protesto da individualidade humana quanto aquilo que não se compreende com perfeição na natureza humana e que escapa aos domínios do homem. (2001, p. 354)

Segundo Young (2002, p. 171), a imprensa explora mais os casos dos assassinos em série sexuais, denominando essa abordagem de *pornografia legitimada* de grande apelo. Essa imagem de *monstros* alcança as pessoas que estão presas. Os homens encarcerados são objeto de repulsa pela sociedade. O medo e o terror tomam conta das pessoas quando se fala em presidiários. Esse fenômeno não é atual. Historicamente os criminosos eram enviados para longe, para ilhas, para presídios no meio do deserto, no meio da neve ou de florestas. Um processo de afastamento e de exclusão das pessoas indesejadas. O mesmo ocorria nos denominados leprosários e manicômios, onde as pessoas portadoras dessas enfermidades eram isoladas do resto da sociedade.

Conforme descreve Fiódor Dostoievski (1945, p. 13) na obra *Recordações da Casa dos Mortos*, os prisioneiros eram motivo de repulsa:

Cada seção tinha o seu traje diferente; uma delas usava túnica de pano, metade escuro e metade cinzento, e calças, cada uma de cujas pernas tinha uma daquelas cores. Estávamos, um dia, no trabalho, quando uma rapariguinha que vendia pães alvos (*kalatchi*) se aproximou dos forçados: encarou comigo muito tempo, cascalhando depois muitas risadas. – “Ih! Como são feios exclamou! “Não tiveram bastante pano escuro ou cinzentos para fazerem as roupas...” – Outros forçados trajavam de pano cinzento liso com mangas escuras. As cabeças eram também raspadas de diferentes maneiras: o crânio raspado tanto sobre o comprido, como sobre o largo, da nuca à testa, ou de uma a outra orelha. Essa exótica família tinha um ar de semelhança que se distinguia no primeiro lance de olhos. Até as personagens mais preeminentes, as que involuntariamente

<<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2083280/Fresh-meat-Reality-First-Week-In-reveals-jail-picnic-new-inmates.html>> Acesso em 24. Jun. 2014.

dominavam, essas mesmas tinham em se identificar com o tom geral da prisão.

O entendimento nutrido pela ampla maioria da sociedade é o de que os criminosos são feios, tatuados, de cabeças raspadas, com cicatrizes, como se fossem animais ou seres monstruosos que entendem uma única linguagem: a da violência.

Assim, na sociedade, prevalece a ideia de que o monstruoso está fora de nós. É uma característica de pessoas diferentes e indesejadas que habitam *outro planeta, outro mundo* e, portanto, são alienígenas ou demônios humanos.¹⁵¹

Neste processo, há uma espécie de desumanização do homem encarcerado, negando-se a sua humanidade. Atribui-se a ele uma espécie de forma de vida inferior, com menos direitos do que as outras pessoas. Esse tipo de estratégia se manifesta como uma justificativa para se legitimar as práticas de violações de direitos dos homens encarcerados.

4. IDEOLOGIA DA PUNIÇÃO EXACERBADA ATRAVÉS DO DIREITO PENITENCIÁRIO DO INIMIGO

Nos últimos anos, percebemos que uma das características da sociedade brasileira contemporânea foi o aumento do medo e da insegurança das pessoas em decorrência da criminalidade, sempre explorada pelos meios de comunicação. (PASTANA, 2003, p. 42)

No mesmo passo, também constatamos uma espécie de realocação do papel da vítima no discurso da política criminal, estabelecendo-se uma espécie de espírito vingativo da sociedade o que fez engrossar os discursos dos movimentos de Lei e Ordem.

Diante desse cenário, surgiu a redescoberta da pena privativa de liberdade, que teve sua importância ressuscitada dentro da sociedade, mas não porque a pena de prisão seria útil no sentido de reabilitar o criminoso, mas, por outro lado, porque esta espécie de pena inutilizaria a periculosidade do criminoso, castigando-o de forma eficaz, incapacitando-o para o crime e retirando-o do seio social. (HASSEMER, 1995, p. 64-65)

Para Paulo Cesar Busato (2013, pp. 804-805):

O sistema punitivo pós-moderno trabalha com a prisão como anulação do espaço das pessoas, produzindo, cada vez mais, prisões de segurança máxima, como a de Pelican Bay, onde o contato humano foi completamente abolido e o que está se buscando é justamente a eliminação da existência das pessoas através da eliminação de suas realidades comunicativas.

¹⁵¹

Jock Young também utiliza a expressão *demonização* (2002, p. 169).

Nesse processo, de claro populismo punitivo, tem-se a ideia de que a pena mais alta reduz a prática do delito, pois a população acuada de medo pugna por resultados rápidos e eficazes.

Não importa se essas leis são inconstitucionais ou imperfeitas tecnicamente falando, importa que elas infundam nas pessoas uma sensação de segurança, ou seja, vale o fato de que os governantes estão fazendo alguma coisa para deter a onda de criminalidade, concretizando-se o simbolismo penal ou eficientismo penal (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 88).

Assim, na legislação brasileira encontramos inúmeros textos normativos que detêm clara vinculação com o *Direito Penal do Inimigo*,¹⁵² que consiste na adoção de medidas baseadas na diminuição de garantias penais e processuais penais de um certo grupo de criminosos, objetivando maior eficácia e rigorosidade das penas privativas de liberdade (MORAES, 2011, p. 71).

Na clássica lição de Günter Jakobs (2010, p. 28-29):

O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado não necessariamente excluía o inimigo de todos os direitos. Nesse sentido o inimigo submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isso nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.

Há influências claras do Direito Penal do Inimigo na legislação penitenciária,¹⁵³ principalmente no que tange àquelas que limitam benefícios de execução penal, tratando de maneira mais rigorosa o preso, permitindo isolamentos excessivos e outras medidas drásticas, a exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado manifestado na Lei nº. 10.792/2003 e de outras disposições normativas de semelhante natureza (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 91).

¹⁵² A título de exemplo: Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos); Lei nº. 9.296/96 (interceptação telefônica); Lei 10.792/03 (Lei do RDD); Lei nº. 11.923/09 (sequestro relâmpago); Lei nº. 12.015/09 (crimes sexuais); Lei nº. 12.258/10 (monitoramento eletrônico do preso); Lei nº 12.654/12 (perfil genético); Lei nº 12.720/12 (milícia privada); Lei nº 12.850/13 (organizações criminosas).

¹⁵³ Diante disso, podemos afirmar que existe um *Direito Penitenciário do Inimigo* vigente na legislação brasileira, como corolário lógico da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Nos últimos anos, principalmente no Estado de São Paulo, proliferaram-se várias facções criminosas no interior dos presídios.¹⁵⁴ Tais grupos são resultados negativos do sistema penitenciário, decorrentes da subcultura do cárcere e frutos da grave omissão das autoridades públicas, por implementar uma desastrosa política penitenciária ao longo das últimas décadas. (DIAS, 2013, p. 121)

Esses grupos protagonizaram eventos de extrema repercussão na mídia e que abalaram toda a sociedade brasileira, a exemplo de rebeliões, homicídios e outras ações ilícitas.¹⁵⁵

Em razão desses eventos foi criado o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) como uma forma de sanção disciplinar mais rígida, caracterizando-se pela restrição de vários direitos do preso e de seu isolamento total através de uma espécie de internação pelo prazo máximo de 360 dias (que poderá ser novamente aplicado caso os motivos subsistam), isolamento este que será efetivado em um estabelecimento de segurança máxima para presos considerados extremamente perigosos e ligados a facções criminosas que atuam no interior dos presídios.¹⁵⁶

Esse sistema disciplinar é extremamente cruel e viola a dignidade da pessoa presa, além disso, consiste em uma espécie de tortura oficializada já que está admitida na legislação de execução penal. Fora isso, o Regime Disciplinar Diferenciado é flagrantemente violador de normas internacionais que protegem o preso das penas degradantes ou cruéis, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹⁵⁷ o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁵⁸ e as

¹⁵⁴ Existem várias facções criminosas identificadas no Estado de São Paulo e no restante do Brasil, sendo a mais conhecida e atuante, aquela denominada de PCC (Primeiro Comando da Capital). No entanto, também podem ser citadas as seguintes facções: PCI (Primeiro Comando do Interior); CV (Comando Vermelho); CVC (Comando Vermelho da Capital); CDL (Comando Democrático da Liberdade); CRBC (Comando Revolucionário Brasileiro do Crime); GAS (Guerrilheiros Armados Subversivos); ADA (Amigos dos Amigos); SS (Seita Satânica), etc. (SOUZA, 2006, p. 261).

¹⁵⁵ Podem ser citados os episódios envolvendo a denominada megarebelião no ano de 2001 (onde inúmeros presídios do Estado de São Paulo, simultaneamente, foram tomados pelos presos), o assassinato do juiz corregedor de Presidente Prudente – SP, Antônio José Machado Dias, ocorrido no ano de 2003, e os ataques aos prédios públicos, as rebeliões e as destruições de presídios e mortes de policiais militares e outros funcionários que ocorreram em maio do ano de 2006.

¹⁵⁶ Dispõe o artigo 52 da Lei de Execuções Penais com redação conferida pela Lei nº 10.792, de 2003: “Art. 52 . A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1o O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2o Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

¹⁵⁷ Prevê o artigo V da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que “Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

¹⁵⁸ Segundo o artigo 7º “Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”. O artigo 10 também assevera que “o regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros”.

No mesmo passo, o Regime Disciplinar Diferenciado viola claramente o artigo 5º, III da Constituição Federal, que veda a tortura e o tratamento penal desumano e degradante. Da mesma forma, esse regime especial de punição disciplinar afronta o princípio da legalidade estabelecido no artigo 5º *caput* e inciso XXXIX, por permitir a sua aplicação em hipóteses vagas, ou seja, que não estão perfeitamente delineadas, abrindo-se uma ampla margem de discricionariedade do juiz e das autoridades penitenciárias, já que autoriza a inclusão do preso nesse sistema quando supostamente pertencerem a organizações criminosas.¹⁶⁰ (SOUZA, 2006, p. 286).

Há uma margem muito grande de subjetividade, enfraquecendo o conteúdo legal da norma, por não tipificar claramente as condutas que ensejam a internação ao Regime Disciplinar Diferenciado.

A inclusão no RDD condiciona-se à “discricionariedade judicial”, gerando riscos para o preso, porquanto, se admitida por “indícios” ou “suspeitas” (art. 52 §2º LEP), o que impede sua decretação com base em suposições, conjecturas, preconceitos ou premonições ? Por conseguinte, na prática, podem ocorrer excessos em razão da ampla possibilidade de interpretação da lei, porque não faltará aquela pequena parcela de promotores e juízes, com míope e limitada visão e ofuscados pela particular inteligência e devoção à justiça, que sequer acreditam que sustentarão tratar-se de interpretação legal, subsunção do fato ou necessária reação severa contra delinquentes perigosos e desajustados ao sistema. (SOUZA, 2006, p. 286)

Além disso, o intitulado RDD, desrespeita o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, plasmados no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal, uma vez que o prazo de 360 dias de internação, além de extremamente desproporcional, pode ser repetido até o limite de um sexto da pena, consoante dispõe o artigo 52, I da Lei de Execuções Penais. Ora, nesse sentido, se um condenado possui uma pena de sessenta anos de reclusão, poderá permanecer por mais de dez anos nesse regime de RDD, o que seria absolutamente desumano.¹⁶¹

¹⁵⁹ Conforme estabelece o artigo 31 das Regras Mínimas de Tratamento dos Presos da ONU: “Serão absolutamente proibidos como punições por faltas disciplinares os castigos corporais, a detenção em cela escura, e todas as penas cruéis, desumanas e degradantes”.

¹⁶⁰ Atualmente, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, registra no Boletim Informativo (B.I.: documento gerado pelo portal da SAP que contem várias informações do preso, a exemplo do cálculo de pena, inquéritos policiais, processos, faltas disciplinares, etc.) a informação: “pertence a facção criminosa”, comprovando-se, claramente, a teoria da etiquetagem do criminoso.

¹⁶¹ Impende destacar que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, em 10 de agosto de 2004, através de seu presidente Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, emitiu parecer

Outro ponto extremamente negativo consiste na inexistência de qualquer previsão de amparo médico ou psicológico ao preso internado nesse regime. O isolamento total do preso pode ocasionar lesões psicológicas irreversíveis configurando grave violação de direitos humanos.

Percebe-se, claramente, que essas medidas carcerárias não se referem a fatos, mas sim a certas categorias de presos, os *presos taxados de altíssima periculosidade*, determinando-se além do isolamento celular, outras medidas extremamente rígidas, tais como, a proibição de contato físico com visitas, a restrição do número de visitantes, a permanência na cela por vinte e duas horas diárias, etc.

Essas determinações, segundo aponta Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 543), conduzem ao entendimento de que não *importa o que se faz* (direito penal do fato), *mas sim quem faz* (direito penal do autor).

Aduz, ainda, que:

Em outros termos, não se pune pela prática de fato determinado, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz, num autêntico Direito Penal de autor. Nesse sentido, merece ser destacada a percuciente lição de Paulo Cesar Busato, *in verbis*: "... o fato que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena) mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal de autor" (BITENCOURT, 2010, p. 543).

Fica evidente que o Regime Disciplinar Diferenciado é uma manifestação clara do *Direito Penitenciário do Inimigo*, visto que se trata de uma espécie de fórmula de execução de pena especial, aplicada para alguns tipos de condenados, os perigosos, os intitulados *monstros humanos* ou desumanizados, bastando meras suspeitas de sua participação nas denominadas criminalidade de massas. Na verdade, a condição de cidadão é desconsiderada e seus direitos individuais são desprezados, pois são considerados *inimigos* (BITENCOURT, 2010, p. 542).

Fora o Regime Disciplinar Diferenciado, existem inúmeras outras medidas que poderiam ser indicadas como manifestação de uma política de punição exacerbada sobre os prisioneiros considerados perigosos.

declarando a incompatibilidade do Regime Disciplinar Diferenciado com a Constituição Federal de 1988 e demais Diplomas Internacionais adotados pelo Brasil.

Podem ser citados os seguintes exemplos: a proliferação de vários regimes penais específicos ditados por normas administrativas, disfarçando-se o Regime Disciplinar Diferenciado, em outros regimes correlatos, com normas disciplinares equivalentes;¹⁶² a existência de uma Polícia Penitenciária interna, com guardas encapuzados e armados, que atuam utilizando procedimentos militares compatíveis a situação de guerra dentro dos estabelecimentos penais;¹⁶³ a edição de resoluções e portarias internas do estabelecimento prisional dificultando o contato do preso com os advogados, exigindo-se inúmeros requisitos formais para o atendimento jurídico do preso, inclusive, estabelecendo diminutos períodos de tempo de entrevista; a criação de Unidades Penais Federais em lugares extremamente distantes, inviabilizando o contato com a família ou com qualquer outra pessoa.¹⁶⁴

Esses exemplos são, dentre inúmeras outras restrições, hipóteses claras de medidas punitivas secundárias que também externam a adoção de uma política extremamente rigorosa no tratamento do preso considerado perigoso.

As administrações dos presídios parecem se manter alheias em relação aos problemas carcerários e às necessidades dos prisioneiros. Seu único lema é manter a segurança e a disciplina do local, impedindo as fugas e as desordens ocorridas no interior dos presídios, mesmo que para tanto tenham que empregar a força e os regimentos internos com extremo rigor.

Segundo informa Sergio Adorno (1991, p. 73):

Nos regimentos internos dos estabelecimentos prisionais, há de modo geral, capítulo dedicado à repressão de comportamentos considerados inadequados, para os quais há sanções. Esses regimentos, além de serem ultrapassados, intervindo nos mais recônditos espaços do comportamento, servem apenas de caução legal ao arbítrio. De fato, as prisões possuem um “mini tribunal interno” capaz de sobrepor penas à própria pena decretada pelo poder judiciário competente. Essas penas internas variam da advertência ao enclausuramento nas celas fortes, onde não há iluminação e sequer ventilação, e onde o preso punido permanece por tempo indeterminado ao sabor das circunstâncias e da decisão arbitrária de diretores penais.

¹⁶² No Estado de São Paulo foi criado administrativamente o *Regime de Contenção Especial* com regras parecidas com as do RDD, aplicáveis aos prisioneiros que são desinternados desse regime e encaminhados para Penitenciárias que são chamadas de *Prisões de Castigo*. Tal sistema determina que o preso gozará de apenas três horas de banho de sol por dia (No RDD esse período é de duas horas). Tal prática ocorre, por exemplo, na Penitenciária II de Presidente Venceslau – SP.

¹⁶³ Um exemplo dessa espécie de polícia interna penitenciária é o G.I.R. (Grupo de Intervenção Rápida) criado, inicialmente, como um destacamento especial de agentes penitenciários treinados para atuar em situações de conflito interno, acabaram por permanecer continuamente em algumas Unidades Penais do Estado de São Paulo, a exemplo de Presidente Venceslau e de Presidente Bernardes –SP.

¹⁶⁴ As Unidades Prisionais Federais estão localizadas no Estado de Rondônia, Paraná, Rio Grande do Norte, Matogrosso do Sul e Brasília. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br>> Acesso em 25.jun.2014.

Destoados da verdadeira finalidade da pena, os estabelecimentos prisionais, através do controle de seus dirigentes, que são orientados a aplicar políticas públicas penitenciárias advindas da chefia do executivo, cumprem o lema *punição e contenção* a qualquer custo, verbalizando o discurso oficial da manutenção da ordem interna, da vigilância, da disciplina e da segurança. Deste contexto podemos destacar que o fim precípua da administração penitenciária é a organização penal (PORTUGUÊS, 2001, p. 357).

O serviço penitenciário é altamente burocratizado, vigendo uma *coisificação* da matéria penitenciária. Impera um mundo de resoluções, prontuários, boletins informativos, decretos, ofícios, portarias, etc. Esse aspecto é agravado com a tecnologia pública que incrementou a burocracia penitenciária. Os presídios são equipados com portais de internet, câmeras, aparelhos de raio-x e scanners de última geração que são passados em pessoas e objetos.

Há um paradoxo brutal, pois, em contrapartida, as celas dos prisioneiros parecem masmorras do século XV, onde existe falta de ventilação, falta de água potável e uma absoluta inexistência de higiene, além de superlotadas.

Outra característica comum no plano do Direito Penitenciário, consiste na extrapolação de competência do âmbito administrativo. Parece existir uma constante tentativa de incluir, no ordenamento jurídico, com status de verdadeiras leis, atos administrativos baixados pelas autoridades penitenciárias. Isso viola princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como da legalidade e da anterioridade, dentre outros.

Este comportamento decorre de uma aparente atividade *politicamente correta* visando à segurança e à manutenção da ordem nos estabelecimentos penais, criando um artificial estado de legalidade, justificado pelos seus fins. A Lei de Execução Penal deixa de existir a partir do momento em que a Administração Penitenciária tem poder de substituí-la por atos normativos visando a um interesse imediato no plano da organização penitenciária.

Alude Ela Wiecko V. de Castilho (1988, p. 24) que:

O conceito dessa relação se impôs com Otto Meyer e na sua conformação clássica importa na negação do princípio da legalidade, tal como hoje é entendido. A Administração é que ditava as regras. O fim substituía a lei. No que tange à execução penal o fim da execução substituía uma lei de execução. O conteúdo e limites dos direitos dos reclusos derivam desse fim, utilizado ao mesmo tempo como fundamento e fim, em confusão metodológica, possibilitando uma ampla sujeição do recluso. Este era visto como objeto da execução.

Apesar de predominar a atividade jurisdicional, a natureza híbrida da execução penal brasileira permite intervenções administrativas, podendo

ocorrer uma superdimensão da atuação da Administração Pública com submissão do preso às normas que a Administração procura impor para a todo custo regulamentar e manter a ordem e a disciplina no estabelecimento carcerário, transformando o preso em um inimigo incondicional, atribuindo-lhe a condição de *objeto de execução* ao invés de *sujeito de execução*.

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele é só considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixam de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

Conforme salienta Michel Foucault, essa intervenção administrativa consiste em uma tática segura e eficaz que transforma as prisões em espaços sociais apropriados para produzir o *corpo dócil*, buscando transformar o prisioneiro em um robô socialmente civilizado e politicamente disciplinado (2002, p. 118). Nos presídios de segurança máxima existem punições disciplinares em face de comportamentos ínfimos, uma vez que os regimentos penitenciários são extremamente rígidos, punindo-se os mínimos desvios.¹⁶⁵

Depreende-se da análise do discurso oficial que a necessidade emergencial de contenção daqueles sujeitos considerados “de exacerbada periculosidade” inferiu nova função ao poder disciplinar no interior do cárcere, que paulatinamente se distancia do verniz reabilitador que no passado lhe proporcionava aparência humanizadora (FREIRE, 2005, p. 155).

Conforme anuncia Zaffaroni, o inimigo não merece o tratamento de pessoa, pois é perigoso, cabendo ao Estado tirar-lhe a máscara e eliminá-lo, privando-o da sua condição de ser humano. Ele é, na verdade, uma *não pessoa*. (2007, pp. 18-19).

Todas as situações narradas evidenciam um distanciamento da atividade penitenciária em face das reais necessidades do prisioneiro e de sua inclusão social. O preso é considerado um *ser perigoso* que deve ser disciplinado e contido dentro do presídio.

¹⁶⁵ É comum constar em regimentos internos penitenciários a previsão de punição para as seguintes condutas: falta de barbear; pendurar roupa na cela; cumprimentar outro prisioneiro; caminhar fora dos lugares pré-determinados, etc. Tais comportamentos são previstos como falta disciplinar de natureza leve no artigo 44 da Resolução SAP nº 144 de 29 de junho de 2010.

Conclusão

Não há dúvidas de que a exclusão social e a discriminação estabelecida pela sociedade, são importantes fatores que geram a criminalidade. Além disso, a exclusão social também gera estigmas, produzindo-se uma expectativa ruim das pessoas consideradas *normais* em face daqueles que são os excluídos, rotulados de *anormais*.

Constatou-se que o processo de estigmatização das pessoas encarceradas conduz à diminuição do valor destes indivíduos. Neste passo, há uma criação de identidade de pessoas *monstruosas* ou pessoas desprovidas de humanidade, legitimando-se a violência oficial e permitindo-se a maximização da culpa dos considerados inimigos da sociedade.

O presente trabalho se justifica pelo fato de que consegue revelar uma notória influência do Direito Penal do Inimigo na legislação penitenciária brasileira, que busca tratar os presos de maneira extremamente rigorosa através de medidas substancialmente drásticas, a exemplo do famigerado Regime Disciplinar Diferenciado.

Emerge, dessa atuação, uma única finalidade, a de punir mantendo-se a ordem e a disciplina internas, perspectiva essa materializada do cotidiano prisional patrocinado pelas autoridades penitenciárias.

Do exposto, constatou-se que não existem barreiras jurídicas para combater o inimigo, o terrorista, o integrante de facção criminosa. Esta pessoa, o inimigo, não é observado como cidadão comum, mas é intitulado como um *monstro*, um alienígena ou um demônio humano, totalmente discriminado e excluído, detentor de direitos menores do que os das outras pessoas em geral. Um bandido que causou um mal para a sociedade e que merece ser punido exemplarmente. Nessa quadra, a execução da pena privativa de liberdade e as normas penitenciárias se transformam em *normas para o inimigo*.

Isso ocasiona, conforme demonstrado, a vulneração das garantias constitucionais dos detentos em geral, transformando o Direito Penal em um instrumento político e populista, apto a satisfazer a sede da população que almeja por vingança das vítimas em geral.

Portanto, depreende-se que as medidas apontadas se traduzem em uma alternativa política adotada pelo Estado para enfrentar os problemas decorrentes do cárcere. Percebe-se que Estado Penal trata os problemas da criminalidade e do sistema penitenciário com vistas a acalantar o sentimento de segurança da sociedade, preterindo a origem dos verdadeiros problemas e medidas sociais adequadas à diminuição da criminalidade em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. *Sistema Penitenciário no Brasil: problemas e desafios*. São Paulo: Revista USP, mar/abr/mai 1991.

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do Direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*, tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editora, 1999.

BERLA, Gabriel Vieira. *Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminológico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 82. São Paulo. Janeiro-fevereiro de 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010..

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da Legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

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

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo : Saraiva, 2103.

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

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Recordações da Casa dos Mortos*, tradução de Rachel de Queiroz. São Paulo : José Olympio Editora, 1945.

FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 2.tir. Curitiba: Juruá, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Vigiar e Punir*, tradução de Raquel Ramallete. 25. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

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

GLOBO.COM: Apesar de leis, ex-presos enfrentam resistência no mercado de trabalho. Disponível em < <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/12/apesar-de-leis-ex-presos-enfrentam-resistencia-no-mercado-de-trabalho.html> > Acesso em 20.06. 2014

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

HOMEM Elefante. Produção de Mel Brooks. São Paulo: Paramount Pictures distribuidora, 1980. 1 DVD (124 min.): Ntsc, son., white/black. Legendado. Port. Inglaterra/Estados Unidos.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções críticas*. Tradução e organização de André Luis Callegari e de Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

KLIKSBERG, Bernardo. *Desigualdade na América Latina: o debate adiado*. Tradução de Sandra Trabuco Valenzuela. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2001.

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

MAIL ON LINE: 'You look pretty, Fresh Meat': Grim reality show reveals the nightmare of a newbie's first week in jail. Disponível em <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2083280/Fresh-meat-Reality-First-Week-In-reveals-jail-picnic-new-inmates.html#ixzz20La4iOXm>> Acesso em 24.Jun.2014.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: Sistema Penitenciário Federal. Disponível em <portal.mj.gov.br/.../MJD574E9CEITEMID364AC56ADE924046B46C6..> Acesso em 25.06. 2014

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

MOLINA, Antônio García-Plabos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2011.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Editora Método, 2003.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

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

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

UNIVERSO ON LINE.COM: Howstuffworks, como tudo funciona. Como funcionam as gangues de ruas americanas. Disponível em <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/gangues1.htm>> Acesso em 20.06. 2014

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

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