ORGANIZADORES

ALINE GOSTINSKI
LEONARDO RODRIGUES

BATE PAPO Jurídico

EM HOMENAGEM A TODAS AS VÍTIMAS DA COVID-19

Aldacy Rachid Coutinho
Alice Bianchini
Aline Pozzolo Batista
André Machado Maya
Antonio Eduardo Ramires Santoro
Anna Karoliny Alexandre Fonseca
Cláudio Jannotti da Rocha
Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues
Davi Tangerino
Ezilda Melo
Fernando Machado Carboni
Gustavo Silva
Hugo Nunes Nakashoji
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
José Eduardo Martins Cardozo
Lênio Luiz Streck
Leonardo Monteiro Rodrigues
Lucas Albuquerque Aguiar
Maíra Fernandes
Marina Cerqueira
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso
Roberto Tardelli
Rodrigo Lychowski
Rômulo de Andrade Moreira
Salo de Carvalho
Selma Santana
Simone Costa da Silva
Taysa Matos
Thiago Allisson Cardoso De Jesus

tirant lo blanch

ORGANIZADORES

Aline Gostinski

Leonardo Monteiro Rodrigues

Bate Papo Jurídico

tirant
lo blanch

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil
Editor Responsável: Aline Gostinski
Assistente Editorial: Taianne Góes
Capa, Projeto Gráfico e Diagramação: Rodrigo de Morais Lucio

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

Juarez Tavares
Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

Luis López Guerra
Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

Owen M. Fiss
Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

C895 Coutinho, Aldacy Rachid

Bate papo jurídico [livro eletrônico] / Aldacy Rachid Coutinho ... [et al.]; organizadores Aline Gostinski, Leonardo Monteiro Rodrigues. - 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2021.

8.833 Kb; livro digital

ISBN: 978-65-87684-03-1

1. Lei Maria da Penha. 2. Violência. I. Título.

CDU: 396.2

Bibliotecária Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).
Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editoral Ltda.

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.
Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.
Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000
Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

ORGANIZADORES

Aline Gostinski

Leonardo Monteiro Rodrigues

Bate Papo Jurídico

tirant
lo blanch

SUMÁRIO

NOTAS PARA UM COMPLIANCE EFETIVO *ALDACY RACHID COUTINHO*	7
CONSCIÊNCIA FEMINISTA, OBJETO E FINS SOCIAIS DA LEI MARIA DA PENHA *ALICE BIANCHINI*	14
VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E DISPOSITIVOS LEGAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES DE UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA *ALINE POZZOLO BATISTA*	18
O JUIZ DE GARANTIAS E A SUPERAÇÃO DO DÉFICIT DE IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO *ANDRÉ MACHADO MAYA*	33
ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS POLÍTICAS DO LAWFARE NO BRASIL *ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO*	42
O TRABALHO LIBERTA? UM ESTUDO ACERCA DOS PERVERSOS E DELETÉRIOS EFEITOS DA ESCRAVIDÃO MODERNA À LUZ DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL TRABALHISTA *ANNA KAROLINY ALEXANDRE FONSECA / CLÁUDIO JANNOTTI DA ROCHA*	58
UMA ANÁLISE DO ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO *DANIELA VILLANI BONACCORSI RODRIGUES*	73
A AUSÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES SERTANEJAS NO TEATRO DE LOURDES RAMALHO *EZILDA MELO*	106
O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL *FERNANDO MACHADO CARBONI / SIMONE COSTA DA SILVA*	117
UM BREVE REGISTRO INTRODUTÓRIO *GUSTAVO SILVA*	127
PROVA, MEIOS DE PROVA E A QUESTÃO DA "VERDADE" *JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO*	131

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O MANDADO DE INJUNÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE SANABILIDADE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE *JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO / HUGO NUNES NAKASHOJI*	**142**
EM TEMPOS DE VIOLÊNCIA POLÍTICA E DISTOPIAS MORAIS, QUANTO VALE O DIREITO? *LENIO LUIZ STRECK*	**153**
NEOKANTISMO: UM BREVE HISTÓRICO DA ASCENSÃO À TRAGÉDIA NAZISTA *LEONARDO MONTEIRO RODRIGUES*	**164**
A OPERAÇÃO LAVA JATO, SEIS ANOS DEPOIS *MAÍRA FERNANDES*	**173**
CULPABILIDADE: UM CONCEITO EM (RE)CONSTRUÇÃO? *MARINA CERQUEIRA*	**184**
A MORTE COMO BASTIÃO DA DIGNIDADE NO FLAGELO DA CIDADANIA *PLAUTO CAVALCANTE LEMOS CARDOSO*	**188**
O PROCESSO PENAL BRASILEIRO É UMA FARSA *ROBERTO TARDELLI*	**205**
O DIREITO DO TRABALHO PÓS-PANDEMIA *RODRIGO LYCHOWSKI*	**222**
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL *RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA*	**225**
DIREITO PENAL DA PANDEMIA: ANÁLISE DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA DOS MÉDICOS NO ATENDIMENTO ÀS VÍTIMAS DA COVID-19 *SALO DE CARVALHO / DAVI TANGERINO / LUCAS ALBUQUERQUE AGUIAR**	**234**
A ALTERIDADE EM LEVINAS E A POSSIBILIDADE DE UM NOVO OLHAR PARA A JUSTIÇA CRIMINAL: O OUTRO NA JUSTIÇA RESTAURATIVA *TAYSA MATOS / SELMA SANTANA*	**262**
A (DES)ORDEM DO DISCURSO EM MATÉRIA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL *THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS*	**278**

Notas Para um Compliance Efetivo

Aldacy Rachid Coutinho[1]

1. Programas de compliance, que visam a conformidade pelo estrito cumprimento de normas, regras e princípios, aliado ao programa de integridade, vêm ganhando espaço, voluntariamente ou por imposição, tanto na iniciativa privada quanto no ambiente da administração pública no Brasil, embora não seja exclusividade nacional.

Desde o caso Watergate, em 1974, e após a aprovação do Foreign Corrupt Practices Act - FCPA (criminal risk management) em 1977, nos Estados Unidos da América, diretrizes e regras vêm sendo adotadas com o escopo de assegurar padrões de ética e governabilidade para as corporações e no setor público. Não que a vigência e validade, acompanhada do caráter imperativo de normas jurídicas, não fosse *de per si* já suficiente. Mas a introdução de programas de compliance traz ínsito um cambio cultural que se pretende efetivo, sobretudo para prevenção de riscos.

Nesta esteira seguiram a Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE em 1997, o Pacto global contra a corrupção (Global Pact) da ONU em 2004, seguido de várias legislações adotadas por distintos países, tais como como a Lei de responsabilidade empresarial do Chile em 2009 (Lei 20392), a UK Bribery Act e UK Corporate Governance Code, ambas no Reino Unido, respectivamente de 2010 e 2018, a Corporate Law Economic Reform Program Act – ASX na Austrália em 2003, a Deutscher Corporate Governance Kodex na Alemanha de 2017.

Nos Estados Unidos da América, de tradição de um sistema de *common law,* foram editadas várias normativas, tais como os informes COSO da Tradeway Comission (National Comission on Fraudulent Financial) na década de 80, a Sarbanes-Osley Act – SOX, em 2002, como resposta a uma série de escândalos, por erros e fraudes contábeis, que envolveram a Enron e a WorldCom, bem como a Federal Information Security Management – FISMA, ambas em 2002, além da Can Spam Act de 2003, Payment Card Industry Data Security Standard – PCI DSS em 2004 ou a Dodd-Frank Act – Compliance guidelines para tecnologia da informação em 2010, além de inúmeros documentos pelo U.S. Department of Justice, por sua Criminal Division, por meio de Memorandum, inclusive o New Memorandum on Standards and Policies for Retention of Corporate Compliance Monitors, além de inúmeras decisões da Securities and

---

1 Professora Titular de Direito do Trabalho da UFPR, aposentada. Professora do Mestrado em Direito, Inovação e Regulações da UNIVEL. Mestre e Doutora em Direito. Procuradora do Estado do Paraná aposentada. Advogada. Membro da Redbrites e Renapedts.

Exchange Commission - SEC.

O mundo segue sob um mesmo olhar. E o Brasil segue a mesma trajetória, editando a lei de improbidade administrativa (Lei 8429) em 1992, a lei de lavagem de dinheiro (Lei 9613) em 1998, com alterações introduzidas pela lei 12683 em 2012 e a lei anticorrupção em 2013 (Lei 12846), dentre inúmeras outras, encontradas até mesmo no âmbito estadual e municipal.

2. Vários são os desafios, inclusive o alto custo da implantação e manutenção de programas de compliance. Isto porquanto é necessário que se faça previamente uma análise dos riscos a que está submetida a corporação, que não se restringe, por óbvio, a aspectos do campo criminal. Cada corporação, de cada país, está sujeita a arranjos institucionais e jurídicos distintos que encontram-se em constante alteração. Não há, assim, um "modelo" único e apriorístico a ser seguido e implantado indistintamente em todas as corporações. Cada programa é único e deve manter foco na sua missão, com utilidade e incumbência centrada em governança e responsabilidade: comprometimento ético na atuação; integridade, contribuindo com sua conduta e de todos os seus colaboradores para a lisura e probidade nas tratativas; conformidade identificada como obediência e cumprimento de todas as normas, autônomas e heterônomas, nacionais e internacionais.

Deve, ainda, observar princípios, tal como transparência, disponibilizando a todos os interessados informações; equidade, revelada no tratamento justo e isonômico de todos os sócios, empregados e demais interessados (stakeholders), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas; prestação de contas (accountability), porquanto os agentes de governança devem prestar contas da sua atuação tempestivamente e sempre de maneira objetiva e clara, assumindo todas as consequências de seus atos comissivos e omissivos, atuando com a devida diligência.

Imperioso ainda atentar primordialmente para a responsabilidade corporativa, decorrente ademais da própria função social da propriedade: os agentes de governança devem observar e zelar pela viabilidade financeira da organização nas práticas de gestão, minimizando os impactos das externalidades prejudiciais e negativas aos seus negócios e nas operações.

Os obstáculos para implementação, por conseguinte, são inúmeros e de variada ordem, sobretudo os que decorrem da insuficiência da sua adoção, pura e simples, sem que se traduza em qualquer efetividade. Todo programa de compliance DEVE ser efetivo.

Os benefícios, evitando (ou reduzindo) riscos, tais quais eventuais multas e sanções administrativas, civis e/ou penais, reputacional pela divulgação de fatos de-

sabonadores envolvendo a corporação e/ou seus executivos e colaboradores, assim como a melhoria do relacionamento com os stakeholders, a competitividade no mercado com a qualidade dos serviços prestados ou produtos, melhoria da imagem, dependem diretamente da efetividade do programa adotado e implementado.

Tem-se que para a efetividade é, então, imprescindível: (i) cumprimento e treinamento, com exemplo de comprometimento do alto comando; (ii) documentação e verificabilidade para controle dos atos, produzida e custodiada pela empresa; (iii) congruência e coerência em todas as ações; (iv) transparência na gestão empresarias; (v) separação de poderes; (vi) imparcialidade e independência dos órgãos de controle; (vii) confidencialidade.

3. Algumas notas para auxiliar a pensar a efetividade podemos também pinçar de um documento atualizado em junho de 2020, produzido pelo U.S. Department of Justice, Criminal Division, intitulado Evaluation of Corporate Compliance Programs, para orientação. É notória uma "americanização do nosso sistema", que paulatinamente vem sendo introduzida, inclusive com criticas não totalmente destituídas de sentido, dados os impactos em conceitos chave como soberania, ante a aplicação sem fronteiras de investigação e condenação pelos Estados Unidos da América. Como lawfare, nesta guerra o direito se apresenta como arma; o emprego (e manipulação, por vezes) do regramento jurídico no mercado, ou para atingir um resultado político ou social, encontra no discurso da ética e da governança eco e legitimidade.

Dois exemplos: primeiro a decisão na Arguição de descumprimento de preceito fundamental 569 -PR, relator Ministro Alexandre de Moraes, requerente Procuradora-geral da República, apontando ato atentatório a decisão judicial proferida no juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, que homologou o Acordo de Assunção de Compromissos firmado pela Petrobrás e o Ministério Público Federal com a finalidade de cumprir obrigações assumidas perante autoridades púbicas dos Estados Unidos da América (destinação de US$682.560.000.00 a autoridades brasileiras; e sem segundo lugar duas notícias veiculadas no jornal Folha de São Paulo. No dia 17 de maio de 2019, no caderno mercado do jornal, foi noticiado que o FBI investiga a Johnson & Johnsons, Siemens, GE e Philips por corrupção em ato praticado em solo brasileiro:

> A suspeita é de pagamento de suborno para venda de equipamentos médicos. O FBI está investigando as gigantes Johnson & Johnsons, Siemens, General Electric e Philips por suposto pagamento de subornos como parte de um esquema envolvendo a venda de equipamentos médicos no Brasil, disseram duas autoridades envolvidas na investigação brasileira à agência Reuters. [2]

---

2 Jornal Folha de São Paulo. Caderno Mercado. 17mai.2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/fbi-investiga-johnson-johnson-siemens-ge-e-philips-por-casos-no-brasil.shtml.. Acesso em: 20nov.2020.

No dia 26 de maio de 2019, também no caderno mercado do mesmo jornal, outra notícia corrobora a informação sobre investigações americanas sobre condutas ocorridas em solo brasileiro:

> Ex-chefe antifraude nos EUA defende que Brasil aprimore conduta na saúde. Esquema de corrupção entre o SUS e multinacionais é investigado pelo FBI e Justiça americana. Moser participou na última sexta (24) de um seminário em São Paulo sobre investigações norte-americanas de corrupção no Brasil, promovido pelo escritório Licks Advogados e o grupo Quinn Emanuel [...] Os EUA investigam as empresas Johnson & Johnsons, Siemens, GE e Philips por suspeita de fraude de ao menos R$ 600 milhões em vendas de equipamento médico ao SUS.[3]

E seguem os conselhos de Sandra Moser, ex-chefe da seção de fraudes do Departamento de Justiça dos Estado Unidos da América e atualmente sócia do escritório Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP:

> As empresas costumam colocar muita atenção nos negócios, em como ganhar dinheiro. Mas precisam deslocar mais recursos para a criação de sistemas de compliance e integridade robustos, priorizando revisões sistemáticas de suas ações. [4]

Ela relata, ainda, que muitas instituições já começam a pautar suas condutas pelo código de conduta divulgado pela divisão criminal do Departamento de Justiça dos EUA para ajudar seus promotores na avaliação de programas de compliance corporativos, com o objetivo de constatar se o programa de compliance é ou não efetivo.

> This document is meant to assist prosecutors in making informed decisions as to whether, and to what extent, the corporation's compliance program was effective at the time of the offense, and is effective at the time of a charging decision or resolution, for purposes of determining the appropriate (1) form of any resolution or prosecution; (2) monetary penalty, if any; and (3) compliance obligations contained in any corporate resolution (e.g. monitorship or reporting obligations).[5]

Se funciona. Muito embora poderíamos concluir que funciona sempre: se nada for apurado e nenhuma conduta estiver desconforme ou nada for revelado, funciona; se algo for apurado e alguma conduta foi desconforme e descoberta, funciona.

4. Útil, mais do que necessário, é precisar então o conteúdo do documento, atualizado em junho de 2020[6]; é o que se passa pontuar. Em apertada síntese, dentre as recomendações está a verificação se o programa não se restringe a um mero papel, isto é, se funciona na prática e, portanto, se conta com o comprometimento da gerência, alto e médio comando; se há autonomia e recursos disponíveis; se há investigação de má conduta; e se possui inciativas de

---

3 Jornal Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. 26mai.2019. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/ex-chefe-de-fraudes-nos-eua-defende-que-brasil-aprimore-conduta-na-saude.shtml?origin=folha>. Acesso em: 20nov.2020.

4 Jornal Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. 26mai.2019. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/ex-chefe-de-fraudes-nos-eua-defende-que-brasil-aprimore-conduta-na-saude.shtml?origin=folha>. Acesso em: 20nov.2020.

5 U.S. Department of Justice. Criminal Division. Evaluation of corporate compliance programs. Disponível em: < https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 20nov.2020.

6 U.S. Department of Justice. Criminal Division. Evaluation of corporate compliance programs. Disponível em: < https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 20nov.2020.

melhoria contínua. Mais precisamente, reconhece que não há uma "fórmula" rígida que os programas devem observar, sendo os riscos e as soluções para reduzi-los particularizadas para cada corporação. O documento envolve três questões que considera fundamentais e devem ser respondidas:

1. O programa de compliance da corporação foi bem concebido?
2. O programa está sendo aplicado com seriedade e em boa fé? Ou em outros termos, o programa está dotado de recursos adequados e de poderes para funcionar efetivamente?
3. O programa de compliance está funcionando na prática?

Para enfrentamento da primeira indagação (1), isto é, para saber se o programa de compliance foi bem concebido, resulta imprescindível verificar se (i) a corporação efetuou uma avaliação dos riscos (risk assessment) e qual metodologia empregada para identificar, analisar e endereçar os riscos a serem enfrentados e que serviram de base para a construção do programa; (ii) se a organização dedica um tempo desproporcional policiando áreas de baixo risco ao invés de alto risco, tal como questionando o pagamento de consultorias terceirizadas ou descontos excessivos para distribuidores; e (iii) se tal critério vem sendo constantemente revisto e atualizado:

> the organization shall periodically assess the risk of criminal conduct and shall take appropriate steps to design, implemente, ou modify each requirement [of the compliance program] to reduce the risk of criminal conduct.[7]

A análise deve ser realizada, ainda, em torno das políticas e procedimentos adotados pela organização para incorporar a cultura de compliance nas operações do dia-a-dia da corporação, o que envolve a construção do programa; a exaustividade ou abrangência, para identificar quais os esforços empreendidos para monitoramento e implementação de políticas e procedimentos que lidem e reflitam o espectro dos riscos; acessibilidade, que nada mais é do que a comunicação a todos os empregados e terceirizados, superando inclusive a barreira da língua caso tenha subsidiárias em outros países; responsabilidade para a integração operacional, identificando quem é o encarregado que responderá pelas políticas e procedimentos e, por fim, quem detém a autoridade aprovada e a responsabilidade certificada para ser o guardião do processo de controle, inclusive com o conhecimento de quais condutas desconformes devem buscar controlar.

Em relação ao treinamento e comunicação, devem os empregados receber treinamento nas funções de controle, de forma compreensível e com linguagem e de forma apropriadas, levando ao conhecimento dos empregados a posição adotada pela corporação, em seu alto comando, sobre quais as condutas desconformes serão

---

7 U.S. Department of Justice. Criminal Division. Evaluation of corporate compliance programs. Disponível em: < https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 20nov.2020.

controladas e não toleradas; e quais os recursos estão disponíveis aos empregados para que saibam quando devem buscar orientação e se estão dispostos a tal.

Quanto ao processo de investigação e confidencialidade na denúncia, a corporação deve assegurar mecanismos de anonimato para denúncias ou indicar a razão de não assegurar. Devem, ainda, estarem previstas pela organização quais as reclamações ou suspeitas que entende merecem ser investigadas e uma previsão de tempo para a resposta, monitorando as investigações e assegurando obrigação de prestar contas em relação a tudo o que for apurado ou recomendações a serem adotadas. O rastreamento dos resultados e das fontes servirá para observar como a organização procede ou quais os mecanismos de investigação e de denúncia são utilizados e se há análise das informações, de modo a que se possa identificar padrões de desvio de conduta ou constatar pontos fracos no programa de compliance.

Os terceirizados e fornecedores devem ser integrados pela observância do programa de compliance, com a adoção de controles apropriados e gestão da relação da organização com eles.

A segunda questão, ou seja, (2) se o programa está sendo aplicado com seriedade e em boa fé e se está sendo efetiva e adequadamente implementado depende do comprometimento da liderança, tanto do alto comando (diretores e executivos) quanto dos médios estratos da hierarquia (gerentes, pessoal de recursos humanos), detectado nas palavras e ações que devem encorajar o cumprimento. Depende, ademais, da existência de uma expertise disponível para a diretoria; será considerado o fato de os auditores e/ou a diretoria terem mantido reuniões privadas com os responsáveis pelo programa compliance (controle e função) ou se tiverem exercido alguma supervisão.

É que a efetividade de um programa de compliance está intimamente relacionado com o grau de autonomia que a autoridade responsável pela sua implementação tenha no cotidiano. Independência e confiabilidade são imprescindíveis; compliance não se confunde e, desta forma, não deve estar nas mãos dos executivos ou diretores ou de alguém que se reporta a eles, nem ser atribuído ao departamento/diretor jurídico, ombudsman ou equivalente. Aqueles que exercem a função de compliance devem ter autoridade e suporte, inclusive financeiro, para agir quando e se necessário, detendo experiência e qualificação para ocupar tal mister. Não é essencial que a função de compliance seja exercida por alguém que integra o staff da corporação; por vezes a externalização assegura maior independência no exercício, não somente de controle e investigação, senão ainda na adoção de medidas, até mesmo disciplinares, como resposta ao que foi apurado.

De acordo com as diretrizes para se apurar a efetividade do programa de compliance está a adoção de incentivos e sanções disciplinares:

> The organization's compliance program shall be promoted and enforced consistently throughout the organization through (A) appropriate incentives to perform in accordance with the compliance and ethics program; (B) appropriate disciplinary measures for engaging in criminal

> conduct and for falling to take reasonable steps to prevent and detect criminal conduct. United States Sentencing Guidelines U.S.S.G. §882.1(b)(5)(C).[8]

O exercício do poder disciplinar e as medidas de incentivo devem observar os critérios de equidade, sem que sua adoção represente descontinuidade, por conta do aspecto de prevenção geral e especial nas condutas futuras.

Na hipótese de fusões e aquisições um processo de *due diligence*, prévio e posterior à integração deve ser implementado como condição de aferição de efetividade do programa de compliance.

Por fim, para a resposta (3) da indagação se o programa é aplicado na prática, a averiguação deverá ser procedida ao tempo da ofensa ou conduta desviante e levará em conta que "one hallmark of an effective compliance program is its capacity to improve and evolve".[9] Melhorias contínuas, testes periódicos e revisões para ajustes são necessários a partir das experiências obtidas na implementação e das alterações nos riscos envolvidos e da normativa a que se submete.

As investigações denotam não somente o grau de comprometimento com a ética, a lisura e o cumprimento dos regramentos, mas exercem um papel importante na constatação da efetividade do programa e apontam para mudanças e aprimoramentos eventualmente necessários. Elas devem ser conduzidas por pessoas qualificadas, de forma independente, sendo documentadas. Devem apresentar um resultado concreto diante do que foi apurado, no mais curto espaço de tempo e com medidas sancionatórias se for o caso.

Em recente pesquisa da Deloitte em parceria com a International Chamber of Commerce – Brasil (ICC Brasil) sobre integridade corporativa no Brasil, para avaliar a evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos, constatou-se que "as empresas apresentaram evolução consistente na adoção das práticas de compliance" sendo que o "resultado reflete uma sofisticação do ambiente regulamentar no país".[10]

Se compliance, mais do que um programa, é consciência, comprometimento e atitude, e se a proposta é introduzir uma nova cultura nas tratativas e condutas das organizações, a aferição da sua efetividade importa em um compromisso assumido de quebrar com o mito de que leis e regras no Brasil são feitas para inglês ver.

---

8 United States Sentencing Guidelines. Disponível em: <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/2018-chapter-8#NaN>. Acesso em: 20nov.2020.

9 U.S. Department of Justice. Criminal Division. Evaluation of corporate compliance programs. Disponível em: < https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 20nov.2020.

10 DELOITTE. Pesquisa Integridade corporativa no Brasil. Disponível em: < https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/risk/articles/integridade-corporativa-evolucao-do-compliance.html>. Acesso em: 20nov.2020.

Consciência feminista, objeto e fins sociais da Lei Maria da Penha

Alice Bianchini[11]

A partir do início do presente século passaram a circular, com mais intensidade, obras cientificas sobre estudos feministas, baseadas principalmente em resultados de trabalhos de pós-graduação elaborados por mulheres nas mais diversas áreas do conhecimento. Os livros, juntamente com artigos, cursos, eventos etc., foram responsáveis por um despertar da consciência feminista. Por conta disso, é de suma importância o presente projeto do Bate Papo Jurídico Tirant lo Blanch, coordenado pelo competente Leonardo Monteiro Rodrigues, e que tem por objetivo aproximar professores(as) de todo o Brasil com alunos(as) de todas as partes do país.

Essa consciência feminista alterou as estruturas de pensamento, refletindo, diretamente em várias e recentes produções legislativas que trouxeram profundas e importantes modificações no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da Lei Maria da Penha, símbolo da luta do movimento de mulheres pelo reconhecimento e garantia de uma vida digna e livre da violência como um direito fundamental, assegurado, ademais, na órbita internacional.

Já em seus primeiros dispositivos, a Lei Maria da Penha estabelece seus objetivos (**arts. 1º e 5º)**, os quais, por sua vez, encontram-se ancorados no §8º do art. 226 da Constituição Federal ("A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações"), na *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher*, na *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* e em outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

Apesar de o **art. 1º** da Lei referir-se à "violência doméstica e familiar contra a mulher", o seu **art. 5º** delimita o objeto de incidência, ao preceituar que "para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher

---

11 Doutora em Direito penal pela PUC/SP, Mestre em Direito pela UFSC, especialista em Teoria e Análise Econômica pela Universidade do Sul de Santa Catarina Unisul-SC e em Direito Penal Econômico Europeu, pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Foi professora do Departamento de Direito Penal da USP e do Curso de Mestrado em Direito da Uniban-SP. Foi Coordenadora dos Cursos de Especialização Telepresenciais da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – Rede LFG. Leciona em diversos cursos de especialização. Conselheira Federal da OAB (2019-2021) e Vice-Presidente da Comissão Nacional da Mulher Advogada. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas. Coordenadora da Pós-Graduação Direito das Mulheres: teoria, prática e ação transformadora (meucurso.com.br) Autora de vários livros e de artigos publicados em periódicos nacionais e estrangeiros, dentre eles, **Crimes contra mulheres**, Juspodvm, 2020. **Lei Maria da Penha**, Tirant, 2020. Autora do Curso Virtual Lei Maria da Penha na prática: meucurso.com.br/pratica-lei-maria-da-penha

qualquer ação ou omissão baseada no gênero". E não é só. Nos incisos do mesmo dispositivo legal antes citado, a Lei restringe o seu objeto de atuação para apenas três dos vários contextos de violência de gênero contra a mulher. São eles: âmbito da unidade doméstica, da família ou em uma relação íntima de afeto.

A Lei Maria da Penha, portanto, não trata de toda a violência contra a mulher, mas somente daquela baseada no gênero (**art. 5º,** *caput*) e que tenha ocorrido no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto.

Quanto à violência de gênero, inicialmente convém compreender que toda violência de gênero é uma violência contra a mulher, mas o inverso não é verdadeiro. Caso concreto: mulher é baleada por seu companheiro. Motivo: ela iria delatá-lo à polícia. Não se aplica a Lei Maria da Penha, pois não há uma questão de gênero.

O que é, então, violência de gênero? Veremos em breve, mas, antes de adentrar o tema, tente pensar sobre o assunto. Busque elencar algumas características que lhe são inerentes. Conseguiu? Vamos ver se elas coincidem com as definições trazidas a seguir.

Os estudos de gênero surgiram nas décadas de 1960/1970 do século XX e tinham como objeto problematizar os diferentes valores culturalmente atribuídos às mulheres e aos homens, que vêm definindo os comportamentos e as expectativas sobre o papel de cada um dos gêneros em nossa sociedade.

Quando se estabelecem diferenças, quem tem o poder estabelecê-las toma-se por referência neutra, e o diferente torna-se objeto de controle, para ser eliminado ou inferiorizado, e sobre ele incidirá a violência considerada eficiente para tal objetivo. Em se tratando de controle da mulher, essa violência incide quase como controle total, dada a situação de afeto, intimidade, convivência (em muitos casos) e continuidade que caracteriza a relação de poder desigual decorrente do sistema de desigualdade de gêneros.

Os papéis sociais atribuídos a homens e a mulheres são acompanhados de códigos de conduta introjetados pela educação diferenciada que atribui o controle das circunstâncias ao homem, o qual as administra com a participação das mulheres, o que tem significado ditar-lhes rituais de entrega, contenção de vontades, recato sexual, vida voltada a questões meramente domésticas, priorização da maternidade. Resta tão desproporcional o equilíbrio de poder entre os sexos, que sobra uma aparência de que não há interdependência, mas hierarquia autoritária. Tal quadro cria condições para que o homem sinta-se (e reste) legitimado a fazer uso da violência e permite compreender o que leva a mulher vítima da agressão a ficar muitas vezes inerte e, mesmo quando toma algum tipo de atitude, a acabar por se reconciliar com o companheiro agressor, após reiterados episódios de violência. Pesquisa da Fundação Perseu Abramo (Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado: 2010.) conclui que é comum as mulheres sofrerem agressões físicas, por parte do companheiro, por mais de dez anos. Diversos

estudos demonstram que tal submissão decorre de condições concretas (físicas, psicológicas, sociais e econômicas) a que a mulher se encontra submetida/enredada, exatamente por conta do papel que lhe é atribuído socialmente. A partir daqui pode-se elencar algumas características da violência de gênero:

a) ela decorre de uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher;

b) esta relação de poder advém dos papéis impostos às mulheres e aos homens, reforçados pela ideologia patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder;

c) a violência perpassa a relação pessoal entre homem e mulher, podendo ser encontrada também nas instituições, nas estruturas, nas práticas cotidianas, nos rituais, ou seja, em tudo que constitui as relações sociais;

d) a relação afetivo-conjugal, a proximidade entre vítima e agressor (relação doméstica, familiar ou íntima de afeto) e a habitualidade das situações de violência tornam as mulheres ainda mais vulneráveis dentro do sistema de desigualdades de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdade (classe, origem, raça etc.).

Exatamente pela dimensão de danosidade da violência de gênero, a Lei Maria da Penha, buscando que seus objetivos de prevenção, coibição e repressão desse tipo de violência possam ser melhormente alcançados estabeleceu, em seu **art. 4º, que quando da sua** interpretação devem ser levados em consideração:

a) os fins sociais a que ela se destina e, especialmente;

b) as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A começar pelos seus fins sociais, não há dúvida de que a Lei se destina a diminuir a violência de gênero ocorrida no ambiente doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto.

A segunda parte do dispositivo refere-se às condições peculiares das mulheres em situação de violência e encontra-se associada às características deste tipo de violência. São as especificidades desse tipo de violência que justificam uma proteção diferenciada, mais efetiva e enérgica, tal qual se estabeleceu (ao menos em seu sentido formal) na Lei Maria da Penha.

São circunstâncias, características, especificidades e diferenciais que não se fazem presentes quando se trata de vítima do sexo masculino, o que não significa que uma violência é mais importante que a outra, apenas que possuem um instrumental de enfretamento diferenciado e que devem ser levados em conta para uma maior eficácia protetiva e preventiva.

A análise dos dados sobre violência contra a mulher e sobre a insistente desigualdade entre os sexos nos remete a um enorme desapontamento. Mostra um índice muito elevado de violência que acomete as mulheres e que, em sua grande maioria acontece dentro de suas casas e é perpetrada por aqueles com quem elas possuem um relacionamento de afeto.

Não obstante a triste realidade e exatamente em ração dela, faz-se necessário que a real e péssima situação da mulher em nosso país seja desvelada, para que, a partir do seu **conhecimento,** possa-se dar o passo seguinte, que é o de adquirir a **consciência feminista,** o que, por certo levará ao **envolvimento** e esse, por sua vez, poderá conduzir ao tão necessário e já tardio processo de **mudança,** para que se possa, finalmente, alcançar o preceito constitucional que apregoa a **igualdade entre homens e mulheres**!

A mudança interna de valores socioculturais, trazida pela consciência feminista (que deve se apoderar de mentes e corações de mulheres e homens) é a única chave capaz de levar à erradicação do sistema patriarcal, responsável direto pela opressão feminina/dominação masculina. O esforço de mudança que alcance cada um pode levar a uma alteração da forma de viver em sociedade. "Enquanto não houver uma mudança de mentalidade, o patriarcalismo jurídico continuará a permear as relações entre mulheres e sistema jurídico." (SABADELL, 2010. p. 278).

Referências Bibliográficas

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha, São Paulo: Tirant, 2020.

BIANCHINI, Alice; BAZZO; Mariana Seifert; CHAKIAN, Silvia. Crimes contra mulheres. Salvador: JusPodwm, 2020.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídicofeminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria. *Percepções das mulheres em relação ao direito e à justiça*: legislação, acesso e funcionamento. Porto Alegre: Fabris, 1996.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (Orgs.) *Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado*: uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2012.

Violência Obstétrica e Dispositivos Legais: Limites e Possibilidades de Utilização dos Instrumentos de Justiça Restaurativa em Casos de Violência Obstétrica[12]

Obstetric Violence and Legal Devices: Limits and Possibilities of Use of the Instruments of Restaurant Justice in Cases of Obstetric Violence

BATISTA, Aline Pozzolo [13]

RESUMO

A violência obstétrica é um problema de saúde pública, mas também uma questão de justiça. Ela é definida como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres, a medicalização e a patologização de processos naturais, e as violações dos direitos da mulher e do nascituro, podendo ocorrer durante a gestação, o abortamento, o parto e o pós-parto imediato. Esse artigo buscou identificar quais os limites e as possibilidades para a utilização de instrumentos e, acima de tudo, do olhar da justiça restaurativa, nas situações de violência obstétrica, de modo a encontrar respostas que possam auxiliar a sociedade no enfrentamento de tal questão e, ao mesmo tempo, restituir os danos aos envolvidos. Trata-se de uma pesquisa qualitativa de abordagem dedutiva, cujo método de pesquisa corresponde ao monográfico e técnica bibliográfica. Identificou-se que há dispositivos legais que podem restituir os direitos violados, dentre eles, a possibilidade de utilização dos instrumentos de Justiça Restaurativa, que apresenta o

12 Esta pesquisa foi originalmente apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Sistema de Justiça Restaurativa: conciliação, mediação e justiça restaurativa, da Universidade do Sul de Santa Catarina, em outubro de 2020.

13 Psicóloga. Mestra em Saúde Coletiva- UERJ. Especialista em Psicologia Jurídica- Conselho Federal de Psicologia. Especialista em Psicopedagogia- ESAP. Especialista em Sistema de Justiça: conciliação, mediação e justiça restaurativa- UNISUL. Organizadora das obras "Psicologia e Polícia: diálogos possíveis", publicada em 2017, pela Editora Juruá e "Violências, Vulnerabilidades e Psicologia: uma olhar para o sistema de justiça", publicada pela Tirant lo Blanch, em 2020. Atua como psicóloga da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina. Contato: alinepozzolo@pc.sc.gov.br

potencial de reparação dos danos decorrentes da vivência da violência obstétrica e pode promover um potente encontro entre os envolvidos, e a partir dele, gerar importantes mudanças no cenário social. Apresentou-se uma lacuna no âmbito jurídico: não há legislação específica dentro do Direito Penal e do Direito Civil que verse particularmente sobre o tema. Portanto, considera-se que a Justiça Restaurativa se apresenta como uma possibilidade para a restauração dos danos a partir da mudança do paradigma retributivo para o restaurativo.

Palavras-Chave: Violência obstétrica; Saúde Pública; Justiça Restaurativa; Direito.

ABSTRACT

Obstetric violence is a public health problem, but also a matter of justice. It defines the appropriation of the women's body and reproductive processes, the medicalization and pathologization of natural processes, and as violations of the rights of women and the unborn child, it can occur during pregnancy, abortion, childbirth and postpartum immediate . This article sought to identify the limits and possibilities for the use of instruments and, above all, the look of restorative justice, in situations of obstetric violence, in order to find answers that can help society in addressing this issue and, at the same time, restoring damages to damages. It is a qualitative research with a deductive approach, whose research method corresponds to the monographic and bibliographic technique. It was identified that there are legal provisions that can restore the violated rights, among them, the possibility of using the Restorative Justice instruments, which has the potential to compensate for the damages resulting from the experience of obstetric violence and can promote a potent meeting between those committed , and from it, generate important changes in the social scenario. However, a gap has arisen in the legal sphere: there is no specific legislation within Criminal Law and Civil Law that deals particularly with the subject. Therefore, it is considered that the Restorative Justice presents itself as a possibility for the restoration of damages from the change of the retributive to the restorative paradigm.

Keywords: *Obstetric violence; Public health; Restorative Justice; Right.*

1 INTRODUÇÃO[14]

Convidada pela Editora Tirant lo Blanch, a autora participou do projeto "Bate Papo Jurídico", comentando sobre os capítulos que compõem a obra "Violências, Vulnerabilidades e Psicologia: um olhar para o sistema de justiça", publicada em 2020. Esta traz uma rica contribuição das diversas áreas do conhecimento, como a Psicologia, o Direito, a Psicanálise, a Antropologia, entre outras, ao discutir, de forma interdisciplinar, temas relacionados às demandas jurídicas e aos públicos considerados vulneráveis. A partir do diálogo e da exposição de temas tão diversos, a convite da própria Editora, a autora escolheu um tema do livro para evoluir em sua análise e exposição. Assim, será abordado o tema da violência obstétrica, somando as novas reflexões feitas a partir do contato com o tema da Justiça Restaurativa ao que já havia sido exposto na obra citada.

A violência obstétrica é um problema de saúde pública, mas também uma questão de justiça. Ela se relaciona à assistência obstétrica oferecida durante a gestação, o abortamento, o parto e o pós-parto imediato (BRASIL, 2013). Também é definida como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres, a partir da construção social e cultural que gerou, inclusive, o modelo de assistência ao parto adotado atualmente. A medicalização e a patologização dos processos naturais são processos característicos da violência obstétrica e podem levar a violações importantes dos direitos da mulher e do nascituro (DINIZ; CHACHAM, 2006).

Há um longo caminho a ser percorrido para que as mulheres sejam respeitadas em seus processos reprodutivos e tenham assegurados seus direitos. Para tanto, é necessário fomentar a reflexão a partir do repasse de informações de qualidade, pois a mulher pode se tornar objeto de manipulações violentas em decorrência da insuficiência de conhecimento acerca das práticas baseadas em evidências científicas (AGUIAR, 2010). Nesse sentido, esforços institucionais têm sido empreendidos pelo Ministério da Saúde no sentido de melhorar a assistência obstétrica no país, por meio da inserção da perspectiva de gênero nas análises epidemiológicas e no planejamento das ações em saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

Para tanto, faz-se necessária a elaboração de políticas públicas que assegurem a diminuição das desigualdades sociais; a valorização dos trabalhadores da saúde, a utilização das boas práticas no parto e no nascimento, baseadas em evidências científicas; e a distribuição de serviços e equipamentos de saúde que estejam articulados em rede e compreendam os sujeitos na sua integralidade (GOMES, 2014).

Além disso, um importante meio de acesso aos direitos é o acionamento dos órgãos públicos e do sistema de justiça, de modo que sejam pressionados a se posicionar frente ao problema e salvaguardar direitos fundamentais. Assim, em

---

14 O primeiro parágrafo foi alterado, de modo a contextualizar a participação no projeto "Bate Papo Jurídico", organizado pela Editora Tirant lo Blanch.

relação à restituição de direitos na esfera legal, tomam a frente o sistema de justiça criminal e o cível.

Contudo, provar a situação de violência obstétrica e garantir o ressarcimento às vítimas é uma situação complexa. Isso porque não há legislação que defina e criminalize a violência obstétrica, já que o Brasil não conta com marcos legais que a delimitem e facilitem a proposição de ações que enfrentem essa situação (ZANARDO *et al.*, 2017). Ainda, analisa-se nesse artigo se, de fato, um ressarcimento financeiro por danos causados ou a criminalização do ato violento geraria a reparação desejada.

Nessa direção, o que se deseja pesquisar são quais os limites e as possibilidades para a utilização de instrumentos e, acima de tudo, do olhar da justiça restaurativa, nas situações de violência obstétrica, de modo a encontrar respostas que possam auxiliar a sociedade no enfretamento de tal questão e, ao mesmo tempo, restituir os danos aos envolvidos.

2 METODOLOGIA

Em relação aos procedimentos metodológicos adotados, parte-se do método de abordagem dedutiva, a partir do qual se evidencia a análise do caso proposto partindo de uma ótica geral em direção a aspectos específicos (PANASIEWICZ; BAPTISTA, 2013). Já a análise dos dados apresenta uma natureza qualitativa, o que, segundo Rey (2002) pressupõe uma ênfase nos processos de construção sobre os de resposta, rompendo, assim com a lógica instrumentalista. O método de procedimento adotado será o monográfico e a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica. A escolha de tal metodologia permite integrar elementos que antes não tinham relação entre si, em termos de conhecimento, não sendo a pretensão a apresentação de uma produção universal, mas de um processo de construção do saber que se expressa na temporalidade e historicidade (REY, 2002). Assim, o presente artigo objetiva uma análise de fontes que discorrem sobre o assunto, trazendo uma conjugação das informações e uma apreciação de hipóteses, dentro do foco de pesquisa proposto.

2.1 A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO UM FENÔMENO PLURIFACETADO

Inicialmente é relevante analisar o tema da violência obstétrica em suas intersecções, o que implica analisar a construção social e o fundamento histórico da violência contra a mulher, bem como de que forma se entrecruzam aos processos reprodutivos. A partir dessa perspectiva, se considera a violência obstétrica como uma forma de violência de gênero, que se fundamenta em determinados aspectos culturais, religiosos, econômicos. A concepção de gênero, nesse caso, estrutura a percepção concreta e simbólica de toda a vida em sociedade e interfere na concepção do que seja a sexualidade, as feminilidades e as violências.

Quando se trata da violência obstétrica, o termo nos remete inicialmente às práticas ocorridas durante o trabalho de parto. Este, que era um evento feminino, doméstico, praticado por mulheres, se transformou em um saber-poder masculino, mecanizado, progressivamente medicalizado (WOLFF; WALDOW, 2008). Essa mudança, se por um lado trouxe facilidades e benefícios, por outro provocou distanciamento dos envolvidos e renegou a dimensão subjetiva a um segundo plano, projetando o modelo de linha de produção na assistência hospitalar (OLIVEIRA; PENNA, 2017). De acordo com Wolff e Waldow (2008), a parturiente e o nascituro passaram a assumir uma posição coadjuvante no nascimento, enquanto os profissionais de saúde tomaram o controle sobre o processo.

Observa-se, quando se analisa os condicionantes históricos ligados ao modelo de assistência atual, que esse movimento é recente, intensificado após a revolução industrial, cuja mecanização se estendeu para a área da saúde. Sabe-se que o primeiro modelo de apoio e assistência ao parto foi desenvolvido por parteiras antes mesmo da existência do saber médico, como uma prática de solidariedade feminina, sendo, o parto, conduzido como um evento natural e fisiológico, dentro das comunidades (WOLFF; WALDOW, 2008).

A partir de então, surge uma medicina científica, masculina, aprendida nas universidades, cujo acesso era exclusivo aos homens (DINIZ, 2005). Já no século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, passou a predominar o parto hospitalar, chegando a marca atual de 98% dos partos serem hospitalares (UNICEF, 2018). O Brasil apresenta um dado preocupante e que está ligado a essa tendência: encontra-se em segundo lugar no mundo relativo ao percentual de cesarianas, chegando a 84% quando considerada a rede privada de saúde e 40% quando considerada a rede pública (BRASIL, 2014). A recomendação da OMS é de que a taxa máxima desse tipo de intervenção cirúrgica seja de, no máximo, 15%. Assim, as porcentagens apresentadas sugerem um uso abusivo do recurso cirúrgico e configuram possível violência obstétrica.

Evoluindo quanto ao conceito de violência obstétrica como fenômeno jurídico, e não apenas social ou de saúde, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (BRASIL, 2013) foi um dos primeiros órgãos brasileiros ligados à Justiça a redigir documentos e divulgar material a respeito do tema. Caracterizou a violência obstétrica trazendo um conceito mais amplo, considerando-a como sendo a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres, pelos profissionais da saúde, por meio do tratamento desumanizado, do abuso da medicalização e da patologização dos processos naturais, gerando perda da autonomia e da capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade.

Já conforme o Dossiê "Parirás com Dor" (BRASIL, 2013), atos de violência obstétrica são aqueles praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituições públicas e

privadas, bem como por civis, ultrapassando a ideia de que os autores deste tipo de violência são apenas os profissionais de saúde que trabalham diretamente no atendimento obstétrico. Este conceito abrange o tratamento desumanizado ainda na gestação, durante o atendimento pré-natal, em situações de abortamento (espontâneo ou provocado), durante o parto e no pós-parto imediato.

Ainda, a violência obstétrica pode ser manifestada basicamente nas seguintes formas: 1) física: ações que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico (de grau leve a intenso), sem recomendação baseada em evidências científicas; 2) psicológica: toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acusação, insegurança, dissuasão, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio; 3) sexual: toda ação imposta à mulher que viole sua intimidade ou pudor, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo ter relação ou não com os órgãos sexuais e partes íntimas do corpo; 4) institucional: ações ou formas de organização que dificultem, retardem ou impeçam o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, sejam estes ações ou serviços, de natureza pública ou privada; 5) material: ações e condutas ativas e passivas com o fim de obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, violando seus direitos já garantidos por lei, em benefício de pessoa física ou jurídica; 6) midiática: ações praticadas por profissionais através de meios de comunicação, dirigidas a violar psicologicamente mulheres em processos reprodutivos, bem como denegrir seus direitos mediante mensagens, imagens ou outros signos difundidos publicamente; apologia às práticas cientificamente contraindicadas, com fins sociais, econômicos ou de dominação. Essas modalidades podem se conjugar, incidindo sobre a mulher de forma isolada ou combinada (BRASIL, 2013).

Quanto às práticas em saúde que podem ser consideradas violência obstétrica, encontram-se: 1) durante a gestação: negar atendimento à mulher ou ainda impor alguma dificuldade ao atendimento do pré-natal; qualquer espécie de comentários constrangedores à mulher e relacionados à sua cor, raça, etnia, idade, escolaridade, religião ou crença, condição econômica, estado civil ou situação conjugal, orientação sexual, número de filhos, etc; ofender, humilhar ou xingar a mulher ou sua família; negligenciar atendimento de qualidade; agendar cesárea sem recomendação baseada em evidências científicas, atendendo simplesmente aos interesses e conveniência do médico; 2) durante o parto: a recusa de admissão em hospital ou maternidade, gerando a chamada peregrinação por leito; impedimento da entrada do acompanhante escolhido pela mulher; aplicação de soro com ocitocina para acelerar o trabalho de parto; episiotomia de rotina; manobra de Kristeller; cesáreas eletivas; restrição da posição do parto; violência psicológica; impedir ou retardar o contato do bebê com a mulher logo após o trabalho de parto; impedir o alojamento conjunto da mãe e o neonato; impedir ou dificultar o aleitamento

materno; além de outros procedimentos dolorosos, desnecessários e humilhantes, tais como: uso rotineiro de lavagem intestinal (enema), retirada dos pelos pubianos (tricotomia), posição ginecológica com portas abertas, exames de toque sucessivos e por pessoas diferentes para verificar a dilatação, privação de alimentos e água, imobilização de braços e pernas, etc.; 3) nos casos de abortamento: negativa ou demora no atendimento à mulher em situação de abortamento; questionamento à mulher quanto à causa do abortamento (se foi intencional ou não); realização de procedimentos predominantemente invasivos, sem explicação, consentimento e frequentemente sem anestesia; ameaças, acusação e culpabilização da mulher; coação com finalidade de confissão e denúncia (BRASIL, 2013).

Loraschi e Machado (2020) expõem que o nascimento de um filho, por si só, já gera uma situação de vulnerabilidade, e quando não há, por parte da equipe de saúde, acolhimento, orientação, esclarecimento, amparo e escuta, está delineada uma situação de desamparo emocional que pode evoluir para uma situação de violência obstétrica. Em contrapartida, conforme as mesmas autoras, tem crescido no Brasil o chamado movimento de humanização do parto, que promove a disseminação de informação pautada nas recentes pesquisas da medicina baseada em evidências e que visa uma experiência satisfatória da mulher a partir da autonomia e busca da melhor assistência para o binômio mãe-bebê.

2.2 RESPOSTAS LEGAIS À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: É POSSÍVEL ALCANÇAR A TÃO DESEJADA JUSTIÇA?

Como resposta à vivência da violência obstétrica, as mulheres que tiveram seus direitos violados nas situações elencadas têm procurado com cada vez mais frequência o sistema de justiça. Contudo, quando analisada sob a ótica da justiça criminal, a violência obstétrica não está tipificada no Brasil, ou seja, não é considerada crime perante o Código Penal. Exatamente por isso há impasses relacionados às respostas possíveis a serem dadas pela área criminal diante de atos de violência obstétrica. Apesar disso, a compreensão da violência pode ser estendida para outros tipos penais existentes. Para responsabilização de ordem penal dos autores de violência obstétrica pode-se recorrer ao Código Penal (Lei nº 2.848/1940), no qual estão tipificados como crimes alguns dos atos característicos deste tipo de violência, como a produção de lesões corporais desnecessárias no atendimento ao parto (por exemplo, episiotomia e cesarianas sem clara indicação médica), injúria, omissão de socorro e constrangimento ilegal.

Contudo, provar que os recursos utilizados não foram necessários, diante do quadro de saúde e evolução da situação, não é tarefa fácil. Isso porque depende da avaliação individual do profissional, de sua formação médica e da clareza do registro em prontuários médicos, o que nem sempre acontece. Por outro lado, por mais que se procure uma resposta penal para o ato, e seja esta um direito, Sánchez (2002) pondera que o Direito Penal e a política criminal, isoladamente, não podem

alcançar o seu declarado objetivo, que é o de proteger a sociedade. Exatamente por isso outros meios de controle social formais ou informais devem ser criados.

A Legislação Brasileira apresenta outras possibilidades de abordagem da questão da violência obstétrica para fins de punibilidade de seus agentes ou para restituição de danos. Nesse sentido, Cavalcanti, Schneck e Diniz (2013) apontam que na legislação brasileira constitucional, federal, estadual e nas normas administrativas, podem-se encontrar subsídios de proteção legal a direitos dos quais a mulher é titular quando em trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. Exemplo disso seria a Lei nº 11.108/2005 (Lei Do Acompanhante), que se não atendida, pode levar a sanções para as instituições de saúde.

O Direito Civil também oferece subsídios para a garantia de direitos das parturientes, equiparando o atendimento ao parto e ao pós-parto a uma relação de consumo, pois a maioria dos nascimentos ocorre nas instituições hospitalares ou em estabelecimentos de saúde. A Lei nº 8.078/1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor – garante, inclusive, a possibilidade de reparação de danos de diversas ordens, e a Lei nº 10.406/2002 - Código Civil – expõe que aqueles que causarem danos, seja por omissão, negligência ou imprudência, estão cometendo ato ilícito e que devem repará-lo a quem de direito. Com relação ao Direito Civil, Freitag (2017) descreve de que forma a legislação pode ser acionada, em caso de violência obstétrica, para comprovação de danos e cita o plano de parto como um documento importante na busca pela reparação. Assim, se houver o seu descumprimento, será considerada uma relação contratual não cumprida, sendo, portanto, geradora de danos indenizáveis.

Apesar de ser um avanço significativo o sistema de justiça voltar o olhar para as situações de violência obstétrica, propondo ampliar suas práticas e abarcando tal demanda, é importante ponderar até que ponto pode dar as respostas almejadas aos envolvidos. Por isso, é interessante revisitar práticas e refletir sobre certos conceitos que fundamentam a busca pelo direito e que, por falhas peculiares, acabam por fortalecer a ineficiência do sistema de justiça em "fazer justiça".

2.3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: CAMINHOS POSSÍVEIS PARA A RESTAURAÇÃO DE DANOS

Como uma alternativa para a construção do que Zehr (2008) chama de "necessidade de uma experiência de justiça", que se constituiria como a necessidade de se expressar e validar as emoções, resgatando o sentido de autonomia pessoal que foi roubado diante da situação de violência, encontra-se a Justiça Restaurativa. Isso porque o valor da justiça muitas vezes não se encontra limitado aos autos de um processo e muitas vítimas desejam vivenciar a justiça como algo real, com participação ativa, propondo soluções e envolvendo-se no desfecho da situação (TJPR, 2015), ou seja:

> A sentença judicial não atinge o real interesse do jurisdicionado, pois abrange apenas as ques-

> tões juridicamente tuteladas e não os interesses reais. O que é tratado no processo judicial nem sempre abarca os fatores sociais que envolvem o conflito e que são importantes para sua resolução efetiva. É o que difere a lide sociológica (alcançada pelos métodos autocompositivos, da lide processual (mais restrita e contemplada pela sentença judicial).

A Justiça Restaurativa, segundo o Conselho Nacional de Justiça, se configura como um "conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência" (CNJ, 2020, s/p). Ela se baseia na noção de consenso, em que o prejudicado e o autor (e outras pessoas ou membros da comunidade afetados pela conduta) atuam como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a restauração dos conflitos (QUINTANA, 2014).

Salm e Leal (2012, p. 195) tecem considerações a respeito da Justiça Restaurativa, partindo das ideias de Kay Pranis, a considerando como "o ato de fala", que "fala de diálogo, de contato, de (re)empoderar os indivíduos da capacidade discursiva reconhecida, da produção de saberes, de contar seus saberes; de sensos comuns, literários e científicos".

Portanto, a justiça restaurativa traz com ela a potencialidade de integrar as percepções dos envolvidos (vítima e autor da violência) sobre o fato jurídico, de modo a favorecer um encontro, que a própria situação judicial poderia interromper. Ela faz brotar a potencialidade de reconstrução da história dos sujeitos e do conflito, a partir da compreensão que escapa à Justiça, por dizer mais respeito à vida dos envolvidos e da condição dos sujeitos na situação judicializada que efetivamente a um processo judicial (SALM; LEAL, 2012).

Silva (2003) recorda que os envolvidos em uma ação judicial são vistos pelo Sistema de Justiça como "partes", ou seja, dois lados concorrendo pelo direito. As pessoas deixam de ser vistas como inteiras, com seus conflitos, necessidades, aspectos positivos e negativos, não sendo consideradas como uma rede de interrelações, mas apenas enquanto parte de uma disputa judicial. Nesse sentido, Salm e Leal (2012) lembram que os sujeitos é que são profundos conhecedores da própria vida e da comunidade em que se inserem. Assim, seus conhecimentos devem ser reconhecidos e trazidos para a arena decisória compartilhada da coprodução de sociabilidade, de histórias e de justiça.

Segundo Zehr (2008), a Justiça Restaurativa possibilita uma verdadeira mudança de paradigma, do retributivo para o restaurativo, pois o foco central já não é a vingança ou punição, mas os danos e as necessidades dos envolvidos e sua participação ativa na restauração dos danos. No processo penal, o ofensor é apenas um expectador, não se envolvendo diretamente com a queixa e as decisões sobre seu futuro. A vítima, por sua vez, também não é ouvida em suas necessidades e não obtém respostas sobre o ocorrido, o que intensifica a sua vulnerabilidade. Vítima e autor, portanto, são privados de poder no processo tradicional. Em

relação ao ofensor, o mesmo autor (ZEHR, 2008, p. 34) ainda pondera que "o problema da maioria das sentenças é que, embora responsabilizem os ofensores (no sentido de receberem punição), essas sentenças não os tornam responsáveis".

Portanto, na abordagem restaurativa há uma mudança de olhar sobre o conflito, que rompe o paradigma punitivo e altera a noção de culpa para a de responsabilidade; de perseguição para encontro; de imposição para diálogo; de castigo para reparação do dano; de verticalidade para horizontalidade; e de coerção para coesão (CNJ, 2016).

Zehr (2008, p. 192) expõe que:

> O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as da vítima. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor. Deve haver espaço, também, para o envolvimento da comunidade. Em segundo lugar, ela deve tratar do relacionamento vítima-ofensor facilitando sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre cada um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Em terceiro lugar, ela deve se concentrar na resolução dos problemas, tratando não apenas das necessidades presentes, mas de intenções futuras.

A Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), institui e disciplina uma Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Esta resolução projeta a aplicação da Justiça Restaurativa no cenário brasileiro e compõe modelos de atuação considerando a realidade do país.

Zerh (2008, p. 192) expõe que "uma parte importante da justiça é a troca de informações – uns sobre os outros, sobre os fatos, sobre a ofensa, sobre as necessidades". Os resultados dessa interação devem ser registrados na forma de acordos passíveis e a mediação entre a vítima e ofensor é uma abordagem que apresenta esses critérios. "Ela fortalece os participantes, põe em cheque as representações equivocadas, oferece ocasião para troca de informações e incentiva ações com o propósito de corrigir a situação" (ZERH, 2008, p. 193).

Morrison (2005) refere que a prática de Justiça Restaurativa não se dá de acordo com um único modelo teórico, tendo conexões com várias teorias de muitas disciplinas. Entre elas está a "a teoria da vergonha reintegradora de Braithwaite" (1989, *apud* ZEHR, 200). Segundo essa teoria:

> O encontro restaurativo é usado para quebrar o ciclo de vergonha e alienação, por um processo de "envergonhamento" reintegrador respeitado pelos outros envolvidos, contrário à vergonha que pela qual a polícia, os juízes ou a opinião pública costumam estigmatizar pessoas (MORRISON, 2005, p. 299).

A mesma autora expõe que um instrumento que pode gerar esse encontro é a mediação, que aconteceria depois que o mediador esclarece a estrutura do processo e permite às partes explicarem seus pensamentos e sentimentos, encorajando os participantes a falar diretamente, desenvolver opções, e alcançar uma determinação consensual que acomodará suas necessidades (MORRISON, 2005).

Warat (2018, p. 51) afirma que a mediação possibilita uma "construção simbólica do conflito, realizada pelos diversos afetados, com a intervenção imparcial de um terceiro alheio ao conflito e sem poder de propor soluções, que precisam ser buscadas pelos próprios envolvidos na disputa". O benefício de seu uso nas situações de violência obstétrica talvez seja o de colocar discursos em movimento, captar palavras e interpretar dizeres, de modo a aproximar os envolvidos, considerando a violência como dinâmica (facilmente nos tornamos vítimas e autores) e estabelecendo que a despeito dela, sempre há um laço que pode ser refeito e, a partir da reconstrução e releitura, integrar olhares para o mesmo fim: a restauração de danos e a pacificação social.

Assim, a partir do olhar restaurativo e das ferramentas que a Justiça Restaurativa oferece, é possível compreender melhor o fenômeno da violência obstétrica, a partir da ótica do ofensor e da vítima, sem retirar a complexidade intrínseca ao fenômeno e, assim, simplificá-lo ao custo de não compreendê-lo. Dessa forma, o encontro proporcionado pela Justiça Restaurativa evidencia o potencial de pensar na formação do sujeito ativo (autor), no papel da vítima diante da violência, na cultura que forma esse tipo de relação (médico-paciente), na violência institucional que muitas vezes favorece esse tipo de situação, entre outros pontos essenciais, abrindo um novo olhar dos participantes para si mesmo, para o outro e gerando novos olhares sobre o conflito. Apenas a partir do encontro é que as respostas podem ser alcançadas, porque a resposta não pode estatal, visto a inerente impessoalidade do Estado, mas a partir de sujeitos e suas histórias de vida.

Não se pode negar que o próprio autor da violência, por vezes, se vê inserido em um sistema de saúde gerador de violências institucionais e que são, não raras vezes, projetadas no atendimento ao sujeito. Além disso, a construção do saber médico e das relações que se estabelecem a partir desse saber explicam, em parte, a tomada do corpo e do processo da mulher para si, exercendo sobre eles um saber-poder (FOUCAULT, 2013).

Ribeiro e Ferla (2016) discorrem sobre o poder médico e a medicalização da vida, permitindo um olhar de como se constituíram divindades sob o discurso do saber médico e como a lógica mercadológica perversa exerce poder sobre os servidores de saúde. Isso faz pensar que médicos e pacientes estão, todos, sob forte influência de um discurso que medicaliza a vida e disciplina corpos, e que a alienação sobre essa condição pode levar à violência explícita ou velada. Os mesmos autores reportam a importância do cuidado em conexão com os diferentes aspectos da vida das pessoas, organizado com base em tecnologias relacionais, de modo a fortalecer vetores de resistência à lógica biomédica e sua articulação com os interesses do capitalismo contemporâneo.

Na mesma direção multidimensional, Batista e Cadan (2020, p. 17) discorrem sobre a dinamicidade da violência, referindo que todos podem ocupar o lugar de vítimas e ofensores:

> [...] alguns ocupam o papel de agentes, outros de vítimas da violência, mas todos participam do complexo nicho social que a constrói. Quem está sob sua mira passa a ser vulnerável, e todos podem ocupar este lugar, evidenciando a delicadeza e a obscuridade da relação entre a vulnerabilidade e a violência. Esta vai tomando novas formas no cotidiano, mas sempre ocupando seu espaço nas relações humanas.

A Justiça Restaurativa apresenta, portanto, o potencial de revisão desses discursos, a partir da compreensão de como esse saber e essa apropriação traduzem e geram violências. "É preciso deixar fluir ideias e ações que quebrem o lugar das divindades no discurso sobre a saúde e constituam lugares no cotidiano, no qual, afinal, a saúde se produz, é perdida e é novamente retomada, num ciclo que é a própria vida" (RIBEIRO; FERLA, 2016, p. 313).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os poderes público e político, bem como a sociedade como um todo, têm voltado sua atenção para a questão da violência obstétrica. Cada vez mais se dissemina a ideia de que a mulher tem direito sobre seus processos sexuais e reprodutivos, e algumas respostas têm sido dadas na esfera da saúde, por meio de legislações, recomendações e regulamentos específicos sobre o tema, bem como pelo incremento de algumas políticas públicas relacionadas à assistência humanizada ao parto e ao pós-parto.

Entretanto, no âmbito jurídico se observa uma lacuna. Não há legislação específica dentro do Direito Penal e do Direito Civil que verse particularmente sobre o tema. Assim, para fins de punibilidade do autor, a compreensão da violência deve ser estendida para outros tipos penais existentes. Já para obtenção de indenização por danos morais ou materiais, a violência obstétrica pode ser atrelada a uma relação contratual ou de consumo.

Contudo, quando se fala sobre as possibilidades de resposta jurídica, seja ela cível ou criminal, questiona-se se serão essas as melhores opções para a restituição do direito violado. Isso porque a polarização fomentada pela própria lógica da disputa pelo direito impulsiona ainda mais a violência, negando o encontro e a conjugação das "verdades" dos envolvidos.

A Justiça Restaurativa se apresenta, nesse contexto, como uma possibilidade para a restauração dos danos, a partir da mudança do paradigma retributivo para o restaurativo. Dessa forma, tomam frente no processo judicial os danos e as necessidades dos envolvidos, bem como a participação ativa daqueles, na procura por soluções justas. Isso possibilita uma justiça dos sujeitos e para os sujeitos, transformando a responsabilização imputada em responsabilidade assumida, por meio da compreensão do papel exercido na realidade judicializada. A partir dessa mudança de foco e das consequências que isso gera, pode-se construir uma justiça que oferte as respostas prometidas e contribua para a construção de uma cultura de paz.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, J. M. **Violência institucional em maternidades públicas**: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero. 2010. 215 f. Tese (Doutorado emMedicina Preventiva) - Programa de Pós-graduação em Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BATISTA, A. P. B.; CADAN, D. Das violências às vulnerabilidades. *In*: BATISTA, A. P.; CADAN, D. **Violências, Vulnerabilidades e Psicologia:** um olhar para o sistema de justiça. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Violência obstétrica: você sabe o que é?.* Escola da Defensoria Pública do Estado: São Paulo, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto-Lei Nº 2.848, De 7 de Dezembro de 1940. Brasília, DF, 1940.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília, DF, 2005.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002.

CAVALCANTI, P. A.; SCHNECK, C. A.; DINIZ, S. C. G. **A legislação brasileira e a violência institucional no parto e nascimento.** *In:* VIII Congresso Brasileiro de Enfermagem Obstétrica e Neonatal Organizado – COBEON, 2013, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: ABENFO-SC e Departamento de Enfermagem da UFSC, 2013.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça [*on-line*]. **Justiça Restaurativa**. Disponível em: . https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/justica-restaurativa/. Acesso em: 31 mai. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça restaurativa**: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz. Brasília: CNJ, 2016.

CNJ. **Resolução 225/2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. DJe/CNJ, nº 91, de 02/06/2016, p. 28-33.

DINIZ, S. C. G.; CHACHAM, A. *O 'corte por cima' e o 'corte por baixo': o abuso de cesáreas e episiotomias em São Paulo.* **Questões Saúde Reprodutiva**, v. 1, n. 1, p. 80-91, 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1044924/mod_resource/content/1/O%20%E2%80%9Ccorte%20por%20cima%E2%80%9D%20e%20o%20%E2%80%9Ccorte%20por%20baixo%E2%80%9D.pdf. Acesso em: 08 Abr. 2020.

DINIZ, S. G. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. Ciência & Saúde Coletiva, 10(3): 627-637, 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019. Acesso em 07 Abr.2020.

FOUCAULT, M. **A Arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. 275 p.

FREITAG, R. da S. violência obstétrica como violência de gênero: como indenizar a vítima? **Jus Brasil** [*on-line*], 2017. Disponível em: https://renatafreitag.jusbrasil.com.br/artigos/585710533/violencia-obstetrica-como-violencia-de-genero-como-indenizar-a-vitima. Acesso em: 08 Abr. 2020.

GOMES, A. M. Da Violência institucional à rede materna e infantil: Desafios e possibilidades para efetivação dos direitos humanos e redução da mortalidade. *In:* MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Cadernos HumanizaSUS**: Volume 4 - Humanização do parto e nascimento. Brasília, DF: UECE/Ministério da Saúde, 2014. p. 133-154.

LORASCHI, A.; MACHADO, C. L. K. Violência Obstétrica no Brasil: revisão histórica e aspectos jurídicos. *In*: BATISTA, A. P.; CADAN, D. **Violências, Vulnerabilidades e Psicologia**: um olhar para o sistema de justiça. São Paulo: TIrant lo Blanch, 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Cadernos HumanizaSUS** - Volume 4: Humanização do parto e do nascimento. Brasília: Universidade Estadual do Ceará, 2014. 467 p. Disponível em: http://www.redehumanizasus.net/sites/default/files/caderno_humanizasus_v4_humanizacao_parto.pdf. Acesso em: 10 Abr. 2020.

MORRISON, B. Justiça Restaurativa nas Escolas. *In*: MORRIS, A.; *et al*. **Justiça Restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça/ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005. p. 295-319. Disponível em https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf. Acessos em 06 Abr. 2020.

OLIVEIRA, V. J.; PENNA, C. M. de M. O discurso da violência obstétrica na voz das mulheres e dos profissionais de saúde. **Texto contexto – enfermagem.** Florianópolis, v. 26, n. 2, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072017000200331&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 06 Abr. 2020.

PANASIEWICZ, R.; BAPTISTA, P. A. N. **A Ciência e seus Métodos**: os diversos métodos de pesquisa. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2013. Disponível em: http://ppg.fumec.br/ecc/wp-content/uploads/2016/12/MetodCientifica_02.pdf

QUINTANA, S. C. R. **Justiça Restaurativa**: a trajetória da implantação em Campinas. São Paulo: Novas Edições, 2015. 200 p.

REY, L. F. G. **Pesquisa Qualitativa em Psicologia**: caminhos e desafios. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002. 204 p.

RIBEIRO, A. C. L.; FERLA, A. A. Como médicos se tornaram deuses: reflexões acerca do poder médico na atualidade. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 22, n. 2, p. 294-314, ago. 2016. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682016000200004&lng=pt&nrm=iso. Acessos em: 24 Ago. 2020.

SALM, J.; LEAL, J. da S. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 64, p. 195-226, Jul. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 Jun. 2020.

SÁNCHEZ, J.-M. S. **A expansão do Direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 204 p.

SILVA, D. M. P. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003. 592 p.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ- TJPR. **Manual de Justiça Restaurativa** (anexo à Resolução 04/2015 TJPR) [*on-line*], 2015. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/7836487/Manual+JR+-+NUPEMEC+TJPR.pdf/2dee4c67-fc1a-40ae-a896-9b86a7d631a1. Acesso em: 06 Abr. 2020.

UNICEF. Campanha "Quem espera, espera". Fundo das Nações Unidas para a Infância. 2017. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/quem_espera_espera.pdf. Acesso em: 08 Abr. 2020.

WARAT, L. A. **Em nome do acordo:** a mediação no Direito. Florianópolis: EModara, 2018. 104 p.

WOLFF, L. R.; WALDOW, V. R. Violência consentida: mulheres em trabalho de parto e parto. **Revista Saúde e sociedade** [*online*],v. 17, n. 3, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902008000300014&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 04 Abr. 2020.

ZANARDO, G. L. de P.; *et al*. Violência obstétrica no brasil: uma revisão narrativa. **Psicol. Soc.**, Belo Horizonte, v. 29, 2017. Disponível em :<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822017000100218&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 Apr. 2020.

ZEHR, H. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. 336 p.

O Juiz de Garantias e a Superação do Déficit de Imparcialidade no Processo Penal Brasileiro

André Machado Maya[15]

INTRODUÇÃO

O presente ensaio é resultado do projeto *Bate-Papo jurídico*, realizado pela editora Tirant lo Blanch e conduzido com brilhantismo pelo professor Leonardo Rodrigues. Em uma produtiva conversa, no dia 04 de maio de 2020, transmitida pelas redes sociais da Tirant, tratamos do tema do juiz de garantias e sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei 13.964/19, fruto de elevada controvérsia no campo jurídico pátrio.

Produzido, então, como resultado do profícuo diálogo, este escrito tem por objetivo expor, de maneira sintetizada, a importância da implementação dessa figura – juiz de garantias – no ordenamento jurídico brasileiro. Especificamente, a hipótese é que a sua incorporação tem potencial de contribuir para a otimização da imparcialidade, criando ambiente para superação de déficits históricos quanto ao direito de ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial.

A este efeito, o presente estudo é organizado em três partes: na primeira, é contextualizada a relação entre o juiz de garantias e a garantia da imparcialidade nas reformas processuais penais europeias e latino-americanas. A segunda parte é dedicada a destacar o déficit de imparcialidade no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, na terceira parte pretende-se demonstrar em que medida pode o juiz de garantias contribuir para um julgamento mais imparcial, analisando a normativa brasileira. Por se tratar de um ensaio que resulta de uma conversa informal, o texto ora apresentado não seguirá com rigor uma específica metodologia científica, mas se centrará na argumentação e no apontamento de questões centrais à sua temática.

---

15 Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS (2015); Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2009); Especialista em Direito do Estado pela UniRitter (2005) e em Ciências Penais pela PUCRS (2007). Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). Advogado. *E-mail* de contato: andremmaya@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3870540054423155.

1. RELAÇÕES UMBILICAIS ENTRE IMPARCIALIDADE E JUIZ DE GARANTIAS

Embora uma novidade no Brasil, a figura do juiz de garantias não é propriamente nova no cenário processual penal internacional. Uma análise atenta das reformas processuais de alguns países europeus – como Itália e Alemanha – e de outros latino-americanos – por todos, o Chile – evidencia uma tendência de incorporação dessa figura no âmbito do direito processual penal já desde a longínqua década de oitenta do século passado.

A sua relação para com a garantia da imparcialidade, nesse contexto, exsurge do exame dos fundamentos para a criação dessa figura processual. Por que um juiz de garantias? A cisão da persecução penal em duas fases estanques – uma de investigação, outra de instrução e julgamento – tem um objetivo muito claro: a tutela da imparcialidade do juiz competente para a instrução criminal e o julgamento. Ao se atribuir a investigação criminal a um juiz que não será o competente para presidir a produção de provas e julgar, restará preservada a imparcialidade deste último, criando melhores condições de concretização de outras garantias inerentes ao devido processo legal. Isso porque, na medida em que o juiz competente para o julgamento não conhece os elementos produzidos na fase investigativa, reduzem-se as possibilidades de que atue com pré-juízos sobre o fato e eventual culpabilidade do acusado. Assim, em tese, resta preservada em maior medida a sua equidistância em relação às partes, a sua posição de *terzietà* (FERRAJOLI, 2006).

Na Itália, o *giudice per le indagini preliminare* foi pensado com este objetivo, como parte de uma reforma mais ampla, que contou também com a atribuição do controle da investigação criminal ao Ministério Público, como forma de reforçar a função de garantia inerente à jurisdição. Assim como em outros países europeus, a adequação da legislação interna a patamares democráticos foi impulsionada por uma série de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre violações ao direito de ser julgado por um juiz imparcial,[16] em especial relacionadas à figura do *juiz de instrução*, a quem era atribuído o controle da investigação preliminar e a formalização da acusação.

Dentre tantos precedentes, sobressai em importância o julgamento do caso *De Cubber vs. Bélgica* (1984), em que um dos juízes que integraram o colegiado que proferiu sentença condenatória havia conduzido a investigação criminal por longos dois anos, interrogando o suspeito e decidindo sobre sua prisão e liberdade. No entender da Corte Europeia, o exercício anterior de função semelhante à de autoridade policial, inclusive porque vinculada à fiscalização do Ministério

16 Outros precedentes importantes: *Bem Yaacoub vs. Bélgica* (1987), *Hauschild vs. Dinamarca* (1989), *Oberschlick vs. Áustria* (1991), *Pfeifer e Plankl vs. Áustria* (1992), *Castillo Algar vs. Espanha* (1998), *Tierce and others vs. San Marino* (2000).

Público, retirava do juiz a necessária isenção para participar do julgamento de mérito (MAYA, 2020, p. 50). Em apertada síntese, é possível extrair duas conclusões iniciais a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: (I) a garantia da imparcialidade é central para a conformação do devido processo legal; e (II) a atuação jurisdicional efetiva no curso da investigação criminal, inerente à análise pormenorizada dos elementos indiciários produzidos nessa fase e materializada em decisões que exigem do magistrado um juízo minimamente vertical de cognição, tem aptidão para gerar dúvida fundada sobre possível quebra da sua imparcialidade. Disso se percebe que a Corte Europeia compreende a imparcialidade não apenas por um viés subjetivo (isenção anímica) mas, também, por outro objetivo, segundo o qual o julgador deve apresentar condições de afastar quaisquer dúvidas razoáveis acerca da sua imparcialidade. Essa perspectiva objetiva dá ensejo à teoria da aparência, segundo a qual não basta que o juiz seja imparcial; ele deve demonstrar ser imparcial, preservando, assim, a confiança da sociedade nas decisões jurisdicionais. (MAYA, 2020, p. 50).

Mesmo caminho trilharam os países latino-americanos nas reformas processuais penais levadas a cabo nas últimas décadas, das quais a operada pelo Chile revela-se paradigmática. A substituição do juiz investigador, acompanhada da criação do Ministério Público e da atribuição do poder acusatório a este órgão, revela a opção acusatória e a preocupação para com a efetivação da garantia da imparcialidade também no âmbito da América Latina. A isso também se presta o abandono dos expedientes escritos e secretos, a opção pela oralidade, e o reforço da publicidade por intermédio da estruturação de um modelo de processo por audiências, tudo a revelar a intenção de superação das práticas inquisitoriais oriundas da conquista e da colonização espanhola (MAYER, 2000, p. 17).

Portanto, não configura exagero afirmar que a imparcialidade é o mote propulsor do surgimento da figura do juiz de garantias, cuja estruturação materializa uma separação irrestrita entre as fases de investigação e julgamento, e cria condições para uma atuação jurisdicional subjetivamente desinteressada em ambas as fases da persecução penal.

2. DÉFICITS DE IMPARCIALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tema da imparcialidade é certamente uma das questões centrais do direito processual penal, com o qual se conectam inúmeras outras garantias integrantes do devido processo legal. Não sem razão Isabel Trujillo (2007) a qualifica como uma *conditio sine que non* da jurisdição, e Zaffaroni (2000) afirma não existir jurisdição sem imparcialidade. Com efeito, a relevância da imparcialidade para o modelo acusatório do processo pode ser delineada pelo seguinte questionamento: Por que motivo, em determinado momento histórico, há alguns séculos atrás, alguém pensou na necessidade de separar as funções de acusar e julgar?

A resposta a essa pergunta nos traz a exata dimensão do papel da imparcialidade para um processo penal verdadeiramente acusatório, e consequentemente a importância da sua concretização na máxima medida do possível.

Não obstante isso, no plano da *law in action* são vários os indicativos do que se pode diagnosticar como uma baixa densidade da garantia da imparcialidade no plano interno brasileiro.

O primeiro deles é o Recurso Especial 1.357.393/RS. No caso, uma sentença condenatória fora anulada em recurso de apelação, por violação ao artigo 212 do CPP. O processo, então, retornou para renovação da instrução criminal, perante o juízo prevento. A defesa arguiu sua suspeição, em razão de já ter formado seu convencimento sobre os fatos e a culpabilidade do réu. O Tribunal, então, determinou que a instrução fosse realizada por outro juízo. Em sede de Recurso Especial, o STJ afirmou que a regra da prevenção deveria ser observada. Segundo a Corte Superior, "não é possível afirmar que o juiz já possui convicção formada em relação ao que é imputado ao excipiente pelo simples fato de já ter julgado a causa, posteriormente anulada pelo Tribunal de origem."

O segundo exemplo é o julgamento do Habeas Corpus 146.666, pelo Supremo Tribunal Federal. Aqui, o Ministro Relator do *habeas corpus* era padrinho de casamento da filha do paciente. Após concessão da ordem, indagado sobre essa circunstância pela imprensa, o julgador respondeu com uma indagação: ser padrinho de casamento impede alguém de julgar um caso?

Os casos narrados são dois entre inúmeros outros em que quotidianamente se verifica uma relativização das garantias processuais penais, resultado da consolidação de uma perspectiva utilitarista do processo penal, segundo a qual, a bem da efetividade da jurisdição penal, os fins justificam os meios. Com a garantia da imparcialidade não é diferente. Não obstante STF e STJ tenham admitido, recentemente, que as hipóteses de suspeição do artigo 254 do Código de Processo Penal não são taxativas, a jurisprudência dominante sobre essa matéria indica uma interpretação no sentido de uma presunção quase absoluta da imparcialidade, do que resulta que as partes devem comprovar a parcialidade para obter o afastamento do juiz. A dúvida, no plano jurisdicional pátrio, não tem sido suficiente a justificar o afastamento do juiz.

Mas o que significa imparcialidade, afinal? Tanto doutrina quanto jurisprudência propõem definições a partir de uma dupla perspectiva: subjetiva e objetiva. Desde uma perspectiva subjetiva, não é raro encontrar equiparações entre imparcialidade e neutralidade. O *ser imparcial* estaria associado à ausência de juízos de valores. Outros ramos da ciência já alcançaram a compreensão de que a neutralidade é uma utopia, na medida em que a personalidade é formada a partir de estruturas internas e externas. Psiquiatria e filosofia já entenderam que não existe decisão humana neutra, como nos ensinam há longa data Freud e Heideger

(MAYA, 2014). O atuar imparcial, portanto, não está relacionado à ausência de valores e ideologias (plano abstrato), mas sim à ausência de juízos prévios acerca do fato ou de interesse no seu resultado (plano concreto). Desde uma perspectiva objetiva, é comum que imparcialidade seja considerada a partir de uma aproximação legalista, em alusão à observância dos procedimentos legais. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em vários precedentes, menciona a teoria da aparência para ressaltar a importância do prisma objetivo da imparcialidade: a irrestrita observância do devido processo legal é determinante à identificação da imparcialidade, ou pelo menos afasta as possíveis suspeitas de parcialidade.

A perspectiva objetiva é inegavelmente importante. Isso porque não somos capazes de ingressar no intelecto do julgador para controlar a sua subjetividade. Mas não só por isso. Também porque a sociedade (além das partes) precisa confiar na atuação legítima dos juízes. E são as regras do devido processo legal, objetivas por natureza, que determinam a legitimidade do exercício do poder punitivo estatal. A atuação do juiz conforme as regras do devido processo nos autoriza supor que o julgador está agindo sem interesse no resultado do processo.

O entendimento afirmado nos dois casos acima destacados é resultado da consolidação da compreensão de imparcialidade desde uma perspectiva estritamente objetiva, atrelada ao cumprimento das regras que conformam o devido processo legal. A regra da prevenção, de um lado, e uma interpretação restritiva do artigo 254 do CPP, de outro. Disso decorre, então, que a perspectiva objetiva, isoladamente, parece ser insuficiente à finalidade de assegurar um julgamento imparcial. Com efeito, ainda que o atuar conforme o devido processo legal seja um indicativo de imparcialidade, e aqui reconhecemos a importância da teoria da aparência, a realidade nos mostra que essa atuação objetiva está a ocultar pré-juízos ou pré-conceitos incompatíveis com o dever de imparcialidade imposto aos julgadores.

A reforçar esse cenário, sobressaem no plano normativo a possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória mesmo diante de pleito absolutório do órgão acusatório (artigo 385, CPP); o reiterado veto presidencial a dispositivo que determina o impedimento do julgador que tomou contato com prova declarada ilícita; a possibilidade de o magistrado determinar a produção de prova de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal; e o poder de determinar a inquirição de testemunhas referidas mesmo sem requerimento das partes. E de volta ao plano jurisprudencial, o entendimento de que a formulação de perguntas às testemunhas pelo juiz, mesmo quando ausente o Ministério Público, não configura quebra de imparcialidade, é indicativo da baixa densidade a que se faz referência.

Esse cenário desenhado evidencia a necessidade de buscarmos novas formas de proteção, ou de efetivação dessa garantia essencial para jurisdição dos Estados Democráticos de Direito. É preciso superar essa neutralização da garantia da imparcialidade. Isso, porém, só será possível mediante a compreensão de que, na sua essência, o direito de ser julgado por um juiz imparcial significa algo mais do que

a mera aparência de imparcialidade. É impositivo que o juiz seja efetivamente um terceiro, tanto objetiva, quanto subjetivamente. A *terzietà*, expressão utilizada por Ferrajoli (2006), indica um desinteresse subjetivo, uma ausência de pré-conceitos, de pré-juízos, de convicções. Todos fatores naturalmente subjetivos. Portanto, imparcialidade é algo em essência subjetivo. Apenas o controle dessa subjetividade, porque regulado pelo direito, é que é objetivo (MAYA, 2014).

Demarcado isso, resta claro que a superação do déficit de imparcialidade que marca o ordenamento jurídico-processual brasileiro depende da criação de limites objetivos mais claros em relação ao regramento das hipóteses de suspeição e impedimento, em comparação com o atual regramento do Código de Processo Penal. Pois o juiz de garantias é um desses limites. A essa figura processual é destinada a parte final do presente estudo.

3. CONTRIBUTOS DO JUIZ DE GARANTIAS PARA A IMPARCIALIDADE

A estruturação da persecução penal em duas fases distintas, cada uma delas atribuída a um magistrado, configura um avanço inequívoco na proteção da garantia da imparcialidade.

Com efeito, na medida em que compreendida a relevância do aspecto subjetivo – ausência de juízos prévios – para a garantia da imparcialidade, resulta natural a conclusão de que a atribuição de competência para julgamento a juiz distinto do que atuou na fase preliminar contribui para efetivação da imparcialidade. No mínimo, diminui sensivelmente as possibilidades de um julgamento contaminado pelos elementos colhidos na investigação.

Não obstante isso, a depender de como prevista normativamente sua implementação, o resultado em termos de efetivação da imparcialidade pode sofrer variações.

Exemplificativamente, a delimitação da competência do juiz de garantias interfere diretamente na potencialidade do juiz de garantias. A quem compete a decisão de recebimento da denúncia? No PLS 156/2009 esse ato processual é atribuído ao juiz do processo. A Lei 13.964/19, porém, atribuiu ao juiz de garantias o exame de admissibilidade da denúncia ou queixa, com o que potencializou a proteção da imparcialidade do juiz do processo. Isso porque a verificação da justa causa para o processo penal, inerente a essa primeira decisão, pressupõe uma análise dos elementos colhidos na investigação criminal, ainda que de cognição horizontal. Logicamente, o contato com os elementos produzidos na investigação propicia a formação de um juízo prévio e, pois, uma contaminação subjetiva característica da quebra da imparcialidade (MAYA, 2020). A previsão normativa do denominado *Pacote Anticrime*, nesse ponto, confere maior proteção à garantia da imparcialidade.

Outra questão determinante guarda relação com o destino do inquérito policial. Devem o expediente investigativo acompanhar a denúncia e ser juntado ao

processo, ou ser arquivado perante o juizado de garantias? A controvérsia não é recente, e está diretamente relacionada com a finalidade do inquérito policial. Em se tratando de expediente orientado à formação da *opinio delicti* do órgão acusatório, uma vez apresentada a denúncia, não se justifica a sua manutenção no processo. Seu apensamento propicia ao juiz tomar contato com elementos indiciários produzidos sem ampla defesa e contraditório, e disso decorre a sua contaminação subjetiva. De outro lado, sustenta-se que algumas evidências colhidas pela autoridade policial são irrepetíveis e imprescindíveis para a comprovação da existência do crime e da sua autoria, do que resulta importante a permanência do inquérito no processo.

Sobre esse ponto, o PLS 156/2009 não tinha nenhuma previsão expressa. A ausência de regra determinando o desentranhamento do inquérito policial conduzia à interpretação de que a reforma processual penal mantinha a prática consolidada de apensamento do expediente investigativo aos autos do processo. A Lei 13.964/2009, no entanto, trouxe expressa previsão de desentranhamento do inquérito policial, determinando que o expediente deve ser mantido no juizado de garantias, à disposição das partes processuais. A única ressalva diz respeito às medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que seguirão apensadas em apartado ao processo.

A toda evidência, a previsão normativa do denominado *Pacote Anticrime*, novamente, confere maior efetividade à garantia da imparcialidade. Isso porque não é a atuação do julgador na fase investigativa, por si só, o que gera risco de contaminação subjetiva, mas propriamente o seu contato com os elementos indiciários produzidos nessa fase, sem contraditório e sem ampla defesa (MAYA, 2020, p. 124). Ademais, como consequência da nova regra de exclusão física do inquérito policial, decorre a premissa de que não podem as partes juntar elementos informativos do inquérito aos autos, o que significaria indevida burla ao disposto no parágrafo 3º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal.

Por derradeiro, merece destaque a previsão de que as decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de dez dias (Artigo 3º-C, § 2º, CPP). A não vinculação é decorrente da independência, garantia estruturante do Poder Judiciário. Ademais, as medidas cautelares devem obedecer ao critério de atualidade, do que decorre que sua vigência somente se justifica enquanto houver necessidade de acautelamento. Daí a óbvia possibilidade de que sejam revisadas a qualquer tempo, e a correta opção do legislador por criar uma obrigação de revisão das medidas cautelares logo após o recebimento da denúncia ou queixa.

Não obstante isso, ao atribuir a revisão das medidas cautelares ao juiz do processo, a Lei 13.964/19 criou um risco à garantia da imparcialidade. Isso porque a revisão pressupõe o acesso às decisões do juiz de garantias, que impuseram a cautelar e, também, aos elementos indiciários da investigação que embasaram

a posição da cautelar. Como analisar sua adequação e necessidade sem conhecimento dos motivos que levaram a sua imposição? O contato com os elementos do expediente investigativo, nesse ponto, parece necessário a possibilitar essa revisão determinada pelo legislador. Com isso, porém, cria-se significativo risco de contaminação subjetiva, justamente o que se pretende evitar com a criação dos juizados de garantia e a exclusão física dos autos do inquérito policial. Melhor caminho teria sido, quiçá, atribuir a revisão das medidas cautelares ao juiz de garantias, deixando ao juiz do processo exclusivamente a função de conduzir a produção de provas e julgar.

Os pontos ora destacados são alguns, dentre tantos passíveis de questionamento, masque indicam uma tendência de zelo e atenção para com a garantia da imparcialidade, pressuposto para a superação da sua baixa densidade no ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente ensaio é possível afirmar, sem margens a erro, que o fundamento da criação do juiz de garantias, com a consequente cisão da persecução penal em duas fases distintas, está na proteção da garantia da imparcialidade. Desde uma perspectiva abstrata, tem-se inequivocamente uma medida que contribui para um julgamento mais imparcial, ou que reduz sensivelmente os riscos de parcialidade. Não obstante isso, no plano concreto essa efetivação da imparcialidade dependerá de como será implementada a figura do juiz de garantias, e do tratamento a ela dispensado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial quanto às consequências dos descumprimentos das regras criadas pela Lei 13.964/19.

Trata-se, enfim, de importante avanço normativo no âmbito processual penal, ainda que desacompanhado de uma alteração mais profunda do modelo de administração da justiça penal que vigora historicamente no Brasil, pois mantida a metodologia escrita e o arquivamento cronológico e burocrático dos atos da persecução penal. Nesse ponto, a propósito, a reforma brasileira se distancia do caminho trilhado pelas reformas processuais penais europeias e latino-americanas, nas quais o juiz de garantias é um dos elementos no contexto de uma modificação mais profunda, em especial pautada pela superação da escritura em detrimento da oralidade.

Não obstante isso, a incorporação do juiz de garantias ao ordenamento jurídico brasileiro é um passo importante e necessário na busca por um modelo de processo penal mais adequado aos padrões democráticos próprios do sistema acusatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado* – análisis comparado del proceso legal. Editorial jurídica de Chile: Santiago, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* – teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 6.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FREUD, Sigmund. *O Ego e o Id.* In: Obras completas de Sigmund Freud - O Ego, o Id e outros trabalhos. v. XIX. Edição *standard* brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 15.ed. Trad. Maria Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal:* da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAYA, André Machado. Juiz de Garantias: origem, fundamentos e análise da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad.* México: UNAM, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário:* crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Algumas Consequências Políticas do Lawfare no Brasil

Some Political Consequences of Lawfare in Brazil

Antonio Eduardo Ramires Santoro[17]

RESUMO:

O uso do sistema penal com finalidades políticas no Brasil, uma das possibilidades instrumentais do Lawfare, foi determinante para a configuração do atual cenário político, especialmente pela Operação Lava Jato. O problema que se pretende responder com esse trabalho constitui-se no seguinte questionamento: é possível apontar algumas consequências do Lawfare que conduziu à formação do atual governo? Por meio de uma revisitação da teoria do Lawfare e de como a Operação Lava Jato foi instrumentalmente decisiva para o resultado das eleições de 2018, apontou-se duas consequências políticas: a importância das escolhas políticas para cargos considerados chaves e a ocupação de cargos chaves por exercentes de funções inerentes sistema penal.

PALAVRAS-CHAVE: Lawfare; Operação Lava Jato; Maxiprocessos.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Lawfare político no Brasil; 2. Maxiprocessos como instrumentos de Lawfare: a eleição de 2018. Duas consequências políticas à guisa de conclusão

17 Professor Associado de Direito Processual Penal da PPGD/FND/UFRJ – Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Professor Titular do IBMEC/RJ.
Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP – Universidade Católica de Petrópolis.
Pós-doutor pela Universidade de Coimbra.
Pós-doutor pela Universidad Nacional de La Matanza – Argentina.
Doutor e Mestre pela UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Mestre pela Universidad de Granada – Espanha.
Coordenador do Grupo de Pesquisa "O Sistema Penal sob Olhar Crítico" UFRJ/UCP.
Jovem Cientista do Nosso Estado – FAPERJ.
Advogado Criminalista.

INTRODUÇÃO

Quando eu e Natália Lucero Frias Tavares começamos a escrever sobre Lawfare no ano de 2016 imaginávamos que o tema poderia se tornar uma das principais pautas de debate jurídico e político do país, mas quando escrevemos o artigo "O uso do sistema penal como Lawfare Político"[18] no ano de 2017, não sabíamos que ele seria traduzido para outras línguas[19] e seria discutido em diversas partes do mundo.

Decerto o interesse gerado pela imbricação entre o direito e a política que terminou determinando os rumos das eleições de 2018[20] agudizou o tema, mas também tornou necessária uma reflexão sobre as consequências do processo complexo que levou a extrema direita à presidência da República do Brasil.

O convite do Professor Leonardo Rodrigues para o Bate Papo Jurídico pela Tirant Lo Blanch, em meio às normas de isolamento social na pandemia provocou discussões importantes que levaram à redação desse breve artigo.

O problema que move esse escrito pode ser assim descrito: é possível apontar algumas consequências do Lawfare que conduziu à formação do atual governo?

O tema será abordado fazendo uma sucinta revisão da teoria do Lawfare e sua contribuição decisiva para a construção do atual quadro político do país, para então ser realizada uma análise sobre os aspectos que possam ser considerados como suas consequências políticas.

1. LAWFARE POLÍTICO NO BRASIL

O termo "Lawfare" foi enunciado em 2001 pelo então General da Força Aérea norte-americana Charles Dunlap e definido como "a estratégia do uso – ou não uso – do Direito como um substitutivo dos meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate de guerra"[21].

Segundo Kittrie, o "Direito vem se tornando uma arma cada vez mais poderosa e prevalente do que a guerra"[22] por conta do aumento do número de leis

---

18 SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natalia Lucero Frias. O uso do sistema penal como lawfare político. In: VII Encontro Internacional do CONPEDI, 2017, Braga. **Criminologias e política criminal**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 47-67.

19 SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natalia Lucero Frias. El uso del sistema penal como lawfare político. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, v. 1, p. 151-175, 2019.

20 SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natalia Lucero Frias. **Lawfare Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

21 Tradução livre de DUNLAP JR., Charles J. Lawfare Today and Tomorrow in: **International Law and Changing Character of War**. Raul A. Pete Pedrozo e Daria P. Wollsschlaeger editores, p. 315. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship. Acessado em 06 mai 2017.

22 Tradução livre de KITTRIE, Orde F. **Lawfare: law as a weapon of war**. New York: Oxford University Press, 2016, p. 1.

e tribunais internacionais, a criação de ONG's dedicadas aos conflitos armados, a revolução na tecnologia da informação, o avanço da globalização e, bem assim, a interdependência econômica.

Kittrie aponta que a definição fornecida por Dunlap, que foi por ele adotada em seu livro, não é a única. O autor faz menção a um grupo de advogados que mantêm o sítio na rede mundial de computadores com o nome "The Lawfare Project" e que entendem o Lawfare com uma conotação negativa e admitem que o Direito possa não apenas ser usado como um sucedâneo da guerra, mas também das batalhas políticas.

As disputas por espaços de poder, antes restritas à arena política, especialmente no âmbito do parlamento, se expandem a cada dia mais para a arena jurídica, com embates no plano judicial, não apenas pelo o acesso dos políticos e partidos ao Judiciário com demandas sobre questões que estão até mesmo no dia a dia da vida parlamentar, como é o caso da discussão sobre a legalidade ou constitucionalidade de tramitações de projetos de lei ainda em discussão no Congresso Nacional, mas também com a incidência da justiça penal sobre agentes políticos, afetando diretamente as questões políticas.

Assim, inspirado na abordagem de Kittrie, podemos indicar dois testes para identificar se uma ação[23] jurídica pode ser qualificada como Lawfare político: (1) o autor (seja uma pessoa ou um grupo político) da ação deve usar o Direito para criar os mesmos ou similares efeitos àqueles tradicionalmente buscados pela ações políticas e (2) a motivação do autor da ação ou de pessoas ou grupos políticos que utilizam a ação deve ser enfraquecer ou destruir um adversário político contra o qual o Lawfare esta sendo manejado.

Importa ressaltar que o segundo teste, que diz respeito à motivação, não está restrito à análise da motivação do autor da ação, mas alternativamente à análise da pessoa ou grupo político que se vale da ação para fins políticos de enfraquecimento ou destruição de um adversário, ainda que a ação jurídica tenha sido manejada por seu autor com motivação jurídica.

Será exposto quais são os instrumentos legais de Lawfare político, como estratégia de embate entre grupos políticos internamente aos Estados soberanos, o que, por consequência, será compreendido no âmbito nacional.

De antemão importa frisar que em todos os casos há forte influência da agenda de interesses da mídia hegemônica. São esses os principais instrumentos de Lawfare político, seguidos de exemplos que os ilustrem:

(a) Iniciativa de criação de novas leis que permitam a redução de garantias no âmbito das persecuções penais.

---

23 Para desambiguar a expressão, deve se frisar que o termo "ação" não está sendo utilizada no sentido técnico processual como sinônimo de "ação judicial", mas no sentido de qualquer ação ou atividade juridicamente fundamentada.

As propostas de lei que permitam a redução de garantias no âmbito da persecução penal não necessariamente têm a finalidade de criar efeitos similares às ações políticas, mas permitem sua utilização prática exatamente por não conferir uma proteção ao cidadão pelas garantias constitucionais.

Por exemplo, o Ministério Público Federal, em agressiva campanha de marketing que envolvia órgãos de comunicação poderosos como o jornal "O Globo" e a "Rádio CBN"[24], ambos das organizações Globo, angariou mais de dois milhões de assinaturas para proposta de lei de iniciativa popular que chamou de "10 medidas contra a corrupção". Todavia, o essencial embate de natureza política que subjazia à iniciativa do ministério público ficou evidente com a discussão das medidas na câmara dos deputados.

O pacote de muito mais do que dez medidas não se prestavam necessariamente a combater a corrupção, pois presumiam a desonestidade do investigado e afastavam suas garantias individuais[25].

Diversas medidas constantes da proposta criavam mecanismos de eliminação de direitos fundamentais, como: a simulação de situações, sem o conhecimento do agente público ou empregado, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer crimes contra a administração pública, criando um absurdo cadastro de possíveis corruptos; outra hipótese violadora da presunção de inocência era a possibilidade de prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro, andando na contramão das medidas democráticas de substituição da prisão por medidas cautelares não prisionais para assegurar resultados que interessem ao processo; ainda, como exemplo, a criação de um sistema de nulidades que privilegiaria a validação de atos violadores da Constituição e da lei.

Entretanto as medidas foram alteradas nas discussões ocorridas na Câmara dos Deputados, após o debate na comissão especialmente constituída para este fim e votação no plenário da casa do Congresso.

Em sentido diverso do proposto, a Câmara aprovou algumas das medidas originalmente apresentadas na proposta e, ainda, uma outra muito diversa, que previa a punição de magistrados e membros do ministério público por abuso de autoridade.

Essa mudança implementada pelo Congresso deu o verdadeiro tom de disputa política institucional que envolvia a proposta das "dez medidas". De um lado, o ministério público propondo mudanças na legislação penal e processual penal e com isso assumindo institucionalmente um poder político maior em detrimento das garantias fundamentais e, do outro, o congresso nacional aprovando

---

24 LISTA de apoiadores por categoria. Disponível em http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/apoiadores/apoiadores/Lista-de-Apoiamento-por-Categoria.pdf. Acessado em 13 de maio de 2017.

25 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: as dez medidas contra a corrupção são só ousadas. **Boletim IBCCRIM**. vol. 277, dez 2015.

uma medida que controla o poder do ministério público e dos magistrados. Tal cisão termina por escancarar a disputa entre instituições vinculadas à atividade judiciária (magistratura e ministério público) e o Legislativo.

(b) Iniciativa de criação de novas leis com a tipificação aberta que permita a adequação de condutas com finalidade de coibição de ações políticas tidas como criminosas ou que invertam o ônus probatório.

A Lei nº 12.850/2013 criou o tipo penal de organização criminosa. Sua configuração é de tal forma aberta que não há qualquer dificuldade em adequar situações comezinhas a tal conceito legal de organização criminosa. Isso se verifica ao constatar que a colaboração premiada só deveria ser aplicada aos casos de organização criminosa e vem sendo utilizada largamente, diante da maleabilidade conceitual típica que antecede sua admissão como meio de investigação de prova.

Assim, de forma quiçá inusitada, a aplicação da colaboração premiada na prática vem envolvendo o enquadramento sobretudo de agremiações, partidos ou coligações políticas no conceito de "organização criminosa", alavancando o uso político – ou ao menos permitindo-o – dos conceitos e instrumentos jurídicos de "organização criminosa" e "colaboração premiada".

Outro exemplo de tipificação aberta está entre as anteriormente mencionadas medidas propostas pelo ministério público (chamadas dez medidas contra a corrupção), mais especificamente aquela que tipifica a conduta de enriquecimento ilícito. A questão que se coloca é que essa atividade legislativa não tem por finalidade coibir uma conduta que já não estivesse tipificada, mas utilizar uma nova tipificação para inverter o ônus da prova quanto ao crime de corrupção passiva, fato esse que é expressamente reconhecido pelo ministério público federal ao afirmar que a iniciativa decorre da "dificuldade de provar a corrupção", garantindo que "o agente não fique impune quando não for possível descobrir ou comprovar quais foram os atos específicos de corrupção praticados". Trata-se de um tipo que representa uma inversão do ônus da prova em relação à corrupção e ignora a presunção de inocência pois desconsidera a possibilidade de que o aumento patrimonial tenha decorrido de atividades lícitas não demonstradas, criminalizadas por inversão do ônus probatório.

Embora não se possa analisar os efeitos práticos dessa medida, que não foi aprovada, é possível verificar a possibilidade de sua utilização para criminalizar o agente político como "corrupto", desde que detenha um patrimônio que, embora declarado ao fisco, não esteja justificado pelos seus ganhos com a atividade política exercida.

(c) Jurisdicionalização de discussões outrora essencialmente reservadas ao campo político.

Há certas atividades que embora sejam tradicionalmente reservadas ao âmbito de discussão político, vêm sendo judicializadas. Um claro exemplo são as

discussões a respeito da criação de leis no âmbito do parlamento, que sempre foram matérias essencialmente políticas, mas estão sendo submetidas à apreciação dos tribunais.

Um caso claro de judicialização de questões essencialmente políticas é a medida cautelar em mandado de segurança nº 34.530, em que o deputado federal Eduardo Bolsonaro questionou a validade do processo legislativo pelo qual tramitou o projeto de lei nº 4850/2016.

O ministro Luiz Fux concedeu a medida liminar e determinou que o projeto de lei nº 4850/2016 retornasse do senado à câmara dos deputados e fosse autuado como projeto de iniciativa popular, sob o argumento de que o projeto não poderia ter sido autuado como de iniciativa de parlamentares, já que obteve mais de dois milhões de assinaturas de cidadãos brasileiros e, por isso mesmo, não poderia receber emendas ao seu texto para não desfigurá-lo como de iniciativa popular[26].

Não se pode, no âmbito desse trabalho, como previamente dito, ignorar a existência de outra questão de suma importância: a adesão ao texto aprovado da matéria que criminaliza o abuso de autoridade de magistrados e membros do ministério público, o que, de acordo com a decisão, era matéria cuja iniciativa é reservada ao Supremo Tribunal Federal. Isso desvela uma disputa política entre o Parlamento e o Judiciário.

De outro lado, fica claro que o STF decidiu a respeito de processo legislativo parlamentar, exatamente o oposto do que declarou o então Presidente da Câmara dos Deputados quando em 2015 afirmou publicamente que o "STF não interfere em processo legislativo"[27], por ocasião de sua manobra ao colocar em votação no dia 01 de julho de 2015 a emenda constitucional que visava reduzir a maioridade penal e, ao perder a votação, colocou na pauta no dia 02 de julho de 2015, dia seguinte, novo projeto com a mesma finalidade.

De fato, mais de cem deputados impetraram o mandado de segurança nº 33.697, mas naquela ocasião a liminar foi negada pelo ministro Celso de Mello[28], diversamente do que aconteceu com o mandado de segurança nº 34.530, cuja liminar foi concedida pelo ministro Luiz Fux. Essa situação ambígua pode desvelar uma motivação de disputa política por poder e controle de poder.

---

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530. relator Ministro Luiz Fux. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/liminar-fux-dez-medidas-corrupcao.pdf. Acessado em 13 de maio de 2017.

27 PITELLA JÚNIOR, João. STF não interfere no processo legialativo, diz Eduardo Cunha. Agência Câmara Notícias. 03 de julho de 2015. Disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/491620-STF-NAO-INTERFERE-NO-PROCESSO-LEGISLATIVO,-DIZ-EDUARDO-CUNHA.html. Acessado em 14 mai 2017.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.697. relator Minsitro Gilmar Mendes. relator da liminar em medida cautelar Ministro Celso de Mello. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/liminar-celso-mello-maioridade.pdf. Acessado em 14 de maio de 2017.

(d) Reinterpretação criativa de leis existentes reduzindo a importância dos direitos humanos e fundamentais.

É possível verificar que leis processuais já existentes há muito tempo e que conferiam alguma proteção a direitos fundamentais até mesmo antes da nova ordem constitucional de 1988, foram reinterpretadas de forma criativa, ou seja, com a criação de regras não constantes da lei escrita, como é o caso da condução coercitiva.

A condução coercitiva é medida utilizável em três casos: (1) de acordo com o art. 260 do CPP, caso o acusado não atenda à intimação para interrogatório ou reconhecimento de pessoa, poderá ser conduzido à presença da autoridade; (2) se a testemunha regularmente intimada não comparecer poderá ser conduzida pela autoridade policial por determinação judicial, conforme art. 218 e §1º do art. 461, ambos do CPP; (3) o perito regularmente intimado que não comparecer ao ato, poderá ser conduzido por determinação da autoridade judicial, conforme art. 278 do CPP.

O primeiro caso, em se tratando de intimação para interrogatório, parece claro, não resiste à uma leitura do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição e do art. 8, número 2, alínea g da Convenção Americana de Direitos Humanos. O próprio STF, ao julgar as ADPFs 395 e 444 entendeu que a medida era contrária ao texto Constitucional.

Todavia, em qualquer cenário, mesmo no primeiro em uma interpretação meramente literal da lei, os requisitos para que seja cabível a condução coercitiva seriam a intimação regular do acusado, testemunha ou perito e seu não comparecimento injustificado.

O que aconteceu no âmbito da operação Lava Jato foi o uso indiscriminado da condução coercitiva. Como se pode verificar pelo próprio sítio na rede mundial de computadores criado pelo ministério público federal para divulgar a operação[29], até o ano de 2017 foram executadas 207 conduções coercitivas, das quais de maior repercussão foi a condução do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Inobstante se possa afirmar que a decisão que determinou a condução coercitiva do ex-Presidente não tinha conteúdo político, porquanto apesar de criativa (no sentido de criar regras diversas daquelas expressas na lei), uma vez que foi determinada sem que o mesmo tivesse sido previamente intimado para o ato, atendeu ao mesmo critério que o juiz utilizou para autorizar as demais 206, há um dado que coloca em xeque sua independência do contexto político-midiático.

É que, sob o argumento de que impedir as filmagens e sua utilização seria um ato de censura, o juiz Sérgio Moro, afirmou que não autorizou a revista Veja

29 A Lava Jato em números. Disponível em http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros. Acessado em 23 de maio de 2017.

e à produção do filme "Polícia Federal – a lei é para todos" que filmassem a condução coercitiva, mas também não impediu sua divulgação.

A questão que se coloca é como produtores de um filme e um órgão de imprensa tinham conhecimento prévio de uma ação de natureza sigilosa?

Há uma conjunção de fatores convergindo para o uso político do Direito, senão por aqueles que praticam a ação, ao menos a ação possibilita o uso seu político por outros agentes.

(e) Instaurações de persecuções criminais para alcançar objetivos políticos.

A estratégia de instaurar persecuções penais para fins de perseguição pessoal não é nova, mas aqui estamos tratando não de uma perseguição pessoal, e sim de um ato de controle político.

Foi o que aconteceu, por exemplo, quando o então governador do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, para conter as grandes manifestações populares de junho de 2013, se utilizou do sistema penal para afastar garantias ao arrepio das regras constitucionais.

Após protestos realizados no Leblon, bairro onde morava o então governador, Sérgio Cabral convocou uma reunião de emergência com a "cúpula da segurança" do Estado[30] e no dia seguinte editou o Decreto nº 44.302 de 19 de julho de 2013.

O Decreto evidencia claramente o desejo de manusear o sistema penal contra as vozes de protesto político que ecoavam das ruas ao utilizar no preâmbulo que o ato se dirigia aos "grupos organizados" que perpetraram "atos de vandalismo". Para tanto criou uma "Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas – CEIV", composta pelo Ministério Público, pela Secretaria de Segurança Pública, pela Polícia Civil e pela Polícia Militar (nenhuma participação dos setores da sociedade que se manifestava nas ruas), com poderes inclusive de quebrar sigilos que a Constituição Federal considera invioláveis.

O referido Decreto vilipendiou os direitos fundamentais, afastou as garantias constitucionais e atribuiu a esta Comissão poderes de, sem ordem judicial e com prioridade, obter diretamente das Operadoras de Telefonia, informações para investigar os atos de "vandalismo", com claro objetivo de conter as manifestações políticas que então o assolavam.

(f) Divulgações de persecuções criminais com a afetação de imagens pessoais para alcançar objetivos políticos.

Naturalmente a imprensa tem uma agenda de cobertura de eventos relacionados ao Direito que não é de hoje. Basta ver que as páginas de notícias

---

30 Após quebra-quebra no Leblon, Cabral convoca reunião de emergência com cúpula de segurança. **R7**. 18 de julho de 2013. Disponível em http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-quebra-quebra-no-leblon-cabral-convoca-reuniao-de-emergencia-com-cupula-de-seguranca-18072013. Acessado em 23 de maio de 2017.

policiais sempre ocuparam os tabloides de notícias. No entanto é possível observar que as notícias sobre processos judiciais e ações policiais passaram a ter uma importante função política.

Pior do que a atuação da imprensa, agentes que antes não tinham uma função política (ao menos não macropolítica) passam a exercer atividades que excedem a função que lhes é legalmente atribuída e atuam como agentes políticos, com consequências práticas de suas atuações não convencionais.

2. MAXIPROCESSOS COMO INSTRUMENTOS DE LAWFARE: A ELEIÇÃO DE 2018

Luigi Ferrajoli jamais usou a expressão "lawfare" ou fez qualquer referência a estudos sobre esse tema, mas é possível identificar aquilo que ele[31] chama de subsistema penal de exceção como um dos apontados instrumentos de Lawfare político caracterizado como "instauração de persecuções criminais para alcançar objetivos políticos".

Em outras palavras, há uma identidade entre os fundamentos da intervenção punitiva no subsistema de penal de exceção trabalhado por Ferrajoli e os fundamentos da intervenção punitiva usada como instrumento de Lawfare: os objetivos políticos. O que confere legitimidade à punição não é mais a razão "jurídica, mas imediatamente política"[32]

Nesse contexto, o que Ferrajoli chamou de "razão de Estado" se sobrepõe à "razão jurídica" e não existe mais jurisdição, mas "arbítrio policialesco, repressão política"[33], incompatível com o Estado de direito. Entre as mais relevantes alterações no modelo clássico de legalidade penal nos processos de emergência[34] estão o que ele denominou de maxiprocessos[35].

Assim, com inspiração nas lições de Ferrajoli, é possível traçar as mais importantes características dos maxiprocessos: (1) cobertura midiática massiva; (2) o gigantismo processual[36]; (3) a confusão processual; (4) a mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal; (5) o incremento da utilização dos meios investigação ou obtenção de prova.

---

31 Esclareça-se que Luigi Ferrajoli não trata do Lawfare, expressão inexistente na sua obra, mas a relação que aqui se estabelece decorre da identificação pelo professor italiano da utilização política do sistema penal, tal como se apresentam algumas estratégias de Lawfare politico.

32 Op. cit., p. 747.

33 Idem, p. 751.

34 Idem, p. 758 e ss.

35 A expressão maxiprocessos é extraída de FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2014, p. 760 e ss. que o situa em uma espécie de direito penal especial ou de exceção. O termo também pode ser encontrada em ALFONSO, Roberto; CENTONE, Alessandro (a cura di). **Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze**. Milão: Giuffreé, 2011. Tratando como "megajustiça" confira-se PRATES, Fernanda. Práticas de interceptação e os riscos do modelo de "megajustiça". In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (org.). **Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

36 Expressão cunhada por FERRAJOLI. Op. cit., p. 760.

A Operação Lava Jato pode ser compreendida como um maxiprocesso, que reúne alguns dos instrumentos anteriormente apontados como caracterizadores do Lawfare, especialmente os dois últimos: a instauração de persecuções penais para alcançar objetivos políticos e suas divulgações para afetar imagens pessoais.

Dois exemplos podem ser dados sobre essa situação.

A primeira é a famosa apresentação pública em Powerpoint feita em entrevista coletiva concedida em um hotel de Curitiba em setembro de 2016 por Deltan Dallagnol, um dos procuradores da república integrantes da força-tarefa do ministério público federal que atua investigando e acusando nos processos da "operação Lava Jato" e responsável por denunciar o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

A apresentação, que consistia na exposição de um círculo ao centro do slide com a palavra "Lula" em caixa alta e mais 14 círculos o rodeando e para ele apontando, indicando ser ele o vértice de um esquema de corrupção. Todavia, além da evidente exposição pública de um caso que deveria ser apenas uma acusação em sede judicial, expunha entre os 14 círculos que apontavam para "Lula" diversas expressões com conotação política como "poder de decisão", "governabilidade corrompida" e "perpetuação criminosa no poder", denotando uma confusão entre a atuação jurídica e a perspectiva política.

Embora os procuradores neguem a atuação política, Teori Zavascki, então ministro do STF e relator dos processos da "Operação Lava Jato" naquele órgão, ao negar a Reclamação da defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para afastar o juiz Sérgio Moro do exercício da jurisdição dos processos envolvendo o ex-presidente porque havia dito em determinada decisão que ele era suspeito de ser o "arquiteto do esquema criminoso que vitimou a Petrobras", afirmou que a exposição em entrevista coletiva concedida pelos procuradores da força tarefa colocando o "(...) presidente Lula como líder da organização criminosa, dando a impressão sim, de que se estaria investigando essa organização criminosa, mas o objeto da denúncia não foi nada disso" e arrematou "essa espetacularização do episódio não é compatível nem com o objeto da denúncia, nem com a seriedade que se exige (...)"[37].

Se afigura muito claro que, além de não condizer com a função do ministério público no processo penal uma exposição pública da acusação, o que poderia denotar apenas um excessivo culto ao próprio ego e não uma atuação política, a utilização da técnica de centralizar a exposição na pessoa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva com expressões excessivamente políticas que não tinham reconhecidamente relação com o objeto da denúncia, permitem concluir ter ha-

37 MASCARENHAS, Gabriel. STF nega recurso de Lula e Teori critica 'espetacularização' na Lava Jato. **Folha de São Paulo** (on line). 04 de outubro de 2016. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819758-stf-nega-recurso-de-lula-e-teori-critica-espetacularizacao-na-lava-jato.shtml. Acessado em 23 de maio de 2017.

vido uma atuação política dos procuradores da república que participaram da entrevista à imprensa.

O outro caso em que a divulgação de atos processuais estava relacionada a objetivos políticos foi a publicização pelo juiz Sergio Moro das conversas entre o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a então presidente Dilma Roussef, gravada no âmbito de um monitoramento telefônico legalmente autorizado pelo próprio magistrado.

Deve se recordar que foi essa divulgação que motivou a decisão que impediu a posse de Lula na Chefia da Casa Civil. Foi, sem dúvida, muito revelador o diálogo divulgado pelo The Intercept Brazil entre Moro e Dallagnol um pouco antes da divulgação das conversas de Lula e Dilma para a imprensa.

Deltan Dallagnol perguntou a Moro em chat do Telegram: "A decisão de abrir está mantida mesmo com a nomeação, confirma?", ao que Moro responde com uma pergunta: "Qual a posição do mpf?". Dallagnol respondeu que a posição do Ministério Público federal era "Abrir". E foi o que aconteceu. Claramente uma decisão discutida entre acusação e juiz, sendo alijada a defesa dessa relação inquisitória.

Foram diversas as orientações dadas por Moro à acusação. Em março de 2017, Moro forneceu informações a Dallagnol para que este e sua equipe ouvisse o Marcos Valério, preso no processo do mensalão, a respeito do assassinato do prefeito Celso Daniel, para alimentar informações sobre o caso de Lula. Ocorre que a informação passada por Moro a Dallagnol lhe foi enviada pela então deputada do PSDB de São Paulo, atual senadora Mara Gabrili: "Prezado, a Deputada Mara Gabrili mandou o texto abaixo para mim, podem dar uma checada nisso. Favor manter reservado"[38].

Dallagnol respondeu: "Falei com Diogo, que checará"[39], referindo-se ao Procurador Diogo Castor de Mattos. O episódio coloca Moro diretamente no cenário político, em contato com parlamentares de determinado partido político, assumindo clara posição neste cenário.

Ainda segundo o jornalista Glenn Greenwald, havia diversas mensagens ainda não divulgadas pelo "The Intercept Brasil". Em uma delas Moro teria revelado que foi convidado por Bolsonaro para assumir o Ministério da Justiça ainda durante a campanha presidencial[40], o que terminou por se confirmar e sacramentar as respostas aos testes de Lawfare.

---

38 Idem.

39 Idem.

40 Disponível em https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/06/10/moro-relatou-convite-de-bolsonaro-antes-da-eleicao-diz-jornalista.htm. Acessado em 10 de junho de 2019.

DUAS CONSEQUÊNCIAS POLÍTICAS À GUISA DE CONCLUSÃO

Não faremos aqui uma abordagem das possíveis consequências jurídicas do Lawfare político. Já dedicamos diversos trabalhos às características dos maxiprocessos[41], cuja consolidação parece ser a maior contribuição para o sistema penal da estratégia do uso político do Direito.

Não se olvide do Projeto de Lei Anticrime, uma clara tentativa (e em certa medida bem-sucedida) de aplicar os dois primeiros instrumentos de Lawfare anteriormente referidos e que foram tratados em diversos trabalhos[42].

A nomeação de Sérgio Moro para o Ministério da Justiça e Segurança Pública colocou na pauta duas questões extremamente relevantes sob o ponto de vista político: a importância das escolhas políticas para cargos considerados chaves e a ocupação de cargos chaves por exercentes de funções inerentes sistema penal.

Desde o início do governo, ficou claro que as nomeações para cargos com atribuições para praticar ações jurídicas capazes de produzir efeitos sobre os embates políticos não seguiriam critérios considerados democráticos e que vinham sendo aplicados nos governos antecedentes.

A escolha do mais votado nas listas tríplices já havia sido superada por Michel Temer ao nomear Raquel Dodge Procuradora Geral da República, embora tivesse sido a segunda mais votada pela ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República, instituição responsável pela organização da lista.

Todavia, Jair Bolsonaro ignorou a lista tríplice e nomeou Augusto Aras Procurador Geral da República, sem que o mesmo figurasse na lista. Segundo o Presidente da República, sua intenção era nomear alguém alinhado com ele. A própria ANPR divulgou nota em que aponta que essa declaração "revelam uma incompreensão absolutamente equivocada sobre a natureza das instituições em um Estado democrático de Direito"[43].

---

41 SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Novos Desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-Constituição de 1988: os maxiprocessos como instrumentos de lawfare político. In: Antonio Eduardo Ramires Santoro; Flávio Mirza Maduro; Diogo Rudge Malan. (Org.). **Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988**. 1ed.Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 1, p. 61-72 e SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, p. 81, 2020.

42 SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Tiago (Organizadores). **Projeto de Lei Anticrime**: Análise Crítica dos Professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. v. 1. 222p

43 TUROLLO JR. Reynaldo; URIBE, Gustavo; COLETTA, Ricardo Della. Bolsonaro despreza lista tríplice e indica Augusto Aras para o comando da PGR. **Folha de São Paulo**. 5 setembro 2019. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/bolsonaro-ignora-lista-triplice-e-diz-a-augusto-aras-que-o-indicara-a-pgr.shtml. Acessado em 30 novembro 2020.

Menos de 4 meses antes, Bolsonaro já havia revelado que tinha assumido um compromisso com Sérgio Moro de que o nomearia para a primeira vaga de Ministro do Supremo Tribunal Federal[44], o que foi negado por Moro[45], tendo revelado posteriormente que sua única condição era uma pensão para sua família caso algo lhe acontecesse.

Episódio centralmente identificador dessa estratégia de atuação política foi revelado pelo então Ministro Sérgio Moro no momento de sua ruptura com o governo que ajudou a construir. Ao renunciar a seu cargo no dia 24 de abril de 2020, Moro disse ao público que o Presidente Jair Bolsonaro vinha interferindo na Polícia Federal para obter informações privilegiadas sobre inquéritos.

Segundo Moro, o Presidente, ao abordá-lo sobre a troca de comando da Diretoria Geral da Polícia Federal, "disse que queria uma pessoa do contato pessoal dele, que ele pudesse ligar, colher informações". O ex-Ministro e ex-Juiz responsável pela Operação Lava Jato que abriu caminho para eleição de Bolsonaro foi mais além e lhe "disse que tinha preocupação com inquéritos em curso no STF, e que a troca seria oportuna também por esse motivo"[46].

Bolsonaro respondeu Moro afirmando que o ex-Ministro teria condicionado a saída de Valeixo, então Diretor Geral da PF, à sua nomeação para a futura vaga no Supremo Tribunal Federal, o que foi negado por ele, que inclusive apresentou ao Jornal Nacional uma troca de mensagens com a Deputada Federal Carla Zambelli que propôs essa troca que não teria sido por ele aceita.

Nesse mesmo episódio, Moro apresentou à imprensa uma mensagem enviada pelo próprio Bolsonaro em que apontava que uma investigação contra deputados bolsonaristas seria mais uma razão para a troca do Diretor da Polícia Federal[47].

As versões conflitantes revelam duas importantes questões: a primeira é o quanto os cargos estratégicos da área jurídica passaram a serem pensados a partir da lógica do Lawfare e não do funcionamento independente das instituições e a segunda é que o Lawfare é autoalimentado, como num círculo vicioso, quanto mais se instrumentaliza o Direito para batalhas políticas, mais a disputa se intensifica, tanto que foi instaurado inquérito para investigar a troca de acusações feitas entre Moro e Bolsonaro.

---

44 BARBIÉRI, Luiz Felipe. Bolsonaro diz que vai indicar Sérgio Moro para vaga no STF. **G1**. 12 maio 2019. Disponível em https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/12/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-sergio-moro-para-vaga-no-stf.ghtml. Acessado em 30 novembro 2020.

45 SCHREIBER, Mariana. 4 perguntas para entender o compromisso de Bolsonaro com Moro no STF. **BBC**. 13 maio 2019. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48235633. Acessado em 30 novembro 2020.

46 **DEUTSCHEWELLE**. Moro Renuncia e ataca Bolsonaro. Disponível em https://www.dw.com/pt-br/moro-renuncia-e-ataca-bolsonaro/a-53226815. Acessado em 30 novembro 2020.

47 **BBC**. Mensagens mostram Bolsonaro pedindo troca na PF para proteger deputados, diz JN. Em 24 abril 2020. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52421508. Acessado em 30 novembro de 2020.

De outro lado, a quantidade de ocupantes de cargos nas agências do sistema penal e segurança pública, especialmente na polícia, pleiteando cargos políticos aumentou de forma considerável, na esteira da Operação Lava Jato e do discurso anticorrupção[48].

Nas eleições municipais de 2020 aumentou em 21% (vinte e um por cento) o número de candidatos militares e policiais. Considerando aqueles que registram na urna o cargo ou patente militar ou policial como apelido, houve um aumento de 64% em relação à eleição municipal anterior, ocorrida no ano de 2016. Houve 5.165 candidaturas com o nome "coronel", "sargento", "delegado" ou "comandante" nas urnas em 2020[49].

A maior parte dessas candidaturas está associada a partidos de direita, mais especificamente ao bolsonarismo, sendo mesmo possível que o uso de patente seja uma estratégia de associação ao Presidente, na medida em que seu desligamento de um partido não consolida a vinculação da sua imagem e apoio a candidatos militares e policiais, que terminam procurando outra forma de identificação.

Também é verdade que o resultado das eleições municipais de 2020, especialmente nos para os cargos majoritários de prefeito, revela que a estratégia não foi tão bem sucedida quanto podia parecer.

Resta agora esperar quais serão os movimentos políticos para as eleições de 2022 e em que medida as estratégias de Lawfare continuarão impactando os embates políticos.

Referências

ALFONSO, Roberto; CENTONE, Alessandro (a cura di). **Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze**. Milão: Giuffreé, 2011.

A Lava Jato em números. Disponível em http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros. Acessado em 23 de maio de 2017.

Após quebra-quebra no Leblon, Cabral convoca reunião de emergência com cúpula de segurança. **R7**. 18 de julho de 2013. Disponível em http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-quebra-quebra-no-leblon-cabral-convoca-reuniao-de-emergencia-com-cupula-de-seguranca-18072013. Acessado em 23 de maio de 2017.

BBC. Mensagens mostram Bolsonaro pedindo troca na PF para proteger deputados, diz JN. Em 24 abril 2020. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52421508. Acessado em 30 novembro de 2020.

48 **DEUTSCHEWELLE**. A "bancada" da Lava Jato. Disponível em https://www.dw.com/pt-br/a-bancada-da-lava-jato/a-45614855. Acessado em 30 novembro 2020.

49 LAGO, Cecília do. ELEIÇÕES 2020: Cresce 21% o número de candidatos militares e policiais. **Exame**. 04 outubro 2020. Disponível em https://exame.com/brasil/eleicoes-2020-cresce-21-o-numero-de-candidatos-militares-e-policiais/. Acessado em 30 novembro 2020.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. Bolsonaro diz que vai indicar Sérgio Moro para vaga no STF. **G1**. 12 maio 2019. Disponível em https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/12/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-sergio-moro-para-vaga-no-stf.ghtml. Acessado em 30 novembro 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530. relator Ministro Luiz Fux. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/liminar-fux-dez-medidas-corrupcao.pdf. Acessado em 13 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.697. relator Minsitro Gilmar Mendes. relator da liminar em medida cautelar Ministro Celso de Mello. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/liminar-celso-mello-maioridade.pdf. Acessado em 14 de maio de 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: as dez medidas contra a corrupção são só ousadas. **Boletim IBCCRIM**. vol. 277, dez 2015.

DEUTSCHEWELLE. Moro Renuncia e ataca Bolsonaro. Disponível em https://www.dw.com/pt-br/moro-renuncia-e-ataca-bolsonaro/a-53226815. Acessado em 30 novembro 2020.

DEUTSCHEWELLE. A "bancada" da Lava Jato. Disponível em https://www.dw.com/pt-br/a-bancada-da-lava-jato/a-45614855. Acessado em 30 novembro 2020.

DUNLAP JR., Charles J. Lawfare Today and Tomorrow in: **International Law and Changing Character of War**. Raul A. Pete Pedrozo e Daria P. Wollsschlaeger editores, p. 315. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship. Acessado em 06 de maio de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KITTRIE, Orde F. **Lawfare: law as a weapon of war**. New York: Oxford University Press, 2016.

LAGO, Cecília do. ELEIÇÕES 2020: Cresce 21% o número de candidatos militares e policiais. **Exame**. 04 outubro 2020. Disponível em https://exame.com/brasil/eleicoes-2020-cresce-21-o-numero-de-candidatos-militares-e-policiais/. Acessado em 30 novembro 2020.

LISTA de apoiadores por categoria. Disponível em http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/apoiadores/apoiadores/Lista-de-Apoiamento-por-Categoria.pdf. Acessado em 13 de maio de 2017.

MASCARENHAS, Gabriel. STF nega recurso de Lula e Teori critica 'espetacularização' na Lava Jato. **Folha de São Paulo** (on line). 04 de outubro de 2016. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819758-stf-nega-recurso-de-lula-e-teori-critica-espetacularizacao-na-lava-jato.shtml. Acessado em 23 de maio de 2017.

PITELLA JÚNIOR, João. STF não interfere no processo legialativo, diz Eduardo Cunha. Agência Câmara Notícias. 03 de julho de 2015. Disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/491620-STF-NAO-INTERFERE-NO-PROCESSO-LEGISLATIVO,-DIZ-EDUARDO-CUNHA.html. Acessado em 14 mai 2017.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natalia Lucero Frias. O uso do sistema penal como lawfare político. In: VII Encontro Internacional do CONPEDI, 2017, Braga. **Criminologias e política criminal**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 47-67.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natalia Lucero Frias. El uso del sistema penal como lawfare político. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, v. 1, p. 151-175, 2019.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natalia Lucero Frias. **Lawfare Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Novos Desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-Constituição de 1988: os maxiprocessos como instrumentos de lawfare político. In: Antonio Eduardo Ramires Santoro; Flávio Mirza Maduro; Diogo Rudge Malan. (Org.). **Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988**. 1 ed.Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 1, p. 61-72.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, p. 81, 2020.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Tiago (Organizadores). **Projeto de Lei Anticrime**: Análise Crítica dos Professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. v. 1. 222p.

SCHREIBER, Mariana. 4 perguntas para entender o compromisso de Bolsonaro com Moro no STF. **BBC**. 13 maio 2019. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48235633. Acessado em 30 novembro 2020.

TUROLLO JR. Reynaldo; URIBE, Gustavo; COLETTA, Ricardo Della. Bolsonaro despreza lista tríplice e indica Augusto Aras para o comando da PGR. **Folha de São Paulo**. 5 setembro 2019. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/bolsonaro-ignora-lista-triplice-e-diz-a-augusto-aras-que-o-indicara-a-pgr.shtml. Acessado em 30 novembro 2020.

O Trabalho Liberta? Um Estudo Acerca dos Perversos e Deletérios Efeitos da Escravidão Moderna à Luz da Competência Constitucional Trabalhista

The Work Releases? A Study on the Perverse and Deleterious Effects of Modern Slavery in the Light of the Labour Constitutional Competence

Anna Karoliny Alexandre Fonseca[50]

Cláudio Jannotti da Rocha[51]

RESUMO:

Este artigo tem por desígnio analisar os novos contornos do trabalho escravo no Brasil por intermédio, inicialmente, de um estudo comparativo entre a conjuntura hodierna e o quadro regulatório alemão. Posteriormente, com o escopo de analisar a historicidade, à luz da literatura russa e italiana, o artigo expõe as correlações entre o vínculo empregatício atual e aspectos de atrocidades outrora vivenciadas pela humanidade, buscando demonstrar as incongruências e a necessidade da tutela jurídica efetiva e tempestiva da problemática. E, por fim, o trabalho propõe uma resolução à insuficiência legislativa brasileira na seara da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Nesse ínterim, o método a ser utilizado na pesquisa é o hipotético-dedutivo, consubstanciado na doutrina, na jurispru-

50 Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Integrante do Bioethik - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES). Integrante do grupo de pesquisa "Robótica, Inteligência Artificial e Direito: a proposta europeia sobre responsabilidade de robôs". Pesquisadora acadêmica do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES - CNPq). Membro da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/707691032569128>. E-mail: annakarolinyf-@hotmail.com.

51 Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), no curso de graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (Mestrado). Pós-Doutorando da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito pela PUC MINAS. Coordenador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas, da UFES, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Membro da Rede de Grupos de Pesquisa em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Advogado. Pesquisador. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6857649862156269. Email: claudiojannotti@hotmail.com.

dência, no texto legal, no direito comparado e na literatura.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e Literatura; Direito do Trabalho; Trabalho Escravo; *lege ferenda*; Direito Comparado.

ABSTRACT: This article aims to analyse the new contours of forced labour in Brazil through, initially, a comparative study between today's situation and the German regulatory framework. Later, with the purpose of analyzing historicity in the light of Russian and Italian literature, the article exposes the correlations between the current employment relationship and aspects of atrocities once experienced by humanity, seeking to demonstrate the inconsistencies and the need for effective and timely legal protection of the problem. And, finally, the work proposes a resolution to the Brazilian legislative insufficiency in the Constitutional Amendment no. 45, of 2004. In the meantime, the method to be used in the research is the hypothetical-deductive one, embodied in doctrine, jurisprudence, legal text, comparative law and literature.

KEYWORDS: Law and Literature; Labour Law; Slave Labour; *lege ferenda*; Comparative Law.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Escravidão Moderna; 2. Trabalho forçado no Brasil; 3. Tutela jurídica brasileira do trabalhador forçado; 4. Competência constitucional trabalhista; 5. Direito comparado: estudo de legislação alemã acerca do tema; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O mundo globalizado pós revolucionário, apesar de incomensuráveis avanços nos campos da cibernética, da tecnologia, da informação, da saúde e, sobretudo, no concernente aos direitos trabalhistas, é um locus no qual a vida do cidadão ordinário é pautada, desde o processo primário de alfabetização, na formação para o mercado de trabalho.

Nesse ínterim, consideradas as novas roupagens das relações trabalhistas, percebe-se um retrocesso secular - mormente no aspecto da liberdade - uma vez que os dados da *Global Slavery Index* indicam que há, no país, pelo menos 369.000 pessoas sujeitas a condições de escravidão moderna[52].

Doravante se questiona se a capacidade de emancipação é realmente o produto resultante de anos de formação e desenvolvimento visando a inserção no mercado e na sociedade. Em muitos casos, vale salientar que o processo educacional é suprimido em favor da inserção no mercado de trabalho justamente pela característica de autonomia.

---

52 Global Slavery Index. Country studies: Brazil. 2016. Disponível em: <https://www.globalslaveryindex.org/2018/findings/country-studies/brazil/> Acesso em: 13. Ago. 2020.

A proposição hipotética, nesse sentido, é analisar a liberdade no seu sentido unilateral de aprisionamento de apenas uma das partes da relação empregatícia: o mais fraco. Cenário esse que é amparado pelas normas cogentes, tais como as normas estatuídas pela Reforma Trabalhista.

Para além disso, uma análise substancial de todo o ordenamento nacional no concernente à pauta demonstra ser este insuficiente no combate à escravidão moderna e ao trabalho análogo à escravidão. Isto posto, vale dizer que a flexibilização das normas trabalhistas e o favorecimento velado à parte hipersuficiente corrobora, além do trabalho escravo estritamente considerado, novas modalidades de exploração da mão de obra sejam criadas, tais como trabalhadores para plataformas digitais que sequer possuem o vínculo empregatício reconhecido que, embora não sejam o foco do trabalho, chamam a atenção para as consequências da ineficiência do Estado em tutelar os direitos: a exploração e a subjugação ao trabalho extensivo e extenuante.

Nesse sentido, inicialmente faz-se uma análise da definição do conceito de escravidão moderna, seguida do estudo das perspectivas relacionadas ao trabalho forçado no Brasil e a sua tutela jurídica. Posteriormente, analisa-se a competência da justiça do trabalho bem como investiga-a à luz do direito comparado. O método utilizado é o hipotético-dedutivo consubstanciado na doutrina, jurisprudência, estudo comparado, literatura e ordenamento.

1. ESCRAVIDÃO MODERNA

O Direito do Trabalho surge no século XX, perante a disposição trabalhista característica à época: o labor dominado, dependente e subordinado. O trabalhador dentro das fábricas e das indústrias, produzindo de maneira mecânica, e em grande escala, produtos idênticos sob uma heterodireção patronal incisiva e constante. Nesse momento histórico o modal trabalhista ganha seus contornos: trabalho prestado por pessoa física; pessoalidade, onerosidade, habitualidade e dependência - que se consubstancia na subordinação. É justamente essa a relação empregatícia que satisfaz a necessidade empresarial.

Tal necessidade encontra amparo na concepção escravagista que permeou, sobremaneira, o imperialismo característico dos séculos XIX e XX principalmente nos continentes americano e africano. A busca por mão de obra barata expandiu seus limites e, junto com os navios portugueses, carregados de ideais europeus, submeteu milhares de homens e mulheres africanos à situação de escravidão. Na verdade, do ponto de vista histórico, inicialmente escravos, posteriormente servos e, hoje, empregados.

À guisa de introdução ao tema, cita-se a definição dada pela Convenção sobre Trabalho Forçado de 1930, realizada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), de trabalho forçado ou obrigatório como "todo trabalho ou ser-

viço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade[53]".

Soa distópico pensar em pessoas sujeitas à escravidão no contexto atual, visto que este é um momento de revoluções digitais e cibernéticas permeadas pela tônica da liberdade e do empreendedorismo. Por conseguinte, há uma concepção internalizada no imaginário coletivo que vai ao encontro da concepção à luz da qual o regime escravatório é caracterizado pela violência física e pela vivência em condições subumanas, bem como ser usado como moeda de comercialização.

Contudo, em pleno século XXI, existem trabalhadores em situação considerada análoga à escravidão, inclusive, com direito de ir e vir restringidos. Além disso, aponta-se, ainda, a existência, no Brasil, do efeito chamado de escravidão moderna. Nesse contexto, em reportagem publicada pelo jornal britânico The Guardian em fevereiro de 2019, estima-se que, mundialmente, mais de 40 milhões de pessoas são vítimas desta última[54].

Esse número alarmante mostra-se consideravelmente maior se comparado, percentualmente, à quatro séculos de escravidão. O jornal afirma que, desse número, 24,9 milhões de pessoas estão em situação de trabalho forçado. Nesse diapasão, é questionável a efetividade do labor no processo de independência da espécie humana durante a passagem dos séculos.

É costumeira a crença de que o trabalho, por seus artífices, liberta o homem da dependência e o insere no mundo. No entanto, de maneira ácida, a frase "*Arbeit macht Frei*[55]", estampou os portões do pior campo de concentração nazista já existente, Auschwitz. Tomando por referência o *locus* dessa sentença, percebe-se a (in)congruência entre trabalho e liberdade. Um paralelismo que não foi, outrora, verificado e que não é uma constante atualmente, tornando-se árduo conferir credibilidade e estabilidade às características socialmente partilhadas em relação à definição de trabalho.

Decerto o trabalho tem o potencial de alicerçar a liberdade e o condão de permitir a inclusão social do trabalhador mas, por ser um instrumento, pode-se moldar para o bem ou para o mal, incluir ou excluir, dar ou retirar, melhorar ou prejudicar, libertar ou aprisionar, viver ou matar. Fato é o caráter antitético do labor, de modo a cumprir os dois extremos a depender do molde.

De acordo com Marx Hegel[56], por intermédio do trabalho, "a consciên-

---

53 Organização Internacional do Trabalho. C029 – Trabalho Forçado ou Obrigatório. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm> Acesso em: 26. Ago. 2019.

54 HODAL, Kate. Inglaterra: Slavery affects more than 40 million people worldwide – more than tat any other time in history. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2019/feb/25/modern-slavery--trafficking-persons-one-in-200> Acesso em: 26. Ago. 2019.

55 Tradução nossa: O trabalho liberta.

56 HEGEL, G. F. W. ***Phänomenologie des Geistes. Hauptwerke in sechs Bänden***, Vol. 2 Organização de

cia-de-si se torna consciência-para-si, autoconsciência, ou seja, que o trabalho forma, educa, a consciência.[57]" Isto é, dessa forma, o trabalho é o meio pelo qual o ser humano constrói a sua consciência-fim.

Não o contrário - o trabalhador como um meio na obtenção de um fim -, como muitas vezes evidenciado pela lógica subversiva laboral contemporânea. Com base nos estudos de Hegel, percebe-se uma correlação entre o trabalho e a necessidade. A partir disso, observa-se a transcendência da perspectiva econômica ao alcance das esferas social e individual, moldando e modulando simultaneamente a sociedade e os seres que a realizam.

Nesse sentido, a relação existente entre o trabalho e a sociedade é de interdependência contínua e dinâmica, que se retroalimenta diuturnamente. Questiona-se, portanto, o trabalho como um paradoxo *per se*, afinal para alguns o pode ser libertação, para outros é pena.

Diariamente, ao sair do conforto residencial para o esforço laboral, muitas pessoas deixam suas famílias, suas casas, seu conforto e tudo aquilo que lhe faz bem e lhe acalenta para ir para um lugar que, em diversos momentos, é hostil, que não é seu, que estão pessoas que não conhece ou que não lhe agradam. Além disso, há o tempo gasto em *horas in itinere* e os trabalhadores estão, ainda, sujeitos à feitura de atividades das quais não gostam e, mesmo que gostem, a carga obrigatória pode ser abusiva, tornando-as enfadonhas ou exaustivas.

Essa conjuntura, ordinariamente exercida, é considerada um esforço. Esforço este que pode ser entendido como a transformação da natureza, de forma voluntária e consciente, advinda da força do desejo. Nesse viés, questiona-se se um trabalhador que é proibido de sair do seu local de trabalho, por vezes inóspito, - no qual não há o provimento de necessidades básicas - para, em troca, obter um lugar onde dormir e o algo com que se alimentar. Essa, infelizmente, é a realidade de muitos trabalhadores ao redor do mundo, inclusive no Brasil.

Neste sentido, resta, portanto, o questionamento: "Um homem privado não apenas dos seres queridos, mas de sua casa, seus hábitos, sua roupa, tudo, enfim, rigorosamente tudo que possuía[58]" para ser submetido à um regime escravo, análogo à escravidão ou forçado, trabalhando incessantemente na fábrica do campo, de que liberdade gozava? Levi responde: Nenhuma liberdade, pois, "sim, somos escravos[59]".

Primo Levi, durante seu relato, explicita, de maneira não-poética, que todos os aprisionados trabalhavam, com apenas duas pausas – uma para o "almoço"

Wolfgang Bonsiepen e Reinhard Heede. Hamburgo: Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1999.

57 CHAGAS, Eduardo F. O trabalho como formação e deformação humana em Hegel e Marx. **Dialectus**. 2016. Disponível em: <http://www.revistadialectus.ufc.br/index.php/ForaDoAr/article/view/245/163> Acesso em: 14. Ago. 2020.

58 LEVI, Primo. É isto um homem?. Rio de Janeiro: Rocco, 1988. pp. 33.

59 Ibidem, pp. 55

e outra para se dirigirem aos dormitórios e "dormirem" – todos os dias, sem exceções. O italiano relata que, durante o inverno polonês, de graus negativos, vestiam apenas camisa, calça e um leve casaco (ambos de tecido fino) e calçavam sapatos de pano que geravam chagas que jorravam sangue de seus pés.

A alimentação, realizada todos os dias em mesmo horário, é descrita pelo verbo "Fressen[60]":

> Fressen não é bem "comer". "Comer" é comer como gente, sentados à mesa, religiosamente: é essen. Fressen é comer como bichos, mas o Kapo não fala assim por escárnio. Comer assim, de pé, a toda pressa, prendendo o fôlego, queimando-nos boca e garganta, é, realmente, fressen; é esta a palavra certa, a que costumamos dizer[61].

Conta, ainda, que a comida disponível era sempre uma sopa com poucos legumes e muita água. Com sorte conseguiria resgatar alguma mísera porção que não fosse tão somente água quente.

No que tange ao traquejo russo, retratada, nesse trabalho, pelas obras de Varlam Chalámov e de Anton Tchékhov, diferentemente de Levi, relatam a experiência em campos de trabalho forçado na Rússia: Ilha de Sacalina e Kolimá.

Tchékhov acompanhou a peregrinação de um médico em busca de realizar pesquisas em ilhas onde os homens contrários ao regime monárquico russo eram tidos como prisioneiros, por vezes presos à carrinhos de mão, e obrigados a trabalhar forçadamente em regime similar ao nazista.

Em Sacalina, o governo russo fornecia subsídios aos trabalhadores para que adquirissem fonte alimentícia sua e de sua família. Todavia, se não atingissem a meta – por maior que fosse – de produção diária, eram-lhes descontados os valores nos quais o excedente não supria ao menos a necessidade básica familiar.

Nesses campos, o forçado não tinha acesso nem à um espaço mínimo para satisfação de suas necessidades fisiológicas, os levando a recorrer a outros meios, como denuncia Tchékhov "o solo em redor e o poço de água ficavam constantemente contaminados de excrementos humanos e de toda sorte de detritos, pois não havia, em lugar nenhum, nem latrina nem lixeira[62]".

Frente a essa perspectiva, que por vezes se questiona a realidade, traça-se semelhança com os trabalhadores no Brasil, em zonas urbanas e rurais, que estão em situação de trabalho forçado e que a única água que possuem acesso é proveniente de uma rede fluvial contaminada por larvas de girinos[63]. Cenário esse que é capaz de virar a alma ao avesso.

---

60 Tradução nossa: comer como animais; ração.

61 LEVI, Primo. Op. cit. pp. 110.

62 TCHÉKHOV, Anton. **A ilha de sacalina: notas de viagem**. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2018. pp. 69.

63 Profissão Repórter. **Trabalho Escravo**. 2017. (37m37s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ds3NtVcWX58&t=7s> Acesso em: 23 ago. 2020.

Ainda que o governo russo do século XIX tivesse consciência dos campos de exploração, estatuiu deveres a serem cumpridos pelos funcionários responsáveis pela vigia e manutenção do regime forçado das ilhas, à exemplo das minas de extração de carvão, são eles:

> Conduzir de forma correta o trabalho na mina de Duê e manter no local um engenheiro de minas, que cuidaria do bom andamento dos trabalhos; duas vezes por ano, pagar pontualmente a taxa pela exploração do carvão e da mão de obra dos forçados; utilizar exclusivamente o trabalho dos forçados na exploração das minas, em todos os tipos de serviço relacionados a essa empresa. Essas três obrigações só existem no papel e, pelo visto, já foram esquecidas há muito tempo[64]. –

Não restam dúvidas, contudo, que, como afirmara Tchekhóv, essas normas são existiam no papel. E, para dar grau maior à desumanização, alguns trabalhadores eram alimentados com vela e o pão a eles vendido era feito com pó de argila na massa, a fim de que rendesse mais e fosse barateado.

De uma ótica mais recente, nos anos 50, Varlam Chalámov, preso político no governo Lênin, experienciou mais de dez anos de exploração do trabalho em Kolimá, na Rússia. De todas as obras escolhidas para este trabalho, essa talvez seja a que mais suscita reflexões acerca das relações de trabalho e sobre política.

No primeiro volume de Contos de Kolimá, Chalámov faz uma análise dos atributos psicológicos do homem exposto a essas mazelas. Alinhado à Levi, denuncia que, o trabalho – instrumento de independência e realização – é capaz de não diferenciar vida e morte para um Homem.

A mente do trabalhador forçado está orientada e sistematizada ao cumprimento do labor, seja ele quão intenso for, assim como Hegel já ensinava em sua obra que versa sobre a relação existente entre o senhor o escravo. Em Auschwitz, o homem trabalhava para não ser morto na câmara de gás. Em Sacalina trabalhava para que suas mulheres não tivessem de se prostituir para conseguirem o que comer ou para fugirem. Em Kolimá o homem trabalhava pois sabia que nem mesmo a morte seria sua salvação.

Chalámov narra que, nos momentos em que havia diminuição da vigilância, um grupo de resignados capturava o corpo do trabalhador morto e o roubava até as roupas íntimas – ora para vender, ora para consumo próprio. Além disso, mesmo que o trabalhador decidisse cometer suicídio – e a prática falhasse – ele seria castigado fisicamente de maneiras mais dolorosas que a própria morte.

Um fator que piorava sobremaneira a rotina de trabalho era o clima frio. Em alguns dias eram obrigados a cortar troncos de árvores em temperaturas de 50ºC negativos. No Brasil, em contrapartida ao frio intenso, tem-se as temperaturas exorbitantemente quentes, sobretudo no nordeste do país, onde os recursos hídricos são escassos.

---

64 TCHÉKHOV, Anton. Op. cit. p. 139.

Nos exemplos expostos, os homens derretiam neve para saciarem a sede. Em algumas regiões brasileiras nem mesmo água possuem e, quando a encontram, está poluída por coliformes fecais, bactérias e insetos. Sendo essa a única alternativa à sede severa.

Em Kolimá, além dos alimentos vencidos, da sopa sem consistência e das frutinhas venenosas, os forçados se alimentavam dos ossos dos animais que conseguiam matar. Indubitavelmente é uma cena complexa de se imaginar, mesmo sendo extraída realisticamente da obra do autor russo: "sobram os ossos, então ele mastiga os ossos com cuidado, mastiga com desvelo, e os ossos se derretem e desaparecem[65]".

Não eventuais eram os momentos em que passavam fome pois, ainda que trabalhassem regularmente, o abastecimento de alimentos poderia ser facilmente cortado. Mesmo após o exaurimento de todas as suas forças, era quase impossível repô-las.

No âmbito psicológico, é inegável o prejuízo de todos esses fatores associados às faculdades emocionais dos indivíduos. Questiona-se se ainda há esperança de voltar para casa e para a família, de receber as remunerações prometidas – como no caso nacional – e que, de início, comprariam comidas boas, providenciariam escolaridade para os filhos e um mínimo conforto para a família. E que, mediante a realidade dos 369 mil brasileiros escravos, se torna uma ficção.

Levi, por fim, choca afirmando com propriedade que "todos os sentimentos humanos, amor, amizade, inveja, generosidade, misericórdia, sede de glória, honestidade, desapareciam junto com a carne que perdíamos ao longo do jejum prolongado[66]".

Como conclusão, não são poucas as semelhanças entre pessoas que, infortunadamente, na angústia de auferir algum dinheiro para sustento familiar e com ínfimo conhecimento acerca de seus direitos, são acometidas por promessas de salários altos e são enclausuradas em porões de empresas clandestinas, onde não recebem – ou recebem exponencialmente menos do que foi prometido – e são forçadas a trabalhar em jornadas extensivas, sem direito à alimentação e, menos ainda, à higiene básica, havendo, muitas vezes, de comprar alimentos vendidos pela empresa (mais caros em relação aos mercados) e consumindo água contaminada.

2. TRABALHO FORÇADO NO BRASIL

A escravidão nacional desponta consoante ao processo de colonização português acometendo, de início, índios e, posteriormente, grupos de origem africana ou afrodescendentes. A escravização do indígena foi expressamente vedada pela igreja, fato este que favoreceu - além do fator econômico - a escravização do homem negro

65 CHALÁMOV, Varlam. **Contos de Kolimá**. 3ª ed. São Paulo: Editora 34, 2018. p. 128.
66 LEVI, Primo.op cit. p. 70.

que, sem a proteção do clero, se perpetuou no tempo e que cujos efeitos são observados hodiernamente nas formas do racismo institucional e do racismo estrutural.

Assim afirma o historiador Boris Fausto, "a escravidão foi uma instituição nacional. Penetrou toda a sociedade, condicionando seu modo de agir e de pensar[67]". Mesmo tendo sido legalmente abolida em 13 de maio de 1888, a escravatura, com raízes fincadas no arcabouço colonial nacional, nunca teve efetividade para extinguir por completo a prática, seja no concernente à escravidão, ao trabalho análogo ou ao trabalho forçado.

O Brasil, país de proporções continentais, contava, em 2016, com 369 mil pessoas[68] em situação de trabalho escravo, de acordo com dados da *Global Slavery Index*. A mesma pesquisa expõe que a maior parte das vítimas está no setor de agricultura e em áreas que tiveram um rápido desenvolvimento econômico. Além do número acima, há casos de escravidão sexual e casamentos forçados.

Consoante ao *Global Slavery Index*:

> Forced labour within Brazil is concentrated in rural áreas where extractive or labour-intensive industries such as cattle ranching, coffee production, forestry, and charcoal production create a demand for cheap labour. […] In the Brazilian Amazon, slavery is intricately linked with economic activities that are also causing environmental devastation[69].

Novamente, há a sobreposição do lucro sobre a humanidade: o trabalho escravo é a alternativa buscada pelos grandes empregadores com escopo de obter maiores lucros. A isso Primo Levi assenta que "na história e na vida parece-nos, às vezes, vislumbrar uma lei feroz que soa assim: "a quem já tem, será dado; de quem não tem, será tirado[70]".

A *Global Slavery Index* dispõe, portanto, que recentemente o processo acelerado de urbanização resultou em um aumento da "*Modern Slavery*" especialmente nas áreas têxtil, construção civil e de indústrias sexuais. A pesquisa aponta que, ademais, a escravidão hodierna engloba também os imigrantes que não possuem registro em território brasileiro. Estes, com desconhecimento do amparo legal, são submetidos a regimes de exploração fiscalizada e forçada, separados das famílias as quais prometeram voltar e salvar da fome.

E em todos esses trabalhadores provavelmente "já se apagou [...] a centelha divina, já estão tão vazios, que nem podem realmente sofrer. Hesita-se em chamá-los vivos; hesita-se em chamar "morte" à sua morte, que eles já nem temem, porque estão esgotados demais para poder compreendê-la[71]".

---

67 FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Edusp, 2015. p. 33.

68 Global Slavery Index. Country studies: Brazil. 2016. Disponível em: <https://www.globalslaveryindex.org/2018/findings/country-studies/brazil/> Acesso em: 13. Ago. 2020.

69 idem

70 LEVI, Primo.op cit. pp. 129.

71 LEVI, Primo.op cit. pp. 132.

3. TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR FORÇADO

No ordenamento jurídico nacional pouco se observa acerca das medidas jurídicas a serem tomadas em casos de trabalho forçado. Na Constituição Federal de 1988 há disposto no art. 243 que as propriedades rurais utilizadas para trabalho escravo serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e os bens de valor econômico serão confiscados e o valor revertido à destinação específica.

No que tange aos tratados internacionais, se questiona se suas diretrizes possuem caráter vinculante no país. Contudo, no concernente aos Direitos Humanos, os tratados nos quais o Brasil é parte possuem eficácia característica à Emendas Constitucionais, no entanto não determinam sanções.

Em contrapartida, no Código Penal vigente o assunto é tratado nos arts. 148, 149 e 149-A. Há, portanto, a previsão de pena privativa de liberdade de dois a oito anos e multa, além da pena correspondente à violência. Conforme redação do artigo 149:

> Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
>
> Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Nesse viés, sendo o direito penal um instrumento coercitivo designado ao Estado a fim de que se punam os atos antijurídicos dos quais a potencialidade moral da sociedade é incapaz de controlar, consubstancia-se nele a maior chance de tutelar os direitos fundamentais dos brasileiros que se encontram em situação de trabalho forçado. Tal como ressalta Paulo Queiroz, o direito penal é uma violência a serviço do controle da violência[72].

Nesse ínterim, com a extinção do Ministério do Trabalho, as funções a ele atribuídas foram designadas a outros ministérios o que, no caso fático, acarreta perdas no que tange à efetividade e ganha caráter subsidiário frente às funções já antes realizadas por estes.

A Justiça do Trabalho – responsável por prestar a jurisdição em dissídios entre empregadores e empregados - é uma jurisdição especial que, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, adquiriu competência penal para julgamento de ações de Habeas Corpus. Questiona-se, contudo, se a competência de natureza penal poderia ser abrangida de modo a tutelar de maneira eficaz os direitos violados no âmbito do trabalho forçado.

Na Alemanha, a Justiça do Trabalho, em 2002, obteve competência cível em todas as searas as quais são tuteladas juridicamente por esse órgão. Não obstante, o Tribunal Federal Alemão (*der Bundesgerichtshof*), em matéria cível, tem

---

72 QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 13 ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. pp. 30.

uma vara especializada em julgar casos de privação de liberdade.

De outro giro, à luz do direito comparado, se observa que em muitos países europeus, no caso em discussão a Alemanha, há a preocupação em garantir a plenitude dos direitos e extinguir qualquer tipo de labor forçado ou escravo.

4. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL TRABALHISTA

Como acima demonstrado, no ano de 2005, através da Emenda Constitucional 45, a competência trabalhista foi amplamente modificada, sendo seu espectro tangencial aumentado, através da nova redação do art. 114 da Constituição Federal.

Assim, através dos 9 incisos e 3 parágrafos que estão previstos nesse dispositivo constitucional, a Justiça do Trabalho ganhou novos contornos e musculaturas, recebendo competências que até então eram debatidas na doutrina e na jurisprudência, sendo pontos ainda divergentes.

Esta nova competência processual constitucional justrabalhista é reflexo da necessidade de institucionalizar uma unidade nas questões trabalhistas. O que se presenciava até então era que determinadas matérias eram julgadas pela Justiça do Trabalho e outras eram julgadas pela Justiça Estadual e diversas pela Federal. Portanto, em um mesmo caso, acontecia um fracionamento competencial, ensejando uma verdadeira e notória insegurança jurídica.

Neste contexto eis que emerge a redação do art. 114 da Constituição, abaixo colacionado:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
>
> I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;
>
> III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
>
> IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
>
> V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
>
> VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
>
> VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
>
> VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
>
> IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.
>
> § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
>
> § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça

> do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.
>
> § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Para o presente texto destacam-se quatro incisos, sendo eles: o I, o IV, o VI e o IX. Dessa forma, se torna fundamental ao combate do trabalho forçado a efetivação da competência penal à Justiça do Trabalho, afinal é necessário dar um passo adiante e aplicar estas normas nos casos concretos quando no bojo dos autos restar comprovado uma hipótese de trabalho análogo ao de escravo.

Através da nova redação desses artigos constitucionais torna-se inquestionável a competência processual trabalhista para tomar as medidas necessárias estabelecidas em lei para o combate ao trabalho forçado no Brasil em pleno século XXI e que caracteriza-se como uma hipótese de trabalho análogo ao de escravo.

É inadmissível que nos atuais dias, diante da nova competência constitucional trabalhista o Brasil presencie situações que historicamente conduziram o mundo para a barbárie, crueldade, sectarismo e segregação. O Direito do Trabalho é promocional, e por isso o processo e a Justiça do Trabalho devem promover a inclusão social, a humanidade, a melhoria da condição socioeconômica e o trabalho digno a todos os trabalhadores brasileiros.

5. DIREITO COMPARADO: ESTUDO DE LEGISLAÇÃO ALEMÃ

O ordenamento brasileiro em muito é influenciado pela tradição romano-germânica, sobremaneira nas matérias processual e penal[73]. Ademais, a Alemanha também é um país de *civil law*.

Apesar de ser considerado, pela Divisão Internacional do Trabalho, um país desenvolvido, a nação alemã possui 167 mil pessoas que vivem em regime de escravidão moderna. Com base nesses dados publicados pelo jornal alemão Deutsche Welle, uma das formas em que tal situação se perfaz é na prostituição forçada.

O legislador germânico, com vistas à gravidade da situação dispôs no *Strafgesetz* (Código Penal) nas disposições 232-B, 233, 233-A e 239, acerca de trabalho forçado, exploração do trabalho e privação de liberdade no ambiente trabalhista.

O §232-B, em seu parágrafo primeiro, prevê pena de seis meses a dez anos para trabalhos forçados infligidos em imigrantes, em seu parágrafo segundo, de um a dez anos para trabalhos forçados causados a qualquer pessoa mediante força:

> (3) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer eine andere Person

---

73 ZANETI JR., HERMES. **A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 17.

mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List veranlasst,

1.eine ausbeuterische Beschäftigung (§ 232 Absatz 1 Satz 2) aufzunehmen oder fortzusetzen,

2.sich in Sklaverei, Leibeigenschaft, Schuldknechtschaft oder in Verhältnisse, die dem entsprechen oder ähneln, zu begeben oder

3.die Bettelei, bei der sie ausgebeutet wird, aufzunehmen oder fortzusetzen.[74]

No texto legal em tela, a tentativa também é punível. No §233 é disposto sobre exploração do trabalho, reconhecendo, no primeiro parágrafo, prisão de até três anos ou multa para exploração de pessoas de até vinte e um anos ou em virtude de sua situação pessoal ou econômica.

No segundo parágrafo é explicitada uma hipótese fortemente relevante se considerada a ineficácia legislativa brasileira em prever sanções para tais crimes e, ainda, em defini-los em documentos normativos.

(2) Auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn

1.das Opfer zur Zeit der Tat unter achtzehn Jahren alt ist,

2.der Täter das Opfer bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung wenigstens leichtfertig in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt,

3.der Täter das Opfer durch das vollständige oder teilweise Vorenthalten der für die Tätigkeit des Opfers üblichen Gegenleistung in wirtschaftliche Not bringt oder eine bereits vorhandene wirtschaftliche Not erheblich vergrößert oder

4.der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.[75]

Em suma, se o trabalhador explorado tiver menos de dezoito anos, for submetido à danos graves à saúde ou risco de morte ou, ainda, se o motivo da exploração resultar de dívidas, o autor do crime será penalizado com até dez anos de prisão. No dispositivo subsequente do StGB, é prevista a mesma pena se o autor se aproveitar de tais situações para restringir a liberdade do empregador.

E, por fim, o §239 expõe que o ordenamento determina pena de prisão de até cinco anos ou multa se houver restrição de liberdade, e até dez anos se:

(3) Auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1.das Opfer länger als eine Woche der Freiheit beraubt oder

2.durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung eine schwere Gesundheitsschädigung des Opfers verursacht.

(4) Verursacht der Täter durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.[76]

---

74 Tradução nossa: §3º: Pena de privação de liberdade de um a dez anos será imposta a qualquer pessoa que mediante força, ameaça ou mal: I – explorar trabalhadores; II – cometer escravidão, servidão por dívida ou relações que se assemelhem a isso.

75 Tradução nossa: §2º: é penalizado com privação de liberdade de seis meses a dez anos se: I – a vítima tiver menos de dezoito anos; II - se o empregador for flagrado agredindo o empregado, o colocar em risco de morte ou danos graves à saúde; III - o empregador subjuga o trabalhador à uma condição de dívidas da qual ele não conseguirá se desvincular; IV – o autor atua como membro de quadrilha que se juntou para cometer tais crimes.

76 Tradução nossa: §3º: Prisão de um a dez anos se o infrator: I – privou a vítima de liberdade por mais de

Ainda que se leve em consideração apenas o segundo parágrafo do §233, tem-se uma visão simplificada do regime de trabalho forçado em território brasileiro, que, sem a devida tutela jurídica, tende a se perpetuar. A situação nacional é agravada praticamente a todo momento que uma lei que flexibiliza as relações de trabalho, restringe direitos do trabalhador e favorece, embora veladamente, o empregador.

CONCLUSÃO

Este trabalho a partir do liame entre direito e literatura, bem como através de uma análise à luz do direito comparado, demonstrou como o presente vai ao encontro do passado - embora desvinculado de fatores ideológicos *per se* - sempre que atitudes estatais não são tomadas no sentido da proteção das garantias democraticamente estabelecidas.

Por meio do panorama construído, foram desenvolvido os novos contornos do trabalho escravo, forçado e análogo à escravidão, fazendo uso de dados levantados com auxílio da bibliografia. Além da realização do uso da metodologia hipotético-dedutiva.

Em conclusão, portanto, com vista aos fatos apresentados, a situação é emergencial e exige que haja uma mudança estrutural no ordenamento com o fito de findar o problema em sua raiz, de modo que a política apaziguadora hoje aplicada seja substituída por uma tutela eficaz e tempestiva das pessoas e de seus direitos constitucionais.

Com efeito, essa problemática aponta uma falha tanto estatal - no que concerne à prover o trabalho digno - quanto judiciária (que de forma alguma deixa de estar inclusa no âmbito estatal) - no que tange ao escopo do próprio processo, a tutela dos direitos e das pessoas -.

Isto posto, percebendo-se as semelhanças entre o passado e o presente, é chocante a falta de consciência (por vezes justificada) da população como um todo que continua a incentivar o trabalho escravo moderno por meio da compra dos produtos fabricados por tais empresas.

No último caso, é recomendável a pesquisa em sites especializados em fiscalizar empresas que realizam a escravidão moderna, bem como ter acesso ao aplicativo de celular nomeado "Moda Livre" criado pela ONG Repórter Brasil. Este tem objetivo de incentivar o consumo consciente e livre.

Por fim, a proposta de resolução não é simples mas é plenamente possível de ser realizada - visto que já aconteceu anteriormente -, ação é necessária e a competência trabalhista está na Constituição para ser efetivada.

---

uma semana; II – se, durante o ato, a vítima correu risco de vida. §4º: Se o autor causar a morte da vítima, a sentença não será inferior a três anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. ***Strafgesetzbuch***, de 1872. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> Acesso em: 27. Ago. 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

CHAGAS, Eduardo F. O trabalho como formação e deformação humana em Hegel e Marx. **Dialectus**. n. 8, p. 16-32, 2016. Disponível em: <http://www.revistadialectus.ufc.br/index.php/ForaDoAr/article/view/245/163> Acesso em: 14. Ago. 2020.

CHALÁMOV, Varlam. **Contos de Kolimá**. 3ª ed. São Paulo: Editora 34, 2018.

EISELE, Ines. Alemanha: **Deutsche Welle**. Como a escravidão sobrevive na Alemanha. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/como-a-escravid%C3%A3o-sobrevive-na-alemanha/a-45194882> Acesso em: 03. Set. 2019.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Edusp, 2015.

Global Slavery Index. Brazil. Disponível em: <https://www.globalslaveryindex.org/2018/findings/country-studies/brazil/> Acesso em: 27. Ago. 2019.

HEGEL, G. F. W. ***Phänomenologie des Geistes. Hauptwerke in sechs Bänden***, Vol. 2 Organização de Wolfgang Bonsiepen e Reinhard Heede. Hamburgo: Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1999.

HODAL, Kate. Inglaterra: Slavery affects more than 40 million people worldwide – more than tat any other time in history. **The Guardian**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2019/feb/25/modern-slavery-trafficking-persons-one-in-200> Acesso em: 26. Ago. 2019.

LEVI, Primo. É isto um homem?. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

Organização Internacional do Trabalho. C029 – **Trabalho Forçado ou Obrigatório**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm> Acesso em: 26. Ago. 2019.

Profissão Repórter. **Trabalho Escravo**. 2017. (37m37s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ds3NtVcWX58&t=7s> Acesso em: 23 ago. 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 13 ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

TCHÉKHOV, Anton. **A ilha de sacalina: notas de viagem**. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2018.

ZANETI JR., HERMES. **A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Uma Análise do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção

Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues[77]

1. Introdução. 2. A justiça criminal negocial. 3. O acordo de leniência e a administrativização do direito penal. 3.1. A origem estadunidense do instituto: o ***Leniency Program*** de 1978 e sua reforma. 3.2. O programa brasileiro de leniência na realidade anticoncorrencial. 4. O acordo de leniência na lei anti corrupção. 4.1 O papel precursor do ***US Foreign Corrupt Practices Act*** de 1977. 4.1.1 Aplicação da leniência no contexto anticorrupção norte-americano. 4.2 A Lei nº 12.846/2013 e a Medida Provisória nº 703/2015. 5. O alcance do acordo de leniência em procedimentos criminais. 6. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é produto de assunto apresentado no "Bate-Papo jurídico", idealizado e promovido pelo Prof. Leonardo Monteiro Rodrigues, junto à editora Tirant. Discutiu-se assuntos relacionados aos crimes contra a ordem econômica e corrupção, dentre os quais o "Direito Penal Premial" no qual aborda-se o instituto do acordo de leniência. Assim, diante da necessidade de maior aprofundamento em um movimento global de luta contra a corrupção envolvendo aspectos administrativos e penais, difundiu-se internacionalmente instrumento eficaz na detecção de infrações graves cometidas por múltiplos agentes, de modo a possibilitar a rápida e efetiva responsabilização destes.

Atravessando a história e presente nas diferentes sociedades, a corrupção[78] é um fenômeno complexo e que atualmente se revela uma das maiores preocupações jurídicas e econômicas em escala global, despertando especial interesse na esfera jurídico-penal, tendo em vista o elevado impacto econômico-social e político-eleitoral normalmente associado à prática de crimes desse tipo e a tendência de serem complexos, de difícil identificação, investigação e, consequentemente, persecução.

---

77 Advogada criminalista e consultora em Compliance. Sócia de Bonaccorsi Rodrigues Sociedade de Advogados. Doutora e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora Adjunta de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professora convidada nos cursos de Criminal Compliance pelo CEDIN- Centro de Estudos em Direito Internacional. Especialista em crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro. Certificada pela ACAMS – USA (*Anti-Money Laundering Specialist*). Membro da Comissão Permanente de Compliance da OAB/MG.

78 Como a Lei nº 12.846/2013 é voltada para a responsabilização pela prática de atos contra a Administração Pública, a corrupção de agentes públicos é o que nos interessa neste estudo. Desse modo, utilizar-se-á o conceito mais simples e mais comumente empregado do termo, que pode ser definido como abuso de poder público para a obtenção de ganhos privados, alcançado por meio da exploração de falhas de mercado ou de posições institucionais que envolvem poderes discricionários (LAMBSDORFF; SVENSSON; TANZI; ROSE-ACKERMAN apud LUZ; SPAGNOLO, 2016. p. 03, nota 10).

Em um cenário de incapacidade de combate à criminalidade organizada, considerando as dificuldades impostas pela dinâmica ardilosa e sofisticada em que se dão os crimes de corrupção e o fato de geralmente estarem sob a proteção da lei do silêncio que impera nas organizações, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, de natureza não explicitamente penal e promulgada em meio a uma política mundial de luta contra a corrupção – e por isso chamada de Lei Anticorrupção[79] –, previu o instituto do acordo de leniência, então existente no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no âmbito da legislação antitruste, mas conferindo-lhe nova formatação.

Tal inovação representa um passo legislativo na ampliação dos espaços de consenso no processo, na medida em que legitima a utilização de um relevante mecanismo de caráter premial, adequado à realidade da criminalidade organizada. E, a julgar pelos seus contornos, em todos os casos em que foi previsto no ordenamento pátrio, a racionalidade aplicada pelo legislador ao instituto do acordo de leniência mostra-se guiada pela Teoria dos Jogos, que se apresenta como importante instrumento para a compreensão da lógica "da cenoura e do porrete" (*stick-and-carrot approach*), segundo a qual o leniente, ou se expõe a sanções severas, ou aceita os benefícios que lhe são propostos.

Assim, demonstrar-se-á que as pressões e intimidações direcionadas às lenientes nas propostas de acordo se esbarram no princípio da não autoincriminação, na medida em que estas acabariam por produzir provas contra elas mesmas, seus sócios, administradores e empregados, diante da promessa de premiação consistente na isenção ou redução de sanção, mas que vem acompanhada da possibilidade de agravamento da situação, caso não o façam.

Diante desse panorama, o estudo aqui pretendido se destina ao desenvolvimento de uma análise crítica do mencionado instituto de caráter negocial previsto na Lei nº 12.846/2013, visando à compreensão do modo como se dá a sua aplicação, o seu alcance e as suas possíveis repercussões no processo penal. Para tanto, parte-se da hipótese de que as deficiências do marco legal que o disciplina tornariam o acordo de leniência corrupcional inviável, porquanto imerso em uma estrutura legal de profunda insegurança jurídica.

A partir disso, considerando que a Lei Anticorrupção, diferentemente do que faz a legislação anticoncorrencial em relação ao seu congênere, não trata expressamente das repercussões criminais do acordo leniência, restringindo-se a disposições sobre temas cíveis e administrativos, analisar-se-á os possíveis impactos do instituto no desenvolver da persecução penal das pessoas naturais vinculadas à leniente.

---

79 A denominação, embora popularizada, é alvo de críticas, pois os atos potencialmente ensejadores de responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas, previstos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, são mais abrangentes do que aqueles tipificados como corrupção pelos vários dispositivos do Código Penal sobre a matéria, razão pela qual haveria uma impropriedade terminológica de caráter técnico.

Delimitam-se, pois, os problemas a seguir: como se dá a aplicação do acordo de leniência no combate à corrupção? É possível compatibilizar a exigência da realização de autoacusações nas esferas cível e administrativa com uma persecução penal justa e constitucional, em que sejam observados todos os direitos e garantias individuais do acusado e, notadamente, o direito de não produzir provas contra si mesmo? Sob o espectro da legislação de combate à corrupção e suas omissões, os acordos de leniência, então, produzem efeitos penais e processuais penais? Quais seriam as limitações do instituto?

A importância do tema é evidenciada, primeiro, pela sua relativa novidade, vez que Lei Anticorrupção só foi promulgada no final do ano 2013, quando trouxe consigo o acordo de leniência em uma nova formatação e dimensão, diferente do instituto já conhecido e cuja origem é verificada na realidade anticoncorrencial. Ressalte-se que regulamentação federal da referida lei só ocorreu em março de 2015, com a edição do Decreto nº 8.420.

Ademais, a sua repercussão social é inegável diante da notória Operação Lava Jato[80], já que os eventos a ela conexos e ainda em curso estão a expor o potencial que a colaboração de investigados e acusados com as autoridades pode oferecer para a identificação e entendimento de infrações complexas. Afinal, várias das sucessivas colaborações relatadas diuturnamente pela imprensa na cobertura jornalística dessa operação se dão por meio de mecanismos de caráter negocial como o acordo de leniência. Com o emprego desses instrumentos, o Estado tem recebido quantias vultosas e tem obtido algum êxito na persecução dos agentes, que, inclusive, tem se dado com extrema celeridade, considerados os padrões nacionais históricos em delitos semelhantes. Por conseguinte, a sensação de impunidade e de seletividade penal existente na sociedade brasileira já não é mais a mesma de um passado não tão distante.

Entretanto, a insuficiência regratória na previsão do acordo de leniência corrupcional é patente e gera elevado grau de incerteza, especialmente em tempos de Operação Lava Jato, quando o assunto assume indiscutível relevância fática. Ainda assim, são poucos os estudos sobre o tema, e a ferramenta, embora tão significativa e até então não intensamente explorada na teoria e na prática jurídica nacional, continua a demandar melhor análise e explicação, que é exatamente o que se propõe a fazer a pesquisa ora desenvolvida.

Considerando se tratar de estudo jurídico-teórico, foram utilizadas as técnicas da revisão bibliográfica e da análise documental, com o exame de livros, artigos, textos científicos e leis que em seus respectivos conteúdos tratam do combate à

80 Trata-se de investigação desenvolvida pela Polícia Federal a partir de março de 2014, amplamente divulgada pela mídia nacional e estrangeira, sobre esquemas de corrupção e outros ilícitos atribuídos a diversas organizações criminosas, alguns deles relacionados à Petrobrás, envolvendo as maiores construtoras do país e operadores financeiros, além de importantes empresários e políticos.

corrupção e ou do acordo de leniência e seus congêneres, além de outros assuntos importantes para a investigação e interpretação do marco teórico escolhido.

Visando à abordagem adequada do tema e dos problemas a ele relacionados, a primeira parte deste trabalho (capítulo 2) se dedicará ao estudo do surgimento e da expansão da ideia de justiça negocial, partindo-se do sistema jurídico estadunidense, que é referência internacional, a fim de que se estabeleçam as suas premissas fundamentais e as suas justificativas legitimadoras. Então, será analisado o cenário brasileiro atual.

A segunda parte (capítulo 3), por sua vez, tratará do acordo de leniência, almejando à compreensão do instituto e apontando as suas origens, com o posterior destaque dos aspectos relacionados à disciplina na legislação nacional.

Na terceira (capítulo 4), analisar-se-á a aplicação do acordo de leniência no combate ao fenômeno da corrupção. Em primeiro lugar, importará o estudo da corrupção em uma realidade internacional, tal como tratada pela legislação norte-americana, que se mostra essencial para a compreensão e formação do modo como esse fenômeno é tido e encarado hodiernamente. Depois, será abordado o tratamento que lhe foi conferido pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, além de ser discutido ato normativo posterior a ela relacionado, que desempenhou importante papel político na condução de casos de repercussão ainda em curso.

Ainda, abordar-se-á sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro e seu reflexo na ampliação dos espaços de consenso no processo, consequência da experimentação da expansão do direito penal[81], ligada à globalização e ao aumento da complexidade das relações sociais e econômicas.

Assim, adota-se como pano de fundo premissas fundamentais e legitimadoras de um modelo de justiça negocial, apontando suas origens no direito norte-americano. Em seguida, serão examinados aspectos relacionados à disciplina desse acordo na legislação nacional, no âmbito das práticas anticoncorrenciais.

Analisar-se-á, então, como se dá a aplicação do instituto no combate à corrupção, partindo-se do tratamento conferido pela legislação norte-americana, que se mostra essencial para a apreensão do modo como esse fenômeno é tido e encarado atualmente. Também, importante a delimitação do procedimento do acordo de leniência nos termos da Lei Anticorrupção brasileira, sendo discutido ato normativo posterior a ela relacionado, que desempenhou importante papel político na condução de casos de repercussão ainda em curso.

Por fim, realizar-se-á um breve estudo do tema com vistas ao entendimento e à apresentação do real funcionamento dos acordos na prática, demonstrando-se

---

81 Sobre o assunto, cf. SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

que as insuficiências e falhas da legislação, que implicam ausência de segurança jurídica para aqueles que se veem na posição de potenciais lenientes, têm tornado sua celebração inviável, levando as autoridades a buscarem medidas paliativas de legalidade questionável para o alcance da colaboração processual.

2. A JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL

A construção de soluções mais eficientes no âmbito do direito processual penal contemporâneo é uma necessidade imposta pelo fenômeno da expansão do direito penal (BONACCORSI, 2013), com a lesão de novos bens jurídicos[82], que se verifica no contexto da globalização, a partir do desenvolvimento industrial e tecnológico e dos riscos dele decorrentes, resultados de uma política neoliberal. É nesse cenário que surge a proposta de substituir espaços de conflito por espaços de consenso e ganha força a utilização de instrumentos negociais no direito penal (OLIVEIRA, 2014, p. 71-76).

Dessa forma, desenvolve-se um meio participativo de resolução de conflitos penais, que busca a convergência de vontades entre os sujeitos do processo – órgão acusador ministerial, acusado e sua defesa, e, eventualmente, vítima – e que pode ser expresso pelo termo justiça consensual ou negocial, definido como:

> [...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo o encerramento antecipado, abreviação supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes (VASCONCELLOS. 2015, p. 55).

O conceito abrange institutos como, por exemplo, a transação penal, a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo; a colaboração ou delação premiada e os acordos de leniência[83]; os modelos portugueses de processo sumaríssimo e de suspensão provisória do processo; os procedimentos abreviados latino-americanos; o *plea bargaining* norte-americano; o *patteggiamento* italiano; o *absprachen* alemão; dentre outros.

---

82 Segundo Zaffaroni (2002, p. 489-491), a lei penal somente descreve comportamentos capazes de lesionar bens jurídicos ou de expô-los a perigo de lesão, não se prestando à sua tutela, mas apenas à da segurança jurídica como elemento limitador do poder punitivo. Daí a necessidade de se distinguir a expressão "bem jurídico tutelado" de "bem jurídico lesado".

83 Por se basearem na colaboração do acusado na persecução penal, os institutos mencionados são tratados por muitos como integrantes do chamado "direito premial". Quanto ao tema, cf. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. El principio de oportunidad procesal y la igualdad em la aplicación judicial de la Ley. In: MARTIN LÓPEZ, Teresa; VELASCO RETAMOSA, José Manoel (coord.). **La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y econômica**. Madrid: Civitas, 2014. Para Matos (2013, p. 04), "o direito premial é um instituto jurídico criado pelo legislador, por meio do qual "[...] se concede um prêmio a quem denunciar, a quem delatar. Desta forma, o direito premial dá a possibilidade ao agente criminoso de, ao colaborar de modo decisivo na atividade probatória, receber um tratamento penal menos severo, nomeadamente com uma atenuação especial ou mesmo dispensa da pena.".

Sobre as origens desse modelo e a sua inserção no direito processual penal, apesar da existência de controvérsias, há quem sustente a influência da teoria contratual do direito civil, que trabalha com a convergência de interesses opostos para a realização do negócio jurídico (LEITE, 2013, p. 21-22). É que, assim como ocorre nos contratos, na formação dos acordos penais, há características como a proposta, o aceite, concessões recíprocas e, eventualmente, negociações sobre os termos da avença. Assim, em alguma medida, ainda que em detrimento do caráter rígido e repressivo da tutela penal, concede-se maior liberdade às partes, aproximando-se o processo penal das vias conciliativas e estimulando-se a participação[84].

Nos Estados Unidos da América, a introdução de modelos de justiça penal negociada se verifica desde o final do século XIX (PRADO, 2006, p. 67), com a aplicação do *plea bargaining,* que é um de seus mecanismos característicos. Uma das hipóteses de justificação proposta por estudiosos anglo-saxões é a necessidade gerada pela dificuldade de organização do júri, tendo em vista a sobrecarrega da justiça criminal, tanto pelo aumento do número de procedimentos, quanto pela maior complexidade dos casos e do próprio processo de julgamento, típicos do então contexto de desenvolvimento de uma sociedade industrial e do aperfeiçoamento do sistema criminal gerado pelo reconhecimento de direitos e garantias do acusado (VASCONCELLOS, 2015, p. 78-80). Em outras palavras, a expansão dos espaços de consenso decorreria de fatores utilitaristas, economicistas e eficienticistas, sendo uma realidade exigida pela insuficiência estrutural do Poder Judiciário.

Ainda no século XIX, durante muito tempo alguns dos juízes norte-americanos repulsaram o modelo consensual e resistiram à admissão da barganha como possibilidade de afastamento do julgamento pelo júri e, consequentemente, não aplicação da Sexta Emenda, que o estabelece como direito, além de meio para a dispensa do ônus da prova atribuído à acusação (ALSCHULER, 1979, p. 214-217). Entretanto, mais tarde, a Suprema Corte legitimou o instituto por meio de várias decisões: como demonstrado por Vasconcellos ao citar Bibas, Diego Díez e Albergaria (2015, p. 75), nos anos de 1970 e 1971, em *Brady* v. *United States* e em *Santobello* v. *New York*, por exemplo, o órgão afirmou, respectivamente, que o reconhecimento da culpabilidade evitava responsabilidades e despesas com o julgamento, sendo benéfico para todos, e que o *plea bargaining* era essencial ao processo e altamente desejável; já em 1977, em *Blackledge* v. *Allison*, reconheceu o *plea bargaining* como relevante elemento do sistema de justiça criminal daquele país, capaz de, em algumas situações, beneficiar todos os envolvidos (VASCONCELLOS, 2015, p. 80).

---

84 Partindo-se dos estudos de Sánchez, a ideia de justiça negocial poderia ser enquadrada em uma das quatro dimensões do processo de administrativização do direito penal, o gerencialismo, cujas características seriam a privatização dos conflitos e a informalidade, que levariam a uma "justiça doce", onde valores como a verdade e a justiça seriam considerados menos importantes e estariam em um segundo plano (SÁNCHEZ, 2010, p. 90-91).

Mesmo passando por momentos de maior ou menor resistência por parte dos tribunais, é certo que o poder negocial aplicado ao processo penal se consolidou no direito estadunidense. Contudo, ainda hoje é alvo de diversas críticas, mas que agora lhe são direcionadas pela doutrina, e não mais pela jurisprudência.

No Brasil, tal como nos demais países de *civil law*, o modelo de justiça penal negociada passa a incorporar o ordenamento jurídico a partir da segunda metade do século XX, coincidindo, não por acaso, com o período de expansão do direito penal. Isso porque, como explica Pereira (2013, p. 39), o referido fenômeno fez surgir uma demanda por maior eficiência no controle da nova criminalidade – a criminalidade organizada –, com redução de custos financeiros, evidenciando-se o caráter político-criminal da implementação das medidas negociais.

É no âmbito dos Juizados Especiais, com a Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), que se estabelece, de fato, a justiça negocial no sistema jurídico-penal pátrio[85], alinhando-se o direito processual brasileiro às tendências internacionais pela previsão de institutos como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, respectivamente nos artigos 72 a 74, 76 e 89 da mencionada lei.

Atualmente, com a ampliação do poder negocial, que está relacionada à consolidação de um direito penal premial[86], são aplicados como formas de justiça penal negociada, exemplificativamente, além dos mencionados no parágrafo anterior, os seguintes institutos: a delação ou colaboração premiada, prevista no artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), artigo 159, § 4º, do Código Penal (introduzido pela Lei nº 8.072/1990 e alterado pela Lei nº 9.269/1996), artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/1990 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, sendo o dispositivo incluído pela Lei nº 9.080/1995), artigo 25, § 2º, da Lei nº 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, com redação dada pela Lei nº 9.080/1995), artigo 13 da Lei nº 9.807/1999 (Lei de Proteção a Testemunhas), artigo 41 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro, alterada pela Lei nº 12.683/2012) e artigos 4º a 7º da Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa); e o acordo de leniência, previsto nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste ou Lei do "Super CADE") e no artigo 16 da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

---

85 Não obstante a previsão da delação ou colaboração premiada ser anterior à Lei nº 9.099/1995, somente com o advento da Lei nº 12.850/2013 foi regulado o procedimento deste instituto, que até então era previsto de modo deficitário e confuso pelos demais diplomas legais. Isso não significa a impossibilidade de sua aplicação baseada nas leis anteriores, mas é por essa razão que se diz que a Lei dos Juizados Especiais estabeleceu, de fato, a justiça negocial no cenário jurídico nacional.

86 Em suma, o exercício do direito penal premial corresponde ao oferecimento de prêmios pelas autoridades aos próprios autores de delitos, com vistas à facilitação e ao mais efetivo combate às organizações criminosas (cf. nota 6 deste trabalho).

No sistema jurídico-criminal brasileiro, de modo geral, o processo continua seguindo os contornos tradicionais e burocráticos definidos pelo Código de Processo Penal, sendo o modelo negocial a exceção e, ao mesmo tempo, uma tendência, como demonstrado por todo avanço legislativo destacado. Além disso, em que pese os mais de vinte anos passados desde a primeira norma que efetivamente inseriu os espaços de consenso no processo penal, os institutos negociais mencionados, assim como no direito norte-americano, ainda sofrem várias críticas por parte da doutrina, merecendo maior estudo, sobretudo em tempos em que são deflagradas as mais importantes investigações relacionadas à criminalidade organizada na história do país.

3. ACORDO DE LENIÊNCIA E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Com os novos riscos decorrentes dos avanços industriais e tecnológicos, que culminaram em novas possibilidades de condutas delitivas, e diante das dificuldades trazidas para a persecução penal pelo fenômeno da criminalidade organizada[87] e sua sofisticação, de modo especial, nos crimes econômicos[88], em meio a um cenário de internacionalização da atividade empresarial e dos mercados, liberalização do comércio e expansão da economia, a leniência surge como uma expressão da justiça negocial, de caráter premial, constituindo um meio de obtenção de provas e uma ferramenta de investigação menos onerosa e mais eficaz, com crescente importância.

Como ensinam Gesner Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p. 41-42), quanto à sua conceituação, o acordo de leniência pode ser compreendido como:

> [...] uma transação entre o Estado e o delator, que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal.

---

87 "A integração gera uma delinqüência contra os interesses financeiros da comunidade, produto da integração (fraude orçamentária, criminalidade alfandegária, fraude às subvenções), ao mesmo tempo em que contempla corrupção de funcionários das instituições da integração. Além disso, gera a aparição de uma nova concepção de objeto do delito, centrada em elementos tradicionalmente alheios à idéia de delinqüência como fenômeno marginal; em particular, os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico. Criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinqüência da globalização." (SÁNCHEZ, 2010, p. 103).

88 Merece destaque o seguinte conceito: "La criminalité économique regroupe d'une part, les atteints à l'ordre financier, économique, social, et à la qualité de la vie; d'autre part, les atteints à la propriété, foi publique intégrité physique, des personnes lorsque l'auteur a agi dans le cadre d'une entreprise, soit pour le compte de celle-ci, soit pour son propre compte si le mécanisme de l'infraction est lié à l'existence de pouvoirs de décision essentiels à la vie de l'entreprise" (DELMAS-MARTY apud BOULLANGER, 2002, p. 31). Tradução nossa: "A criminalidade econômica engloba, de um lado, as infrações contra a ordem financeira, econômica, social e a qualidade de vida; de outro lado, os crimes contra a propriedade, a fé-pública e a integridade física das pessoas, quando o agressor tenha agido no âmbito empresarial, em nome da empresa ou em nome próprio e desde que o meio empregado esteja ligado à existência de poderes de decisão essenciais à vida da empresa".).

Esses acordos são celebrados junto à Administração Pública e, portanto, verificam-se na esfera administrativa, sem que haja a participação de qualquer órgão essencialmente jurisdicional, nem mesmo para fins de homologação, podendo produzir efeitos processuais, cíveis e até penais, dependendo da legislação que os discipline e do sistema jurídico que integrem.

Em última análise, trata-se de uma espécie de contrato entre o Poder Público e o administrado. Sendo assim, sob a ótica das empresas, que normalmente são as delatoras, a leniência representa a colaboração para o desenvolvimento das investigações, antes de uma possível condenação, como forma de evitar penalidades rigorosas e processos custosos, que nem sempre se revelariam efetivos e que possivelmente se prolongariam por anos, em uma morosidade incompatível com a pretensão de continuidade do exercício regular das atividades. De tal modo, diminuem-se as possibilidades de afetação da capacidade de produzir riquezas e empregos, seja como consequência negativa dos trâmites processuais ou como efeito das severas sanções que poderiam sobrevir. Por outro lado, do ponto de vista da Administração, tem-se a redução de gastos com a persecução a partir um método mais rápido e eficaz de aplicação da lei, proteção do mercado e punição dos agentes, sem o sacrifício da economia e com o ressarcimento de eventuais danos ao erário.

O instituto não é uma exclusividade nacional. Ao contrário, sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro decorre de uma tendência no plano internacional, que parte de soluções construídas pelo direito norte-americano, cuja experiência serviu de inspiração para diversos países na busca por respostas penais mais eficientes, considerando os resultados já verificados no controle e punição de infrações potencialmente prejudiciais aos cofres públicos e/ou ao mercado. Por isso, a análise das raízes da leniência se mostra pertinente.

3.1 A origem estadunidense do instituto: o *Leniency Program* de 1978 e sua reforma

A estruturação de um programa de leniência aconteceu pela primeira vez nos Estados Unidos da América, em 1978, quando a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (*DOJ*) adotou o chamado *Leniency Program*. Em uma realidade global de priorização da defesa da concorrência, objetivando o combate aos cartéis e a outras práticas real ou potencialmente anticompetitivas, esse programa possibilita a concessão de perdão judicial, na seara penal, ao primeiro infrator que se apresenta às autoridades antitruste antes do início de qualquer investigação e se propõe a fornecer informações sobre o conluio, delatando a prática de ilícitos e cooperando ao longo das investigações (HAMMOND, 2000, p. 02).

O que está por trás da proposta é a dificuldade de se descobrir e investigar os crimes praticados no seio do âmbito empresarial, que tendem a manter-se ocultos pela sua aparência de licitude, dada a complexidade das estruturas orga-

nizacionais e a sofisticação empregada visando à discrição, à preservação do sigilo e à não desconfiança por parte das autoridades[89].

Nesse sentido, as denúncias e a colaboração dos agentes tornam as investigações menos dispendiosas e mais eficientes, já que estas passam a contar com o conhecimento daqueles que eram responsáveis pela articulação e pelo funcionamento dos cartéis, de modo que a compreensão das práticas se torna consideravelmente mais simples. Ademais, o risco de um futuro acordo de leniência provoca certa tensão e desconfiança constante entre os agentes formadores do esquema, que então se tornam competidores em uma corrida por anistia (FRASER, 2012), o que desestabiliza os cartéis já existentes e inibe o surgimento de outros. Por fim, com a possibilidade de obtenção da leniência pela delação, os membros de cartéis tendem a preservar provas e elementos incriminadores que mais tarde podem facilitar eventuais condenações.

Apesar de tudo isso, a primeira experiência estadunidense de leniência se viu prejudicada pelo fato de que a aplicação da anistia não era automática, o que significava insegurança jurídica para os denunciantes, na medida em que suas propostas de acordo se sujeitavam à discricionariedade das autoridades, implicando elevados riscos e alto grau de incerteza (HAMMOND, 2004, p. 02). Além disso, o programa se mostrava pouco interessante, pois apenas o primeiro delator poderia se beneficiar do perdão judicial e não era contemplada a possibilidade de celebração de acordos no curso das investigações.

Assim, o fracasso inicial da política de leniência americana é atestado pela informação de que, até a sua posterior reformulação, nenhum caso de cartel internacional foi identificado pelo *DOJ* a partir desse meio e, em média, só uma proposta de leniência foi recebida por ano (HAMMOND, 2004, p. 03).

Diante disso, em agosto de 1993, com a criação da *Corporate Leniency Policy* ou *Amnesty Program*, a ideia original passou por considerável restruturação, que tornou o programa mais amplo, mais agressivo e, desse modo, mais atrativo. Com as mudanças, os benefícios do acordo foram estendidos a outros potenciais delatores que não o primeiro; a imunidade passou a ser concedida automaticamente, se cumpridos determinados requisitos e desde que inexistisse investigação já em curso ou, existindo, desde que as autoridades ainda não possuíssem evidências bastantes para a acusação; e, por último, as proteções passaram a abranger, automaticamente, todos os funcionários, administradores e diretores que coo-

89 Daí a necessidade de criação de novos mecanismos que estimulassem denúncias, sobretudo internas, ligadas à noção de *whistleblower*, termo que designa informantes internos que reportam atos ilegais e que surge como uma referência aos antigos policiais ingleses, que assopravam seus apitos para advertir a presença de um possível criminoso (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 19). Tal instituto só passou a ser amplamente aplicado no direito norte-americano depois da criação do *Whistleblowing Program* pela *Securities and Exchange Commission* (SEC), que corresponde à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) brasileira, de acordo com o previsto no *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 e no *Dodd-Frank Act* de 2010.

perassem, estando eles ainda vinculados à leniente ou não. A nova formatação do programa de leniência ainda previa a figura do *amnesty plus*, de modo que uma empresa já investigada por uma determinada prática anticoncorrencial, não se qualificando para um acordo de leniência em relação a esta, poderia prestar informações sobre um segundo cartel, a fim de se ver livre das sanções a este relacionadas, com chances de redução da pena correspondente ao primeiro ilícito (LEITE, 2013, p. 139-144).

Cerca de um ano depois, em agosto de 1994, o governo norte-americano estabeleceu o *Individual Leniency Program*, consistente em um novo programa de leniência voltado para as pessoas físicas que comparecessem perante as autoridades, não fazendo parte ou independentemente de delação anterior realizada por empresas. A imunidade lhes é garantida automaticamente se a infração delatada não fosse previamente conhecida pela Divisão Antitruste e desde que admitam a autoria, comprometendo-se a cooperar. Para além dessas condições, o benefício não é concedido se as pessoas físicas denunciantes deram início ao cartel, exerceram papel de liderança ou coagiram outros a concorrerem para o crime (GRIFFIN , 2003, p. 08).

Depois da reforma de 1993 e das alterações seguintes, a quantidade de propostas e adesões ao programa de leniência aumentou sensivelmente, assim como ocorreu com o número de condenações por crimes de cartel e com o número de sanções aplicadas, sendo a severidade destas também ampliada[90]. A Divisão Antitruste do *DOJ* atribui os bons resultados a fatores como a ameaça de aplicação de sanções rígidas; as altas taxas de detecção ou identificação, que gerariam temor de punição; e as transparentes políticas de atuação do órgão (HAMMOND, 2000, p. 14).

No entanto, o sucesso do programa de leniência estadunidense no combate às condutas anticompetitivas é questionável, uma vez que não há dados sobre as infrações e cartéis não detectados pelas autoridades e, assim, não é possível concluir que os melhores números decorrem, inequivocamente, da efetividade na investigação e punição de práticas ilícitas, já que os resultados poderiam ser igualmente explicados por uma lógica de proporcionalidade. Em outras palavras, o aumento na quantidade de cartéis investigados e punidos talvez seja um mero reflexo do aumento do número absoluto de cartéis existentes[91]. Isso é importante porque os programas de leniência têm por finalidade a prevenção e o desencorajamento da prática de novos ilícitos, não se prestando a simplesmente tornar a

---

90 Segundo o então Diretor da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, até 2002, houve um aumento de mais de dez vezes do número de adesões ao programa de leniência, chegando a aproximadamente uma por mês e, em 2003, três por mês; as multas impostas a infratores entre 1998 e 2002 totalizavam mais de US$1,5 bilhões; um número nunca visto de cartéis, inclusive internacionais, foi detectado, sendo as empresas envolvidas condenadas ao pagamento multas severas e presos executivos de diversos países, com penas de, em média, dezoito meses (HAMMOND, 2000, p. 04).

91 Cf. MARVÃO, Catarina; SPAGNOLO, Giancarlo. What do we really know about de effectiveness of the current leniency policies? – A survey of the empirical and experimental evidence. **Stockholm Institute of Transition Economics (SITE) Working Paper**, Stockholm, n. 28, 2014.

persecução penal um trabalho mais fácil para as autoridades.

De todo modo, influenciados pelos resultados alcançados pelos Estados Unidos, outros países, inclusive o Brasil, seguindo uma tendência mundial, adotaram políticas semelhantes, incorporando os acordos de leniência aos seus respectivos ordenamentos jurídicos e difundindo o instituto como um dos mais eficientes instrumentos de investigação e combate a infrações administrativas e/ou penais consideradas graves.

3.2 O programa brasileiro de leniência na realidade anticoncorrencial

Como consequência da experimentação tardia da expansão do direito penal, o programa brasileiro de leniência foi introduzido no sistema jurídico nacional por meio da Medida Provisória nº 2.055/2000, que alterava a Lei nº 8.884/1994, antiga Lei Antitruste, inserindo no seu texto, entre outros, os artigos 35-B e 35-C e conferindo poderes à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça[92] para a celebração de acordos de leniência. Depois de ter sido reeditada três vezes, a referida Medida Provisória foi finalmente convertida na Lei nº 10.149/2000, sendo consolidadas as alterações anteriores. A sua regulamentação foi dada pela Portaria nº 4 do Ministério da Justiça, de 05 de janeiro de 2006, mais tarde substituída pela Portaria nº 456, de 15 de março de 2010, que ainda permanece em vigor.

Com o novo instituto, pretendia-se dotar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência de mecanismos mais efetivos na repressão de práticas anticompetitivas, de modo a assegurar a manutenção da livre concorrência na economia.

Pela nova redação do texto da legislação antitruste de 1994, os acordos de leniência poderiam ser celebrados com pessoas jurídicas e/ou físicas autoras de infrações à ordem econômica, se não tivessem exercido papel de liderança no conluio e desde que fossem as primeiras a se apresentarem às autoridades e que colaborassem efetivamente com as investigações, de forma plena, contínua e que possibilitasse a identificação de outros agentes e a comprovação do ilícito, confessando a sua participação e comprometendo-se a cessá-la desde logo.

Cumpridos os requisitos, se as autoridades não conhecessem previamente as infrações noticiadas, imunidade total seria concedida ao leniente; se já conhecessem, mas ainda não tivessem provas suficientes para assegurar uma possível condenação, poderia haver uma redução de até dois terços das multas aplicáveis, conforme fosse a efetividade da colaboração e a boa-fé do infrator no cumpri-

92 A Lei nº 12.529/2011 modificou a estrutura administrativa do Poder Executivo federal, transferindo algumas funções da Secretaria de Direito Econômico para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Assim, no que diz respeito aos acordos de leniência, o que antes era feito pela SDE passou a ser de competência da Superintendência-Geral do CADE, de modo que este se tornou a autarquia responsável por todo o procedimento relacionado aos referidos acordos, da celebração até a verificação do seu cumprimento.

mento do acordo. Se este fosse celebrado com pessoa jurídica, todos os benefícios a ela concedidos seriam estendidos às pessoas físicas também signatárias.

As propostas seriam sigilosas e, ainda que fossem rejeitadas, não seriam divulgadas, nem implicariam confissão quanto à matéria fática ou reconhecimento da ilicitude da conduta. De todo modo, nada impediria que as autoridades passassem a investigar os atos que se pretendia delatar. Se aceitas, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) seria a autarquia competente para verificar o cumprimento do acordo, decretando a extinção da punibilidade administrativa ou reduzindo as sanções aplicáveis na proporção adequada, como fosse o caso.

Em relação às pessoas naturais vinculadas às pessoas jurídicas lenientes, produzindo efeitos penal e processual penal, respectivamente, o acordo de leniência concorrencial, suspenderia o curso do prazo prescricional e impediria o oferecimento de denúncia por crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei nº 8.137/1990. Como outro efeito penal, a declaração do seu cumprimento pelo CADE culminaria, automaticamente, na extinção da punibilidade daquelas pessoas naturais por esses crimes.

Atualmente, a política brasileira de leniência no âmbito da defesa da concorrência é estruturada pela Lei nº 12.529/2011, conhecida como Lei Antitruste ou Lei do "Super CADE". Em linhas gerais, quanto aos acordos de leniência, a disciplina dada pelos artigos 86 e 87 desta é a mesma dada pela legislação anterior. Entretanto, este dispositivo traz relevante alteração quanto aos efeitos penais e processuais penais da leniência, pois os estende a outros crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como associação criminosa (artigo 288 do Código Penal) e os tipificados na Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

Entre 2003 e 2011, foram celebrados vinte e três acordos de leniência, em uma média de menos de três por ano. Após a Lei nº 12.529/2011, no período de 2012 a 2017, cinquenta e nove acordos foram firmados, o que corresponde a uma média de aproximadamente dez por ano. No total, até dezembro de 2017, oitenta e dois acordos de leniência foram celebrados, além de mais vinte e três aditivos e mais dezesseis acordos de leniência *plus*[93], chegando-se ao valor final de cento e vinte e um ajustes[94]. Desse número, apenas catorze procedimentos administrativos de acordo de leniência foram julgados[95].

---

93 Trata-se de modalidade de acordo de leniência correspondente ao antes mencionado *amnesty plus* norte-americano, em que uma empresa já investigada por uma prática anticoncorrencial não se qualifica para um acordo de leniência em relação a esta, mas presta informações sobre um segundo cartel, podendo se ver livre das sanções a este relacionadas, com chances de redução da pena correspondente ao primeiro.

94 Conforme informações fornecidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, vinte e quatro porcento dos acordos de leniência celebrados pelo órgão se deram no bojo da Operação Lava Jato (cf. nota 5 deste trabalho).

95 Informações disponíveis no sítio eletrônico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na área dedicada ao programa de leniência promovido pelo órgão.

Com essa formatação, o modelo de leniência antitruste posteriormente serviu de inspiração para a Lei nº 12.846/2013, que estabelece a possibilidade de celebração de um acordo de leniência específico para os casos de atos previstos em seu artigo 5º, tendo este algumas particularidades.

4. O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Por meio da celebração de diferentes compromissos, as agências internacionais têm estimulado e pressionado países a desenvolverem ou aprimorarem suas legislações internas, implementando rigorosas medidas anticorrupção[96]. Inclusive, no caso brasileiro, este é o contexto de surgimento da Lei nº 12.846/2013 ou Lei Anticorrupção.

Tal como no combate aos cartéis, estudos sugerem que as políticas de leniência e outros meios de incentivo a denúncias internas funcionam na luta contra a corrupção[97]. É que, em se tratando de ofensas que envolvem múltiplos agentes atuando em coordenação, o sucesso das condutas depende de certo nível de confiança entre estes, e é exatamente esse ponto que os programas de leniência buscam atingir com oferecimento de incentivos àqueles que delatam e cooperam com as autoridades.

Por esse motivo, alguns países como o Brasil instituíram programas de leniência específicos para os casos de corrupção, normalmente sob a responsabilidade de autoridades diferentes das competentes para a celebração de acordos no âmbito da defesa da concorrência, mas sendo muitas vezes aplicados em conjunto com a leniência da legislação antitruste.

Esse, porém, não foi o caminho escolhido pelo direito estadunidense, que tratou da questão corrupcional muito antes da preocupação com a matéria se expandir pelo mundo, estabelecendo uma legislação pioneira. Em vez disso, como a maioria das legislações anticorrupção atuais, o *US Foreign Corrupt Practices Act* (*FCPA*) se dedicou à criação de deveres para o aumento da transparência dos procedimentos envolvendo o Poder Público. E as regulações que objetivam o aumento da transparência acabam por promover a repressão das violações a partir de outra perspectiva, por facilitarem o monitoramento e a detecção de práticas ilícitas.

Quanto aos ilícitos não abrangidos pela legislação antitruste e seu respectivo programa de leniência, nos Estados Unidos, as autoridades possuem à sua

---

96 Dentre os mais relevantes compromissos internacionais de combate à corrupção, cita-se, exemplificativamente, os seguintes: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003; Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, de 1997; Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996; Convenção Relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias, de 1995; etc.

97 Cf. SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: optimal leniency programs. **Consip. SpA and CEPR**, **Stockholm Institute of Transition Economics (SITE)**, Stockholm, 2005.

disposição outros mecanismos negociais para garantir a concessão de prêmios aos infratores, igualmente incentivando a colaboração, mas não por meio de políticas de leniência especificas, como se demonstrará a seguir.

4.1 O papel precursor do *US Foreign Corrupt Practices Act* de 1977

A influência dos Estados Unidos no movimento global de luta contra a corrupção é inegável se considerado o fato de que, décadas antes desse fenômeno ganhar a atenção das agências internacionais, este era o único país do mundo que contava com uma legislação especificamente direcionada à prevenção e à repressão de práticas corruptivas, determinando a aplicação de rigorosas penalidades, principalmente de natureza pecuniária: o *Foreign Corrupt Practices Act*.

O ano de 1972 marcou a história estadunidense por ter sido palco de um dos maiores escândalos políticos já ocorridos naquele país. O episódio, que ficou conhecido como *Watergate*, envolvia operações ilegais de espionagem e negociações obscuras realizadas pelo governo do então Presidente Richard Nixon. No curso das investigações, apurou-se que este conhecia os atos ilícitos praticados com o objetivo de sabotar o Partido Democrata e financiados com dinheiro desviado dos fundos para a sua campanha de reeleição. Descobriu-se, ainda, que Nixon teria tentado utilizar de sua influência política e posição institucional para prejudicar o trabalho das autoridades no caso. Com tudo isso, em 1974, devido às pressões populares e da imprensa, que provocaram o rápido avanço das investigações e dos procedimentos para a sua responsabilização, o Presidente renunciou ao cargo. Em seguida, por ato do Vice-Presidente Gerald Ford, que o substituiu no governo, todos os crimes eventualmente praticados por Nixon foram total e incondicionalmente perdoados. A anistia teria sido motivada por interesses pessoais de Ford, que buscava a sua própria proteção contra as ameaças de Nixon (STONE; COLAPIETRO, 2014).

Com objetivo de evitar novas situações como o *Watergate*, em 1977, foi publicado o *FCPA*, lei anticorrupção norte-americana, que prevê a responsabilidade civil e penal de pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção praticados em seu benefício, independentemente de eventual responsabilização individual dos seus administradores, empregados, representantes e outras pessoas naturais. Do ponto de vista internacional, a aprovação dessa lei tinha por finalidade reduzir o pagamento de propinas e combater práticas corruptivas estrangeiras, protegendo os negócios internos e externos (ROSENBERG; KAUFMANN; PLOCHOCKI, 2014, p. 401).

O *FCPA* foi alterado em 1988, a fim de que seu texto fosse adequado às recomendações da Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros. Já em 2012, face ao aumento do número de casos em que era aplicado e, consequentemente, do número de questionamentos acerca das suas disposições, a *Securities and Exchange Commission* (*SEC*) e o *DOJ* publicaram o *Resource Guide*

to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, contendo as prioridades das autoridades em relação a essa lei e orientações interpretativas sobre a sua incidência na atividade empresarial, de modo a conferir maior previsibilidade e segurança aos destinatários da norma.

Essa legislação contempla, além das normas anticorrupção, regras sobre a manutenção de registros contábeis. As primeiras, que aqui nos interessam, dividem-se em três seções desde a emenda de 1988, aplicáveis, respectivamente: às empresas emissoras de valores mobiliários no país; aos indivíduos, nacionais ou residentes em solo norte-americano, e às empresas que tenham seus principais negócios lá estabelecidos ou que foram incorporadas por outras que o tenham; a todos os demais que não se enquadrem nas categorias anteriores, inclusive estrangeiros, desde que as violações sejam cometidas no território dos Estados Unidos[98].

Por muito tempo os Estados Unidos continuaram sendo o único país com uma legislação anticorrupção com o perfil e a relevância do *FCPA*. E, nas suas origens, a aplicação territorial dessa lei era mais restrita, alcançando, principalmente, empresas americanas ou com negócios e ações emitidas no país. Esse quadro acabou por reduzir a competividade de tais empresas no mercado internacional (SILVESTRE; REIS, 2015, p. 02), já que as normas anticorrupção lhes impunham exigências procedimentais rigorosas e caras, além de desencorajar a possibilidade de obtenção de vantagens competitivas mediante práticas corruptivas.

Os Estados Unidos, então, utilizando-se de suas influências diplomáticas, buscaram corrigir a mencionada falha de mercado por meio da mobilização da OCDE para a celebração de um acordo internacional de combate à corrupção, que mais tarde resultou na Convenção contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros de 1997, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 3.678/2000 (SILVESTRE; REIS, 2015, p. 02).

4.1.1 Aplicação da leniência no contexto anticorrupção norte-americano

No texto do *FCPA*, assim como ocorre nas demais figuras normativas do ordenamento jurídico americano, não foi previsto um programa de leniência específico para os casos de corrupção. Ainda assim, a autodenuncia e a cooperação têm grande valor para as autoridades[99] e podem levar à atenuação das penas ou à

---

98 Recentemente, em uma abordagem mais agressiva, as autoridades americanas têm ampliado cada vez mais o âmbito territorial de aplicação do *FCPA*, interpretando o texto legal de maneira flexível ao exigir somente contatos mínimos e indiretos com o território do país para que seja atraída a sua incidência (ROSENBERG; KAUFMANN; PLOCHOCKI, p. 402). Esse é mais um dos aspectos que tornam a lei anticorrupção estadunidense tão relevante internacionalmente.

99 O *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* é expresso nesse sentido, estabelecendo que "[...] both DOJ and SEC place a high premium on self-reporting, along with cooperation and remedial efforts, in determining the appropriate resolution of FCPA matters [...]" (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2012, p. 63). Tradução nossa: "[...] o *DOJ* e a *SEC* atribuem grande importância à autodenuncia acompanhada de cooperação e medidas de remediação para a resolução adequada das violações ao *FCPA* [...]".

anistia, porém, por meio de outros instrumentos negociais que não os acordos de leniência, como *plea bargaining*, *deferred prosecution agreements* (*DPAs*) e *non-prosecution agreements* (*NPAs*) (LUZ; SPAGNOLO, 2016, p. 07).

Todavia, se atos de corrupção são praticados em conexão com violações antitruste, o programa de leniência existente para estas poderá ser utilizado, abrangendo todos os ilícitos. Ocorre que, celebrado o acordo, só a Divisão Antitruste estará a ele vinculada, o que implica a sérios riscos para a leniente, já que o benefício obtido não impedirá que a persecução seja eventualmente promovida por outras autoridades em relação ao crime de corrupção (HAMMOND, 2008, p. 08). No máximo, se requerido pela leniente, a Divisão Antitruste informará outras autoridades sobre o acordo celebrado.

Sendo assim, nas situações envolvendo cartéis e atos de corrupção, o agente deverá buscar a anistia por meio de pelo menos dois instrumentos distintos, de naturezas diferentes e perante autoridades diversas: o acordo de leniência, celebrado junto à Divisão Antitruste, e outra forma de colaboração processual, a ser providenciada junto à Divisão Criminal do Departamento de Justiça dos Estados Unidos.

É possível afirmar, então, que será preciso um elevado grau de coordenação entre as autoridades, sob pena de eventuais acordos se tornarem pouco atrativos, frustrando-se as possibilidades de colaboração. Isso porque os benefícios relacionados às diversas infrações podem não ser concedidos ao mesmo tempo e a primeira proposta, ainda que sigilosa, implicará ao agente algum risco de que co-infratores tomem conhecimento ou sejam informados sobre a delação, podendo rapidamente recorrer às autoridades para reportar o crime de corrupção, objetivando alcançar a redução ou a não aplicação das sanções em que poderiam vir a incorrer e, ao mesmo tempo, prejudicando aquele na obtenção de benefícios quanto às duas violações, em uma lógica de vingança típica da Teoria dos Jogos, que será abordada mais profundamente adiante.

Considerando o mesmo contexto hipotético de cartel e corrupção, mas analisando a situação de uma pessoa natural que cogita se candidatar à leniência isoladamente, a pouca atratividade da negociação envolvendo meios e autoridades diferentes fica ainda mais evidente. É que celebrar um acordo de leniência com as autoridades antitruste não necessariamente evitará futuras acusações por corrupção advindas de outras autoridades e, por conseguinte, poderá levar o agente à prisão. Assim, ao negociar, só caberá ao indivíduo confiar na potencial coordenação das autoridades competentes, sem nenhum grau de certeza quanto à obtenção da imunidade esperada.

Depois da Convenção da OCDE contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, uma política global de combate à corrupção ganhou força, sendo liderada pelos Estados Unidos, que já contavam com a *FCPA* em seu sistema jurídico. Como resposta à pressão de agentes internacionais como a própria

OCDE e em obediência às suas recomendações, o texto do Projeto de Lei nº 6.826 foi submetido ao Congresso Nacional no início do ano de 2010[100], resultando na Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

Esta lei, que recentemente foi regulamentada no âmbito federal pelo Decreto nº 8.420/2015, "dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira [...]" (BRASIL, 2013). De acordo com as suas previsões, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas até quando tais atos forem praticados por terceiros, desde que em benefício ou interesse delas, ainda que não exclusivamente. Trata-se de responsabilidade objetiva e que independe da responsabilização individual dos dirigentes, administradores ou qualquer pessoa natural envolvida no ilícito, não a excluindo.

Aplicáveis pela via judicial, as sanções de caráter civil previstas pela lei são o perdimento de bens, direitos e valores relacionados ao ilícito; a suspensão do exercício das atividades da pessoa jurídica; a sua dissolução compulsória; e a proibição temporária de receber diversas formas de incentivo ou benefício do Poder Público e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Estado. São, portanto, sanções graves e por isso devem se submeter ao crivo do Poder Judiciário. Por outro lado, na esfera administrativa, as sanções podem consistir na aplicação de multa e/ou na publicação extraordinária da decisão condenatória[101].

Um aspecto relevante relacionado a tais sanções administrativas é a preocupação evidenciada pela lei com a prevenção às infrações, sendo reconhecida a relevância do controle interno prévio no combate efetivo à corrupção. Tanto é assim que a existência de mecanismos efetivos de *compliance*[102] e de governança no âmbito da pessoa jurídica infratora é tida como parâmetro a ser considerado quando da imposição das penalidades pela Administração, servindo de atenuante. Sendo assim, em alguma medida, o legislador seguiu a tendência da maioria das legislações anticorrupção estrangeiras ao valorizar a observância de

---

100 O fato de o referido projeto não ser fruto de uma atuação espontânea do legislador é expresso no texto da Mensagem Legislativa nº 52/2010, que formalizou a sua submissão à deliberação do Congresso Nacional: "[...] o anteprojeto apresentado inclui a proteção da Administração Pública Estrangeira, em decorrência da necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil [...]" (BRASIL, 2010, p. 09).

101 A Lei nº 12.846/2013 segue a lógica estabelecida pelo princípio da independência das instâncias, permitindo que sanções administrativas, civis e criminais sejam aplicadas de forma independente e autônoma, sem que isso caracterize *bis in idem* (SANTOS; BERTOCINI; COSTÓDIO FILHO, 2014, p. 157). Na prática, isso desperta certa insegurança jurídica naqueles que possivelmente se beneficiariam das negociações, pois a colaboração pode culminar na responsabilização do agente perante diversos órgãos, de modo que seja difícil mensurar os reflexos econômicos da opção pela negociação, tendo em vista a possibilidade da aplicação de sanções pecuniárias e não-pecuniárias repetidamente. Há, portanto, um problema de sistematicidade.

102 O termo de origem inglesa pode ser conceituado como "[...] um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários." (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30). Na legislação brasileira, inclusive na Lei Anticorrupção, é substituído pelas expressões "programa" e "procedimentos de integridade".

deveres *compliance*, incentivando a criação de procedimentos para aumentar a transparência e para estimular a adoção de um comportamento probo e integro. No mesmo sentido, a cooperação da pessoa jurídica com as autoridades é outro parâmetro a ser utilizado no dimensionamento das penas, também funcionando como circunstância atenuante.

É importante ressaltar que as origens da Lei Anticorrupção não estão ligadas apenas à necessidade de uma adequação da legislação nacional aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A inexistência de mecanismos efetivos e céleres para punir as pessoas jurídicas praticantes, interessadas ou beneficiadas por atos de corrupção foi outro importante fator que impulsionou o surgimento da norma (BRASIL, 2010, p. 09-10). Essa deficiência do ordenamento jurídico pátrio existia porque a punição dos atos de corrupção como crimes só alcança as pessoas naturais, já que a responsabilidade penal da pessoa jurídica ainda é assunto controverso no país, sendo admitida somente em relação aos crimes ambientais e, ainda assim, com alguma discussão[103]. Esse é um ponto de grande valor para a análise da natureza jurídica da lei em exame.

Embora não seja explicitamente de caráter penal, não se pode afirmar de forma simplista que a Lei Anticorrupção esteja sob o espectro do direito administrativo sancionador. Isso ocorre porque as suas características penais se sobressaem às administrativas, o que nos leva a crer que, na sua elaboração, o legislador empregou a forma do direito administrativo com o objetivo de não enfrentar os obstáculos materiais e formais que surgiriam se declarasse se tratar de norma de direito penal.

A conotação penal da Lei nº 12.846/2013 fica nítida a partir do exame da sua racionalidade. Primeiramente, ao prever um rol expresso de condutas capazes de lesar a administração pública nacional e estrangeira, o legislador não fez mais que reeditar os artigos 317, 333, 335, 337-B, 337-C e 343 do Código Penal. Os atos lesivos a serem punidos são basicamente os mesmo em ambos os diplomas, com a diferença de que neste a previsão está voltada às pessoas naturais, enquanto naquele estão voltados às pessoas jurídicas. Consequentemente, há uma proximidade entre os bens jurídicos tutelados, se não uma identidade, sendo a limitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil uma barreira determinante para a opção legislativa pelo direito administrativo (SILVESTRE; REIS, 2015, p. 07-08). Para além disso, a gravidade das mencionadas sanções cominadas é típica de normas de direito penal (SCAFF; SILVEIRA, 2014), que é ramo essencialmente violento e repressor. E as consequências que essas punições podem gerar para as pessoas jurídicas apenadas não deixam dúvidas da severidade empregada[104].

---

103 Para mais informações sobre o assunto e a respectiva discussão, cf. SILVESTRE, Mariana Camillo; REIS, Luciano Elias. A lei 12.846/2013: a corrupção e a natureza jurídica da lei. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 21, p. 01-10, nov. - dez. 2015. p. 06-07.

104 Dentre as sanções previstas na Lei Anticorrupção, destacam-se multas que podem alcançar o valor de sessenta milhões de reais e a suspensão das atividades ou até mesmo a extinção da pessoa jurídica, por meio da sua dissolução compulsória.

Por todas estas razões, inobstante parecer norma de direito administrativo e textualmente se ater às reponsabilidades civil e administrativa, a Lei Anticorrupção é substancialmente penal (SCAFF; SILVEIRA, 2016), aproximando-se do *FCPA* norte-americano quanto à sua natureza complexa, por congregar regras referentes a diferentes ramos do direito.

Definir a natureza da lei é essencial, uma vez que há diferenças no que se refere às exigências de garantias processuais a serem observadas no direito administrativo e no direito penal. Enquanto neste exigem-se garantias formais mais rígidas, como um contrapeso à gravidade das penas a ele inerentes (SÁNCHEZ apud LUZ, 2011, p. 441), no direito administrativo há uma maior flexibilidade, pois imperam os princípios da supremacia do interesse público e da eficiência (LUZ, 2011, p. 441). No caso da Lei Anticorrupção, a relativização própria da esfera administrativa se mostra inaceitável, pois, ainda que implicitamente, foi adotado pelo legislador um modelo de regulação penal, o que faz das garantias um contraponto às sanções drásticas ali previstas, tal como a dissolução compulsória da pessoa jurídica, que equivale a uma pena de morte para o ente que suportá-la[105].

Além disso, o programa de leniência instituído pela Lei nº 12.846/2013, que será analisado a seguir, pela própria natureza penal da lei, é carregado de um caráter de delação premiada, revelando-se instituto materialmente penal, o que impõe a observância de todas as garantias do direito processual penal quando da celebração dos acordos, mormente quando estes podem indiretamente culminar na pena de prisão das pessoas físicas vinculadas à pessoa jurídica leniente, tendo em vista a possibilidade de eventual compartilhamento das provas produzidas com o juízo penal durante a persecução.

4.2 A paradigmática Lei nº 12.846/2013 e a Medida Provisória nº 703/2015

A Lei nº 12.846/2013, por meio do seu artigo 16, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de um acordo de leniência específico para os casos de corrupção, dando novo contorno e dimensão ao instituto já existente na legislação anticoncorrencial.

Nos termos dessa lei, a competência para a celebração dos acordos de leniência foi conferida à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública que sofreu os atos ilícitos[106]. No âmbito do Poder Executivo federal e no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, esse órgão é a Controladoria-Geral da União (CGU)[107].

---

105 A transposição das garantias do processo penal para o procedimento administrativo restritivo de caráter sancionatório é defendida por Miguel Reale Júnior, como citado por Luz (2011, p. 441-442). Para o autor, o direito penal e o direito administrativo sancionador seriam apenas manifestações distintas de um único *jus puniendi* geral e, por isso, ambos deveriam se submeter aos mesmos princípios e garantias constitucionais voltados para a proteção do acusado.

106 Considerando a divisão de Poderes e a estrutura federativa, a amplitude da competência, somada a já apontada falta de sistematicidade do ordenamento (cf. nota 23), é fonte de inegável insegurança jurídica.

107 Por meio da Medida Provisória nº 726/2016, editada pelo Presidente Michel Temer quando da assunção

Os acordos podem ser firmados com pessoas jurídicas autoras dos atos de corrupção nela tipificados ou, não sendo autoras, que neles estivessem interessadas ou que por eles tenham sido beneficiadas de alguma forma. Note-se que, diferentemente do que ocorre nos acordos de leniência celebrados pelo CADE, as pessoas físicas não foram abrangidas pelo instituto da Lei Anticorrupção, não podendo ser beneficiadas por acordos eventualmente firmados com pessoas jurídicas com as quais tenham relações.

Para que se beneficie do acordo, a proponente deve ser a primeira a se apresentar às autoridades e deve colaborar efetivamente com as investigações e o processo administrativo, de forma plena, permanente e que possibilite a identificação de outros agentes e a célere comprovação do ilícito, confessando a sua participação e comprometendo-se a cessá-la desde logo[108]. Deve ainda comparecer, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o encerramento do procedimento.

Embora a concessão do benefício somente à primeira delatora tenha a finalidade de criar instabilidade, esse tratamento é criticável do ponto de vista prático, uma vez que os grandes esquemas de corrupção, em geral, envolvem várias pessoas jurídicas, ramificando-se em diversos conluios. E, em que pese a existência de dispositivos legais que o vedem, nada garante que a primeira denunciante informará tudo o que sabe, podendo a sua colaboração não atingir todo o esquema. Dependendo da sua importância, pode ser que esta sequer conheça toda a amplitude e inteligência da atuação da organização, deixando a desejar nas contribuições. Portanto, maior sucesso talvez seria alcançado se o benefício da

provisória do governo em razão do então em curso procedimento de *impeachment*, a CGU passou a ser chamada de Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC). Em setembro deste ano, a referida medida provisória foi convertida na Lei nº 13.341/2016, que definiu o nome do órgão como Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU (MTFC-CGU). A mudança de nomenclatura, no entanto, não alterou as suas funções.

108 A Teoria dos Jogos cujo desenvolvimento é atribuído, em grande parte, a John von Neumann, Oskar Morgenstern e John Nash, pode ser definida como "a teoria dos modelos matemáticos que estuda a escolha de decisões ótimas sob condições de conflito" (BORTOLOSSI apud FONSECA E SILVA; REIS, 2015), e, no processo penal, é invocada como ferramenta de análise para a compreensão do modo como se dá as interações processuais e como elas afetam o resultado do procedimento (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 42). A partir da sua aplicação aos acordos de leniência, percebe-se que os requisitos mencionados e, em especial, o primeiro, demonstram que o instituto funciona como o Dilema do Prisioneiro – metáfora criada em 1930 por Merrill Flood e Melvin Dresher –, impactando as relações de confiança e utilizando a cooperação como estratégia para desestabilizar as organizações criminosas. É que, como a corrupção envolve múltiplos agentes atuando em coordenação e articulados em complexos esquemas, o sucesso dos ilícitos depende de alguma confiança entre estes, ponto que se busca atingir com oferecimento de benefícios expressivos apenas ao primeiro que propõe se delatar e cooperar com as autoridades, de forma que fazê-lo lhe pareça mais vantajoso do que a permanência no conluio com o risco de que outro o faça antes e lhe restem apenas as duras sanções legais. Logo, a traição é fomentada pela valorização do tempo, pois todos os agentes envolvidos em uma infração, a princípio, dispõem das mesmas informações que poderão ser utilizadas para negociar com as autoridades. E, dependendo dessas negociações, cada um deles poderá angariar diferentes valores de troca para as que possui. Entretanto, somente aquele que se antecipa e decide se apresentar às autoridades primeiro poderá gozar dos benefícios decorrentes do acordo, enquanto os demais verão as suas informações perderem o seu valor, sem ter acesso a nenhum tipo de prêmio. De tal modo, as autoridades escolhem não punir a primeira denunciante, ou fazê-lo de maneira mais branda, para então desmantelar o esquema de corrupção, identificando e punindo severamente os demais envolvidos.

primeira delatora fosse proporcionalmente maior, podendo as demais envolvidas contribuir em troca de prêmios menos expressivos – e o critério para defini-los deve ser não tornar os custos do ilícito, no todo, viáveis –, caso colaborassem de modo relevante e eficaz, sendo estimuladas a fazê-lo pelas possíveis vantagens.

Quanto às propostas, poderão ser apresentadas até a conclusão do relatório a ser elaborado no procedimento administrativo de responsabilidade, ainda que as autoridades conhecessem previamente as infrações noticiadas e independentemente do fato de já existirem investigações em curso. Em regra, elas são sigilosas até que o acordo seja homologado pela autoridade competente e, ainda que sejam rejeitadas, não são divulgadas, nem implicam confissão quanto à matéria fática ou reconhecimento da ilicitude da conduta, mantendo-se a presunção de inocência. Neste caso, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos à proponente, sem retenção de cópias pelo Poder Público e sendo vedado seu uso para fins de responsabilização, salvo se a Administração tivesse conhecimento deles independentemente da apresentação quando da proposta de acordo.

Celebrado o acordo, o prazo prescricional para a responsabilização administrativa pelos atos ilícitos previstos na lei será interrompido. No entanto, a pessoa jurídica não se eximirá da obrigação de reparar integralmente o dano causado ao erário. Ademais, a leniente se obrigará a adotar, aplicar ou aperfeiçoar programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos pelo decreto regulamentador da lei, visando ao funcionamento efetivo e ao consequente aumento da transparência.

Se houver descumprimento do que foi ajustado, a pessoa jurídica não poderá celebrar novo acordo pelo prazo de três anos contados do conhecimento pela Administração Pública do referido descumprimento. Por outro lado, se cumprido, como benefícios, a leniente poderá ser isenta da pena de publicação extraordinária da decisão condenatória e da proibição temporária de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público. Além disso, a pena de multa aplicável poderá ser reduzida em até dois terços. Os acordos também poderão alcançar as sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), levando à sua isenção ou atenuação. Todos os benefícios concedidos à leniente são estendidos às demais pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, desde que celebrem acordo conjuntamente[109].

---

109 Neste aspecto, a dinâmica de funcionamento revela, mais uma vez, que o instituto se mostra dotado de racionalidade fundada na Teoria dos Jogos (cf. nota 33): trata-se, pois, da lógica "da cenoura e do porrete" (*stick-and-carrot approach*), que se pauta pela concessão de um tratamento indulgente – cenoura – para a pessoa jurídica infratora que decide pôr fim à prática ilícita, delatando e cooperando com as autoridades, sob pena de, não o fazendo, estar exposta a sanções rigorosas – porrete (SILVEIRA, 2014, p. 160).

Observe-se que, não obstante se tratar de instituto penal na sua essência, no programa de leniência da Lei Anticorrupção, os acordos celebrados não produzem efeitos penais e processuais penais, distanciando-se da figura do acordo de leniência previsto na legislação anticoncorrencial. Isso acontece pelo fato de que, conforme mencionado anteriormente, somente pessoas jurídicas são alcançadas pela leniência corrupcional e, de modo geral, o sistema jurídico brasileiro não admite a responsabilidade penal desses entes, razão pela qual o legislador não teria motivos para se preocupar com eventuais impactos do acordo no âmbito criminal e com possíveis benefícios para o leniente nessa esfera.

Ocorre que a Lei nº 12.846/2013 determina que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica não exclui eventual responsabilidade individual e subjetiva dos seus dirigentes, administradores e empregados, assim como o não faz em relação a qualquer outra pessoa natural envolvida com a infração. E, de modo ainda mais problemático, estabelece a confissão daquela e a obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito como requisitos para a celebração do acordo.

Porém, é certo que, se uma pessoa jurídica praticou ou se beneficiou de atos lesivos à Administração Pública, ela o fez por meio de ação ou de deliberação de uma ou mais pessoas naturais. Além disso, é preciso ponderar que a colaboração processual, salvo em situações excepcionalíssimas, se dará por meio de um de seus dirigentes. Mas, ao fazê-lo, a pessoa natural poderá estar se auto incriminando. Com isso, salvo em situações excepcionais[110], os prepostos ou acionistas da leniente são completamente expostos às autoridades, sem nenhum tipo de proteção e com substancial redução das possibilidades de defesa, já que estas provavelmente contarão com acervo probatório suficiente para a condenação, inclusive na seara penal, tendo em vista que os ilícitos previstos na lei correspondem a condutas típicas e penalmente relevantes, podendo leva-los à prisão. Em última análise, é como se a pessoa natural se autodenunciasse em troca de um benefício para a pessoa jurídica. E não é razoável supor que a defesa da pessoa jurídica seria motivo bastante para levar aquela ao reconhecimento pessoal de culpa. Por isso, afirma-se que, aqui, o acordo de leniência corrupcional se esbarra no direito do indivíduo de não incriminar a si próprio.

Nesse contexto, a atratividade do programa de leniência instituído pela Lei Anticorrupção é comprometida pela sua não aplicação às pessoas naturais autoras de infrações correlatas às cometidas pelas pessoas jurídicas e pela não extensão dos seus benefícios e proteções aos indivíduos na seara penal. Como medida

110 Exemplificativamente, como uma dessas situações em que o acordo de leniência continuaria sendo interessante por não expor pessoas naturais interessadas, é possível imaginar um caso no qual se verifique uma alteração societária ou a rotatividade de pessoal no âmbito da pessoa jurídica infratora. Nesse contexto hipotético, os indivíduos envolvidos com o ato ilícito praticado não mais estariam vinculados à leniente e o risco de que fossem responsabilizados em nada prejudicaria eventual possibilidade de colaboração do ente coletivo com as autoridades.

paliativa, a fim de viabilizar a celebração de acordos com as pessoas jurídicas, superando a barreira criada pela deficiência regratória, o Ministério Público tem se valido do instituto penal da delação ou colaboração premiada, normalmente com fundamento na Lei nº 12.850/2013 ou na Lei nº 9.807/1999, de modo a alcançar os indivíduos vinculados às lenientes, igualmente oferecendo-lhes benefícios pela autodenuncia e pelas contribuições com as investigações.

A confissão da participação do ente como requisito para a celebração do acordo é outro elemento que desestimula a autodenuncia e a colaboração, pois, além de expor as pessoas naturais que autorizaram ou praticaram os ilícitos em nome, interesse ou benefício da pessoa jurídica, também a expõe, por sua própria personalidade, a potenciais responsabilizações no âmbito cível e/ou internacional. Ressalte-se que o diploma, para além das falhas mencionadas, deixou de trazer outros importantes incentivos à celebração dos acordos, como, por exemplo, a extensão dos benefícios a todas as sanções aplicáveis judicialmente nele previstas.

Dentre as mudanças realizadas no programa em 2015[111], destacam-se a ampliação da possibilidade de celebração de acordos, que passou a abranger todas as pessoas jurídicas que se propusessem a denunciar e cooperar, independentemente do fato de ser ou não a primeira a se apresentar às autoridades; a eliminação do requisito da assunção de culpa ou confissão, devendo a leniente cooperar apenas em face da sua responsabilidade objetiva, e não mais da sua autoincriminação; a inclusão da possibilidade de atuação conjunta do MTFC-CGU com órgãos como a Advocacia Geral da União e o Ministério Público Federal quando da celebração, estendendo os efeitos da leniência a sanções civis e administrativas previstas em diversas leis, a depender das entidades envolvidas; a previsão da possibilidade de análise do acordo celebrado pelo Tribunal de Contas da União, a fim de que este se manifestasse sobre a adequação do valor estabelecido para a reparação dos danos ao erário; e a possibilidade de os acordos serem firmados em ações de improbidade administrativa, o que era expressamente vedado.

Considerado o decurso do prazo máximo de vigência de cento e vinte dias e a sua suspensão ao longo do recesso legislativo, em 29 de maio de 2016, o ato normativo anteriormente editado para a realização das mudanças perdeu sua eficácia, diante da ausência de votação para a sua conversão em lei pelo Senado Federal em tempo hábil à tramitação subsequente na Câmara dos Deputados. No Senado, a dificuldade de deliberação da matéria e votação do normativo decorreu da polêmica por ele provocada, já que foi tratado pela mídia como fomentador da impunidade e foi alvo de contestações de parlamentares, do Ministério Público e

111 Com o objetivo de corrigir de problemas como esses e tendo como pano de fundo a Operação Lava Jato, foi editada a Medida Provisória nº 703/2015, que alterou significativa parcela dos dispositivos da Lei nº 12.846/2013, principalmente no tocante ao programa de leniência por ela fundado, que foi aperfeiçoado, tornando-se mais interessante e atrativo.

de órgãos de controle como o Tribunal de Contas da União. O momento político e a crise institucional de então também não foram favoráveis ao transcorrer do adequado processo legislativo.

Por mais que carecesse de aprimoramentos, é certo que aquele ato trouxe importantes melhorias legais enquanto produziu efeitos. Em verdade, a perda da vigência e da eficácia da Medida Provisória nº 703/2015 gera a necessidade premente de novo instrumento normativo que trate da matéria[112], já que a sua edição havia conferido melhor tratamento a temas abordados de maneira vaga pela Lei nº 12.846/2013, atribuindo maior grau de segurança jurídica aos interessados na leniência por esta estabelecida. Assim sendo, retomam-se as deficiências da Lei Anticorrupção, tal como a imprescindibilidade da confissão para a celebração de acordos, e mantem-se os problemas que já não haviam sido resolvidos pela medida presidencial, como a não abrangência das pessoas naturais e não extensão dos benefícios à esfera penal. Com isso, mais do que pouco atrativo, o acordo de leniência, na realidade do combate à corrupção, voltou a ser inviável.

A inviabilidade é tanta que, desde a sua previsão em 2013, a celebração de nenhum acordo corrupcional foi concluída pelas autoridades[113]. E tal quantidade, assim como a eficiência no combate à corrupção, só aumentará quando os destinatários da norma tiverem clareza quanto às alternativas possíveis e os seus respectivos impactos, pois a criação de procedimentos claros e confiáveis é imprescindível para o processo de negociação, mormente quando envolvidos valores tão importantes quanto nesse caso.

5. O ALCANCE DO ACORDO DE LENIÊNCIA EM PROCEDIMENTOS CRIMINAIS

Por influência direta da Lei Anticorrupção, institutos como *o compliance*[114] *têm adquirido crescente importância, na medida em* que a violação dos deveres a ele correlatos, além de resultar na responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas, também pode acarretar a responsabilidade pessoal dos administradores, prepostos e acionistas.

---

112 Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, dentre outros, o Projeto de Lei nº 3636/2015, de autoria do senador Ricardo Ferraço (PMDB/ES). Pela proposta, o Ministério Público e a Advocacia Pública poderão celebrar acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto; os benefícios deverão ser estendidos a diversos participantes e não apenas ao primeiro que procure as autoridades; a leniência alcançará os casos de improbidade administrativa; o reconhecimento da culpa ou confissão não mais será uma exigência, bastando a cooperação da leniente em face da sua responsabilidade objetiva; etc. O Projeto já foi aprovado no Senado e segue na Câmara dos Deputados. No dia 08 de novembro de 2016, foi apresentado o Requerimento de Urgência nº 5471/2016, devendo a ocorrer a votação em breve (FERRAÇO, 2015).

113 O que se tem até então são alguns acordos inapropriadamente designados pelo mesmo nome que chegaram a ser celebrados junto ao Ministério Público no âmbito da Operação Lava Jato, mas estes não se confundem com a figura prevista pela Lei Anticorrupção.

114 Cf. nota 23.

Como uma forma indireta de possibilitar a aplicação dos acordos de leniência, ferramentas externas ao contexto das normas específicas sobre a corrupção têm se tornado relevantes para o desenrolar de investigações (DIAS, 2016). Trata-se do instituto de caráter penal da delação ou colaboração premiada, normalmente invocado pelo Ministério Público com base na Lei nº 12.850/2013 ou na Lei nº 9.807/1999, e que permite a concessão de benefícios àqueles indivíduos que voluntariamente tenham prestado efetiva colaboração às autoridades[115].

O objetivo destes acordos, os quais por vezes são inadequadamente chamados chamados de leniência, é garantir a proteção integral das pessoas jurídicas infratoras que colaboram e das pessoas naturais a elas vinculadas, inclusive em relação a eventual responsabilidade criminal e por improbidade administrativa, sendo todos signatários. Para tanto, soma-se a delação premiada a uma interpretação da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) segundo a qual, sendo vedada a transação quanto à responsabilidade por improbidade, antecipa-se a aplicação e o pagamento da pena de multa que seria imposta aos agentes quando da condenação em futuro processo judicial, tendo a decisão, quando sobrevir, meros efeitos declaratórios[116]. Além disso, o Ministério Público se compromete a levar o acordo ao CADE e ao MTFC-CGU, participando das futuras ou correntes tratativas com estes órgãos no que diz respeito aos respectivos acordos pelos quais são responsáveis, comprometendo-se ainda a não ajuizar nenhuma ação cível ou penal, pelos atos abrangidos, contra os envolvidos.

Essa estrutura desenvolvida pelo Ministério Público parece ser eficiente na resolução de empecilhos práticos que potencialmente inviabilizariam o alcance dos fins da colaboração processual, tal como a insuficiência da Lei nº 12.846/2016. No entanto, carece de verdadeira base legal. E é cediço que o modelo de justiça negocial deve ter a legalidade como fundamento e, ao mesmo tempo, como limite, já que a liberdade para negociar dá margem a arbitrariedades. De todo modo, toda essa articulação é um reflexo, para o bem ou para o mal, da apontada falta de sistematicidade do ordenamento jurídico brasileiro, associada às várias falhas da legislação.

---

115 Desde o início da Operação Lava Jato até outubro 2016, foram celebrados sessenta e seis acordos de delação premiada. Também foram firmados quatro acordos de leniência pelo Ministério Público Federal com grandes empreiteiras nacionais e estrangeiras (DIAS, 2016). Estes, apesar da nomenclatura, não se confundem com os acordos de leniência previstos na legislação anticorrupção e antitruste. Na verdade, correspondem a uma complexa modalidade de acordo criada pelo órgão ministerial, que tem por fundamento jurídico, por inferência e genericamente, uma série de normas, inclusive compromissos internacionais celebrados pelo Brasil, dentre as quais é possível citar: artigos 13 a 15 da Lei nº 9.807/1999; artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/1998; artigos 4º a 8º da Lei nº 12.850/2014; artigo 26 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (ou Convenção de Palermo, incorporada pelo Decreto nº 5.015/2004); art. 37 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ou Convenção de Mérida, incorporada pelo Decreto nº 5.687/2006); etc.

116 O fato de o acordo de leniência celebrado pelo Ministério Público buscar a proteção contra a responsabilidade criminal e por improbidade administrativa é a principal característica que o diferencia do instituto de mesmo nome previsto pela Lei Anticorrupção, já que este, com a disciplina atual, não produz efeitos em relação a nenhuma daquelas.

Apesar de terem sido instauradas diversas investigações para apuração de atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção nos últimos anos, no que diz respeito aos acordos de leniência corrupcionais, não se verifica muitas informações disponíveis, tendo em vista que as propostas existentes ainda estão em fase de negociação, mantendo-se sob sigilo, nos termos da lei[117].

O único acordo de leniência corrupcional celebrado até o momento seria o de uma empresa holandesa, com valor próximo a trezentos e trinta milhões de dólares. Contudo, o Ministério Público Federal, por decisão de uma das suas câmaras de revisão, o rejeitou (JARDIM, 2016).

CONCLUSÃO

Há uma crescente utilização do acordo administrativo da leniência na persecução de infrações graves e de difícil identificação. As experiências brasileira e norte-americana no âmbito da defesa da concorrência reforçam a afirmativa, pois mostram, pelo menos em termos quantitativos relativos, o quanto essas ferramentas têm sido utilizadas com algum êxito. Dessa forma, é nítida a razão pela qual os programas de leniência têm ganhado espaço nas legislações de vários países.

Pela proximidade da lógica de perpetração dos ilícitos, é razoável que se suponha que a leniência também seja útil na luta contra a corrupção. Contudo, considerando que o desafio do combate a este fenômeno é enorme e complexo, um programa de leniência mal estruturado pode ter efeitos adversos graves. Nesse sentido, a atual realidade da Lei Anticorrupção comprova que não basta a previsão da possibilidade de celebração de acordos se, ao final, pelos vários problemas e deficiências da norma, o instituto se revela inaplicável.

Dentre os fatores que conduzem à conclusão da inaplicabilidade da leniência corrupcional, a amplitude da competência, que poderá ser exercida simultaneamente pelas inúmeras autoridades dentre as quais foi distribuída, considerada a particular estrutura federativa brasileira e a tripartição de Poderes, ao lado da indefinição dos papéis do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e da Advocacia Pública, são inconsistências que despertam profunda insegurança jurídica nos potenciais interessados, vez que, em alguns casos, pode ser complicado determinar a quem se reportar.

Tal insegurança é corroborada pela independência das instâncias, que permite a aplicação de sanções administrativas, civis e criminais de forma indepen-

---

117 Ainda assim, sabe-se que, até o mês de outubro de 2016, quinze propostas de leniência foram apresentadas ao MTFC-CGU por pessoas jurídicas envolvidas na Operação Lava Jato, sendo três delas já rejeitadas – todas de empresas banidas por pelo menos dois anos em razão da rejeição. Embora ainda não formalizada, a rejeição de uma quarta proposta já estaria deliberada (JARDIM, 2016). Conforme declarações do Ministro da Transparência, Torquato Jardim (2016), as negociações das doze propostas de acordos de leniência restantes permanecerão suspensas até o fim das investigações da Lava Jato, a pedido do Ministério Público Federal, pois, no momento, a prioridade das autoridades e do governo é concluir os trabalhos da referida operação.

dente e autônoma, fazendo com que a colaboração possa resultar na responsabilização da leniente perante diversos órgãos, de modo que seja difícil mensurar previamente os possíveis reflexos da opção pela negociação, diante das chances de que diferentes penalidades sobrevenham repetidamente. Aqui se verifica a ausência de sistematicidade do ordenamento no que diz respeito ao assunto.

A obtenção do benefício somente pela primeira infratora que se autodenuncia é outro ponto crítico, ainda que tenha a justificável finalidade de criar alguma instabilidade no conluio, pois talvez fosse alcançado melhor resultado se houvesse a concessão escalonada de prêmios para as diferentes denunciantes, dependendo da ordem de apresentação das propostas e da relevância e eficácia das cooperações.

O aspecto mais problemático dos acordos de leniência da Lei nº 12.846/2013 é o fato de que eles se restringem às pessoas jurídicas e, uma vez celebrados, não produzem efeitos na seara criminal, em que pese a sua natureza materialmente penal, sendo os prepostos ou acionistas da leniente completamente expostos às autoridades, sem nenhum tipo de proteção e com substancial redução das possibilidades de defesa, já que estas provavelmente contarão com acervo probatório suficiente para futura condenação.

A confissão da participação da pessoa jurídica no ilícito como requisito para a celebração do acordo é mais um elemento que desestimula a autodenuncia e a colaboração, pois, além de expor as pessoas naturais a ela vinculadas, a leniente também se expõe, por sua própria personalidade, a potenciais responsabilizações no âmbito cível e/ou internacional. Além de todas essas falhas, a extensão dos benefícios a todas as hipóteses de sanções aplicáveis judicialmente trazidas pela lei, que é importante incentivo para que os acordos sejam firmados, deixou de ser prevista.

Logo, percebe-se que, o acordo de leniência, na dimensão e formatação dada pela legislação anticorrupção, não conta com procedimentos claros, atrativos e confiáveis para o processo de negociação, quadro que se reestabeleceu após a perda da eficácia da Medida Provisória nº 703/2015. Com isso, tendo em vista tudo o que foi abordado, este trabalho evidencia o fato de que alterações legais quanto ao regramento do instituto são uma exigência premente no atual cenário político-jurídico nacional.

Agravando a situação, a experiência prática demonstra que as insuficiências e falhas da legislação, que implicam ausência de segurança jurídica, têm tornado a celebração dos acordos inviável, levando as autoridades a buscarem medidas paliativas de legalidade questionável para o alcance da colaboração processual. Porém, por mais que a nocividade da corrupção, principalmente do ponto de vista social, seja inegável, assim como é a necessidade de preveni-la e reprimi-la, isso não pode ser usado como discurso legitimador da flexibilização de proteções como o princípio da legalidade, que serve de fundamento e, ao mesmo tempo, limite para modelo de justiça negocial.

Para que se evite que os objetivos de um programa de leniência restem frustrados, é necessário que se estabeleça uma estrutura legal apropriada. Os incentivos e os prêmios oferecidos precisam estar bem alinhados. Ademais, é preciso assegurar que os acordos sejam utilizados como instrumentos efetivos na prevenção e combate dos atos de corrupção, e não simplesmente como facilitadores da persecução e do trabalho das autoridades, pois o instituto não deve ser desvirtuado e seus meios não podem ser confundidos com seus fins. Finalmente, a transparência e a previsibilidade do programa devem ser tidas como pressupostos, na medida em que os agentes devem ser capazes de avaliar quais as alternativas disponíveis e quais as possíveis consequências das suas decisões, já que só assim conseguirão adotar a melhor estratégia, optando por delatar ou permanecer no conluio com o risco de que outro o faça.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W.. Plea bargaining and its history. Chicago: **Law and Society Review**, v. 13, p. 211-245, 1979. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 07 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jun. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 04 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000**. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 dez. 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10149.htm>. Acesso em 02 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1º nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 07 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 07 jul. 2016.

BRASIL. **Lei** nº **12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 07 jul. 2016.

BRASIL. **Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015**. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Diário Oficial da União, Brasília, 21 dez. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em 07 out. 2016.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.055, de 9 de novembro de 2000**. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 10 nov. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/2055.htm>. Acesso em 02 jul. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem Legislativa nº 52, de 08 de fevereiro de 2010. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 18 fev. 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=MSC+52/2010+%3D%3E+PL+6826/2010>. Acesso em: 10 set. 2016.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BONACCORSI, Daniela Villani. **A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BONACCORSI, Daniela Villani. **A denúncia alternativa no crime de Lavagem de Dinheiro.** Belo Horizonte: D`Placido, 2014.

BONACCORSI, Daniela Villani; MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da "operação lava jato". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 122, p. 93-113, set./out. 2016.

BOULLANGER, Hervé. La criminalité économique en Europe. Paris: **Presses Universitaires de France**, 2002. Disponível em: <http://www.diploweb.com/ue/boullanger.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º:** riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. **Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. [S.l.]: DOJ, 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2016.

DIAS, Ronaldo Garcia. **Entrevista:** Ronaldo Garcia Dias. [S.l.]: Sociedade Legal, out. 2016. Entrevista concedida a Philipe Cordeiro. Disponível em: <http://www.sociedadelegal.com.br/noticia?/=entrevista-com-ronaldo-garcia-dias>. Acesso em: 01 nov. 2016.

FERRAÇO, Ricardo. **Projeto de Lei nº 3636, de 2015**. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055350>. Acesso em: 12 nov. 2016.

FONSECA E SILVA, Mey-Lin; REIS, Tâmisson Santos. **A aplicação da teoria dos jogos no direito processual penal**. [S.l.]: Empório do Direito, 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-aplicacao-da-teoria/>. Acesso em: 08 set. 2016.

FRASER, Stephen. Placing the Foreign Corrupt Practices Act on the tracks in the race for amnesty. **Texas Law Review**, v. 91, 2012. Disponível em: <http://www.texaslrev.com/a--brief-comment-on-placing-the-foreign-corrupt-practices-act-on-the-tracks-in-the-race--for-amnesty/>. Acesso em: 07 set. 2016.

GRIFFIN, James M.. **The modern leniency program after ten years**. Criminal policy speeches. San Francisco: DOJ, 2003. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/modern-leniency-program-after-ten-years-summary-overview-antitrust-divisions-criminal>. Acesso em 06 jul. 2016.

HAMMOND, Scott D.. **Cornerstones of an effective leniency program**. Sydney: ICN Workshop on leniency programs - DOJ, 2004. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm>. Acesso em 06 jul. 2016.

HAMMOND, Scott D.. **Fighting Cartels** – Why and how? Lessons common to detecting and deterring cartel activity. Stockholm: DOJ, 2000. Disponível em: <www.justice.gov/atr/file/518526/download>. Acesso em 06 jul. 2016.

HAMMOND, Scott D.. **Frequently asked questions regarding the antitrust division's leniency program and model leniency letters**. DOJ, 2008. Disponível em: <www.justice.gov/atr/frequently-asked-questions-regarding-antitrust-divisions-leniency-program>. Acesso em 06 jul. 2016.

JARDIM, Torquato Lorena. **Entrevista:** Torquato Lorena Jardim. (S.1.): Reuters, 5 out. 2016. Por Anthony Boadle. Disponível em: <http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN1252K2 >. Acesso em: 09 nov. 2016.

LAMY, Anna Carolina Cesarino. **Reflexos do Acordo de Leniência no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LUZ, Reinaldo Diogo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency, collusion, corruption and whistleblowing. **Stockholm Institute of Transition Economics (SITE) Working Paper**, Stockholm, n. 36, 2016.

LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre o direito penal e direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 89, p. 429-470, mar./abr. 2011.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013.

MARVÃO, Catarina; SPAGNOLO, Giancarlo. What do we really know about de effectiveness of the current leniency policies? – A survey of the empirical and experimental evidence. **Stockholm Institute of Transition Economics (SITE) Working Paper**, Stockholm, n. 28, 2014.

MATOS, Mafalda. **O direito premial no combate ao crime de corrupção**. 2013. 49 f. Dissertação (Mestrado Forense) – Faculdade de Direito da Escola de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013.

PRADO, Geraldo. **Poder negocial (sobre a pena), common Law e Processo Penal Brasileiro:** Meta XXI, em busca de um milhão de presos!. [S.l.]: Empório do Direito, 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/poder-negocial-sobre-a-pena-common-law-e-processo-penal-brasileiro-meta-xxi-em-busca-de-um-milhao-de-presos-por-geraldo-prado/>. Acesso em 08 set. 2016.

PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal:** uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **OECD principles for integrity in public procurement**. Paris: OCDE, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em 12 out. 2016.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. El principio de oportunidad procesal y la igualdad em la aplicación judicial de la Ley. In: MARTIN LÓPEZ, Teresa; VELASCO RETAMOSA, José Manoel (coord.). **La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y econômica**. Madrid: Civitas, 2014.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Whistleblowing:** una aproximación desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ROSENBERG, Hillary; KAUFMANN, Adam S.; PLOCHOCKI, Tara J.. **The U.S. Foreign Corrupt Practices Act:** eradicatin corruption in U.S. and non-U.S. companies. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 947, p. 399 et seq.. SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. 293 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTOCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Comentários à lei 12.846/2013: lei anticorrupção. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal**. [S.l.]: Conjur, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>. Acesso em: 16 out. 2016.

SHAPIRO, Fred R. **Quote...Misquote**. The New York Times, [New York]. 21 jul. 2008. On Language Magazine. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27wwwl-guestsafire-t.html>. Acesso em: 13 nov. 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na lei anticorrupção. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, v. 947, p. 157-177.

SILVESTRE, Mariana Camillo; REIS, Luciano Elias. A lei 12.846/2013: a corrupção e a natureza jurídica da lei. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 21, p. 01-10, nov./dez. 2015.

SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: optimal leniency programs. **Consip SpA and CEPR, Stockholm Institute of Transition Economics (SITE)**, Stockholm, 2005.

SPAGNOLO, Giancarlo. **Leniency and whistleblowers in antitruste**. Rome: Consip, 2005.

STONE, Roger; Colapietro, Mike. **Nixon's Secret:** the rise, fall, and untold truth about the president, watergate, and the pardon. New York: Skyhorse Publishing, 2014.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.13, n. 1, 2016, p. 377-396.

VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à delação premiada**. Florianópolis: Conceito, 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal:** parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

A Ausência dos Direitos Fundamentais das Mulheres Sertanejas no Teatro de Lourdes Ramalho

Ezilda Melo[118]

> "Há mulheres na vida real que são grandes genitoras de gerações de ideias, processos, genealogias, criaturas, períodos da sua própria arte, sempre se tornando mais sábias e se manifestando dessa forma". Clarissa Pinkola Estés. In: A ciranda das Mulheres Sábias

INTRODUÇÃO

Como mulher nascida no sertão, como historiadora e advogada com atuação na proteção dos direitos das mulheres, percebo o problema da violência contra as mulheres diretamente relacionado com a própria formação cultural brasileira, notadamente no sertão, onde o mandonismo político-social e práticas patriarcalistas preponderam e massacram a existência coletiva de mulheres, que se sentem oprimidas por uma dominação masculina. Obviamente que essa questão atinge as brasileiras de modo geral, mas no sertão tem requintes e nuances que merecem uma abordagem e investigação. Essa temática foi discutida, dentre outras, no Bate Papo Jurídico, por isso a escolha para compor essa obra coletiva.

Nísia Floresta e Mary Wollstonecraft trazem que no plano educação e da cultura pode-se romper com a opressão masculina. Como educadora, professora de direitos humanos, autora de obras jurídicas com recorte de gênero, a exemplo dos livros de poesia "Águas de mim" e "Em terra seca nasce flor", ambos sobre as múltiplas violências contra as mulheres e a força-beleza existencial das sertanejas do seridó potiguar, e do romance Jurema Sarid, procuro na escrita um lugar discursivo que evidencie a força e a resistência da mulher. Vejo que na autoria feminina há possibilidade da denúncia literária sobre violências e uma possibilidade de mudança cultural, através de textos que dialogam com os leitores.

Durante um evento jurídico em Campina Grande, no ano de 2013, que culminou na obra "Um olhar jurídico, histórico e cultural sobre as violências contra a mulher", sob minha coordenação, conheci a escritora Lourdes Ramalho, homenageada naquela oportunidade com encenação, feita pela Professora Joseilda Diniz, de uma de suas peças. Muito gentilmente, convidou-me para, no dia seguinte, visitá-la e tomar um café em sua residência, onde pude partilhar sobre seu processo de

118 Professora. Mestra em Direito Público pela UFBA. Historiadora. Advogada. E-mail: ezildamelo@gmail.com

criação, ganhar algumas obras autografadas que me falavam sobre o parentesco das "irmãs sertanejas", ouvir sobre costumes judaicos e saber sobre sua história: nascida em 1920, Maria de Lourdes Nunes Ramalho, natural de Ouro Branco cidade pertencente à época ao município de Jardim do Seridó-RN, escritora, poeta, cordelista, pedagoga, a grande dama da dramaturgia nordestina, passou a maior parte da sua vida em Campina Grande-PB, ao falecer em 2019, deixou um vasto legado, ainda pouco conhecido do grande público, para a literatura brasileira, em especial para a literatura regionalista sertanista. Descendente de uma família de cujo trisavô, Agostinho da Costa Júnior (Teixeira-PB, 1760), foi considerado "o pai da poesia nordestina". O bisavô, Mestre Ugolino Nunes da Costa, tendo fugido de casa para tornar-se cantador, foi o maior repentista e violeiro de sua época.

Lourdes Ramalho, como ficou conhecida, é autora de mais de 100 textos teatrais em prosa e cordel, voltados para um público adulto e infantil. A escritora satirizou, politizou e denunciou o coronelismo, a opressão, costumes, tradições herdadas de ancestrais e para cá trazidas na bagagem ibérica, ainda muito presente nos sertões do Rio Grande do Norte e Paraíba, onde ela residiu e presenciou a violência de gênero.

Apesar da grande quantidade de obras, sua produção que possui uma grande envergadura literária, continua desconhecida do grande público, o que por si só é demonstrativo do silêncio das mulheres na escrita especialmente quando se fala de um espaço geográfico discriminado historicamente como é o caso do sertão nordestino, onde o destaque que se tem é para autoria masculina. Quem também fala sobre essa "clandestinidade", no Prefácio da obra inédita "Chã dos Esquecidos", edição comemorativa do centenário da autora, é Valéria Andrade[119]. Diante da necessidade de valorização e visibilidade da escrita feminina, o referencial literário da escritora Lourdes Ramalho servirá para verificação de formação identitária da mulher sertaneja, seja a retirante, a cigana, a negra estuprada, a mulher de origem semita.

No conceito de interseccionalidade percebe-se a importância de analisar as experiências sociais de cada indivíduo, levando em consideração todos os sistemas de opressão que atravessam vivências, como o racismo étnico e geográfico, o sexismo e o machismo; sem se esquecer que muitas pessoas precisam resistir a

119 ANDRADE, Valéria. Prefácio. Chã dos Esquecidos. Chã dos esquecidos. [Livro eletrônico]. / Maria de Lourdes Nunes Ramalho; organização e aparato crítico de: Diógenes Maciel e Valéria Andrade. Campina Grande: EDUEPB, Editora União, 2020. p. 17: "Assusta-me, sempre, apurar que, diferentemente das outras autoras suas contemporâneas, naquelas décadas de 1960-70, referidas em estudos alentados sobre o teatro brasileiro, Lourdes Ramalho continua mantida em situação 'clandestina' no quadro autoral do nosso teatro – inclusive aos olhos da crítica voltada para os textos escritos por mulheres –, a despeito de seu percurso, tão longo quanto farto de textos e montagens icônicas. Tenho sempre chamado atenção para tal situação, pois ela parece ser um desdobramento nocivo da condição 'marginal' dos textos de dramaturgia de autoria feminina no cânone brasileiro: esta sorte de textos não circula como material impresso, em razão de uma clara prática discriminatória do mercado editorial. Em outras palavras, para esta parte de nossa produção literária e teatral, um prejuízo grave da condição de 'fora-da-lei' é não poder adentrar os muros da 'cidade editorial', ou seja, não ser publicado e, portanto, não participar da vida pública e da própria sociedade.

coexistência de muitos desses ao mesmo tempo. Ampliar o olhar para um feminismo que trate das narrativas das mulheres, de modo que olhe para a história cada uma e de seus corpos e as violências institucionalizadas sobre elas é ampliar o debate e as fontes de representação sobre os direitos das mulheres.

E, mais do que isso, entender que até dentro de pequenos grupos, as mulheres são diversas e quando falamos de uma, é necessário que nos perguntemos criticamente, assim como nos lembra Sueli Carneiro, de que mulheres estamos falando? A obra de Lourdes Ramalho (2002, p.83-92) nos coloca diante de uma tradição ibérica, moura e judaica para explicar a sequência histórica colonizadora da perseguição pela inquisição no velho continente até o mimetismo, silenciamento e não pertencimento das mulheres habitantes do sertão potiguar e paraibano, herdeiras do judaísmo. A partir da obra de Lourdes Ramalho, pergunta-se: quais sistemas de opressão a mulher sertaneja vulnerada sente e presencia?

2. JUDEUS NA FORMAÇÃO HISTÓRICA DO SERTÃO DO SERIDÓ

De acordo com Medeiros Filho na tradição oral e familiar da região seridoense, ocorrem referências de cristãos-novos, de origem marrana, que apesar de obrigados pela Igreja Católica a aceitarem o batismo, continuavam a sofrer discriminações sociais e religiosas. Os judeus que se localizavam nos territórios da Espanha e de Portugal são chamados de sefarditas e foram perseguidos, queimados, responderam processos inquisitoriais, especialmente mulheres judias, e foram expulsos a partir do século XV. Isso deu origem a uma diáspora forçada e hoje muitos descendentes se encontram no Brasil, especialmente nessa região do Seridó do Rio Grande do Norte, vez que inicialmente residiram em Recife, porém após a perda do poderio holandês, e novas perseguições pelos portugueses, fugiram além-mar ou adentraram as matas da caatinga brasileira. Nova leva de judeus, perseguidos pelo nazismo, adentraram o Brasil na primeira parte do século XX.

No ano de 2015 houve uma importante alteração na Lei de Nacionalidade portuguesa, permitindo que os descendentes dos judeus sefarditas pudessem adquirir a cidadania portuguesa. Isso ocorreu diante de uma vontade política de corrigir esse erro do passado, de forma a combater uma discriminação histórica sofrida pelos judeus. Através de processos genealógicos, inclusive, muitos seridoenses com base na Lei de Nacionalidade portuguesa, na Seção III, que regula a aquisição de nacionalidade portuguesa por naturalização, estão resgatando essas raízes de seus antepassados judeus, um resgate póstumo, vez que por séculos quis-se apagar esses vestígios com temor de que se descobrisse as origens judias.

A mulher sertaneja é uma realidade e sobre ela há uma literatura construída que mostra uma face feminina sobre sua falta de direitos, que existem no plano formal das leis brasileiras e lacunar na realidade concreta de vidas que ainda falta

tanto para almejar a realização da igualdade, dignidade, direito à vida, direito ao corpo e à sexualidade, liberdade livre de amarras do machismo regional. É sobre essa interligação entre direitos das mulheres sertanejas e literatura de autoria feminina que aporta este breve ensaio.

Lourdes Ramalho denunciou machismo e violência em suas obras e fugiu dos arquétipos literários sobre o feminino dual nas categorias de santa e pecadora arquetipicamente construídos pelos cânones masculinos da literatura nordestina, detentores de muita visibilidade, e que com um discurso majoritário abafam a escrita de autoria feminina. Ela trouxe, em sua escrita, personagens dotadas de complexidades muito maiores.

3. A MULHER SERTANEJA E A FALTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Compreende-se por sertanismo um conjunto de obras regionalistas que trouxe o sertão como ambiente em que se passam ações, e mais que isso, um ambiente que influencia tais ações e o desenrolar da trama, como define Albuquerque Júnior (2011, p. 65). Ao se falar em literatura sertanista fala-se em regionalismo. Na literatura brasileira sertanista, escrita por Lourdes Ramalho há a construção de uma história dos direitos humanos sob uma perspectiva que narra e inscreve o gênero feminino, e também há denúncia de violências e se contrapõe aos arquétipos literários inscritos pelos autores do gênero masculino, notadamente no que diz respeito à ideia aos arquétipos de mulher que são retroalimentados tomando os parâmetros medievais ibéricos-cristãos de santa e pecadora como construção do lugar de ser mulher.

A análise que se pretende fazer tem foco na denúncia das violências narradas e da falta de concretização de direitos humanos das mulheres sertanejas na obra da escritora Maria de Lourdes Ramalho e no que preceitua as leis que tratam sobre direitos das mulheres, a nível nacional e internacional de proteção.

Pat Barker (2020) reenviando-nos às grandes páginas da literatura da Antiguidade, traz vozes silenciadas pela História e pelo poder. Possibilitar o encontro com as personagens que Lourdes Ramalho construiu é uma possibilidade de reconhecer silêncios, seja da própria escrita da autoria feminina sertaneja, da própria Lourdes, inclusive, seja dessas personagens que retratam uma dimensão da história de nosso país, e do machismo que atravessa as vidas das personagens. Reconhecer essa especificidade, essas dificuldades enfrentadas, não é vitimização; é tentativa de reparação, de melhoria, de alteração desse status que ainda perdura com a falta de oportunidades para muitas mulheres sertanejas que vivem sob o julgo patriarcal, sem educação, saneamento, cultura, lazer, oportunidade de emprego remunerado, sem aparato jurídico que lhes assegure reconhecimentos de direitos, sem delegacia das mulheres.

A tessitura das personagens fortes de Lourdes Ramalho vem da convivência e da lembrança com essas mulheres do sertão e também o resgate e compromisso de uma antiga memória familiar de tradição judaica. No livro "Mulheres – volume II" tem-se seis peças, dentre elas a Mulher da viração, Fiel espelho meu, Guiomar sem rir sem chorar, que mostram aos leitores uma perspectiva emancipatória da mulher. Ela deixou um universo, nas palavras de Valéria Andrade, feminino-feminista-libertário como testemunho rico de uma época. Suas personagens femininas falam-nos sobre direito, sobre violências sofridas e permitem a desconstrução de um padrão opressivo representativo de mulher na literatura regionalista. Lourdes Ramalho (2011, p.74), em seu monólogo "Fiel espelho meu", ao dar voz à viúva Verônica, enuncia sua percepção de mundo e sua revolta com lugares tão díspares e sem igualdade jurídica, dentro do próprio espaço doméstico: " 'honestidade' é uma palavra que, para o homem e para a mulher, tem conotações diferentes. - O homem pode matar, bater na mulher, fornicar à vontade – se não roubar escandalosamente, é honesto. - A mulher, além de possuir todas as virtudes imagináveis, deverá trancar as pernas até encontrar um marido – e assim agir, mesmo por abandono ou morte do safado".

Ao fazer uma escolha teórica a partir da literatura de autoria feminina reconhece-se modelos de mulher são construídos e verificar em que medida nesse discurso aparecem narrativas-denúncias sobre violência contra as mulheres sertanejas. Sendo essa violência tão forte que chega a invisibilizar as próprias autoras femininas e suas obras não possuem o destaque na mesma proporção dos autores homens que se notabilizaram com arquétipos literários ao reproduzirem violências simbólicas.

De uma forma geral, os arquétipos podem ser vistos como esquemas mentais presentes nos recônditos da mente humana, uma série de impressões inconscientes compartilhadas por todas as pessoas, porque estão numa espécie de memória coletiva inconsciente, numa alma coletiva mundial que foi chamada por Jung de inconsciente coletivo. Diante disso, é difícil apresentar uma listagem definitiva de arquétipos. Como o próprio Jung (2014, p.57) apontou, "há tantos arquétipos quantas situações típicas na vida. Intermináveis repetições imprimiram essas experiências na constituição psíquica". Os arquétipos determinam a forma e a função das obras literárias e que o significado de um texto é moldado por mitos culturais e psicológicos.

Na construção de personagens literários os arquétipos são usados como forma de dar visibilidade a modos de ser e conviver de homens e mulheres em sociedade, e dentro da literatura sertanista, de autoria masculina, há uma construção da superioridade do homem em detrimento da mulher, a quem é delegado lugares que se opõem no inconsciente coletivo: ora santa, ora pecadora. Na representação das personagens femininas do universo criativo de Lourdes Ramalho há o encontro com mulheres que descontroem a opressão e são livres no exercício de direitos que não têm essa concretização real até hoje, mesmo depois de um caminhar legislativo bastante significativo.

4. FORMAÇÃO IDENTITÁRIA NA OBRA DE LOURDES RAMALHO

Ao se analisar a responsabilidade enunciativa, os pontos de vista e a formação identitária, sobretudo de gênero, etnia e classe social, bem como experiências de vida e memória, individual e coletiva, refletindo sobre as relações de poder implicadas em tais formações, com especial interesse pelas formas de diálogo entre as literaturas erudita e popular, tem-se na obra de Lourdes Ramalho, especialmente "Mulheres – volume 2", evidências sobre notável empoderamento feminino e a ausência da recusa à adesão dois arquétipos de santa e pecadora tão festejados pelos autores masculinos que falam sobre o sertão brasileiro, mas também há um escancaramento da falta de direitos das mulheres que vivem no sertão.

A hipótese é que em consequência da visibilidade das obras de autoras como Lourdes Ramalho, existe um impacto diretamente ligado no imaginário cultural, pois a sua narrativa ficcional questiona e traz novas representações aos papeis reservados ao feminino, uma vez que suas protagonistas caminham na contramão do poder patriarcal, rompendo com a opressão, e permite uma propositura de efetivação dos direitos humanos das mulheres. Em comparação com autores do gênero masculino, as autoras têm significativamente menor reconhecimento ou até mesmo invisibilidade na literatura sertaneja, e isso evidencia o machismo simbólico e estrutural que perpassa o cultural de uma sociedade. Diante disso, é preciso que em trabalhos posteriores possamos analisar a formação identitária sobre as sertanejas descendentes de judeus refletindo sobre seus direitos humanos a nível geográfico brasileiro, isso porque esse tema requer um aprofundamento maior.

A obra de Lourdes permite verificar como ocorreu formação identitária sobre a mulher sertaneja, a partir da análise e interpretação das diferentes vozes presentes nos textos de sua autoria e a forma como apresentou pontos de vista que descontroem uma ideia de feminino subalterno representado nas personagens de sua obra.

É possível, fazer um levantamento sobre formação identitária de gênero na obra de Ariano Suassuna, observando comparativamente as premiações e reconhecimento de autores masculinos e a produção de escritoras inscritas na literatura regional sertanista, a exemplo de Lourdes Ramalho, atentando para a questão do silêncio e da invisibilidade da autoria feminina. É possível investigar os fatores socioculturais, históricos, jurídicos que resultaram na disparidade da representação feminina pelo olhar masculino e como Lourdes Ramalho, especialmente nas peças "As velhas", "Festa do Rosário", "Os mal-amados", apresenta uma contribuição diametralmente oposta e traz a narrativa de denúncia às várias formas de violência sofridas pelas mulheres sertanejas. Também há possibilidade de se analisar a situação dos direitos das mulheres sertanejas a partir da proteção dos direitos humanos da mulher, especialmente, no reconhecimento nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil e internos e, com isso, caracterizar a permanência do machismo

simbólico no Brasil apesar do reconhecimento formal dos direitos humanos, cujo indicador é ausência de políticas afirmativas e culturais para superação dessa incoerência no que tange à realidade das mulheres sertanejas.

A leitura que se faz do conjunto da obra de obra de Lourdes Ramalho é propor uma interligação da literatura sertanista, com gênero e construção histórica dos direitos humanos das mulheres no sertão brasileiro. Assim, estudar a construção de direitos humanos a partir do dialogismo com as temáticas de gênero, literatura brasileira regional, quadro normativo nacional e internacional de proteção aos direitos das mulheres, tomando como campo de pesquisa os estudos linguísticos do texto, é tomar a arte como documento histórico e de sensibilização.

Para Beauvoir, as mulheres são consideradas o negativo dos homens, e teriam uma falta que as diferencia do masculino. Na construção da identidade do nordestino, o discurso literário desenhou este como alguém que partilha da superioridade dos fortes. Ao remeter-nos ao coronelismo masculino, trazido por Freyre a mulher diametralmente oposta não passaria daquele objeto diferente da identidade masculina que estava ali para lhe satisfazer.

O cabra macho nordestino nas palavras de Albuquerque Jr, seria aquele sem fragilidades e sem feminices, o homem viril. Assim, no senso comum, as representações dos homens nordestinos estão ligadas aos arquétipos de coragem, destemor, valentia, virilidade. Esse arquétipo do homem nordestino, em especial do homem sertanejo como "cabra-macho", alimenta um modelo de masculinidade baseada numa relação entre homens e mulheres que vigora desde o Brasil colônia, e por isso, é naturalizada, tida como eterna. Esse modelo de homem colabora com a violência contra as mulheres até hoje e está descrita em diversas obras literárias escritas por autores masculinos, que retroalimentam modelos estruturais de comportamento e violência, ao passo que na obra de autoria sertaneja feminina há uma contraposição a esse modelo preponderante.

A fundamentação teórica utilizada para fazer a investigação partiu de conceitos difundidos na perspectiva feminista, como o de patriarcado e o de gênero; quanto na análise discursiva ao se utilizar da construção de arquétipos literários. O feminismo criou espaço para procurar as construções que afrontam os direitos das mulheres e que as aprisionam dentro de lugares de opressão e na literatura regionalista de escrita feminina podemos encontrar essa ruptura com esse modelo pré-estabelecido e que tanta força possui na construção da própria ideia de nordestino e sertanejo.

Diante do anteriormente exposto, na junção dos temas direitos das mulheres e arte, a obra de Lourdes Ramalho permite uma pesquisa sobre a construção literária da violência contra as mulheres, a partir de como a literatura de autoria feminina narra e denuncia conflitos que envolvem gênero e as punições severas que agridem as mulheres física, psíquica, financeira, sexual e patrimonialmente. As práticas sociais demonstram que as representações de gênero continuam fortes

nas diversas esferas de relações sociais e nas esferas de poder, incluindo a literatura. E com a mulher sertaneja há um plus que é a própria invisibilidade, seja artística ou existencial. Ninguém se dá conta, por exemplo, da falta de delegacias da mulher ou da falta de oportunidades profissionais, acadêmicas e culturais para as mulheres que moram no sertão, especialmente as que são da zona rural.

Essa invisibilidade geográfica dessas mulheres tem também no filtro do machismo na literatura sertaneja que pode ser constatado tanto pela ausência de reconhecimento de obras de autoras, como Lourdes Ramalho, na comparação com seus pares masculinos regionais, contemporâneos de sua época histórica, como na construção dos arquétipos femininos nas obras dos autores masculinos, que estigmatiza e invizibiliza as dores, os sofrimentos das mulheres e, em seu lugar, cria padrões de comportamentos tidos como certos ou errados.

Metodologicamente, ainda é necessário fazer uma catalogação de todas as obras de Lourdes Ramalho, procurando as representações discursivas sobre formação identitária da mulher sertaneja. Através da análise do discurso, é possível perceber comparativamente, usando as mulheres do teatro completo de Ariano Suassuna, que estas possuem arquétipos femininos que transitam em polos antagônicos de santa-pecadora e essa visão limitadora, ao tomarmos conhecimento das personagens Lourdes Ramalho, vê-se como ela se afasta dessa técnica e, numa análise teórico-descritiva, fica evidente que denuncia a falta dos direitos fundamentais das mulheres sertanejas, especialmente diante da falta d'água, dos trabalhos que beiram à escravidão, das péssimas condições de transporte público, da falta de representação política local, da estrutura hospitalar para consultas, exames ginecológicos de rotina, parto e falta de uti neo natal para crianças nascidas na região, falta de estrutura de proteção às mulheres vítimas de violências (muitas delas não sabem sequer que estão sofrendo violência, acostumadas que são com os maus tratos nas relações afetivas), impossibilidade de ter direito à cultura, pela falta de incentivo público, onde não tem cinema, teatro, festivais de música, aulas de iniciação artística. A mulher sertaneja, portanto, presencia o caos quando se fala sobre direitos humanos essenciais para sua dignidade e existência. Em seu vocabulário e vida convive com a expressão "falta".

Dessa forma a escolha da abordagem qualitativa reflete interesse em compreender, interpretar e traduzir no conjunto da obra de Lourdes Ramalho contribuindo para os estudos da linguagem. O corpus de pesquisa é formado pelo conjunto de obras de autoria de Lourdes Ramalho, como também pelo recorte jurídico de leis que trazem a proteção dos direitos das mulheres, no âmbito nacional e internacional, permitindo uma leitura comparativa do que temos na previsão legal e o que se denuncia do ponto de vista cultural na narrativa de Lourdes Ramalho**.**

O caráter argumentativo de um discurso se relaciona aos propósitos daquele que o produz, neste sentido perceber a denúncia da violência de gênero na obra de Lourdes Ramalho é trazer para o debate da literatura regional a constru-

ção feminina que registra a luta pela sobrevivência histórica e denuncia opressão de gênero, mesmo quando as leis de proteção às mulheres são criadas, mas que também denuncia falta de direitos sociais, trabalhistas, médicos, educacionais, culturais, de proteção à vida.

A responsabilidade enunciativa e a formação identitária percebidos nas personagens das obras de Lourdes Ramalho assumem problemas sociais, comunitários, geográficos e ancestrais. Neste sentido, sua obra, em que pese a autora negar sua vertente feminista, é panfletária e artivista, porque mostra personagens cansadas da opressão patriarcal e da opressão racial que atravessa continentes e períodos históricos.

A leitura do conjunto da obra de Lourdes Ramalho revela o posicionamento da autora quanto às questões de formação identitária no sertão do Brasil e trazem representação de gênero na literatura. A crítica feminista oferece uma possibilidade analítica para o texto literário. Com base nessa vertente, a representação da mulher como uma criação literária que oferece travessias para discutirmos questões social e historicamente marcadas por ideologias de gênero que se fazem presentes na literatura regional sertaneja é um tema que merece uma melhor acolhida entre quem pesquisa sobre Direito e Gênero, Direito e Arte, Direito e Teatro, Direito e Sertão, Direitos Humanos. Uma leitura sobre os questionamentos que dizem respeito às abordagens de gênero permite uma interpretação sobre o que a obra de Lourdes Ramalho enuncia e representa. Há uma ligação entre o material artístico e as relações sociais que se estabelecem entre criadora, texto, leitor e contexto.

Ao entender a Literatura como uma manifestação linguística em que a reflexão sobre as implicações dos meios de expressão desperta a atenção para entender como o sentido se faz e o prazer se produz, destaca-se o grande poder de comunicação que o texto literário possui, acrescentando ainda a própria experiência cultural que a obra pode encerrar, independente do meio em que ela possa se manifestar.

No que se refere ao estudo da representação da mulher através da literatura teatral, pode-se dizer que há modos diferentes de registros a depender do momento histórico. Neste sentido, a obra de Lourdes Ramalho está datada historicamente e geograficamente permitindo uma leitura social, cultural e jurídica.

De acordo com Durão, a formação discursiva nascida da teoria literária colocou a literatura no centro das humanidades a relação entre literatura e pesquisa. Para este autor, é muito difícil estudar as ciências sociais, hoje, sem lidar com Adorno, Butler, Derrida, Deleuze, Foucault, e é impossível abordar tais autores sem levar em consideração obras literárias. Em vista disso, percebe-se o potencial epistemológico de obras literárias.

Existe uma ligação entre estudos literários e ciência, sendo o pressuposto a produção de conhecimento a partir de textos particulares, concebidos como entidades autocontidas. O cerne da pesquisa em literatura acontece em torno da interpretação. A estrutura proposicional do gesto interpretativo é também

uma das grandes questões de se entender o direito, tendo em vista que enquanto ciência social é o direito uma ciência do mundo da interpretação. Também não se pode falar que exista pesquisa sem interpretação. Por isso, é importante ressaltar que a hipótese de leitura é flexível por ser um veículo de descoberta. A violência de gênero e a construção de lugares de feminino dentro da literatura regionalista a partir do diálogo com os parâmetros normativos que estabelecem proteção às mulheres vítimas de violência doméstica é uma das muitas possibilidades de leitura da obra de Lourdes Ramalho. Para Durão "a literatura só existe como meio de obtenção de conhecimento, todo saber factual acumulado não lhe vale de nada, se não for colocado a serviço da formulação de novas hipóteses". Os estudos sobre a violência de gênero, especialmente dirigida à mulher, compõem um campo linguístico e narrativo, ao contribuírem para a nominação e intervenção do fenômeno na esfera política.

O caráter simbólico da linguagem no discurso jurídico permite uma interpretação da imagem social da mulher, sendo as legislações de proteção aos direitos das mulheres, em âmbito internacional e nacional, documentos que possibilitam informações que norteiam casos concretos e compõem fundamentação jurídica para condenar ou absolver o agressor, mas não são suficientes para exterminar o problema da violência de gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa temática é pertinente, merece um aprofundamento maior e se justifica pela necessidade de se buscar no campo da análise textual do discurso literário as representações sobre a formação identitária dos Direitos Fundamentais das Mulheres Sertanejas para confirmar que essas mulheres possuem situações diferenciadas para serem alocadas no catálogo de mais um grupo vulnerado. Portanto, é preciso que surja na literatura dos direitos humanos, a necessidade de reconhecer a interseccionalidade geográfica das sertanejas como grupo excluído e marginalizado historicamente e que precisa de reparação como outros grupos que já foram reconhecidos e começaram a receber essa proteção.

Ao dar destaque ao protagonismo feminino, seja na escrita, seja nas histórias narradas, analisou-se, através dos estudos de gênero e da crítica feminista, o modo como a figura da mulher e como seus direitos, ou a falta deles, são representados nas obras de Lourdes Ramalho. O tema é original na medida em que permite uma leitura entre Literatura, Memória e Estudos Culturais, que permite observar a formação identitária sobre a mulher sertaneja em dialogismo com as relações de poder implicadas em tais formações, com especial interesse na literatura regional-popular de Lourdes Ramalho, uma artista sertaneja que no teatro nordestino deu destaque às mulheres do sertão e a suas problemáticas sociais.

As mulheres sertanejas pobres, negras, da zona rural, ciganas, judias do sertão do Rio Grande do Norte e Paraíba são uma pluralidade de mulheres que

foram silenciadas, seja pela escrita dos escritores regionalistas que as enquadraram dentro de dois arquétipos (santa-pecadora), seja pela própria falta de reivindicação de seus direitos humanos fundamentais e isso se encontra dentro de uma leitura histórica dos direitos das mulheres que tem na inquisição e a expulsão dos judeus da Europa como fundantes para entender essa formação identitária que a escritora Lourdes Ramalho apresenta no conjunto de sua obra.

Sendo assim, as mulheres sertanejas são um grupo vulnerado que precisa de política de proteção estatal diante de suas especificidades que começaram desde o processo de formação histórica nessa aglomeração geográfica. A mulher sertaneja precisa de visibilidade. Seus direitos são escassos e poucos veem essa dura realidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Doutrina da Proteção Integral

Fernando Machado Carboni[120]

Simone Costa da Silva[121]

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Bases históricas: 2.1 Fase da absoluta indiferença; 2.2 – Fase da mera imputação criminal; 2.3 Fase tutelar; 2.4 Fase da proteção integral - 3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a doutrina da proteção integral: 3.1 O Estatuto; 3.2 Doutrina da proteção integral: 3.2.1 Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais; 3.2.2 Prioridade absoluta; 3.2.3 Condição peculiar de desenvolvimento – 4 Avanços e desafios do Estatuto: 4.1 Avanços; 4.2 Desafios – 5 Conclusão – 6 Referências Bibliográficas.

RESUMO:

Neste texto é analisada a doutrina da proteção integral, prevista no art. 1º do Estatuto da Criança e Adolescente. Assim, por meio do método dedutivo, objetiva-se explicar a importância desta doutrina, bem como os avanços alcançados e os desafios existentes. Para tanto, parte-se das bases históricas de como o mundo jurídico tratava as crianças e os adolescentes. Na sequência, conceitua-se a doutrina da proteção integral e os princípios dela decorrentes. A seguir, verificam-se os avanços em que se chegou com a utilização desta doutrina, bem como os desafios. Ao final, conclui-se que os avanços foram muitos, mas os desafios são enormes. E o principal desafio é a aplicação integral e de forma adequada do Estatuto e da doutrina estudada neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Criança e do Adolescente. Proteção integral. Principais aspectos.

1 INTRODUÇÃO

Um dos autores deste artigo lançou seu livro este ano, fruto de sua dissertação de mestrado. Trata-se da obra "Incidente de Resolução de Demandas

120 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do TJSC. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude e Anexos da comarca de Itajaí/SC. Membro da Coordenadoria Estadual da Infância e da Juventude – CEIJ - do TJSC.

121 Bacharel em Administração pela UNISUL. Graduanda em Direito pela UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí, cursando atualmente o quinto período.

Repetitivas: o primeiro caso julgado no Brasil", sendo o volume 10 da Coleção Novo Código de Processo Civil.

Por conta da pandemia de COVID-19, o lançamento foi por meio de uma *live* da Editora Tirant Lo Blanch, coordenada pelo professor Leonardo Rodrigues.

Assim, a convite do ilustre professor, escreveu-se este artigo para publicação em um *e-book* de referida editora, com os participantes das *lives*.

O artigo foi escrito a quatro mãos, pelo autor do livro e uma graduanda do curso de Direito.

Tem como tema a doutrina da proteção integral, uma das mais importantes na área da infância e juventude.

Esta doutrina está estabelecida no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente[122], o qual é alinhado à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[123] e pautado em movimentos internacionais. O artigo 227[124] da CRFB/1988 traz a garantia da proteção integral como uma responsabilidade da família, do Estado e da sociedade.

O objetivo deste artigo é explicar a importância da doutrina da proteção integral, bem como os avanços que ela trouxe e os desafios ainda existentes.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo, por meio do estudo da legislação e da doutrina especializada, a fim de entender e apontar falhas da atualidade, propondo soluções para que a doutrina seja cumprida de forma integral, uma vez que há uma deficiência do Poder Público para aplicar, de maneira correta, as leis que o próprio ente elaborou. Desse modo, surgem inúmeros confrontos entre a lei e a realidade. Percebe-se que há um desequilíbrio na destinação dos recursos do Estado, que por vezes é ineficiente, seja na esfera federal, estadual e municipal, na destinação destes para instituições de proteção à criança e ao adolescente Como exemplo, a preferência do Poder Público em destinar mais dinheiro em obras não prioritárias, do que investir na construção de novas creches ou outras instituições que garantam a proteção da infância e da juventude.

Desse modo, o estudo deste artigo abordará um breve histórico de como surgiram os direitos das crianças e dos adolescentes. Logo após, tratar-se-á da doutrina da proteção integral e seus princípios basilares.

Também será estudado o Estatuto da Criança e Adolescente, com os seus avanços e desafios ao longo dos seus 30 anos.

---

122 Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

123 CRFB/1988.

124 É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao final, concluir-se-á se esta doutrina trouxe algum avanço com relação às crianças e aos adolescentes, bem como o que ainda precisa melhorar.

2 BASES HISTÓRICAS.

Para elucidar melhor a questão, Paulo Afonso Garrido de Paula faz uma classificação histórica em quatro fases, conforme o grau de interesse do mundo jurídico pela criança e pelo adolescente: 1) absoluta indiferença, em que não havia diplomas legislativos sobre infância e juventude; 2) mera imputação criminal; 3) fase tutelar; 4) fase de proteção integral.[125]

2.1 FASE DA ABSOLUTA INDIFERENÇA.

Na primeira fase não existia nenhuma norma específica para tratar de crianças e adolescentes. André Karst Kaminski, ao falar sobre este período, relata que: "Naquele tempo, sob os olhos europeus, os menores não tinham quase nenhum valor, pois não produziam com a mesma capacidade do adulto e ainda tinham de ser alimentados, cuidados, vestidos."[126]

Assim, nesta época, a legislação simplesmente ignorava a existência de crianças e adolescentes, de modo que eram tratados de forma igual aos adultos. Eram até mesmo vendidos para trabalho escravo. Por isso chamada de fase da absoluta indiferença.

2.2 FASE DA MERA IMPUTAÇÃO CRIMINAL.

Neste período, as leis passaram a tratar de crianças e adolescentes. Mas com o único objetivo de punir quando cometiam ilícitos.

No Brasil, estão nesta fase as Ordenações Afonsinas e Filipinas, o Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal de 1890.[127]

Quando D. João VI desembarcou no Brasil, em 1808, estavam em vigor as Ordenações Filipinas, que previam a imputabilidade penal aos 7 anos, mas até os 17 anos não era aplicada a pena de morte.[128]

Após a independência do Brasil, em 1822, surgiu nosso primeiro Código Penal, em 1830. Ele previa a imputabilidade penal plena aos 14 anos, mas com

---

125 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

126 KAMINSKI, André Karst. **O conselho tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?** Canoas: Ulbra, 2002. p. 15.

127 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 10. ed. São Paulo; Saraiva, 2018. p. 61.

128 SARAIVA, João Batista Costa**. Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 32-33.

um sistema biopsicológico para punição de crianças de 7 a 14 anos.[129]

E no Código Penal de 1890, que veio logo após a Proclamação da República, em 1889, também previa a imputabilidade plena aos 14 anos. Da mesma forma que o anterior, havia um sistema biopsicológico baseado no discernimento, para punição de crianças de 9 aos 14 anos.[130]

2.3 FASE TUTELAR.

Na fase tutelar, os adultos tinham poderes para fazer a integração sociofamiliar da criança ou do adolescente quando estavam em situação de patologia social.[131]

Compreende-se nesta fase o Código Mello Mattos de 1927 e Código de Menores de 1979[132].

Neste período, crianças e adolescentes não eram considerados sujeitos de direito, mas meros objetos.

Surge aqui o Direito do Menor, com a doutrina da situação irregular. Por esta doutrina, os chamados "menores" eram objeto da norma apenas quando em situação irregular. E isso ocorria tanto em caso de cometimento de ato infracional, como quando eram vítimas de maus-tratos praticados pela família ou caso de abandono. Não havia uma distinção clara destas situações. Sendo agressor (ato infracional) ou vítima (maus-tratos ou abandono), era tudo considerado situação irregular.[133]

2.4 FASE DA PROTEÇÃO INTEGRAL.

A fase de proteção integral surge quando crianças e adolescentes deixam de ser meros objetos e passam a sujeitos de direitos. Entra nesta fase a CRFB/1988 e o Estatuto da Criança e Adolescente, que é a Lei n. 8.069/1990. E no âmbito internacional, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989.

Interessante que a CRFB/1988, em seus artigos 227 e 228, antecipou-se à referida Convenção, que é de 1989, e trouxe os princípios fundantes da doutrina da proteção integral para o ordenamento jurídico brasileiro em 1988.[134]

E segundo o Unicef, A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito da história universal, ratificado por 196 países.[135]

---

129 *Ibidem*, p. 32.

130 *Ibidem*, p. 36.

131 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

132 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 10. ed. São Paulo; Saraiva, 2018. p. 61.

133 SARAIVA, João Batista Costa**. Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 54.

134 *Ibidem*, p. 87.

135 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 22 nov. 2020.

3 O ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

3.1 O ESTATUTO

Após a promulgação da CRFB/1988, havia necessidade de a legislação infraconstitucional adequar-se ao texto constitucional, notadamente com o princípio da proteção integral previsto em seu artigo 227.

Assim, num período de redemocratização, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio da Lei n. 8.069/1990. Em seu artigo 267, revogou o Código de Menores (Lei n. 6.697/1979), no qual crianças e adolescentes não eram reconhecidos como sujeitos de direitos.

A doutrina da proteção integral tem previsão no art. 1º do ECA, que dispõe: "Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente."

Com isso, rompe-se com a doutrina anterior da situação irregular e garante-se a proteção e assistência pelo Estado, pela família e pela sociedade.

A doutrina da proteção integral está inspirada e tratados internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança.[136]

O ECA é dividido em dois livros: Livro I – Parte Geral, que vai dos artigos 1º a 85; Livro II – Parte Especial, dos artigos 86 a 267.

O Estatuto chega a mudar a nomenclatura da legislação anterior, pois o termo "menor" passou a ter sentido de "infrator", "pivete" ou "menor abandonado". Assim, o art. 2º prevê criança como a pessoa até os doze anos incompletos e adolescente dos doze aos dezoito anos incompletos.

Diferente do código anterior, que contemplava somente o menor em situação irregular, o Estatuto da Criança e do Adolescente aplica-se a todas as crianças e adolescentes, conforme previsão de seu art. 3º, parágrafo único.[137]

A doutrina da proteção integral considera as crianças e adolescentes como sujeitos de direito, de modo que as políticas públicas devem contemplar esta situação, levando em conta que são pessoas em desenvolvimento.[138]

---

136 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 10. ed. São Paulo; Saraiva, 2018. p. 61.

137 Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

138 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 10. ed. São Paulo; Saraiva, 2018. p. 65-66.

3.2 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

No Brasil, uma lei especifica que assegurasse a doutrina da proteção integral foi elaborada em 1990, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas em 1988, o artigo 227[139]da CRFB/1988 trouxe os princípios fundamentais da doutrina da proteção integral.

Guilherme de Souza Nucci conceitua esta doutrina da seguinte forma:

> Significa que, além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um *plus*, simbolizado pela *completa e indisponível* tutela estatal para lhes afirmar e vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento.[140]

Um pouco mais a frente, o mesmo autor defende que "A proteção integral é o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com o idêntico cenário em relação aos adultos".[141]

Na sequência, serão analisados alguns princípios que decorrem da proteção integral, quais sejam: crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; prioridade absoluta; condição peculiar de desenvolvimento.

3.2.1 CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A expressão sujeito de direitos significa que as pessoas em desenvolvimento possuem os direitos previstos na CRFB/1988 e na legislação. Assim, crianças e adolescentes deixaram de ser objetos de proteção e passaram a sujeitos de direitos. Importante destacar que eles possuem os mesmos direitos dos adultos, e algo a mais. Exemplo disso é o art. 16, IV, do ECA, que prevê o direito de brincar.[142]

3.2.2 PRIORIDADE ABSOLUTA.

É um princípio constitucional previsto no artigo 227 da CRFB/1988 e também no artigo 4º do Estatuto.[143]

---

139 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

140 NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 6.

141 *Ibidem*, p. 6.

142 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 10. ed. São Paulo; Saraiva, 2018. p. 68.

143 Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

Guilherme de Souza Nucci apresenta o seguinte conceito deste princípio:

> Cuida-se de princípio autônomo, encontrando respaldo no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, significando que, à frente dos adultos, estão crianças e adolescente. Todos temos direito à vida, à integridade física, à saúde, à segurança etc., mas os infantes e jovens precisam ser tratados em primeiríssimo lugar.[144]

Com base neste princípio, notadamente no art. 4º do ECA, é que surgem os fundamentos do Sistema Primário de Garantias, com as diretrizes para uma política pública que priorize crianças e adolescentes.[145]

E é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar estes direitos e garantias. A família é responsável pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica e o Estado pelo incentivo à criação das políticas públicas.[146]

Com base neste princípio, deveria ser o foco principal do Executivo destinar verbas ao amparo das crianças e dos adolescentes. O Legislativo precisa que leis que tratam sobre o assunto sejam votadas com prioridade total. E o Judiciário, deveria ter processos rápidos e uma grande equipe técnica para tratar do assunto, como assistentes sociais, psicólogos e demais servidores.

Mas infelizmente isso está longe da realidade nacional, em todas as esferas e Poder.

3.2.3 CONDIÇÃO PECULIAR DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO.

As crianças e os adolescentes estão em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, de modo que não estão com as suas capacidades físicas e mentais completas e formadas.

E assim devem ser tratados, principalmente na aplicação de qualquer medida privativa de liberdade, conforme art. 227, § 3º, V, da CRFB/1988.

Com base neste princípio é que não se aplicam medidas socioeducativas a crianças, apenas aos adolescentes. E quanto a estes, ao se aplicar uma medida privativa de liberdade, como uma internação, o juiz deve considerar "[...] que se trata de pessoa em desenvolvimento físico-mental, de modo que a privação da liberdade precisa ser excepcional e breve."[147]

---

b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

144 NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 8-9.

145 SARAIVA, João Batista Costa**. Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 90.

146 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 10. ed. São Paulo; Saraiva, 2018. p. 62.

147 NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 8.

4 AVANÇOS E DESAFIOS DO ESTATUTO.

4.1 AVANÇOS.

Em 2020 o ECA completou 30 anos. São 30 anos que a doutrina da proteção integral está prevista na legislação infraconstitucional no Brasil.

Neste período, tivemos grandes avanços. Segundo Mario Volpi, Coordenador do Programa Cidadania dos Adolescentes do Unicef no Brasil, ocorreu uma redução histórica da mortalidade infantil. Em 1990, ocorriam 47,1 mortes de crianças antes de completar um ano de idade para cada mil que nasciam vivas. Em 2017, este número reduziu para 13,4 por mil.[148]

Outro importante avanço, conforme informações do Unicef, é que em 1990, quando a idade de educação obrigatória era de 7 a 14 anos, quase 20% das crianças nessa idade estava fora da escola. Em 2009, a idade escolar foi modificada para 4 a 17 anos. E em 2018, 4,2% das crianças e adolescentes de 4 a 17 anos estavam fora da escola.[149]

Estão a doutrina da proteção integral trouxe enormes avanços no tratamento das crianças e dos adolescentes. Os referidos acima são apenas alguns exemplos.

4.2 DESAFIOS.

Apesar dos grandes avanços, ainda há muito o que evoluir. Os desafios são enormes. Um exemplo é o número de crianças e adolescentes fora da escola. Apesar da grande redução de 20% para 4,2%, este percentual precisa ser zerado.

De qualquer forma, o maior problema do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil é que ele não é aplicado na integralidade. Garantir esta aplicação, de modo que o direito da proteção integral alcance todas as crianças e adolescentes, é o maior desafio do Estatuto.

Importante lembrar que a proteção integral é responsabilidade da família, do Estado e da sociedade.

Não obstante, mesmo sendo a família a base da sociedade, muitas "[...] se encontram, hoje, desestruturadas, sem conseguir proporcionar às suas crianças ou adolescentes o saudável ambiente que se espera para um desenvolvimento promissor em todos os prismas."[150].

---

148 Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/o-problema-nao-esta-no-eca-mas-naqueles-que-nao-cumprem-a-lei-de-forma-adequada-diz-mario>. Acesso em 5 out. 2020.

149 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/e-preciso-fortalecer-o-eca-e-priorizar-investimentos-na-infancia-e-na-adolescencia-em-meio-a-pandemia>. Acesso em 5 out. 2020.

150 NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. XVIII e XIX.

Guilherme de Souza Nucci aponta que parte do problema está no Poder Executivo que promete programas de auxílio aos núcleos familiares, mas não cumpre, ou não de forma suficiente e efetiva:

> Pais e mães pobres, que mal conseguem cuidar de si mesmos, não precisam de um *dinheirinho* no final do mês, *dado* pelo Estado, sem nenhum outro recurso. Na vida real, eles necessitam ser considerados *cidadãos*, com acesso a muito mais que uma *mesada*; precisam de emprego, educação de qualidade, tratamento de saúde, moradia digna, transporte público facilitado, dentre outros fatores. Somente assim, os que tiverem verdadeiro desejo de criar seus filhos, poderão fazê-lo.[151]

O coordenador do Programa Cidadania dos Adolescentes da Unicef no Brasil, Mario Volpi, defende que o grande problema não está no ECA, mas nas pessoas que não o cumprem de forma adequada.[152]

Caso o Estatuto um dia seja aplicado na sua integralidade e de forma adequada, com certeza os avanços serão muito maiores do que os alcançados até então. Isso beneficiará não só as crianças e os adolescentes, mas toda a sociedade.

5 CONCLUSÃO

Iniciou-se este artigo com as bases históricas da doutrina da proteção integral. Desde a fase da absoluta indiferença, na qual não havia qualquer diploma legislativo sobre crianças e adolescentes, com passagem pela fase da mera imputação criminal e a fase tutelar. Por fim, chegou-se no período em que a doutrina da proteção integral entrou no ordenamento jurídico brasileiro.

Estudou-se em seguida o Estatuto da Criança e do Adolescente e conceituou-se a doutrina da proteção integral, bem como os princípios dela decorrentes, quais sejam: crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; prioridade absoluta; condição peculiar de desenvolvimento.

E derradeiramente, examinaram-se os avanços que a doutrina da proteção integral trouxe à realidade nacional, bem como os desafios ainda existentes.

Concluiu-se que nos 30 anos de vigência do Estatuto, os avanços foram muitos, com destaque para drástica redução da mortalidade infantil e do número de crianças e adolescentes fora da escola.

De outro lado, concluiu-se que os desafios são enormes, pois se tem muito o que melhorar ainda. E o maior desafio é aplicar o Estatuto em sua integralidade e de forma adequada. É preciso garantir que isso ocorra, de modo que a doutrina da proteção integral alcance todas as crianças e adolescentes.

O dia que o Estatuto for aplicado em sua integralidade e de forma adequa-

---

151 *Ibidem*, p. XIX.

152 Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/o-problema-nao-esta-no-eca-mas-naqueles-que-nao-cumprem-a-lei-de-forma-adequada-diz-mario>. Acesso em 22 out. 2020.

da, os avanços serão muito maiores do que os alcançados até aqui, o que beneficiará não só as crianças e os adolescentes, mas toda a sociedade.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CURY, Munir (Coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentário jurídicos e sociais. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

KAMINSKI, André Karst. **O conselho tutelar, a criança e o ato infracional:** proteção ou punição? Canoas: Ulbra, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 10. ed. São Paulo; Saraiva, 2018.

SARAIVA, João Batista Costa**. Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

Um Breve Registro Introdutório

Gustavo Silva[153]

A convite do Professor Leonardo Rodrigues tivemos a honra de participar, em 21.07.20, do projeto "Bate-Papo Jurídico Tirant Lo Blanch".

Naquela ocasião ocupávamos a Presidência do Instituto de Ciências Penais-ICP, cujo mandato bienal coincidiu com a celebração dos 20 anos da Instituição.

Nossa participação naquele proveitoso encontro virtual consistiu, substancialmente, na exposição de diversas iniciativas exitosas então conduzidas pelo nosso ICP.

Em face disso, quando convidados a colaborar com o presente e-book, representativo do inequívoco sucesso do projeto, sugerimos, contando com o sempre entusiasmado apoio do organizador da obra, que nossa colaboração se desse com a publicação do discurso proferido perante a Assembleia Legislativa de Minas Gerais, por ocasião de sessão solene ali realizada em homenagem à aludida efeméride.

É forma de, na pessoa do Professor Leonardo Rodrigues, agradecer o apoio imprescindível de todos os Diretores, Conselheiros, Associados, Colabores, Prestadores de Serviços e Instituições parceiras que fizeram do ICP, nesses 20 anos, uma confirmação de que sonho que sonha junto é realidade.

PALAVRA DO PRESIDENTE DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS – ICP, GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA.[154]

No dia 29 de novembro de 2009, na sede da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais, foi fundado o Instituto de Ciências Penais, o nosso ICP.

Partindo dos princípios de "*respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da atuação multidisciplinar, científica, técnica, pedagógica e pluralista, do apartidarismo político-eleitoral e do desenvolvimento das Ciências Penais*", como vaticina, literalmente, o artigo 2º de seu Estatuto, 349 presentes, dentre estudantes, advogados públicos e privados, magistrados, membros do ministério público, professores e integrantes da polícia civil acreditaram que poderiam, juntos, contribuir para a defesa da aplicação concreta, no âmbito das ciências penais, dos valores que orientam a verdadeira noção de cidadania.

---

153 Advogado sócio da Jasa Advocacia, Diretor do Iamg, Conselheiro Superior do Icp, Mestre e Doutorando FDUFMG

154 Pronunciamento do Presidente do Instituto de Ciências Penais – ICP, Gustavo Henrique de Souza e Silva na sessão de Comemoração de 20 anos do ICP, na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, em 29 de novembro de 2019.

Os objetivos: "*estudar, pesquisar, desenvolver, divulgar e coletar dados sobre as Ciências Penais, congregar estudiosos nacionais e estrangeiros das diversas disciplinas do conhecimento abrangidas pelas Ciências Penais, desenvolver esforços visando à realização de uma política criminal e infanto-juvenil infracional compatível com o Estado Democrático de Direito e a proteção dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, promover atividades de formação e de especialização profissional no âmbito das Ciências Penais, incentivar a cooperação internacional e nacional na área das Ciências Penais, promovendo programas de intercâmbio entre entidades profissionais e estudantes brasileiros e estrangeiros, promover, editar, publicar ou divulgar trabalhos e obras relativos às Ciências Penais*", estão expressos na letra de seu artigo 3º.

Sendo ousada a missão, os encarregados de cumpri-la estavam à altura do desafio, os Doutores Jair Leonardo Lopes, Ariosvaldo de Campos Pires, Sidney Safe, José Barcelos de Souza, Marcos Afonso da Silva, Décio Fulgêncio, José Cirilo Vargas, Francisco de Assis Toledo, Nilo Batista, Juarez Tavares, José Henrique Pierangelli, Luiz Vicente Cernichiaro e Cézar Roberto Bittecourt que foram, na ocasião, batizados como membros honorários e, com permitida vênia de todos os presentes estão aqui citados como meio de homenagear a cada um daqueles 349 associados fundadores, todos eternos pró-homens do nosso ICP.

Nota-se, portanto, que o ICP já nasceu grande, seja nos seus propósitos, seja na composição de seus quadros associativos. 20 anos se passaram e uma reflexão sobre os caminhos trilhados é inevitável.

Reconhecendo que ainda há muito o que evoluir no âmbito das ciências penais, seja sob o prisma de uma política criminal mais racional, seja no reconhecimento do Direito penal e processual penal como instrumentos de garantia inerentes ao Estado de Direito, seja na promoção de uma execução penal humanizada e verdadeiramente ressocializadora, ouso antecipar a conclusão de que a missão do ICP, até aqui, foi magistralmente cumprida.

O ICP cumpre sua missão porque o ICP dá o exemplo, exercitando os valores que prega e defende.

No âmbito Interno, a instituição tem sido gerida, desde a sua fundação, por diretorias despidas de vaidades ou interesses pessoais. Não há recondução, disputas políticas internas, fomentando-se, inclusive, saudável alternância na presidência entre membros da advocacia, da magistratura e do ministério público. Foi assim desde a primeira gestão do procurador de justiça Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva e assim continuou nas gestões seguintes do advogado Hermes Vilchez Guerreiro, da desembargadora Jane Ribeiro Silva, do procurador de justiça Empaminondas Fulgêncio Neto, do advogado Luís Carlos Parreiras Abritta, do advogado Luciano de Santos Lopes, do advogado José Arthur Di Spirito Kalil, do procurador de justiça Antônio de Padova Marchi Júnior e do desembargador Alexandre Victor de Carvalho, nas pessoas de quem o ICP agra-

dece a todos os seus diretores e diretoras ao longo destes 20 anos. Nota-se, tem sido permanente o diálogo da beca com a toga.

No âmbito externo, a Instituição atua na defesa das prerrogativas das carreiras jurídicas, todas elas, sem distinção. Exercita a difícil tarefa de temperar, com o indispensável ingrediente da razão, discussões decorrentes das paixões que somente as ciências penais são capazes de despertar. Debate-se, com ouvidos de ouvir, abrindo-se espaço para a exposição de teses divergentes, valorizando a riqueza da discordância respeitosa que somente o ambiente verdadeiramente democrático é capaz de produzir e de fomentar.

Ao assim proceder, o ICP, nos seus 20 anos, concilia a energia, o vigor, o inconformismo da juventude, com a maturidade e a sabedoria dos mais experientes. É o que exige o debate dos temas jurídicos em geral. O ICP dá o exemplo, para nós e para o Brasil, este, um pouco mais velho, mas ainda carente de compreender que não há promoção de verdadeiro desenvolvimento humano sem instituições fortes, sem interlocução e coordenação entre elas, sem diálogo, enfim, sem o exercício da arte de tolerar o outro, apesar de dele discordar. Esta é uma face inevitável, porém atualmente esquecida, da democracia.

E se o momento é de exaltar o efetivo exercício das virtudes do nosso ICP, não poderiam faltar alguns registros que a efeméride impõe.

Em primeiro lugar um agradecimento à Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, na pessoa do seu presidente deputado Agostinho Patrus e, em especial, a pessoa do deputado Luiz Humberto Carneiro que, fazendo jus à confiança que o povo mineiro lhe deposita por seis legislaturas, honra o mandato que lhe foi outorgado, não só nas diversas iniciativas que tem tido em defesa do meio ambiente, da integração de pessoas com necessidades especiais, bem como da promoção do desenvolvimento econômico de nosso Estado, mas, também, no que diz respeito ao reconhecimento do ICP como Instituição que enaltece a todos no seu orgulho de ser mineiro.

Um agradecimento à atual diretoria do ICP, à comissão ICP jovem, à nossa secretaria, aos nossos prestadores de serviços, às diversas entidades parceiras, aos nossos associados, fazendo-o na pessoa da diretora secretária Christiane Neves Procópio Malard, que teve contribuição decisiva para que esta homenagem se fizesse possível. São pessoas cuja dedicação diária tem sido essencial na realização das diversas atividades do Instituto, mantendo-se a tradição de excelência das gestões anteriores.

Para terminar, um agradecimento muito especial. Justamente neste momento festivo, no qual se comemora os seus 20 anos, o ICP cedeu, à mais superior de todas as instâncias, a nossa desembargadora Jane Ribeiro Silva, cuja atuação, na presidência do ICP e na magistratura, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça inclusive, representou a essência dos valores defendidos pelo Instituto.

Como agradecimento à inestimável dedicação da saudosíssima desembargadora Jane para com nosso Instituto, estamos sugerindo que a nossa Medalha, a Comenda do ICP, maior distinção a ser concedida pela Instituição ao final de cada gestão, cuja outorga se dará como parte da programação da Bienal dos 20 anos, programada para agosto próximo, seja batizada com o patronímico muito especial: "Medalha Desembargadora Jane Ribeiro Silva". (Seguiu-se longo aplauso dos presentes).

O Instituto de Ciências Penais - ICP, na celebração dos seus 20 anos, ao manter viva sua tradição e ao enaltecer a sua memória, reforça, em todos nós, a certeza de que há alicerce sedimentado para a construção de um futuro promissor.

Mãos à obra e muito obrigado.

Prova, Meios de Prova e a Questão da "Verdade"

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho[155]

1. INTRODUÇÃO[156]

A prova penal vem sendo objeto de estudo de diversos estudiosos e a questão não é simples; ela mostra por que a dogmática do processo penal não pode ser ensimesmada, autorreflexiva e acrítica.

Quem deseja falar de Direito Processual Penal (e isso é sempre possível ainda mais agora que está em voga) precisa ter uma certa precisão teórica e seus fundamentos; e os fundamentos dos fundamentos; e isso implica dialogar com a base teórica e filosófica dele, assim como com o cotidiano do foro.

Os mais antigos faziam o tema das provas girar em torno dos sinais sensíveis deixados pela infração: *corpus delicti*. O que vem ao processo, porém, hoje, já sob a influência da Filosofia da Linguagem, não são as provas em si, mas sim o que se diz sobre elas: os meios de prova. Por isso adjetiva-se, na classificação quanto aos meios, como testemunhal, pericial ou documental.

Sendo assim, ela "entra" no processo para cumprir um papel referente ao conhecimento (afinal, ainda segundo os antigos, *quod non est in actis non est in mundus*) e em face dos pedidos das partes, na estrutura acusatória; ou pela ordem do juiz – o senhor do processo –, por ato seu ou após deferir o pedido das partes, na estrutura inquisitória. Há, como se sabe, um rito para a prova que entra no processo: elas são requeridas, admitidas, produzidas e avaliadas. Por isso, diz-se: momentos da prova.

Antes de qualquer avanço no estudo do tema, é preciso estabelecer algumas premissas, que modificam a compreensão da matéria: sobre a expectativa que se tem ao produzir a prova; sobre quais são admissíveis em nosso sistema processual penal e, por fim, como elas podem ou devem ser avaliadas.

---

155 Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (aposentado). Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas, Recife. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIVEL, Cascavel. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (*Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*). Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

156 Texto parcialmente apresentado na Coluna Limite Penal, em dois artigos intitulados "Provas pseudocientíficas: livre apreciação e livre conhecimento da prova" e "Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala?", publicados na *CONJUR*, Coluna Limite Penal, 01/05/2020 e 26/06/2020, respectivamente.

2. A PROVA E A "VERDADE".

O discurso sobre a produção da prova muitas vezes encontra-se atrelado à ideia de trazer ao processo penal não apenas conhecimento sobre os fatos, mas sim a "verdade sobre os fatos", tratando-a como uma garantia do acusado[157].

Como sabem todos, o objetivo daqueles que defendem a Verdade/verdade no processo penal é, *aparentemente*, o mesmo, qual seja, ter-se uma justiça melhor. A divergência que aparece desde logo, porém, diz respeito à concreta possibilidade de se alcançar tal objetivo; e mostra que o referido *aparentemente* não é em vão pois, desde logo, percebe-se que há algo escondido no discurso da Verdade/verdade de alguns, transformando-os em lobos em peles de cordeiros.

Resta saber de que Verdade/verdade se trata quando tal discurso, ligado aos anseios democráticos do processo penal, almeja a "garantia", logo, contrapondo-se aos antigarantistas. Quem trabalha seriamente com a *epistemologia*, contudo, não para aí e, para surpresa de muitos processualistas penais, afirmam "que a busca pela verdade está a serviço do direito de defesa, em toda a sua amplitude". Alguns, mais críticos, não aceitam tal postura, dado que entendem existir um longo caminho a ser percorrido para se poder concluir de tal modo, se é que é possível; e ele gira em torno da discussão da Verdade/verdade no processo penal. Afinal, quem sofre na carne a força do chicote não acredita que basta mudar o couro do açoite.

Para tentar entender a situação, pareceu precisa a manifestação de Gustavo Badaró em uma rede social: "É difícil para os processualistas penais aceitarem a importância da verdade como uma ideia regulativa do sistema, mesmo que o seu conhecimento pleno seja inatingível". A frase do Titular da USP (que também trabalha com a *epistemologia*), por si só já basta para colocar em xeque o fundamento do fundamento do texto que se analisa, ou seja, a questão da Verdade/verdade conforme trazida, para o processo penal, a partir da *epistemologia*. Gustavo Badaró, como sói acontecer, foi honesto, razão por que, dentre outras, é respeitado por todos.

Veja-se.

2.1. De que Verdade se trata e o discurso da Verdade/verdade

"É difícil para os processualistas penais aceitarem a importância da verdade como uma ideia regulativa do sistema", disse o estimado professor. E não aceitam mesmo – de modo geral, diga-se – porque há quase 100 anos isso já está, no processo penal, de certa forma, superado, salvo pelos que seguiram fazendo dele um

157 MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY, Rachel. No processo penal, a verdade dos fatos é garantia. *CONJUR*, 19/06/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia>. Acesso em: 19/06/2020.

mero ramo da Teoria Geral do Processo, da qual Aury Lopes Jr. tanto fala, com razão, inclusive por conta do presente tema.

Ora, começou em 1924 – repita-se: 1924! – a famosa polêmica Florian v. Carnelutti sobre a Verdade/verdade no processo penal. E todos deveriam conhecê-la. Foi em 1924, 1925 e 1926. Sem ela não se entende, por exemplo, a razão da disputa *verdade material* v. *verdade formal*. E não é pouca coisa.

Era um Carnelutti – vencedor na disputa, diga-se de passagem – que ainda acreditava na verdade, na forma do discurso que sempre se fez. E desde lá a questão ganhou novos contornos, salvo para quem, mesmo trabalhando com processo penal, não foi atrás e ficou ligado à TGP, muito confortavelmente centrada numa verdade formal ou algo assim. Taruffo que o diga.

Verdade formal ou seus aparentados (dentre elas a endoprocessual, como queria Hassemer, tão só para situar uma posição mais atual no processo penal) servem pouco para fundar algo mais realista, inclusive aos acusados, como querem os que acreditam na Verdade/verdade. Ao contrário, é justo ele (o discurso da Verdade/verdade) que dá lastro para dizerem qualquer coisa sobre qualquer coisa (Streck); e por isso se apresenta, sempre, como vago; e serve de esteio para qualquer leitura, sendo usado ideologicamente.

Então, aparentemente, com esse discurso, as pessoas pensam ser contra os antigarantistas, mas, no fundo, jogam no mesmo time deles, não só porque fazem o mesmo discurso como, por outro lado, justificam ou legitimam o que pregam ou fazem. O STF, por exemplo, diz o que é a verdade do processo; erra ou pode errar por último (como disse o ex-ministro Eros Grau, com honestidade); e quem pensa assim erra junto porque não tem argumento para dizer que a verdade dele não serve, a não ser que construa outra meia-verdade ou não-verdade ou inverdade. Só que, quem sabe, um pouco mais próxima do que deveria ser o conhecimento que se pode ter sobre o fato da vida.

Se assim é, há de se voltar para o ponto de partida, desde o lugar de quem vive o processo penal e não brinca com o resultado dele: ***tem algo lá (o crime, por exemplo), mas não se tem palavras para dizê-lo como um todo***. O que tem lá só vem, pela linguagem, em partes; e elas não são o todo, logo, só são – pretensamente – o todo da parte; e o pretenso todo da parte não é senão o todo da parte e não o todo *tout court*. Isso está, de certa forma, em um texto imprescindível de Carnelutti (já não mais o de 1925), no qual usa Heidegger: *Verità, dubbio e certeza*, de 1965[158]. Carnelutti é preciso: "Alguma coisa disso comecei a entender com a meditação sobre o conceito de *parte*, que constitui uma das

158 Com as ponderações do autor, onde está o original traduzido: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao "Verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *In* Observações sobre a propedêutica processual penal. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, pp. 159-188.

bases do meu modo de pensar. E quem me ajudou, de um primeiro modo, ainda que fosse muito distante da meta obtida no escrito, que recordei há pouco, foi o filósofo Heidegger com aquela que foi, e deveria ser, a sua sinfonia incompleta: o *'Sein und Zeit', onde fala da Weltlichkeit der Sache*, que me tocou profundamente e que traduzi, nas primeiras páginas dos *Dialoghi con Francesco con universalità della cosa*. Justamente porque a coisa é uma parte; ela é e *não é*; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravado o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não-ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava a Francesco, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no *todo*, não na *parte*; e o todo é demais para nós."

Enfim, não se pode nominar a Verdade, mesmo porque se iria ao infinito. Mas para quem acredita no *discurso da verdade*, ela é – sim – possível; mesmo que não seja. E isso alcança garantistas e antigarantistas. Todos juntos, falando a mesma linguagem. Simples assim. Logo, se opostos se encontram de maneira tão substancial, algo está errado, fora da ordem; e o problema está em outro lugar.

2.2. Epistemologia e Verdade/verdade

A frase precitada, do Prof. Gustavo Badaró, tem uma segunda parte: "mesmo que o seu [da Verdade] conhecimento pleno seja inatingível."

Ora, até quem defende a Verdade/verdade (como ele), fazendo o seu *discurso*, reconhece – ou há de reconhecer se for honesto – que *o conhecimento pleno é inatingível*; logo, *todo o conhecimento*. Mas, como se sabe, conhecimento é epistemologia, tratada por muitos como gnoseologia. Se a Verdade está no todo, e epistemologicamente não se consegue atingir esse todo, quando dela se fala não é dela que se trata. Simples assim, de novo.

Tenta-se – é possível perceber – conhecer pela parte (aquela que se pretende possível como verdade; e que não é a Verdade), mas isso se faz, pelo menos no texto das autoras, pela busca: "A busca pela verdade pode ser resumida...".[159] Mas seria mesmo "busca"? Enfim, como se sabe, busca é método! E Verdade/verdade não se discute com o verbo "buscar" e sim com o verbo "ser", como disse Tomás de Aquino: *Veritas est*... Sem isso não se define ou tenta definir como deve ser. Alivia-se (no texto das autoras) o peso da posição, fazendo-a aparecer como

159 MATIDA, J.; NARDELLI, M. M.; HERDY, R. No processo... cit.

uma *tentativa*. Isso, porém, diz pouco, pois, o que importa, é se é ou não é. Se é uma tentativa pode não ser; e aí naufraga tudo. Ora, sempre pode naufragar, de fato, tudo, se se fala de algo que não é aquilo que se não apresenta. A linguagem, contudo, falseia o objeto tão só até certo ponto, justo porque os significantes deslizam e não dão conta dos significados. Saussure, Jakobson e Lacan teriam muito a dizer neste ponto.

Em suma, fala-se da Verdade/verdade mas não se diz claramente o que ela é. Sabe-se, todavia, que seguindo os epistemólogos, estão falando de *correlação*; ou tentando: "A busca pela verdade pode ser resumida como a tentativa de fazer corresponder a premissa fática do raciocínio judicial com os fatos como efetivamente ocorreram". Ocorre que a própria correlação deveria ser explicitada, pelo menos para se poder saber de qual se trata. Se for Aristóteles, por exemplo, já complica. Mas se não é, então é Platão? Agostinho? São Tomás? Não? Então é Tarski?

Mas ele (Tarski) não parece ser bem assim, do que é possível lembrar; e exige que *o enunciado* (a base é sempre analítica, ao que parece) *deve ser satisfeito por todos os objetos, do contrário será falso*. Logo, ele não se presta para mostrar o que se passa no processo penal, a não ser para se ter que reconhecer que nunca todos os objetos avalizam o conhecimento que nele entra. Afinal, *qualquer um sabe que pela prova vem sempre produzida uma parcialidade* (eis a resistência dos processualistas penais antes referidos) *e, assim, tem-se, quando muito, algo para se fazer um discurso (de todo falso) sobre uma verdade formal ou endoprocessual que o intérprete (preponderante o que tem poder) diz qual é*; e tudo segue como sempre em face desse discurso solto. E todos os defensores disso, juntos.

Enfim, aquela "busca pela verdade que pode ser resumida" não é feliz. Não é de busca que se deveria tratar e para o fim almejado, a correlação, parece não servir; por sinal, no próprio Aristóteles se pode ver isso; da mesma forma como se pode ver pelo lugar que ele (Aristóteles) dá aos sofistas e à dialética a partir de outra leitura deles, como mostra Dussel de forma primorosa Método para uma Filosofia da Libertação.[160] Em suma, se no texto vale a posição de Tarski – com seu esforço na direção do "a neve branca"[161] –, logo tal postura, pelo menos no processo penal, parece perder força. Por sinal, o jogo lógico da afirmação dele pararia no Orhan Pamuk, o Nobel de Literatura de 2006. Nele, a neve é verdade, mesmo que não seja branca.

Mas há de se deixar Tarski para se ir a alguém mais pesado – quem sabe – e que vai no coração do problema sem brincar com a linguagem, quando fala

160 DUSSEL, Enrique D. *Método para uma filosofia da libertação:* superação analética da dialética hegeliana. Trad. Jandir João Zanotelli. São Paulo: Loyola, 1986, p. 21 e ss.

161 "*The sentence 'snow is white' is true if, and only if, snow is white*" (TARSKI, Alfred. Semantic conception of truth. *Philosophy and phenomenological research*, v. 4, issue 3, mar. 1944, pp. 341-376, p. 343).

da morte: Heidegger. Ora, como sabem todos, no § 52 do Ser e Tempo[162] vem afirmada a possibilidade da impossibilidade de todo existir, em face do fim do *Dasein* com a morte. É matéria, por evidente, para se ir adiante. Mas aqui o que interessa é que isso, quem sabe, pode ser lido no lugar da "parte", na alternativa todo/parte – que seguramente é... durante a vida – e, para desmentir a possibilidade, veja-se o que diz a letra de uma música do saudoso Belchior chamada, salvo engano, "Sujeito de sorte". Como dizia Freud (mais ou menos assim): os poetas não sabem o que dizem, mas sempre dizem antes. Ou algo assim. O estribilho de tal música diz:

"Tenho sangrado demais,

Tenho chorado pra cachorro

Ano passado eu morri

Mas esse ano eu não morro."

Ora, é uma brincadeira. Como em Tarski, há um falso problema que serve para a beleza da música mas, sobretudo, para mostrar a força construtiva da linguagem. Fazer correlação ali seria piada. Por sinal, é porque se faz que o *absurdo* se apresenta, como se vê em Camus, Sartre e outros. O Estrangeiro é, quem sabe, o mais notável exemplo de que a lógica rígida de uma "ciência jurídica" caolha, que acredita na verdade, produz: um réu (Meursault) é condenado porque não chorou no enterro da mãe; ou por conta do brilho do raio do sol refletido na faca do árabe, dado como causa do crime no interrogatório.

Enfim, a verdade do processo penal nunca é a Verdade; e nem a verdade, se vista como uma parte; uma parcialidade. E sobre ela todos se debatem todos os dias vendo as pessoas serem julgadas, condenadas e morrerem... sempre em nome da tal Verdade/verdade. E mais: os que condenam – é bom não esquecer – fazem isso em nome dela, ainda que a não tenham, algo que, de certa forma, absolve-os, dado que julgam em cima do que dispõem: a parcialidade. De qualquer forma, ao discurso da Verdade/verdade dessa gente, em definitivo, não é possível dar guarida. E ainda que se não tenha "ciência" que dê conta deles.

O *discurso* sobre a Verdade/verdade, por outro lado, é eficaz, e seduz as pessoas que buscam nele o arrimo necessário para sua segurança. Não é pouca coisa e há de se respeitar. Não se pode, porém, fazer de conta que tal *discurso* não trata de outra coisa, inominável. Para essa (outra coisa) vale a crença; e aí se entende (como lembrou Carnelutti no texto antes referido) por que Cristo disse: "Eu sou a Verdade".

No fundo, a parcialidade que o conhecimento traz ao processo penal permite – isso sim – que se trate daquilo que está enunciado nele, com as limitações

---

162 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte II. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13 ed. São Paulo: Editora Vozes, 2005, p. 37 e ss.

que impõe, mormente porque se agregam elementos objetivos e subjetivos que se não eliminam. Desde este ponto de vista, tudo deve ser pensado de modo a que se tenha, no escopo do processo, um menor número de erros; e isso não é simples. Mas há que se tentar, por exemplo, com a refundação e um novo processo ancorado no sistema acusatório. O discurso sobre a Verdade/verdade, aqui, ajuda nada; antes, atrapalha.

Se disso não se derem conta, talvez seja melhor prestar atenção ao alerta de Francesco Carrara:

> "Os nomes são palavras vãs, e nos ordenamentos dos Estados se verifica em demasia a cínica sentença de TALLEYRAND, de que Deus dotou o homem com a palavra para esconder a verdade. Em sentido absoluto, esta proposição é uma blasfêmia, e eu não a aceito. Mas TALLEYRAND considerava os estatutos políticos, e nesse ponto de vista a sua sentença é, frequentemente, uma tristíssima verdade. De nomes abusaram frequentemente os governantes para mistificar o povo, apresentando-lhe uma instituição odiosa sob color de palavra atraente. E o povo iludido aceitou, reconhecendo o engano somente quando a opressão dos *fatos* lhe fez sentir a realidade escondida sob aquela palavra."[163]

3. A VERIFICABILIDADE DA PROVA, O LIVRE CONVENCIMENTO E A LIVRE APRECIAÇÃO DA PROVA

Estabelecida a premissa de que o conhecimento trazido ao processo é sempre parcial, é possível refletir sobre a produção da prova e a sua apreciação.

Produzir a prova é fazê-la entrar no processo; introduzi-la. Não é pouco.

Eis por que para isso acontecer é preciso que a prova seja hígida, de tal forma que se possa verificar se o conteúdo dela se sustenta por si, o que as provas "pseudocientíficas" (aquelas que não são resultado de um método científico válido, verificável e plausível), não o fazem.

As "provas pseudocientíficas" – e nelas as *cartas psicografadas*[164] –, por exemplo, não podem ser consideradas provas e não devem ser admitidas e produzidas. Isso quer dizer: não devem entrar no processo nem como documento, dado que o conteúdo não se sustenta por si, ou seja, tem-se algo que, de antemão, coloca em risco a "verdade" dele e, portanto, sua aceitação. E como testemunha (do além) muito menos[165] Afinal, é essa prova que, se for produzida, será apreciada/avaliada; e o resultado disso ainda – argumentativamente, logo, como linguagem – exposto na fundamentação.

---

163 CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal. Trad. de José Luiz V. de A. Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1957, Vol. II, pp. 318-9.

164 HERDY, Rachel; DIAS, Juliana Melo. Por falar em ciência: cartas psicografadas não são meio de prova. *CONJUR*, 17/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/limite-penal-falar-ciencia-cartas-psicografadas-nao-sao-meio-prova>. Acesso em: 19/06/2020.

165 As autoras precitadas (Rachel Herdy e Juliana Melo Dias) estão certas ao deixar claro que se não trata de um problema religioso e sim científico, com o devido respeito a todos que merecem: "Quando levantamos essas críticas, não é nossa intenção atacar o espiritismo ou ofender seus adeptos. Nosso objetivo é estabelecer limites quanto ao que pode ser aceito como ciência e, sobretudo, como meio de prova em um processo judicial".

Não fosse assim e sabendo-se como se avalia a prova produzida, estar-se-ia sempre diante de um incentivo à chicana, ao se ter que permitir à parte contrária a juntada de outra "carta", de outro "médium", dizendo o contrário. Estaria ferido de morte o princípio de não-contradição, de Aristóteles, porque pelo menos uma delas, sem dúvida, seria inverídica, sem que se pudesse dizer qual; e não haveria postura lógica a sustentar as duas no mesmo processo. Ademais, não seria factível imaginar – por razões primárias –, o *argumentum ad vericundiam*, para fazer prevalecer a aparente "maior autoridade" de alguém que se teria expressado "do além", dado ser falacioso, por si, o próprio argumento. Nem muito menos acareações mediúnicas. Como disse Alexandre Morais da Rosa: reconhecimento pelo "jogo do copo", em que se faria a linha de suspeitos e o copo apontaria o culpado flanando pela mão invisível! Afinal, grandes homens dizem, também, grandes besteiras.

Ora, no fundo, isso não é prova, porque a alusão não encontra nenhuma relação comprovável e aceitável. Portanto, não se deve admitir, justo para não se produzir e, assim, ter que avaliar. Trata-se, então, de providência salutar de um juiz cioso com a regularidade processual.

E como tal afirmação se adequaria à livre apreciação da prova pelo juiz, contemplada no art. 155, do CPP[166]?

Para responder seria preciso ir um pouco além e verificar a diferença entre o livre convencimento e a livre apreciação da prova.

Livre convencimento é, para qualquer processualista, convicção racional e, assim, na prática, decisão fundamentada na sua devida – ou mais larga – extensão. Em suma, um princípio que virou regra constitucional (art. 93, IX, da CR) e que exige que todas as decisões sejam, efetivamente, fundamentadas como prestações de contas.

Por seu turno, a livre apreciação da prova é outra coisa, embora se possa dizer, quem sabe, que é o caminho para o livre convencimento. E isso se diz porque há, no processo – e para alguns autores – um roteiro a ser seguido, tentando-se mostrar o que pode ser objeto de avaliação, mormente para se tentar deixar fora questões que, quiçá, "não estariam no mundo"; e, assim, não poderiam ser explicadas na fundamentação determinada pelo livre convencimento.

Mas a questão é: como se faz para fazer o juiz verificar a miríade de relações que o fato tem em si (por seus elementos) e, depois, na relação dele com o texto legal aplicável?

Na história, *per fas et nefas*, já se teve essa apreciação pelo próprio juiz, conforme a cabeça dele, em razão da sua convicção (eis a "convicção íntima"); mas,

166 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

também, para fazer de conta que ele não se metia nisso, transferiu-se tal avaliação para a lei, o que resultou numa chamada "convicção legal". Dá para imaginar por que nada disso respondia a algo minimamente aceitável. Ora, seria melhor os "dados de Rabelais", diziam alguns; ou a "aposta na constância causal", das Ordálias, como diz Cordero. Daí que nas "Luzes" se vem com um *medius virtus*: a lei regula a matéria (não raro os requisitos estão lá), mas não se tem como substituir o juiz (em face da adequação), no seu modo de ver o mundo e apesar da previsão legal. Em suma, não se pode confiar tão só na visão de mundo dele, juiz, quem sabe no seu "bom senso" e, portanto, na "sua moral"; mas também não se pode fingir que há efetivo "controle" transferindo-se o "valor" para a lei, para o texto legal. Por isso, aposta-se em um controle externo; aquele que se vai dar da forma possível, ou seja, pelo que ele diz na fundamentação. Eis, então, a enorme importância do controle; e o seu devido lugar.

É como se se dissesse: o juiz aprecia a prova por ele mesmo e, apresentando-se como Estado (aqui se entende por que Pontes de Miranda falava em *presentar*), deve "prestar contas" (eis o *to account* ou *to account for*, do *Common Law*), dizendo o porquê de tudo o que lhe foi pedido pelas partes e daquilo que ele mesmo verificar por conta própria. E assim o faz pelo dever de fundamentar as decisões, que, como visto, é a base do "princípio do livre convencimento", hoje regra da CR, em seu art. 93, IX.

Em suma, entre "convicção íntima" e "taxatividade ou convicção legal", o que escolher? Em qual apostar? Como controlar a apreciação/avaliação que se faz?

Ora, a situação não é simples, mas aparentemente não sobrou opção. Pela força da linguagem (por óbvio... pelo nome que se deu e pela época da escolha dele), acabou-se naquilo que se convencionou chamar de *accountability*, conhecida na Europa pelo *medius virtus*, dito livre convencimento. Entre "convicção íntima" e "convicção legal", optou-se por "convicção racional".

Lenio Luiz Streck, com razão, critica o livre convencimento[167], questionando como um magistrado, falando pelo Estado, pode ser "livre" em seu convencimento, marcado pelo sentimento pessoal e/ou subjetivismo. Tem fundamento a crítica se se pensa em uma liberdade que se não pode ter.

Embora o nome seja ruim, pois se presta a confusões, há um contexto histórico que explica a opção feita, mais tarde, pelo termo, pois na estrutura da Inquisição e seu processo, não se garantia nada com a taxatividade – sempre

---

167 STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de informação legislativa*, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015, pp. 33-51. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p33.pdf>. Acesso em: 20/04/2020.
V. também: STRECK, Lenio Luiz. Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. *CONJUR*, Senso incomum. 26/09/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em: 20/04/2020.

plenamente passível de burla –, coisa que sabiam desde antes, desde as Ordálias: basta ver os resultados que estampam os registros do, por exemplo, *Judicium ferri candentis*; e aqui em favor dos réus. A taxatividade, neste diapasão, sempre foi a forma inequívoca, no processo inquisitório, de se chegar ao resultado que – antes – havia sido projetado. Para garantir os resultados, porém, com fundamento principalmente em Ulpiano, no Digesto (D. 47.10.15.41: *"quaestionem" intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendum veritatem*.), (re)criaram a tortura legal... que tinha um ritual – legal – a ser seguido, tudo de modo a se ter essa dupla face: garantia que se poderia superar o sofrimento e se livrar da punição – conforme a lei –; e dar "à lei" a culpa pelo que acontecia de pior, quiçá imediatamente espelhada no *inquirido*. Tenha-se presente, ademais, que a confissão tinha virado *regina probationum*, mas os resultados dos processos logo desaconselharam a espontaneidade dela; e a tortura apareceu como solução "lógica". Mas a taxatividade era apresentada, sempre, como uma garantia. Basta ver a razão do *testis unus testis nullus*, algo para não ser perdido de vista hoje, em função da *delação premiada* e a barbárie (ou seria melhor: absurdo democrático?) de se a ter como "verdade absoluta", camuflada em uma prova de corroboração pífia.

Por outro lado, a convicção íntima remetia aos julgamentos políticos; e àqueles fundados na moral, muito a gosto (naquela época) daqueles que faziam dela a sua base epistêmica e, portanto, desprezavam, de certa forma, a lei escrita. Ali, os princípios sustentavam e a tradição falava forte pelos costumes. Mas na Europa meridional – quem sabe pela tradição romana – isso parecia brincadeira. Afinal, os próprios romanos usavam o *jus*; mas sempre que a coisa não ia, nunca deixaram de usar, no lugar do Direito, o gládio.

Logo, na tradição legislada que ficou, a questão sempre se colocou e a posição *média* falou mais alto: não se conseguia tirar do juiz sua irrenunciável capacidade e efetiva atividade de pensar sobre (sempre na apreciação/avaliação) a prova que se permitia na forma da previsão. Optaram pela razão, tendo ele, o juiz, que dizer o Direito fundamentadamente: eis o *dicere ius* e, portanto, a *iuris dictio*. Assim, é preciso ter presente que o poder está sempre limitado; ainda que dessa forma, um tanto escorregadia.

Em suma, o juiz aprecia, mas quando disser o Direito sobre o que apreciou, fundamenta, circunstanciadamente, sua decisão, isto é, acerta o caso penal dizendo sobre todos os fundamentos que lhe levaram a tanto, inclusive aqueles que dizem sobre (aludem a) a "verdade" do(s) fato(s).

Isso, então, não é "livre"; e muito menos "livre convencimento", senão no sentido de uma "convicção racional", tudo de modo a poder ser controlado devidamente. Neste sentido, o nome que ficou (livre convencimento) não é mesmo bom, porque se não pode (como quer Lenio Streck) dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Mas também não se pode dizer que não é isso que se diz com ele, ou seja, uma "convicção racional", embora dela se deva desconfiar – como

tudo nesse campo do Eu – porque é do *imaginário* que se trata, logo, do lugar do engodo, como referiu Lacan; e tudo sem se poder desprezar uma atividade *inconsciente*, da qual nunca, no tema, cogitou-se. De qualquer forma, os processualistas penais do mundo inteiro não insistiriam no erro se fosse tão grosseiro. O certo – sem dúvida –, é que se não pode dizer que livre convencimento é livre apreciação.

Ao que interessa aqui, no tema da *carta psicografada*, é que se não tem como fundar as conclusões senão falseando as premissas, se se falar em *analítica*, por óbvio. Enfim, sabe-se de antemão que o juiz não conseguirá fundamentar nada senão falseando a premissa. Ora, ele não tem a fonte para fundar a premissa e, dela, não consegue deduzir. E se é assim – e é mesmo –, não se deve admitir a prova e deixar ser produzida, justo porque se não sustenta. Ponto.

Por outro lado, trata-se de algo que se não pode fazer com os juízes, que devem respeitar à CR e fundamentar corretamente seu *dicere ius*. Ora, é para eles, antes de tudo, que vai aparecer o problema – e que grande problema! – na hora de dispor sobre seus elementos de convicção. Sem base, aponta-se para a retórica fácil e insustentável. No júri, porém, tem-se uma "ponte"; e as consequências desastrosas, na falta de fundamentação, podem aparecer para a acusação ou para a defesa. É sintomático, então, o motivo pelo qual as referidas *cartas psicografadas* aparecem tanto nos processos nos quais o caso penal diz com os crimes dolosos contra a vida; e maiores explicações seriam desnecessárias.

Tudo isso vale para a prova "pseudocientífica", mas seria o mesmo se a prova fosse aparentemente "científica", como é o caso das combinações físico-químicas da narcoanálise, por exemplo? Já não é mais do "além" que viria a "verdade" e sim do próprio giro da ciência. O resultado obtido com a aplicação do soro da verdade deveria receber tratamento igual ao da *carta psicografada*? E o detector de mentiras? Gente como Franco Cordero tem muito a dizer sobre o assunto, mas é para outra oportunidade.

Jurisdição Constitucional e a Concretização dos direitos Fundamentais: O Mandado de Injunção Enquanto Instrumento de Sanabilidade das Omissões Legislativas no Controle Difuso de Constitucionalidade

José Eduardo Martins Cardozo[168]

Hugo Nunes Nakashoji[169]

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O silêncio legislativo como fator disruptivo dos valores constitucionais; 3. O Mandado de Injunção como instrumento processual do controle de constitucionalidade difuso; 4.Concusões finais; 5. Referências bibliográficas.

RESUMO:

Ao longo deste trabalho são analisados aspectos relevantes do Mandado de Injunção, um remédio constitucional destinado a sanar omissões legislativas e garantir a efetividade das normas constitucionais. Nesse sentido, parte-se da premissa de que as normas constitucionais já nascem com eficácia jurídica, embora esta possa vir a ser definida a partir de diferentes graus. A discussão é relevante, uma vez que em se tratando de normas de eficácia limitada, uma vez ausente a regulamentação infraconstitucional, haverá uma evidente inconstitucionalidade. Nesse contexto, o Mandado de Injunção deve ser visto como um instrumento processual de controle difuso destinado a sanar omissões violadoras da ordem constitucional. Há na doutrina, porém, questões que dividem opiniões e exigem reflexões cuidadosas. Nessa perspectiva se analisará também o disposto na Lei nº 13.300/2016 que disciplina a matéria.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Controle difuso de constitucionalidade. Inconstitucionalidade por omissão. Lei nº 13.300/2016.

---

168 **José Eduardo Martins Cardozo.** Advogado. Ex-Ministro de Estado da Justiça e Ex-Advogado Geral da União. Professor da PUC/SP e do UNICEUB/DF

169 **Hugo Nunes Nakashoji.** Bacharelando pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Autor de artigos jurídicos.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de darmos início às nossas reflexões sobre a utilização do Mandado de Injunção, cumpre que registremos nossos sinceros agradecimentos ao Dr. Leonardo Rodrigues pelo convite que nos dirigiu para que pudéssemos participar dessa obra. Afinal, a sua finalidade é nobre: estabelecer uma relação de aproximação entre os estudiosos do fenômeno jurídico, ou seja, aqueles que já percorreram os caminhos da docência e da produção acadêmica, e aqueles que hoje, ainda estudantes, ensaiam seus primeiros passos na vida acadêmica.

Iniciando as nossas considerações, torna-se importante relembrar que se atribui a Karl Loewenstein a clássica visão sobre a "erosão da consciência constitucional" que faz referência à desvalorização da constituição escrita, em decorrência da omissão dos órgãos estatais no exercício das suas funções e das suas prerrogativas[170]. De fato, a inércia das instituições nos modernos Estados de Direito deve ser considerada como um dos fatores motivadores do "simbolismo das normas constitucionais", ou seja, do fenômeno que se configura sempre que as normas jurídicas, a despeito de estarem inseridas em textos constitucionais, não apresentam efetividade ou aplicabilidade social.

Alicerçando as nossas considerações na conhecida e festejada teoria da aplicabilidade das normas constitucionais do eminente constitucionalista José Afonso da Silva, podemos afirmar, de imediato, que as normas constitucionais de eficácia restrita e a disjunção entre a vontade da Constituição e o *dever ser* que deixa de ser imposto à realidade social pela omissão legislativa, ao propiciarem o aludido simbolismo das normas constitucionais, instauram uma relação dialética e tricotômica que, ao fim e ao cabo, acabam por produzir o grave vício jurídico-objetivo da inconstitucionalidade por omissão. Uma realidade inegavelmente incômoda que transforma comandos constitucionais em proposições retóricas instituidoras de um "*dever ser"* que "*deixa de ser",* e que ainda, pela fantasia ideológica e hipócrita que enseja, deslegitima o poder político estatal pela produção de uma descrença coletiva e progressiva no modelo de Estado de Direito.

A superação dos vícios decorrentes da interação dinâmica entre o direito posto e os fatos da vida social, exige que instrumentos processuais sejam pensados, estruturados e inseridos, a partir de uma *praxis* institucional inovadora. Foi nessa perspectiva que o legislador constituinte consagrou, no art. 5º, LXXI, da nossa Carta Constitucional de 1988, o *Mandado de Injunção*, um importante instrumento de controle difuso dos casos de inconstitucionalidade por omissão.

---

170 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución.* 1970

2. O SILÊNCIO LEGISLATIVO COMO FATOR DISRUPTIVO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

Os quase duzentos anos da história constitucional do Brasil demonstram que o nosso constitucionalismo foi marcado, até então, por pontos de inflexão que representaram significativas transformações nos valores incorporados às nossas leis maiores. Não poderia ser diferente. As constituições sempre serão fotografias que apreendem a realidade existente no momento histórico em que são editadas, projetando para o futuro o que deve ser mantido e o que deve ser alterado para a perpetuação da ordem social dominante (fotografias do "*dever ser"*). Mudam-se as relações de poder, mudam-se as formas de convivência social e mudam-se as concepções dominantes. Qual o resultado? *Ipso facto,* as constituições também são mudadas. Quando o que *deve ser* no passado se transforma *no que não se quer mais que continue a ser no presente ou deva ser no futuro*, o poder constituinte originário se manifesta e os textos constitucionais são alterados.

Todavia, nem sempre as condições políticas permitem que as mudanças de fato na dinâmica do poder ou das relações sociais sejam agasalhadas pelo campo do direito. Sob esse enfoque, não é demais lembrar que, ao longo dos anos de chumbo impostos pelas nossas ditaduras, não foram poucas as ocasiões em que os cidadãos brasileiros tiverem seus direitos fundamentais e suas garantias constitucionais violadas, ou até mesmo suprimidas, por situações decorrentes da vigência de normas de exceção ou de imposições de fato. Nem sempre, formalmente, se modificou diretamente a Constituição. Desejava-se que o pus da infecção autoritária não ficasse exposto à luz do sol. Muitas vezes as regras constitucionais foram mantidas, a despeito do seu desrespeito ter sido implementado pelos agentes políticos que conduziam o Estado.

Foi a partir de um contexto de negação do autoritarismo existente, de fato e de direito, que nasceu a nossa Carta Constitucional de 1988. Por ela houve a ruptura de um período sombrio, amargo e ditatorial, pela festejada institucionalização de um Estado Democrático de Direito. Não que o seu texto se revista da condição de ser um ato político perfeito, irretocável e acabado. Nele encontraremos avanços e retrocessos, equívocos de formulação legislativa e grandes acertos, vanguardismo transformador e misoneísmo. Mas não podemos ignorar que seu principal resultado foi a reestruturação de uma ordem constitucional pautada pelo *império da lei*, pela desconcentração do exercício do poder político entre Poderes estatais independentes e autônomos, pela garantia de direitos fundamentais intangíveis e pela institucionalização de um autêntico Estado Social. Por isso, não se equivocam os que a chamam de "Constituição Cidadã".

Diante da feição político-institucional da nossa Carta Constitucional de 1988, torna-se relevante ressaltar, à vista da temática deste artigo, a relação entre a existência da norma constitucional, em especial aquelas que estabelecem direitos

fundamentais, e a sua efetividade. Como já se sugeriu acima, é de todos sabido hoje que as normas constitucionais, a partir da sua entronização no mundo jurídico, são dotadas de eficácia jurídica. Mas qual é a amplitude dessa eficácia? Serão todas estas normas plenamente aplicáveis?

A resposta, de acordo com a melhor doutrina, é negativa. E é por isso que assume grande importância o já referido pensamento de José Afonso da Silva, magnificamente desenvolvido na sua obra "*Aplicabilidade nas Normas Constitucionais*" e habitualmente adotado pela doutrina constitucional majoritária[171]. Segundo esse ilustre constitucionalista, seria possível apontar-se a classificação de três grandes categorias das normas constitucionais, se considerarmos exclusivamente o plano da sua eficácia.

A primeira categoria é formada pelas *normas de eficácia plena* (*self-executing provisions*). Estas normas são aquelas que, desde a sua entrada em vigor, produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos essenciais, no que concerne aos interesses, comportamentos e situações que pretendem regular[172]. Qualificam-se, portanto, como normas completas, isto é, como normas que prescindem de qualquer regulamentação pelo legislador infraconstitucional para a produção dos seus regulares efeitos.

A segunda categoria é formada pelas das *normas de eficácia limitada*. Pode-se dizer que, *prima facie*, não muito diferem das de eficácia plena, uma vez que também são dotadas de aplicabilidade imediata, uma vez que igualmente não tem a projeção dos seus efeitos submetida a uma regulamentação posterior. Todavia, o seu aspecto identificador e diferenciador se define pela possibilidade de que admitem a contenção jurídica dos seus efeitos por atos infraconstitucionais que porventura pretendam disciplinar a sua incidência.

Por fim, a terceira categoria diz respeito às normas de *eficácia restrita*. Ao contrário das categorias anteriores, estas normas apenas podem ter liberada a plenitude de seus efeitos jurídicos após promulgação dos atos normativos nela previstos ou requeridos[173]. Tratam-se, portanto, de normas constitucionais que carecem de uma efetividade plena e imediata. Sempre necessitarão da edição de outros atos normativos para a sua completude.

Impõe-se então a pergunta: o que ocorre quando a norma constitucional prevê a necessidade da edição de atos regulamentadores e, ainda assim, estes não são editados? Nesses casos será inexorável a configuração do simbolismo do texto

---

171 Em que pese a tese do Prof. José Afonso da Silva ser adotada por grande parte da doutrina brasileira e frequentemente referida em nossos julgados, não podemos deixar de ressaltar outras importantes contribuições a respeito desse tema. Dentre outros, devem ser destacados, na doutrina pátria, as magistrais reflexões produzidas por Carlos Ayres Britto e Maria Helena Diniz.

172 SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 101

173 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. p. 136

constitucional ou será possível utilizar-se algum expediente jurídico para que essa situação seja solucionada?

Parece evidente que, diante da existência de normas constitucionais de eficácia restrita, estando ausente a disciplina normativa libertadora da sua eficácia, a existência de um texto meramente simbólico, desprovido de uma real força normativa ou de aplicabilidade social, revelará a evidente presença de um fator disruptivo do próprio direito fundamental afirmado nas páginas de uma Constituição. Em outras palavras: haverá um vício de inconstitucionalidade por omissão.

Um moderno Estado Democrático de Direito não pode conviver ou se conformar com uma tal anomalia. Não pode aplaudir ou ser conivente com a institucionalização de uma paradoxal inércia estatal que ofende a sua própria ordem jurídica. Foi exatamente por isso que o constituinte de 1988 instituiu como a *raison d'être* de algumas ações constitucionais, a garantia da efetividade das normas constitucionais, sempre que for configurada uma omissão no cumprimento do dever legislativo.

3. O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Os modelos de controle de constitucionalidade foram pensados, estruturados e desenvolvidos a partir de diferentes concepções filosóficas e de variadas experiências históricas[174]. A sistemática da tutela da ordem constitucional brasileira apresenta traços próprios e peculiares, facilmente constatada sempre que a compararmos com os tradicionais modêlos de controle de constitucionalidade existentes no direito comparado. Deveras, o perfil do nosso moderno controle de constitucionalidade acabou sendo forjado por uma associação entre os elementos de controle difuso e de controle concentrado. Reuniu peculiaridades de cada qual, dando forma ao que se denominou de controle misto de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Nesse aspecto, a jurisdição constitucional dispõe de instrumentos processuais que se destinam a remediar as diversas espécies de inconstitucionalidades passíveis de serem encontradas na nossa ordem jurídica. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e o Recurso Extraordinário (RE) são algumas destas vias. Contudo, a questão que mais nos interessa aqui diz respeito aos casos em que se configura a inconstitucionalidade decorrente da omissão do dever estatal de produzir uma determinada norma liberadora dos efeitos de um preceito constitucional. Para atendimento dessa realidade, a Carta Constitucional de 1988 introduziu: *(i)* a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no art.

174 MENDES, *Gilmar* Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo *Gonet*. Curso de direito constitucional p. 1158

103, § 2º da Constituição Federal; e *(ii)*, no âmbito de um controle difuso, o Mandado de Injunção. Desse modo, possibilitou o reconhecimento de uma inconstitucionalidade sem a pronúncia de uma nulidade normativa, atribuindo um particular e inovador significado ao controle de constitucionalidade da omissão do legislador[175].

No que concerne ao Mandado de Injunção, vale destacar que somente após 28 anos de vigência Constituição Federal foi promulgada a Lei nº 13.300/2016 que o disciplinou. Com a habitual correção, na cerimônia da sua sanção, bem se pronunciou o saudoso Min. Teori Zavascki, ao afirmar que:

> "É preciso desde logo realçar a importância da disciplina normativa do mandado de injunção. O mandado de injunção, todos sabemos, é instrumento processual que a Constituição oferece aos indivíduos para hipóteses em que a falta ou a insuficiência de norma regulamentadora possa comprometer o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Em casos tais, ao Poder Judiciário cumprirá reconhecer a mora legislativa e, se necessário, supri-la provisoriamente. A importância da lei agora sancionada está justamente nisso: ela vem trazer disciplina a um domínio sensível das relações institucionais entre dois Poderes do Estado, aquele em que, devidamente autorizado pela Constituição, ao Poder Judiciário cumprirá, de certo modo, substituir-se ao Poder Legislativo, o que ocorrerá em especialíssimas situações e de modo provisório e temporário, e sem de forma alguma comprometer ou limitar a funcionalidade da atuação legislativa. Traçar os adequados limites a essa atuação jurisdicional dos Tribunais e, ao mesmo tempo, assegurar aos cidadãos a plenitude do exercício dos seus direitos e prerrogativas, eis aí o delicado caminho porque trafega a nova lei do mandado de injunção".

Importante ressaltar, no que se refere aos aspectos formais do Mandado de Injunção, que o permissivo do art. 5º, LXXI, da nossa lei maior, expressamente permitiu a concessão desse remédio constitucional sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos, de liberdades constitucionais ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Sendo assim, *a priori,* uma exegese precipitada e liberal desse dispositivo pode induzir à convicção de que não seria cabível o Mandado de Injunção fora das hipóteses expressamente nele elencadas. Haveria nisso um forte equívoco hermenêutico. Trilhando um bom caminho, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) se consolidou no sentido de admitir esse remédio para assegurar o exercício de qualquer direito constitucionalmente consagrado, mesmo se forem dispositivos desprovidos de caráter de fundamentalidade[176]. Deveras, não há razão lógica alguma para sejam agasalhados apenas alguns dispositivos da nossa Carta Constitucional em relação ao suprimento da ausência de efetividade. Embora axiologicamente se possa sustentar que alguns preceitos constitucionais são mais valiosos que outros, a efetividade de quaisquer normas constitucionais deve ser tida como um valor em si a ser preservado.

---

175 MENDES, *Gilmar* Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo *Gonet*. ob. cit. p. 1368.

176 MI 361, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ 17/06/1994). MI 284/DF, Rel. Min. Celso de Mello (22/11/1992). MI 232, Rel. Min. Moreira Alves (DJ 02/08/1991)

A despeito da clareza da regra Constitucional que o disciplina, como bem observam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão sempre ensejaram intensas controvérsias doutrinárias. O conteúdo, o significado e a amplitude a serem proferidas nestas ações foram profundamente discutidos pelos estudiosos do tema, nem sempre com a construção de concordâncias teóricas[177]. Não foram poucas as controvérsias mantidas sobre a compreensão jurídica do Mandado de Injunção, particularmente no que concerne a natureza e a extensão da decisão de mérito que nele poderá ser proferida[178].

Independentemente do tratamento normativo emprestado ao tema pelo nosso vigente direito positivo, a verdade é que as reflexões jurídicas firmadas sobre o Mandado de Injunção levaram a formação de três diferentes teorias, a saber: as teorias *não concretista*, a *concretista* e a *intermediária.*

Passemos, em aperada síntese, a considerá-las.

Pela concepção da teoria *não concretista*, o magistrado que aprecia um Mandado de Injunção deveria apenas reconhecer a omissão arguida e comunicar ao órgão competente a necessidade de que cumpra o seu dever de elaboração da norma regulamentadora. Assim, a decisão proferida possuiria uma natureza jurídica meramente declaratória da omissão configurada na ordem jurídica vigente.

Essa visão teórica acabou sendo amplamente adotada pela nossa Suprema Corte nos primeiros vinte anos de vigência da Constituição Cidadã. Não foram poucas, porém, as críticas e as opiniões divergentes a respeito, particularmente quanto a real capacidade dessa ação constitucional possibilitar a eficácia de um direito paralisado por uma comprovada situação normativa de omissão[179].

Como um natural contraponto a esta questionável forma de compreender o papel institucional do Mandado de Injunção, afirmou-se a teoria *concretista.* Para os seus adeptos, incumbiria ao Poder Judiciário garantir a plenitude do direito, suprindo a inconstitucionalidade, de pronto, pela determinação da aplicação de uma norma regulamentadora ao caso em discussão. Naturalmente, essa teoria deverá ser compreendida dentro de limites e dos quadrantes jurídico-institucionais do modelo de Estado Democrático de Direito. A autorização constitucional para a produção normativa do Poder Judiciário apenas deve ser reconhecida *si et in quantum* o Poder competente para a produção normativa não vier a exercer a sua competência. Afinal, as competências públicas são *deveres-poderes inalienáveis*. Se um *dever* não é exercido de acordo com a Constituição, deve ser tido como natural que a ordem jurídica forneça o remédio para essa

177 MENDES, *Gilmar* Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo *Gonet*. ob. cit. 1368

178 NOVELINO, Marcelo. ob. cit. p. 508

179 BARROSO. Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 2002

anomalia. Contudo, esse remédio não pode propiciar a transposição permanente das atribuições de um Poder por outro. O Poder que negligenciou o exercício da sua competência jamais a perderá, uma vez que as atribuições públicas são, por definição, *imprescritíveis*. A qualquer momento poderá vir a exercer a sua competência anteriormente negligenciadas, pondo fim à produção normativa provisória firmada pelo Poder Judiciário.

É importante observar, ainda, que a teoria *concretista* pode ser considerada sob duas diferentes perspectivas em relação a abrangência subjetiva do seu julgado. Pela sua *vertente concretista individual*, caberia ao julgador formular a norma a ser aplicada ao caso específico, restringindo-se os efeitos da decisão exclusivamente aos impetrantes. Nesse caso, diante da ausência de norma regulamentadora, o Poder Judiciário estaria autorizado a suprir essa lacuna apenas em relação àqueles que figuram como parte na ação constitucional[180]. Ao revés, pela *vertente concretista geral*, os efeitos da decisão de mérito seriam irradiados para além daqueles sujeitos que impetraram o Mandado de Injunção. A sua decisão teria, assim, efeitos oponíveis a um grupo mais abrangente, cujos integrantes poderão ser, até mesmo, indeterminados.

Note-se que essa última vertente tem sido aplicada aos casos que envolvem interesses difusos, particularmente no caso de decisões de grande relevância para os diferentes segmentos sociais[181].

É importante observar que a *teoria concretista* foi construída a partir de uma *praxis* dialeticamente formada pela visão teórica e jurisprudencial aplicáveis sobre a matéria. Nesse sentido, devem ser lembradas as bem postas palavras do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto vista no MI 670/ES, no caso em que o Sindicato dos Servidores de Policiais Civis de São Paulo arguiu a omissão do Congresso Nacional na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Observou este ilustre jurista e magistrado que:

> [...] Preliminarmente, sublinho a especial relevância do pleito sob exame, porquanto, neste julgamento, encontra-se em causa precisamente a própria conformação que o Supremo Tribunal Federal emprestará a este inovador remédio constitucional. Não resta dúvida, a meu ver, de que é chegada a hora desta Corte avançar no sentido de conferir maior efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário. E essa é visivelmente a tendência do STF, cuja jurisprudência acerca do instituto vem evoluindo de forma firme e progressiva, como, aliás, demonstram os votos dos eminentes Ministros que me antecederam no julgamento deste mandado de injunção [...]

Por fim, observemos ainda a existência de uma corrente *intermediária* que reúne, formata e conjuga os contornos dos elementos das visões *não concretista e concretista*. Por ela, o julgador cindiria a decisão de mérito em dois momen-

---

180 NOVELINO, Marcelo. ob. cit. p. 509

181 MI 708, Rel. Min. Gilmar Medes, Pleno (25/03/1992)

tos consecutivos, sendo que o primeiro deverá ser tido como um pressuposto procedimental do segundo. No primeiro, haveria o reconhecimento da omissão normativa e, diante disso, o Poder Judiciário notificaria o órgão competente para a edição normativa, fixando prazo para que venha a ser produzida a norma regulamentadora. Caso persista a inércia, todavia, se daria ensejo à prática do segundo momento procedimental. Neste, o Poder Judiciário exercerá diretamente o direito de editar a norma inexistente, nos moldes sustentados pela *teoria concretista.* A decisão a ser proferida poderia assumir, conforme o caso, uma dimensão *individual* ou *geral.*

A Lei nº 13.300/2016 adotou a teoria *intermediária.* Com efeito, esse texto legislativo determinou, *in verbis,* que:

> "art. 8º. Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
>
> I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
>
> II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados, ou se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.
>
> Parágrafo único. Será dispensada a determinação a eu se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma"

Deve ser observado a cautela linguística que orientou o legislador pátrio ao afirmar que o Poder Judiciário, caso descumprida a ordem decorrente da mora legislativa, deveria não editar uma *norma jurídica* propriamente dita, mas estabelecer *"condições*" para o exercício do direito violado pela situação omissiva. As palavras, contudo, não alteram o conteúdo jurídico do comando em apreço. No caso, parece evidente que há uma clara determinação legal de que o Poder Judiciário deva empreender uma produção normativa propriamente dita. Afinal, no que consiste o estabelecimento de "*condições*" para o exercício de um direito constitucionalmente afirmado? Por evidência, isso nada mais é do que a exigência de que se produza uma norma jurídica capaz de garantir a sua plena efetivação.

Essa cautela linguística, todavia, ao menos no caso do Mandado de Injunção, não tem razão de ser. Embora a produção de normas legislativas de qualquer natureza não seja típica do exercício da função jurisdicional do Estado, nada impede que um texto constitucional, excepcionalmente, atribua ao Poder Judiciário essa incumbência no intuito de que seja sanada uma situação anômala e nociva a ordem jurídica. O que a constituição estabeleceu como regra, a própria constituição pode excepcionar. Não há, pois, nenhuma razão para que se tenha qualquer prurido em afirmar que, no exercício dessa particular espécie de ação constitucional, o Poder Judiciário está sim autorizado a expedir uma norma jurídica de natureza regulamentadora, com o objetivo de liberar a eficácia de uma regra constitucional preestabelecida.

Há que se observar também que não silenciou a legislação brasileira relativamente à disciplina da dimensão *individual* ou *geral* da decisão proferida no julgamento de um Mandado de Injunção. Deveras, a Lei nº 13.300/2016 estabeleceu que embora a eficácia desta decisão deva ter uma "*eficácia subjetiva limitada às partes",* produzindo apenas *"efeitos até o advento da norma regulamentadora",* seria possível, sempre que *"isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito*", a concessão de eficácia "*ultra partes* ou *erga omines"* à decisão. Ou seja: a fixação da dimensão subjetiva das decisões tomadas no âmbito dessa particular espécie de ação constitucional sempre exigirá uma análise do caso concreto, variando de acordo com a sua natureza e as suas características.

Uma questão interessante merece ainda ser tocada, mesmo que *en passant*. Indaguemos: qual o campo de liberdade outorgado ao Poder Judiciário na produção normativa prevista nos artigos 8º e 9º da Lei nº 13.300/2016? Poderá esse Poder produzir "*condições*" (normas) inteiramente novas para o pleno exercício do direito constitucionalmente assegurado ou será ele obrigado a produzi-las a partir de uma aplicação analógica de textos normativos já existentes?

A nosso ver, a questão deve ser resolvida pela aplicação *in casu* do disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 4.657/42). Diz este que:

> "art. 4º. Quanto a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"

Desse modo, toda e qualquer omissão legislativa deverá ser suprida do mesmo modo que, em geral, se orienta a supressão de qualquer *lacuna legis*. Em um Estado de Direito, mesmo a excepcional e provisória competência atribuída ao Poder Judiciário de editar regras deve ser contida e orientada pela vontade do legislador. Em tempos de ativismo desenfreado, essa recomendação não pode ser tida como supérflua ou descartável.

CONCLUSÕES FINAIS

Diante das razões expostas ao longo deste artigo, devemos ter claro que o Mandado de Injunção possui um papel de grande relevância no nosso Estado Democrático de Direito. Afinal, a efetiva garantia dos direitos fundamentais e das normas constitucionais nele encontram um grande e significativo amparo.

A estabilidade de um ordenamento normativo e as relações jurídicas nele inseridas sempre dependerão da eficácia social das suas normas e, naturalmente, das decisões que com base nelas devem ser tomadas. Por isso, a supressão da omissão normativa deve ser tida como um *dever* que as ordens jurídicas modernas não podem deixar de cumprir, sob pena de propiciarem a deslegitimação do poder político estatal.

Nesse sentido, as opções teóricas acolhidas pela Lei nº 13.300/2016, a nosso ver, foram corretas e adequadas ao modelo de Estado Democrático de Direito disciplinado pela nossa Carta Constitucional de 1988. Resta esperar que sejam efetivamente cumpridos, sem o apego à inércia decorrente da tradição ou ao desejo de não se contrariar interesses políticos, econômicos ou corporativos, bem como ainda, sem o deslumbre messiânico dos ativistas que, com evidente arrogância, autoritarismo e elitismo, parecem agir como se estivessem acima do bem e do mal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO. Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución.* 2ª ed. Barcelona: Ariel.

MENDES, *Gilmar* Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo *Gonet*. Curso de direito constitucional. 13º. ed. São *Paulo*: Saraiva, 2018

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 15. ed. rev., ampl. e atual. e atual. Salvador: Ed. JusPodivum, 2020

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

Em Tempos de Violência Política e Distopias Morais, Quanto Vale o Direito?

Lenio Luiz Streck[182]

INTRODUÇÃO

Este artigo também poderia ter como título, ou subtítulo, *O Direito não trata com escolhas, mas, sim, decisões.* Isso será demonstrado no decorrer deste texto.

A premissa é que todos temos desacordos morais. Assim, o Direito é o que temos como solução, pois, se o Direito acaba expressando a vontade do intérprete, haverá sempre um recomeço e assim já não temos mais uma resolução no horizonte. O que se quer dizer com isso é que a racionalidade jurídica não pode ser substituída por opiniões e juízos morais. Em verdade, quando o Direito vale menos do que um juízo ou opinião, a democracia é fragilizada. Afinal, numa sociedade marcada por diferenças, alguma racionalidade deve garantir um mínimo de condições para que as pessoas possam conviver, a despeito desses desacordos. O presente trabalho busca compreender essa questão, recorrendo-se ao "método fenomenológico", e apresentar os desdobramentos que são pertinentes para a análise.

DISTOPIAS MORAIS E VIOLÊNCIA POLÍTICA

Na atualidade, tem se mostrado corriqueiro ataques às instituições, sendo recorrente as investidas de atores políticos à legalidade e ao Direito. Em verdade, há sempre um tensionamento a partir de ofensas insidiosas, forçando os limites das regras do jogo. Esse comportamento está nitidamente em contrariedade ao bom funcionamento das instituições, denotando desprezo ao valor de um pacto mínimo forjado na boa burocracia, que requer que se evite todo tipo de personalismos. De uma forma bastante emblemática, é preciso reconhecer que política e Direito não atuam no mesmo código.

Nossas relações, para serem pacíficas, exigem uma instância que regule nossos desacordos, e nesse sentido, o Direito tem uma importante função institucional.

Pensemos numa questão como a distribuição de rendas. Há divergências evidentes entre as pessoas sobre a sua aceitação ou não, ou de que modo isso

---

182 Doutor em Direito, Professor Titular da Unisinos e permanente-pesquisador da Unesa-RJ,membro da Academia Brasileira de Direito, da Academia Brasileira de Direito Constitucional e das Comissões de Estudos Constitucionais do CFOAB e do IAB.

pode ser realizado. Em sociedades complexas e fragmentadas, as discordâncias são latentes e corriqueiras. Portanto, exsurge como essencial o papel do Direito para solucionar esses casos.

Note-se que essa questão se mostra ainda mais preocupante quando se torna constante em interações públicas de autoridades que ocupam lugares institucionais de destaque e que, por isso mesmo, deveriam envidar esforços para a defesa da Constituição, dado o poder simbólico dessas práticas. Defender as instituições do país não é privilégio de qualquer categorização ideológica (seja de esquerda, centro ou da direita), uma vez que, em verdade, apresenta-se como um dever inarredável de todo democrata que compreende que as instituições são condição de possibilidade da própria democracia. Então, em uma concepção diametralmente oposta ao Império do Direito exsurge uma espécie de mal-estar, o que pode ser exemplificado, hoje, com afirmações acerca da possibilidade de uma "intervenção militar" no Brasil, numa leitura errática do 142 da Constituição Federal.

Embora defendamos que é necessário que a doutrina critique o Supremo Tribunal Federal quando este não acerta, e este é o papel da doutrina, já que o Supremo existe para garantir o respeito à ordem jurídica, para interpretar o texto constitucional dentro dos limites semânticos, visando a garantir aquilo que lhe deu forma em primeiro lugar, *o Rule of Law*, não e possível aceitar passivamente um processo de demonização da Suprema Corte do país. Ultimamente tem surgido uma certa indiferença com os fundamentos do Estado de Direito, fomentado pela irresponsabilidade advinda de grupos e inclusive de membros de instituições que deveriam zelar pelo *rule of law*. Trata-se de uma instituição que é condição de possibilidade do Estado de Direito, enfim, da democracia no Brasil. Não é possível, pois, encarar como natural este *Contempt of Court*. Se as democracias, para que sobrevivam, precisam de *accountability* institucional, há a necessidade de constrangimento epistemológico (ver Verbete com este nome em *Dicionário de Hermenêutica* - (STRECK, 2020)), pois o constrangimento epistemológico é aquilo que se dá quando a comunidade em questão diz que não pode ser assim. Há limites para o Supremo e para os tribunais, para o Ministério Público, e para o Parlamento e o Poder Executivo. E para os *haters* também. Enfim, deve haver limites para todos, tendo em vista que se deve respeitar os limites da racionalidade e os pressupostos de cultura de uma tradição autêntica.

Portanto, no diagnóstico desses discursos de ódio há algo de sintomático. Parece se disseminar uma forma de interpretação de um viés catastrófico, dando margem a cenários em que surgem fantasias que permitem a expressão de violências políticas, seja individual ou de grupos. A racionalidade é substituída pela barbárie.

Desde a Constituição de 1988, sempre se renova o discurso de representantes de todas as tendências ideológicas sobre a convocação de uma nova Assembleia Constituinte, numa espécie de imposição violenta dos desejos de cada um. Esse discurso se mantém. Há pouco, o constitucionalista estadunidense Bruce

Ackerman publicou um artigo defendendo a adoção do parlamentarismo com assembleia constituinte exclusiva para 2023, com o título *O Brasil precisa de nova Constituição*[183]. No entanto, as razões e os motivos reais para os problemas são sempre deixados de lado.

Um mínimo de padrão civilizatório que conseguirmos não vai eliminar os conflitos, mas pode organizar a sociedade de uma maneira não destrutiva. Nesse sentido, podemos aprender a viver a partir dessa base institucional, com uma gestão democrática dos desacordos.

Em *After Virtue*, MacIntyre requer que façamos um exercício imaginário sobre um cenário absolutamente catastrófico nas ciências naturais. Nesse cenário, os desastres naturais são tributados aos homens da ciência. Daí seguem-se ações abertamente contrárias à ciência, sendo que, ao final, essas revoltas acabam por levar ao poder um movimento político chamado Know-Nothing ("Saber-Nenhum", "Nada-Saber"). O filósofo escocês, em sua obra, destaca que algo a ser notado nos enunciados morais contemporâneos é seu caráter de permanência, de algo sem fim, em que não é possível estabelecer ou perceber qualquer termo. Isso significa que, além da constatação de que vivemos em uma sociedade de desacordos (inexistência de critério capaz de resolver o debate), há uma desordem em nível de uma linguagem moral.

Embora, tempos mais tarde, há uma forma de reação contra o Know-Nothing então estabelecido (a saber: um grupo de pessoas pretende resgatar a ciência), o fato é que há um esquecimento acerca do que a ciência realmente era. Mas, afinal, qual a relação dessa construção hipotética distópica com nossas questões da vida real? Conforme o autor de After Virtue, "[...] no mundo real, que habitamos, a linguagem moral está no mesmo estado de grave desordem que aquele pelo qual passava a linguagem da ciência natural no mundo imaginário que descrevi". (MACINTYRE, 2007, p. 02).

Num escorço da tese de *After Virtue*, há uma predominância de uma forma de emotivismo, com a predominância de juízos valorativos que denotam aspectos de preferência e atitude. Falta racionalidade, por assim dizer. Nessa acepção, em Dworkin encontramos uma classificação de emotivismo como algo referente ao "status skepticism" — ou seja, um tipo de ceticismo externo (que busca estar situado fora da moralidade). Nesse caso existe uma abdicação dos pressupostos de legitimidade próprios de uma democracia. Se pensarmos no Direito especificamente, a prática forense levada a cabo por juristas nacionais ainda se mostra arraigada ao uso de "princípios jurídicos", reduzindo-os, na maioria das vezes, a um uso retórico, porquanto, quando pretendem afirmar que uma norma é im-

183 Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml. Acesso em 09/09/2020.

portante para o caso chamam-na de princípio — o que redunda no já conhecido pamprincipiologismo.

O trágico nisso tudo é que as obras de ficção, no campo da literatura, e de outras formas de arte, acabam perdendo para a criatividade única do Direito brasileiro. Com esse ceticismo, o Direito é levado para a autodestruição. Este é o preço em deixarmos que a Teoria do Direito seja transformada em Teoria do Poder.

Para exemplificar, pensemos no fenômeno que ocorre com relação à ponderação de Robert Alexy aplicada à brasileira. Fausto de Morais (2016)"title":"Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF","type":"book"},"uris":["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=c8d2538f-faaa-4c50-ad56-17fda2f279d2"]}],"mendeley":{"formattedCitation":"(DE MORAIS, 2016 bem demonstrou em pesquisa séria o modo equivocado como as lições alexyana foram e são tratadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Com efeito, em 189 casos julgados no prazo de dez anos, o STF não seguiu aquele procedimento proposto pelo jurista alemão. Na verdade, no Brasil, sob o pretexto retórico de usar o nome "ponderação", os tribunais, a rigor, acabam por repristinar a Jurisprudência dos Interesses. Isso é apenas uma das formas pelas quais se expressa a falta de adoção de uma teoria da decisão no Direito brasileiro.

Ainda, podemos citar a leitura que parte da doutrina brasileira faz dos precedentes. Será que podemos mesmo tratar precedentes, provimentos vinculantes, súmulas, entre outros, como mecanismos prospectivos? No direito anglo-saxão, precedentes não são feitos para resolver casos futuros. Isso porque são os tribunais, em período posterior que, a partir das decisões pretéritas, identificam as circunstâncias fáticas e aplicam a *ratio decidendi* daquela decisão anterior (precedente). Assim, a partir da ideia de "precedentes", desenvolvem-se argumentos segundo os quais uma série de decisões, teses, súmulas, etc., todos esses elementos têm aplicação rígida e obrigatória por parte dos juízes e tribunais inferiores — destituída de uma epistemologia adequada em favor desses argumentos. No contexto, a adoção dos "precedentes", no Brasil, não passa de uma entidade fictícia, porquanto afastado do significado autêntico do conceito.

Esses dados informam como a comunidade jurídica brasileira não considera o Direito a partir da necessária responsabilidade com a Teoria do Direito. O diagnóstico de MacIntyre, desse modo, tem relação direta com o que caracteriza, em seus fundamentos, o direito brasileiro. Os desacordos não estão apenas na ficção. Eles estão presentes nas nossas vidas reais, nas nossas sociedades. Assim, é necessário partir de um mínimo de institucionalização. Este é o preço de não se ter uma autonomização do Direito e permitir o emotivismo. Não há como se resolver desacordos desse modo.

CETICISMO E OS DESACORDOS

Sobre o papel do Direito, cabe dizer que existem pensadores que entendem que o Direito não consegue resolver essa questão, porquanto, no entender desses céticos, numa versão radical, o Direito não teria uma racionalidade própria que pudesse solucionar as discordâncias. Assim, de acordo com essa abordagem cética preponderaria, pois, racionalidades externas ao direito, tais como a ideia de eficiência econômica, sempre uma tônica entre os céticos.

Há também o cético que entende que, inexistindo regras claras, não se poderia falar num controle racional da decisão, sobrando a discricionariedade do juiz. Ou seja, só haveria uma certa racionalidade jurídica quando, constatada a ocorrência de um fato, houvesse uma regra clara atribuindo-lhe consequências jurídicas. Fora disso, não existiria racionalidade jurídica. Aqui, falamos dos autores não-cognitivistas morais[184] (como todos os positivismos o são).

Ainda no campo do ceticismo, uma outra corrente, mais complexa, evita em discutir se existem sempre fundamentos jurídicos para decidir os casos de maneira racional. Entende que, mesmo que existam fundamentos racionais, não é possível sua demonstração de forma inequívoca. Logo, num desacordo sobre a interpretação do direito, não há forma segura para se dizer qual lado está correto. Nesses casos, a forma de lidar com os desacordos seria deslocá-los para campo de maior participação, como o Legislativo, que seria um *locus* mais apropriado do que o Judiciário para resolver desacordos. Afinal, a Suprema Corte decide da mesma maneira que o Legislativo, ou seja, por contagem de votos.

Um autor como Waldron entende que a última palavra do Judiciário com relação às questões que nos dividem enquanto sociedade não garante, por si, uma melhor proteção aos direitos, e, por outro lado, carece de legitimidade democrática. Isso não significa que ele negue que uma concepção adequada de democracia envolve direitos individuais. Não é este o ponto. A questão diz respeito ao local de deliberação dessas diferenças. Em verdade, existe boas razões para que tais desacordos sejam resolvidos pelo Legislativo. Na sua proposição, não se trata de uma discussão acerca da existência de direitos individuais, mas o fato que, seja qual for o significado dos nossos direitos, sempre há desacordos, e o Legislativo seria o *locus* adequado para a solução dessas discordâncias, partindo-se de uma concepção pautada pelo princípio de participação majoritária.

No caso brasileiro, podemos constatar uma forma de ceticismo que podemos chamar de "realismo-retrô" (o realismo à brasileira), e com isso queremos dizer que, diante desse imaginário, o Direito é o que o Judiciário diz que é. Professores, por exemplo, reproduzem um discurso cético-pessimista que não

184 Sobre não-cognitivismo moral, ver (STRECK, 2020) e (FERREIRA NETO, 2015).

reconhecem a força da doutrina e do próprio Direito, porque o Direito seria o resultado das decisões das Cortes. Qual o diagnóstico que podemos fazer dessa forma de realismo? É a inexistência de critérios. E essa falta de uma criteriologia, ao fim e ao cabo, permite que cada um pode decidir como quiser. Logo, não temos solução para os desacordos.

O ceticismo leva à destruição do próprio Direito. É preciso ser cético quanto ao ceticismo, pois.

DEMOCRACIA E DIREITO

Um projeto mínimo de democracia não se mantém sem que exista um grau de racionalidade advinda do Direito. Há alguns marcos que o Direito deve oferecer para que seja possível uma convivência entre as disputas que são próprias da vida democrática. A autonomia do Direito está ligada fundamentalmente ao Estado Constitucional e, mais especificamente, ao Constitucionalismo Contemporâneo, sendo que sustentar a autonomia do Direito acarreta compromissos institucionais. De fato, essa autonomia que ganha o Direito advém de debilidades diante da falta de controle sobre a política, surgindo, é bem verdade, já no Estado Constitucional construído pós-guerra, não obstante o fato de haver, antes disso, com Hermann Heller, noções referentes à força normativa da constituição.

Sobre a Autonomia do Direito, observe-se que, ao lado dos predadores exógenos, há os endógenos, representados pelos discursos voluntaristas, pamprincipiologismos, ponderações, dualismos metodológicos, discricionarismos e coisas do gênero, todos voltados a substituir, de algum modo, o Direito posto. Na democracia, voluntarismos e discursos-posturas congêneres não contribuem para o bom funcionamento das instituições. Se os atores exógenos atuam dentro das regras institucionais, a democracia se fortalece, oxigena-se. Todavia, os predadores endógenos fragilizam diretamente o Direito, porque pretendem substituir o Direito posto, produto da cooriginariedade democrática, pelos discursos individuais, por meio de subjetivismos e meios correlatos a afastar regras e princípios jurídicos.

Não se pode esquecer que a Autonomia do Direito passou a ficar fragilizada face às apostas no protagonismo judicial. Mais protagonismo judicial, menos autonomia do Direito, uma vez que o Direito posto passou a ser substituído por uma espécie de jurisprudencialismo, aliado, é bem verdade, às práticas dualistas de invocação da "realidade social" contra a "realidade normativa", que tornou-se, no Brasil, importante fator de enfraquecimento do grau de autonomia do Direito.

Há uma questão relevante a ser destacada, nesse ponto, que diz respeito a uma necessária racionalidade jurídica para permitir um mínimo de diálogo, conquanto não seja possível esperar acordos imediatamente, mas, de qualquer modo, apresenta um ambiente mínimo civilizado para tratarmos de compromissos tidos como estruturantes e fundamentais em uma sociedade. Nesse contexto, em pe-

ríodos de crise e conflito, a democracia não deve ser o objeto de ataque; ao contrário disso, ela é condição de possiblidade para o enfrentamento dos conflitos advindos de cenários de crise. Certamente, qualquer grau de pacificação, dentro desse ambiente de violência política e distopias morais, só poderá ser acessado por intermédio dessas balizas advindas do Direito, que compõem uma resistência contra os predadores exógenos, deixando-se que os diálogos e as disputas ocorram dentro das regras previamente estabelecidas, uma vez que é natural que os diversos discursos queiram fazer valer a sua concepção. Do contrário, teremos apenas uma rejeição à civilização e à mediação pela linguagem.

Não se pode esquecer que há um pessimismo, o qual parte do pressuposto de que o Direito não tem importância, ou seja, não pode produzir significados autênticos, e que é tudo uma questão de maioria eventual. Contudo, o ponto, aqui, é que a Constituição significa algo; tem relevância, em última instância. Existe, de fato, um mínimo necessário. O que é mais interessante é que, se a Constituição não significasse nada, o povo não poderia dizer aquilo que acha que ela deve significar. Em tempos de crise, em que maiorias buscam desorientar os postulados da democracia, é justamente o Direito que não pode ser instrumentalizado, ou melhor, o Direito não pode virar política. A doutrina deve ser mais responsável nesse sentido. O que o constitucionalismo precisa é justamente recuperar a possibilidade de uma tradição constitucional autêntica. Portanto, as respostas devem ser guiadas por princípio, não por política, na acepção dworkiniana. Vale a pena repetir e ressaltar que corremos um sério risco quando compramos a narrativa de demonização do Judiciário. Se a política e a moral corrigem o Direito, quem vai corrigir a política e a moral? Veja-se que o problema sempre retorna sobre a defesa de um "constitucionalismo popular", em que se defende a aproximação estreita entre Constituição e política. Nesse sentido a recente obra do constitucionalista Mark Tushnet, *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law* (TUSHNET, 2020). Deveras, a parte problemática da premissa de Tushnet é partir da ideia que "É tudo política mesmo?"

Ainda sobre os constitucionalistas americanos, um antigo defensor ortodoxo de interpretação textualista acaba de mudar de lado, transformando-se num ativista, rejeitando a própria noção histórica de Constituição. Adrian Vermeule, em seu artigo publicado na revista *The Atlantic*, chamado *Beyond Originalism* (Para Além do Originalismo), defende uma teoria da interpretação que se distancia totalmente do texto, para promover seus valores religiosos. O interessante é que até poucos dias Vermeule defendia um tipo ortodoxo de textualismo, a partir de argumentos institucionais, rejeitando até os exemplos clássicos acerca das insuficiências desse modelo de interpretação. No lugar disso, propõe um *constitucionalismo do bem comum* (*Common-Good Constitutionalism*), algo como uma teologia constitucional. Em sua conclusão:

> In this sense, common-good constitutionalism promises to expand and fulfill, in new circumstances and with a new emphasis, the Constitution's commitments to promoting the general

> welfare and human dignity. Overall, constitutionalism will become more direct, more openly moral, less tied to tendentious law-office history and endless litigation of dubious claims about events centuries in the past. Originalism has done useful work, and can now give way to a new confidence in authoritative rule for the common good. (VERMEULE, 2020).

Portanto, a tese de Vermeule, ao final, é que o seu constitucionalismo deve ser mais direto, mais abertamente moral (ou seja, menos textual), menos dependente ou ligado a doutrinas tendenciosas. Seria algo como um constitucionalismo de valores morais substantivos.

Há grande perigo se pensarmos na influência dessa tendência em termos de Brasil. Basta ver os voluntaristas brasileiros que de há muito pregam que, na crise, o texto constitucional vale nada. Com efeito, no cotidiano, já de há muito o Direito vale menos do que os argumentos morais, basta ver o fenômeno do *pamprincipiologismo*. Quantos ainda pregam que os valores da comunidade estão acima da Constituição? Mas e onde fica a força normativa da Constituição? (HESSE, 1991).

No Brasil, "princípios" são utilizados como argumentos retóricos que acabam sendo instrumentalizados como jargões, os quais, em verdade, carecem de institucionalidade e da densidade própria dos princípios autênticos. São invocados *a posteriori*, apontam não a algo que faça parte do Direito, mas tão somente àquilo que o juízo tinha em mente (eis aí a subjetividade) quando decidiu o caso. Nesse sentido, os princípios da "afetividade", da "instrumentalidade processual", da "colegialidade".

O problema é que há setores do Judiciário que desprezam os limites do texto Constitucional sob o pretexto da *voz das ruas*, da *justiça*, do *bem comum*. A Constituição diz qual é o bem comum. É a partir dela que devemos partir. A constituição não é um instrumento para o bem comum, mas, sim, *condição de possibilidade* para o bem comum. Quer-se dizer, simplesmente, em outras palavras, que na democracia não é a moral que deve filtrar o Direito e, sim, é o Direito que deve filtrar os juízos morais.

No Brasil, a identificação do fenômeno é complexa. O formalismo civilístico herdado do Direito francês deitou raízes naquilo que se chamou de dogmática jurídica com pretensões descritivas. Face ao predomínio, anterior à Constituição, de um formalismo sustentado no positivismo legalista, os primeiros anos de vigência da Constituição foram palco de uma invasão de posturas, teses e teorias que visavam a matar o velho inimigo até então identificado: o juiz boca da lei. Enquanto a Constituição apontava para um elevado grau de autonomia do Direito, as práticas jurídicas e a doutrina fizeram um caminho inverso, apostando em "valores", com o fundamento de que, superado o positivismo, agora era necessário argumentar.

De alguma forma, isso também é o problema de não se reconhecer os paradigmas filosóficos no direito. Deve-se ter em consideração que o paradigma em que estão assentadas teoria e prática do direito no Brasil revela uma subjetividade sem modéstia, que, no final, transmuta-se em subjetivismo. É o sujeito que conhece das coisas o que ele mesmo põe nelas. Esse é o problema paradoxal de uma mentalidade positivista,

sem saber que é positivista, em verdade. Persiste, pois, no Brasil, uma recusa ao paradigma da intersubjetividade na área jurídica. A "linguagem" privada se sobrepõe à pública e, assim, triunfa o "decido conforme a consciência". Não bastou que o CPC consagrasse a exigência de coerência e integridade nas decisões judiciais.

Estabelecido em um paradigma já superado, o direito brasileiro é concebido sob uma racionalidade instrumental, em que Direito é tido apenas como um fato social que serve para alguma coisa e isso, de acordo com essa concepção, depende do poder. Não se pode negligenciar que foi essencialmente essa negligência teórica que ajudou a forjar este caos. Afinal, o juiz que age como político é aplaudido; E o bacharel fala contra a Constituição. Princípios são tirados do bolso para justificar qualquer decisão. Reivindicam uma abertura interpretativa que contraria exatamente a história dos valores na filosofia e o caráter institucional dos princípios no direito (para isso, conferir o Verbete Valores, no *Dicionário de Hermenêutica Jurídica*, em que está demonstrada a falsidade do enunciado "princípios são valores"). (STRECK, 2020). E mais, nesse Verbete tratamos que a palavra "valores" é uma daquelas que sofre daquilo que Luís Alberto Warat chamava de "anemia significativa". O que são os valores? Seus significados são variados: podem ser associados a opiniões, apreciações sobre o mundo, um modo de ver o Direito, enfim, estão relacionados a diferentes significados. Também se pode dizer que "são expressões de sentimentos pessoais" (emotivismo/expressivismo e realismo moral).

Há, pois, *disagreements* – tanto na filosofia moral, quanto no Direito – sobre o termo, a ponto de seu uso ter o condão de substituir a palavra "princípios", a partir do conceito, repetido em dezenas de livros jurídicos e repetido nas salas de aula, de que "princípios são valores". Diante da pluralidade de significados possíveis que a expressão "valor" pode assumir, acaba ela exercendo papel fundamental e inescapável em todas as discussões jurídicas, na medida em que ela estará sempre presente – consciente ou inconscientemente – na elaboração de um raciocínio jurídico concreto.

Valores existem, mas o problema é como eles são utilizados no Direito brasileiro. O mais provável é que a comunidade jurídica parece ter decidido fazer um atalho, uma espécie de simplificação, para superar o formalismo positivista, optando por dizer que existe uma ordem de valores pairando sobre a "forma".

A questão fundamental para enfrentar esse problema está em saber que o Direito, em sua Autonomia, não trabalha com escolhas. No Constitucionalismo Contemporâneo, sustentar a autonomia do Direito acarreta compromissos institucionais, como a visão de que a decisão jurídica não é produto de escolhas, mas um verdadeiro dever de buscar a *resposta correta* porque se trata de um direito fundamental em favor do cidadão. Assim, em um regime democrático e no âmbito do Estado Democrático de Direito, um magistrado faz escolhas apenas em sua vida privada, já que suas decisões judiciais devem estar baseadas em argumentos de integridade e coerência (DWORKIN, 2014), que emanam da própria comunidade política. Impedir a manifestação de ativismos judiciais contribui

para a institucionalização de uma verdadeira blindagem contra os predadores da autonomia do Direito.

Calha ter presente que há uma distinção clara entre decisão e escolha[185]. A decisão, em verdade, não ocorre a partir de uma escolha. A decisão exsurge a partir do comprometimento com algo que se antecipa, ou seja: aquilo que a comunidade política como um todo constrói como Direito. Portanto, fundamental a ideia de princípios autênticos. A escolha, a seu turno, é sempre parcial: ocorre num ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades. Aliás, a palavra técnica para se referir à escolha, no âmbito do Direito, é a discricionariedade, à toda evidência. Desse modo, decidir é diverso de escolher e tal diferenciação se manifesta não em um nível valorativo, mas, antes, estrutural. Afinal, respostas de decisão são respostas totais. Por isso mesmo é que a decisão judicial não é uma mera opção por uma ou mais teses. Heinrich Rombach (1977) demonstra com acerto que a análise autêntica do fenômeno da decisão exige um desprendimento com relação às representações e modelos habituais do fenômeno. Afirma que tanto o decisionismo irracional quanto o racionalismo – e as correspondentes teorias da decisão que se formam a partir deles – acabam por entulhar o problema na medida em que tornam indiferentes o fenômeno da decisão e o fenômeno da escolha. Portanto, há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política e o ato de escolher, que é um ato de razão prática. O primeiro é um ato estatal; o segundo, da esfera do cotidiano, de agir estratégico. No final, trata-se de, ao falarmos de decisão, não podermos aceitar relativismos e discricionarismos. Em verdade, trata-se de uma responsabilidade interpretativa do juiz, que não permite que ele se exonere por uma construção subjetiva, mas trabalhe num contexto intersubjetivo de fundamentação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos momentos de crise. Tempos de violência política e distopias morais. Os desacordos são naturais e comuns em nossas vidas e temos de lidar com isso, sob pena de, se não conseguirmos achar soluções corretas, adentramos em crises permanentes. No decorrer deste trabalho identificamos uma série de exemplos que retratam voluntarismos, denotando uma natureza emotivista, seja pela atuação dos juízes, seja pela própria doutrina. O que é mais preocupante é que tais ações são realizadas, não raro, de forma camuflada, tendo-se como pretexto supostas fundamentações que, ao final, não passam de um manejo retórico.

185 Ver, nesse sentido, (STRECK; MOTTA, 2018)pretendemos lançar uma crítica a variações atuais do positivismo jurídico. Para tanto, consideramos útil, ainda hoje, traçar a trajetória do debate Hart-Dworkin como espécie de espinha dorsal da teoria dworkiniana sobre o direito válido, apresentada na forma de ataque geral (general attack.

Mas a questão é que convivemos em um país cada vez mais dividido, em que todo tipo de assunto torna-se uma constante discussão. Nesse sentido, a indagação que deve ser respondida é se há uma forma minimamente racional para solver nossos desacordos. O cenário atual, conforme pretendemos mostrar no decorrer do trabalho, no Brasil, ainda demanda muitos ajustes.

O fato é que sentimos aversão por julgamentos totalmente arbitrários e, assim, muitos aceitam a ideia de que uma decisão jurídica deve se basear na melhor interpretação do direito. Afinal, nada obstante todo o panorama catastrófico que é possível vislumbrar na sociedade atual, ou melhor, por mais desanimados e céticos que possamos estar quanto ao Direito e, na especificidade, quanto ao funcionamento do Judiciário, não se pode esquecer que, nessa quadra da história, já alcançamos muitas conquistas por intermédio da racionalização do direito.

Os céticos apresentam argumentos altamente sofisticados, não há dúvida disso. Por outro lado, ainda é possível defender que os desacordos sobre direitos podem ser resolvidos com base em fundamentos jurídicos e de forma racional.

Portanto, se pretendemos saber quanto vale o Direito em tempos de violência política e distopias morais, não podemos esquecer que o Direito não trabalha com escolhas, mas, sim, com decisões. Ele é condição de possibilidade para a construção de uma sociedade democrática.

REFERÊNCIAS

DE MORAIS, F. S. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, R. **O império do Direito**. 3.ª ed ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERREIRA NETO, A. M. **Metaética e a fundamentação do Direito**. Porto Alegre-RS: Elegantia Juris, 2015.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MACINTYRE, A. **After Virtue: A Study in Moral Theory**. Londres: Bloomsbury, 2007.

ROMBACH, H. Decisión. In: KRINGS, H.; BAUMGARTNER, H. M.; WILD, C. (Eds.). . **Conceptos fundamentales de Filosofia**. Barcelona: Editorial Herder, 1977. p. 476–490.

STRECK, L. L. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

STRECK, L. L.; MOTTA, F. J. B. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 1, p. 54, 2018.

TUSHNET, M. **Taking back the Constitution: activist judges and the next age of American Law**. [s.l.] Yale University Press, 2020.

VERMEULE, A. Beyond Originalism. **The Atlantic**, 2020.

Neokantismo: um breve histórico da ascensão à tragédia nazista

Leonardo Monteiro Rodrigues[186]

I – Introdução

O Direito Penal passou, ao longo dos séculos e, em especial no século XX, por inúmeras transformações, aperfeiçoamentos e aprimoramentos. Tal fenômeno ocorre em face da evolução social, avanços tecnológicos, globalização, etc.

Todavia, o momento mais marcante para a história da humanidade, dentro desse período, é, sem dúvidas, a Segunda Guerra Mundial. Tal tragédia que assolou o mundo e exterminou milhares de pessoas, também marca um período lamentável para o Direito Penal que vinha em construção e evolução humanista desde as revoluções do final do século XVIII.

O sistema neokantista foi, sem dúvida marcado por este período e por ter sido usado como a justificativa penal para o nazismo, mesmo sem ter sido pensado tal método com essa finalidade.

O objeto do presente estudo é entender de forma ampla, algumas contribuições que os neokantistas trouxeram para o Direito Penal, bem como compreender qual foi sua falha, que permitiu a aplicação de um direito penal do autor.

Incialmente, vale observar que cada momento da evolução do Direito Penal deixa marcas muitas vezes insuperáveis. Pelo menos até o estágio atual de desenvolvimento desta ciência. Como exemplo, pode-se observar que o método e as categorias básicas seguem tendo vigência até mesmo na dogmática penal alemã (ROXIN, 2008, P. 198).

---

186 Doutorando em Direito Penal (PUCMinas). Advogado criminalista e professor. Sócio-proprietário da Bonaccorsi Rodrigues Sociedade de Advogados. Mestre em Direito Penal (PUCMinas). Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP). Conselheiro do Instituto de Ciências Penais (ICP). Associado do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro da *Asociación Argentina de Justicia Constitucional* (AAJC). Membro do Instituto de Direito de Integração da AAJC. Membro do Conselho Editoral da Revista Latino-americana de Estudos Políticos e do Estado. Membro da Comissão de Advocacia Criminal da OAB/MG. Parecerista do Boletim do IBCCRIM. Foi membro da *World Society of Victimology* (WSV) e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Coordenador da pós-graduação em *Compliance*, Ética e Governança Social do IEC (PUCMinas). Coordenador da pós-graduação em Direito Penal Econômico da PucVirtual (PUCMinas). Lecionou na Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (EJEF/TJMG), na Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Piauí (EJUD/TJPI) e na Escola Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (ESDEP/MG). Ex-coordenador do Grupo de Estudos Avançados de Escolas Penais em Minas Gerais (IBCCRIM).

Hoje, tipos penais, condutas, resultados penalmente relevantes, antes sequer imaginados na doutrina, passam a incorporar ao Direito Penal contemporâneo.

Destaca-se que a evolução do Direito Penal moderno pode ser compreendida a partir de cinco revoluções científicas. Segue alguns pontos relevantes sobre cada uma delas, sem a pretensão de esgotar a complexidade de cada sistema:

1. Idealismo Penal Alemão – surge como consequência do Iluminismo, da Revolução Francesa e das que se seguiram. Tem como principais expoentes Anselm von Feuerbach, Adolf Merkel e Karl Binding. Nesse momento histórico não havia o desenvolvimento da tipicidade e a teoria do delito limitava crime a um ato culpável e ilícito. Feuerbach é responsável pela primeira teoria da prevenção como justificativa da pena e é responsável pela Teoria da Coação Psicológica, além de sua relevante contribuição para o princípio da legalidade. O Direito Penal punia a violação a um direito subjetivo e não a um bem jurídico. A dicotomia entre lei penal e norma é trabalhada por Binding. Surge o termo culpabilidade que tem origem na palavra *schüld*, que significa "dívida" em alemão;

2. Positivismo/Causalismo – estruturado por Franz von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch tem importância fundamental neste momento. Liszt é responsável por inserir o método ao Direito Penal, sistematizando este, inverte a até então "teoria do crime", o entendendo como um ato ilícito e culpável. Dolo e culpa são a culpabilidade. O paradigma é ontológico, com base no "ser" e não no "dever-ser". A tipicidade é inserida à teoria posteriormente, com Beling. O *tatbestand* visto como tipicidade surge nesse momento. Liszt tem especial importância por demonstrar a necessidade de proteção a bens jurídicos, da função da pena, e que o Estado, e o Direito, tem que estar a serviço das pessoas. A criação de um método no Direito Penal se deve aos positivistas;

3. Neokantismo - Bertold Freudenthal, James Goldschimdt e Reinhardt Frank, preparam os elementos que Edmund Mezger utiliza para criar o seu sistema. Frank tem uma responsabilidade maior ao trazer a ideia de exigibilidade de conduta diversa. Mezger, cria o Direito Penal do autor para responder às críticas a sua "consciência atual da ilicitude" e a questão da "cegueira jurídica" sendo a base jurídica do holocausto;

4. Finalismo - Hans Welzel retira dolo e culpa do conceito de culpabilidade para alterar o conceito de conduta, sendo esta agora dirigida a uma finalidade, e altera a compreensão sobre a ilicitude no campo da consciência, elemento da culpabilidade. O livre-arbítrio ganha espaço como fundamento do juízo de reprovação;

5. Funcionalismo - Claus Roxin e Günther Jakobs, principais expoentes desse sistema, baseados no sistema neokantista, dão a teoria do delito um novo significado. Roxin baseado nas teorias preventivas da pena como função do direito penal, aproxima a teoria do delito à política criminal. É Roxin quem subdivide o princípio da legalidade em legalidade estrita, certa, escrita e prévia. Jakobs retoma a ideia de Direito Penal do autor para justificar o seu Direito Penal do inimigo, tendo o direito penal de ser aplicado a partir do filtro da teoria geral positiva da pena, sendo essa uma forma de garantir a estabilidade normativa.

II – O método neokantista

Objeto de estudo é o sistema neokantista e sua importância para a dogmática penal. Para tanto, deve-se entender a razão da decadência do sistema positivista conhecido como causalismo, que será substituído pelo neokantismo, conforme Claus Roxin explica:

> **La causa de la reestructuración del concepto de delito** operada por el mismo radicó en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos

> puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. (ROXIN, 2008. P. 198).

Essa análise puramente objetiva do direito penal, especialmente no que tangencia o injusto penal, não é suficiente para responder a todas as questões. A causalidade, inserida no direito penal a partir das ideias de Newton, não se sustentou por muito. Porém, a construção de um método penal, que permanece até hoje, é devida aos positivistas.

Vale destaque, para esse estudo, o local de origem do pensamento neokantista, ou neoclássico. Nas palavras de Figueiredo Dias:

> O chamado sistema neoclássico, funda-se essencialmente na **filosofia de valores de origem neokantiana**, tal como ela foi desenvolvida, nas primeiras décadas do séc. XX, pela chamada Escola do Sudoeste alemão ou Escola de Baden. Ela pretende retirar o direito do mundo naturalista do "ser", para, como "ciência do espírito", o situar numa *zona intermediária* entre aquele mundo e o do puro "dever-ser", mais rigorosamente, num campo referencial, no mundo das referências da realidade aos valores, do ser ao dever-ser e, logo por aí, no mundo da *axiologia* e dos *sentidos*. Há por isso, no que toca ao sistema do crime, que preencher os conceitos com estas referências, nomeadamente passando a caracterizar o ilícito como "danosidade social" e a culpa como "censurabilidade" do agente por ter agido como agiu, quando podia ter agido diferente. Na Alemanha, nome cimeiro desta orientação jurídico-penal foi o de Mezger ((1883-1962). Em Itália, o de Delitala (1902-2979). Em Portugal foi sobretudo deste húmus que sempre se nutriu do pensamento de Eduardo Correia (1916-1991). (FIGUEIREDO DIAS, 2007. p. 242).

Apesar de se destacar que o conceito de ação não terá relevante alteração do modelo positivista para o neokantismo, a mudança em relação a forma de observação do Direito Penal, inserindo neste, elementos valorativos e culturais, faz com que o Direito Penal sofra uma ruptura definitiva de paradigma. Razão pela qual é possível afirmar que, se no neokantismo houve uma ruptura com o positivismo, no finalismo e no funcionalismo estão lado a lado em evolução a partir daquele, a partir do neokantismo.

Assim, a doutrina vê o sistema neokantista como a antítese do pensamento positivista. Além disso, no positivismo tem-se a explicação, no neokantismo tem-se a compreensão. Nesse sentido, Cláudio Brandão:

> O neokantismo surgiu em face de uma reação à metodologia do positivismo [...]. Esta nova corrente do pensamento se baseava em uma separação metodológica, a qual estabelecia que a investigação dos objetos vinculados às ciências da natureza não poderia ter o mesmo tratamento que a investigação dos objetos vinculados às ciências culturais.
>
> A **distinção entre natureza e cultura, que deita suas raízes na dicotomia kantiana** da crítica da razão pura e da crítica da razão prática, faz com que os métodos para a investigação dos objetos sejam diferentes: enquanto para as ciências da natureza se **explicará** o objeto (pressupondo a **não relação** dele com o sujeito que o investiga, isto é, *sujeito cognoscendi*), para as ciências da cultura se **compreenderá** o objeto (o que traduz uma **interrelação** entre o objeto do conhecimento e o *sujeito cognoscendi*). [g.n.] (BRANDÃO, 2019. p. 48) [g.n.]

Outra grande questão que demonstra que o neokantismo não é apenas uma evolução do sistema positivista, mas uma verdadeira ruptura se dá na observância de seus objetos. Enquanto no positivismo os objetos naturais são valorativamente neutros, no neokantismo tem-se que os objetos culturais pressupõem juízos de valor.

Claus Roxin traz apontamentos acerca de tais valores, a partir da ideia de danosidade social e reprovabilidade, que passarão a interpretar o injusto e a culpabilidade:

> En cambio, el sistema neoclásico estaba basado predominantemente en la filosofía de los valores neokantiana, muy influente en las primeras décadas de nuestro siglo (Windelband, Rickert, Lask), y que, apartándose del naturalismo, quiso devolverles un fundamento autónomo a las ciencias del espíritu, considerando que su peculiaridad consiste en que se debe referir la realidad a determinados **valores supremos** en los que se basan las respectivas disciplinas, configurarla mediante los mismos y sistematizarla desde el punto de vista de dichos valores. Partiendo de esa perspectiva es consecuente **interpretar el injusto y la culpabilidad desde los criterios valorativos de la dañosidad o nocividad social y de la reprochabilidad**, como también ocorre hasta hoy de modo importante a efectos prácticos en la mayoría de los proyectos sistemáticos. (ROXIN, 2008. p. 201) [g.n.]

Esses juízos de valor passarão a ser percebidos em toda a teoria do delito, como veremos brevemente.

Neokantismo propõe não apenas uma modificação na teoria da pena (ideia de proporcionalidade) mas também na teoria da lei penal, inserindo nos elementos do delito a VALORAÇÃO. A valoração, como ensina Cláudio Brandão é a ideia de "*atribuir signos positivos e negativos*".

O neokantismo não recriou categorias na teoria do delito, não mudou o método. Em verdade, apenas altera a forma de ser do Direito Penal. Na ideia de **juízos** valorativos, o sujeito interage com o objeto.

III – Os elementos da teoria do delito no neokantismo

Até o neokantismo, a ação não fazia parte da tipicidade. Exemplo disso é a compreensão de Beling, para quem a ação é um "fantasma sem sangue" (BRANDÃO, 2014).

É com Max Ernst Mayer que a tipicidade passará a cumprir a função da legalidade por meio de um juízo de valor, a censura. Censura esta que será feita pelo juiz, ou seja, o juízo de censura, de reprovabilidade que vai surgir com o neokantismo retira a análise do fato sob a perspectiva do agente, e insere na cabeça do juiz esta avaliação comparativa.

A tipicidade (*tatbestand*), que anteriormente foi inserida por Ernst von Beling com a ideia de enquadramento, moldura, ganha folego, profundidade, com Max Ernst Mayer, neokantista, se tornando a *ratio congnoscendi* da ilicitude, um **juízo** de adequação que subsumi a ação realizada no tempo e no espaço. Assim, para que haja ilicitude tem de ter havido tipicidade (*ratio congnoscendi*), mas o contrário não é verdade. Ou seja, a tipicidade não depende da ilicitude e nem pode ser *ratio essendi*. Caso contrário seria equiparável a morte de uma formiga com a morte em legítima defesa, por falta de tipicidade nos dois casos.

O nexo de causalidade, que está no âmbito da tipicidade, é um **juízo ideal** que liga o resultado a uma pessoa. Em verdade é essa a contribuição do sistema neokantista, pois o giro conceitual se dá com o finalismo. Assim, nas palavras de Ronan Rocha:

> Se voltarmos nossa atenção para a teria do delito, mas especificamente a partir do momento em que foi concebido um sistema propriamente dito de fato punível, veremos que, no final do século XIX e início do século XX, com a concepção causal naturalista de Franz von Liszt e Ernst von Beling, a exigência da constatação de relação de causalidade foi incorporada pelo conceito de ação. Entendia-se a ação como um movimento corporal voluntário que causa uma modificação no mundo exterior. Com a teoria finalista da ação de Hans Welzel, a causalidade foi extraída do conceito de ação e passou a integrar a dimensão objetiva do tipo penal, ao lado da ação e do resultado. (ROCHA, 2016. p. 27)

A tipicidade esgota todo o juízo objetivo.

Os **juízos** de valor são, em verdade os juízos de desvalor do Direito Penal. E quem efetua esse juízo de desvalor é o juiz. Seja o juízo de desvalor em relação à ação, especialmente nos crimes formais e de mera conduta, seja o juízo de desvalor do resultado, nos crimes materiais.

A ilicitude é o juízo de desvalor feito sobre a ação, no neokantismo com critérios fundamentadamente objetivos, minimizando a análise ético-pessoal da conduta (FIGUEIREDO DIAS, 2007, P. 244). Mas não se resume a isso a importância desse sistema para a ilicitude, ou antijuridicidade, como Juarez Tavares demonstra:

> A inovação sobre esta matéria coube aos neokantianos. Inicialmente MAX ERNST MAYER trouxe à consideração o enunciado de que a antijuridicidade se consubstanciaria através de dois juízos: um juízo provisório com a realização do tipo, resultante da violação de uma regra de conduta e um juízo definitivo, através da negativa de uma causa de justificação. Com isso, confere-se um acento especial na relação tipo/antijuridicidade, atribuindo ao primeiro o caráter de indício da segunda. O trunfo dessa concepção não está em atribuir ao tipo o caráter indiciário da antijuridicidade, mas sim de abrir a possibilidade de um enfoque sistêmico das causas de justificação, **em que tipo e causas de justificação se contrapunham através do binômio regra/exceção**. (TAVARES, 2019. p. 164)

A culpabilidade é o desvalor feito sobre o sujeito que praticou o fato penalmente relevante.

O sistema causal deixou questões a serem superadas também na culpabilidade. As contribuições da análise dos valores da cultura e sua influência no Direito Penal, fazem surgir no sistema neokantista uma nova teoria da culpabilidade, a teoria normativa ou psicológica-normativa (BITENCOURT, 2011, p. 399/400).

O primeiro autor que contribuiu para o surgimento desta teoria foi Reinhard Frank, com a ideia de que a culpabilidade deve ser analisada não somente como uma relação psicológica entre o autor e o fato, como era no sistema causal, mas também deve haver um juízo de reprovação acerca da conduta, ou seja, um juízo feito sobre um indivíduo que incorreu em uma conduta proibida (ROXIN, 2007, p. 795). Günther Jakobs escreve sobre este momento de passagem, relembrando que Radbruch já havia aberto um contato para o que surgira em seguida ao causalismo:

> Esse (chamado) *conceito normativo da culpabilidade* é, em sua forma inicial, não mais do que uma mera ampliação da relação já estabelecida por Radbruch entre fato e reprovação jurídica (Radbruch: atitude anti-social; Frank: repreensibilidade[sic]), só que Frank renuncia à limitação o dolo e a negligência. A repreensibilidade[sic] mesma permanece um conceito coletivo sem função própria. Isso só mudará com tentativas de compreender no conceito de culpabilida-

> de o fundamento da pena. Dessa forma, Hegler trata de tornar produtivo o conceito, orientando-se na culpabilidade, pelo fato de que o autor foi 'senhor' de seu ato, mais precisamente do ato 'em suas características próprias, segundo suas qualidades juridicamente significativas'. Esse domínio, segundo o assunto sobre conhecimento ou cognoscibilidade do injusto material em concurso com a imputabilidade e a falta de motivos de desculpa, deve ser pressuposto necessário da pena, porque a aplicação do mal da pena como mal só aparece social e eticamente justificada perante aquele que pode ser repreendido em virtude de seu ato, e isso só é possível no caso daquele que foi pleno senhor desse seu ato nocivo à sociedade.[187] (JAKOBS, 2008, p. 680).

Assim, somente será aplicada uma pena ao indivíduo após um juízo de reprovação sobre uma ação na qual era exigível um comportamento diverso, sendo dessa forma que Reinhard Frank imputa à culpabilidade **juízos** de valoração.

No positivismo a culpabilidade está na cabeça do autor, no neokantismo a culpabilidade está na cabeça do juiz.

A questão de maior perplexidade sobre a teoria sistematiza e proposta por Edmund Mezger é, justamente, em relação ao elemento normativo por ele inserido na análise do dolo. Dolo esse que compunha a culpabilidade ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa. Para Mezger a consciência atual da ilicitude (diferentemente da potencial consciência da ilicitude) exige que o indivíduo efetivamente conheça da antijuridicidade do ato que pretende praticar.

Nesse ponto, Mezger, ao se deparar com aquele indivíduo que era criminoso por entender que seria normal sê-lo, em virtude do meio social ao qual estava exposto, ou pelo próprio seio familiar em que estava inserido, ou seja, que por tendência ou habitualidade, cometia crimes, por não saber de ilicitude destes atos não poderia ser culpável (BITENCOURT, 2011, p. 401). Com isto, o dolo normativo exigia a consciência atual da ilicitude do fato e, em caso do indivíduo não a possuí-la, logo, inculpável seria por falta de um elemento da culpabilidade. Ainda que fosse possível que conhecesse da ilicitude.

Essa é justamente a ideia de cegueira jurídica. O autor do fato desconhece a norma penal. Tal questão foi solucionada pelo finalismo, como se observará.

Interessante verificar que esse raciocínio faz querer ressurgir o argumento de Liszt para não haver tal análise sobre o conhecimento da ilicitude. Razão pela qual não quis, o fundador do sistema causal, utilizar deste elemento na teoria do delito.

Antes de se debater este adendo que Mezger faz para resolver o problema criado pela consciência atual da ilicitude, desenvolvendo a culpabilidade pela condução da vida em razão da cegueira jurídica, veja-se o que também ensina Cláudio Brandão sobre o dolo normativo, o *dolus malus*:

> A expressão *dolus*, que, como se nos antolha, designava o dolo, era frequentemente acompa-

187 Jakobs chama de *conceito normativo da culpabilidade* o que no Brasil se convencionou ser o conceito *psicológico-normativo*, antecedendo o conceito *normativo puro*. Além disso, a tradução da obra do autor alemão para a língua portuguesa utilizou a expressão *repreensibilidade*, quando na verdade é preferível o uso do termo reprovabilidade.

> nhada da expressão *malus*. Assim, o dolo era a vontade aliada a um mau propósito, ou seja, a vontade aliada à consciência da antijuridicidade. "Não se pode duvidar que a frase 'dolo mau', 'ciência do dolo mau' tinha um significado técnico constante [...]. Quanto a este significado não pode existir dúvida e qualquer um chega a esta conclusão: se trata da vontade antijurídica." (BRANDÃO, 2015, p. 118-119).

Em tempo, ensina Francisco de Assis Toledo acerca desse conhecimento do mau, e sua intenção de praticá-lo:

> Percebe-se, com nitdez, que o *dolus malus* dos romanos constituía-se do elemento anímico-intencional e de um *plus*: a sua valoração como algo mau, perverso, ilícito. Era, pois, um dolo *valorado, normativo, adjetivado de "mau"*. (TOLEDO, 2008, p. 220)

Esse é o dolo como entendido por Mezger e que continha a consciência atual da ilicitude dentro de si. Foi o primeiro momento em que a intenção, o conhecer a regra e descumpri-la, foi observada pelo Direito Penal. Por tais razões, esse dolo não é meramente psíquico, ou psicológico, mas verdadeiramente normativo.

Como já demonstrado, para tentar resolver o problema da consciência atual da ilicitude, da ausência de culpabilidade do criminoso por tendência, cegueira jurídica, Edmund Mezger criou outro, dizendo que este indivíduo poderia ser culpável tendo em vista a vida que levava, pelo que ele era em si, pela condução da vida.

Nitidamente um Direito Penal do autor e não um Direito Penal do fato, afastando-se de um Direito Penal mínimo, garantista como ensina Luigi Ferrajoli, que tem como missão no Estado Democrático de Direito a limitação do poder punitivo estatal. Este entendimento de Mezger é o gérmen para a teoria do Direito Penal do inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs, influenciado por Niklas Luhmann, com sua obra Introdução à Teoria dos Sistemas.

IV – A justificativa penal ao nazismo pelo neokantismo

Max Ernst Mayer é um dos maiores expoentes do neokantismo, reconhecido como um neokantista *liberal*. Explica Mayer sobre o reconhecimento dos valores culturais para o Direito Penal:

> Las prohibiciones y mandatos dirigidos a los sûbditos de la ley y que han sido desatendidos por el delincuente se encuentram en las normas de cultura reconocidas por el Estado. Mediante ellas se determina qué conducta es antijurídica. De ahí que la explicación que intentamos aqui del concepto de normas de cultura reconocidas por el Estado sea, a la vez, una aclarición acerca del injusto y contiene con ello, en los límites que lo consiente un Tratado de Derecho penal, las bases jusfilosóficas de nuestro sistema. (MAYER, 2007. p. 47)

Esses valores culturais, que podemos bem identificar num Estado Democrático de Direito, que tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, são fundamentais na construção de um Direito Penal mínimo, limitador do poder punitivo estatal a partir da seleção de bens jurídicos, baseado em princípios que decorram daquele primeiro.

Todavia, os limites ético-socias não estavam claros no Direito Penal de Mezger, pois os neokantista assim não o fizeram. Apenas trouxeram a ruptura com o positi-

vismo, numa guinada jusfilosófica que criava a importante abertura com a implementação dos juízos valorativos, mas talvez, acreditaram que pelo então caminhar da humanidade desde o Iluminismo, não haveria uma deturpação da utilização.

O nazismo tinha **juízos** de valor. Tal juízo surge com a ideia de comunidade do povo, a partir dos movimentos da década de 1930. O sadio sentimento do povo alemão é justamente um desses valores, que é tido como método interpretativo do próprio Direito Penal. Sendo certo que aquele que feria o sentimento do *Führer*, feria o sentimento do povo alemão, feria a comunidade do povo e portanto, deveria sofrer as consequências. E se desconhecia este sentimento, estava em cegueira jurídica, devendo então responder por sua natureza, por um Direito Penal de autor, sendo judeu, sendo homossexual ou sendo negro, pois todos esses não poderiam compreender tal sentimento.

Sobre a vontade do *Führer*, Raúl Zaffaroni:

> Embora se mantivesse um Parlamento (Reichstag), sua função se minimizava, pois, desde a lei de plenos poderes, a legislação emergia diretamente do Führer. A formalidade da decisão no Reichstag era explicada como uma especial forma solene de estabelecimento do direito e **documenta perante o mundo que a vontade do Führer é a vontade do povo alemão**, mas a legislação não requeria formalidade: bastava a ontade do Führer, expressa, pro exemplo, em um discurso breve: o Führer disse, em uma mensagem ao povo, que nenhum não ariano podia usar a bandeira alemã, ou que nenhum não ariano podia empregar moças árias, e isso era a lei: **para nós é direito o que o povo sente como tal**. E **aos olhos do nosso povo são lei as palavras do nosso Führer, porque é nele onde o povo mesmo se reencontra**. (ZAFFARONI, 2019. p. 67)

Essa é a visão deturpada do direito penal que a inserção do *dolus malus*, sendo vontade, consciência e consciência e ilicitude permitiu que ocorresse em face, justamente de haver um dolo normativo.

A postura de inimizade com o direito, a consciência de ilicitude era imposta mesmo sem um ato. Sendo absurdamente presumida.

Mezger, contudo, reformulou a sua posição. Afirma que existem distintos graus de culpabilidade, mesmo frente à teoria do dolo: não há, pois, sempre o dolo na forma normal de culpabilidade. Em regra, o dolo exige a consciência da antijuridicidade, mas em determinados casos ela é inexigível: ***quando a conduta do autor é incompatível com uma concepção sã,*** de conforme ao direito e de contrário ao direito, essa conduta desviante pode ser chamada de *inimizade ao direito* ou *cegueira jurídica*.

Nitidamente, com a queda o Terceiro *Reich* e o fim da Segunda Guerra Mundial a Alemanha passará por inúmeras modificações. Entre elas, estava o Direito Penal. Segue-se ao neokantismo, o sistema finalista de Hans Welzel, que retira os elementos subjetivos (dolo e culpa) da culpabilidade, os insere na análise da conduta e transforma a consciência atual de ilicitude em potencial, o que encerra as discussões de punibilidade por cegueira jurídica e fechará a abertura epistemológica que produziu o nazismo.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 5ª ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MAYER, Ernst Max. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires, BdeF, 2007.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte, D´Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I**. Madrid: Civitas, 2008.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina Penal Nazista**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

A Operação Lava Jato, Seis Anos Depois

Maíra Fernandes[188]

"Só o tempo faz o que o tempo não destrói".

(Lima Barreto).

No dia 28 de julho do ano que não existiu, participei, com muita honra, do Projeto Bate Papo Jurídico, com o Professor Leonardo Rodrigues, na página da *Tirant Brasil*. Nessa difícil pandemia, todos tivemos que nos reinventar e essas conversas foram um alento, uma forma de nos conectarmos e pensarmos juntos, ainda que à distância. O texto abaixo traz as reflexões que pontuei em nosso debate, ora transformadas em artigo, em mais essa bela iniciativa da Editora.

Decorridos seis anos, após o anúncio estrepitoso da denominada *Operação Lava Jato*, muitas histórias permanecem desconhecidas do grande público: empresas, postos de trabalho, casamentos e mesmo vidas se esfacelaram no triunfar da lógica então reinante, de que os fins justificavam os meios. Memórias que se perdem, exceto para quem com elas convive.

O sexênio, contudo, também opera surpresas. Hoje, a *Operação Lava Jato* está na berlinda, objeto de importantes julgamentos que, na linha dualista que lhe é característica, têm dividido a opinião dos espectadores de plantão.

De um lado, os que acreditam que o país será jogado ao caos, com a vitória da impunidade e da corrupção. De outro, quem defende que já é tempo de passar a limpo a *Lava Jato* e que o reconhecimento de seus excessos, da suspeição de seu mais conhecido julgador, das violações ao devido processo legal, da utilização de estratégias de marketing, nada mais é do que uma questão de justiça, ainda que tardia.

Outrora, advogados e acadêmicos tentaram expor, a ouvidos moucos, os abusos e as arbitrariedades perpetrados pela *Força Tarefa* – cujo nome já traz um propósito bélico, *in casu*, o de *combate à corrupção* – e pelo então juiz Sergio Moro, em maxiprocessos que, não à toa, configuravam uma intrincada teia de difícil compreensão, até mesmo para profissionais do direito. Para entendê-la, era preciso se debruçar sobre uma manifesta confusão processual, caracterizada por investigações sobrepostas, por uma multiplicidade de ações que, não raro, versavam sobre fatos idênticos. Era comum que um mesmo indivíduo figurasse como acusado em diversas denúncias, em tudo semelhantes e que, invariavelmente, traziam a imputação de organização criminosa.

---

188 Advogada criminal. Mestre em Direito pela UFRJ e especialista em Direitos Humanos pela mesma Instituição. Coordenadora do IBCCRIM no RJ. Vice-presidente da ABRACRIM-RJ. Conselheira da OABRJ. Foi Presidente do Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro e Coordenadora do Fórum Nacional de Conselhos Penitenciários.

Não se desconhece o fato de que a *Operação Lava Jato* desnudou um empreendimento criminoso multifacetado, com a participação de inúmeras pessoas, durante muitos anos. Todavia, mesmo diante de delitos complexos e de difícil apuração, não se pode forçar uma conexão entre fatos que não possuem relação alguma. Além disso, nem sempre as provas apresentadas contra um dos réus podem ser as mesmas para todos os demais, como se eles seguissem acorrentados numa acusação comum[189].

Agrupar tudo em grandes blocos – em manifesta violação ao princípio do juiz natural e desconsiderando regras processuais de fixação da competência – foi, reconheça-se, uma jogada de mestre dos mentores da *Lava Jato*. Tal medida tornou a tramitação processual mais atraente à grande mídia, ofuscando as vozes defensivas que tentavam, quase sempre em vão, denunciar as ilegalidades.

Para além da reunião de acusados que, muitas vezes, sequer se conheciam, também as investigações policiais eram acompanhadas pela mesma equipe policial, as denúncias redigidas pela mesma *Força Tarefa* do MPF, e as decisões nas ações penais foram, durante muito tempo (até ocorrer os primeiros desmembramentos para o Rio de Janeiro e Brasília), proferidas por um único juiz, que também atuou na fase de inquérito.

Súbito, instalou-se no país um *clamor punitivo*, que pressionava o julgador, mas, em alguma medida, também era por ele estimulado. Ao longo dos anos em que ficou à frente da *Lava Jato*, Sergio Moro[190]não demonstrou qualquer preocupação com a superexposição do caso. Ao contrário. Suas manifestações públicas à época – artigos, entrevistas, participações em programas de televisão[191] – indicam que ele não só a incentivou, como contribuiu para sua exacerbação.

Juiz "celebridade" *versus* juiz imparcial

É natural que um caso de repercussão nacional seja divulgado na imprensa e não se questiona aqui o respeito constitucional à liberdade de expressão e ao princípio da publicidade dos atos processuais.

---

189 Essa é uma característica dos maxiprocessos, abordada por POPOVSKI, Lewis and RUDNICK, Jody A. "Joint Trials: Judicial Inefficiency?," *Journal of Civil Rights and Economic Development*: Vol. 5: 1990, Iss. 2, Article 5, p. 331. Disponível em: <http://scholarship.law.stjohns.edu/jcred/vol5/iss2/5>. Acesso em 14 julho 2020.

190 No início do Governo Bolsonaro, Sergio Moro deixou a magistratura e se tornou Ministro da Justiça e Segurança Pública, mas deixou o cargo em 2020 e, recentemente, foi contratado pela consultoria que administra a recuperação da Odebrecht. Confira-se em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/11/30/moro-e-contratado-como-diretor-de-consultoria.htm. Acesso em 03 dez 2020.

191 Confiram-se em vídeo, dentre outras, as seguintes entrevistas do então juiz Sergio Moro: Programa Roda Viva https://www.youtube.com/watch?v=DqtPZVBhfNw; TV Globo <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/videos/t/todos-os-videos/v/em-entrevista-exclusiva-sergio-moro-fala-sobre-a-lava-jato/6225258/>; Palestra no 1º Congresso do Pacto Pelo Brasil (01/08/2017) <https://www.youtube.com/watch?v=PbYDwv7nXtg>; Palestra II Fórum Transparência e Competitividade <https://www.youtube.com/watch?v=TfwVHFm_i3o>. Acesso em 14 julho 2020.

Todavia, é justo nos casos midiáticos que os juízes devem demonstrar mais cuidado e discrição, para preservar sua imparcialidade. Não foi essa, contudo, a atitude adotada no âmbito da *Lava Jato*, especialmente, por parte do então juiz Sergio Moro, enquanto permaneceu à frente do caso.

Houve uma personificação da *Operação* em torno daquele então magistrado, incentivada pela mídia, que o alçou à condição de "verdadeiro herói nacional"[192]. A Revista VEJA, no final de 2015, publicou matéria especial sobre o juiz, afirmando que, desde 11 de julho de 2013, ele havia se tornado uma "celebridade nacional", como se vê:

> Não há semana em que não tenha um convite para falar em algum evento, e a inclusão de seu nome na lista de palestrantes é garantia de casa cheia. Não há lugar público – restaurante, aeroporto, fila de táxi – em que ele não seja aplaudido por populares. Em 2015, sua figura ganhou ainda mais preeminência em função do contraste entre sua distinção pública e as mentiras e pontapés e manobras e bandalheiras gerais que cobriram Brasília de escárnio. (...) Ganhou traquejo no trato com a imprensa, que sempre o cerca nos eventos públicos com flashes e perguntas, e também se habituou ao assédio do público, que o cumula de pedidos de selfies e autógrafos.

Junto à foto do então magistrado, a Revista estampou, em sua capa, uma chamada mitificadora: "Ele salvou o ano! Veja pesquisou 300 sentenças que Sergio Moro lavrou nos últimos quinze anos e descobriu as raízes da determinação e eficiência do juiz que deu ao Brasil a primeira esperança real de vencer a corrupção"[193]. Inspirados nessa matéria, afirmaram Tavares, Prado e Borges que:

> A mídia e as instituições envolvidas na apuração de casos criminais criaram uma peculiar sinergia capaz de promover objetivos comuns. As empresas de comunicação precisam vender um produto, e os casos criminais, notadamente quando organizados sob a roupagem estereotipada de grandes escândalos, têm despertado enorme interesse nos consumidores. A polícia e o Ministério Público — e, eventual e surpreendentemente, o próprio Poder Judiciário — angariam apoio difuso precisamente por contarem com a simpatia da população pelo trabalho purificador de "combate ao crime"[194].

O que se espera de um magistrado é que ele conduza os processos com vistas a um julgamento justo, imparcial, que analise todas as provas e que possam ser absolvidos tantos réus quantos aqueles que a isso façam jus. Isso é justo o oposto do que esperam os jornalistas e dos fãs de um juiz *mitificado*, descrito pelo Estadão como a própria "personificação da maior operação contra a corrupção, desvios e cartel na Petrobrás"[195]

---

192 Uma publicação inteira sobre Sergio Moro pode ser conferida em: Guia CONHECER Fantástico Atualidades - SÉRGIO MORO, publicado pelo IBC Instituto Brasileiro de Cultura, Online Editora, São Paulo, Ano 1, nº 1, de abril de 2016.

193 Disponível em: <https://www.inverbis.pt/2016/ficheiros/doc/veja2015-12-30_pp48-56.pdf>. Acesso em 14 julho 2020.

194 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-midia-crime.pdf>. Acesso em 14 julho 2020.

195 MACEDO, Fausto e BRANDT, Ricardo. 'Jamais entraria para a política', diz Sérgio Moro. Publ. 05 Novembro 2016. Disponível em: <**https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/jamais-entraria-para-a-politica-diz-sergio-moro/**>. Acesso em 14 julho 2020.

Um juiz não pode se deixar seduzir pelo *alarido das palmas*[196]. Se não puder conter esse tipo de manifestação da mídia ou da população, deve procurar meios de minimizar suas consequências negativas. Não foi o caso do então juiz, que, ao contrário, apresentava-se sempre como um dos principais interlocutores da *Operação* com a imprensa, a qual, por diversas vezes, obtinha informes sobre o andamento do processo que não apareciam no sistema do Poder Judiciário.

Não raro, os jornalistas realizavam a cobertura das prisões preventivas em tempo real e eram comuns os vazamentos de informações sigilosas, inclusive, as referentes aos acordos de colaboração premiada. Embora se desconheça quem divulgava informações para a imprensa, também não se tem conhecimento de nenhuma atitude do então juiz quanto a tais excessos da mídia e quanto ao desrespeito aos direitos dos acusados, especialmente, no que tange ao devido processo legal, que pressupõe um julgamento com paridade de armas entre a acusação e a defesa.

Em caso de publicidade opressiva, como a que houve e, de certa forma, ainda há na *Lava Jato*, cabe ao juiz adotar as medidas apontadas por Simone Schreiber[197], que buscam assegurar a liberdade de expressão, mas garantir o direito dos acusados a um julgamento criminal justo, dentre as quais: a "vedação de introdução de provas produzidas pela mídia no processo", a "ampliação do direito de resposta"; "restrição da publicidade do julgamento" ou, até, a proibição temporária de veiculação de notícias sobre o caso.

Sobre a primeira recomendação, Sergio Moro fez justo o oposto, como apontam Juliana Neuenschwander e Marcus Giraldes: ele foi homenageado pelo prêmio Faz Diferença, do *O Globo* e depois se referiu a este jornal, sete vezes, na sentença que condenou o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva[198].

Além disso, as manifestações públicas do então juiz Sergio Moro geravam, invariavelmente, matérias midiáticas desfavoráveis aos réus, comprometendo, portanto, o *conceito de tratamento justo* a que se refere Simone Schreiber:

> A presunção de inocência impõe que o juiz dispense ao réu tratamento compatível com seu status de inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Contudo, a forma como o acusado é retratado na imprensa, especialmente quando são deflagradas campanhas midiáticas por sua condenação, viola tal garantia constitucional, com risco de influenciar o juiz (ou jurados) na forma de conduzir o processo ou de decidir a lide. Se o juiz da causa forma uma imagem do réu como bandido que deve ser exemplarmente punido está claro que não reúne mais condições para decidir atento apenas aos fatos que lhe são imputados na denúncia, e se

196 A expressão é de TORERO, José Roberto. *Galantes memórias e admiráveis aventuras do virtuoso Conselheiro Gomes, O Chalaça*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 100.

197 SCHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva De Julgamentos Criminais.* Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 413.

198 NEUENSCHWANDER, Juliana; GIRALDES, Marcus. Captura da Soberania Popular, Estado de Exceção e Juridicinismo. In: PRONER, Carol et. al. Comentários a uma sentença anunciada. O processo Lula. Bauru: Canal 5, 2007, p. 280.

> estão ou não satisfatoriamente provados pela acusação. O fato de o réu não ser tratado como inocente compromete o conceito de tratamento justo[199].

Tudo isso confirma o que tantos advogados sustentaram em suas exceções de suspeição: que o então juiz, enquanto responsável pela *Lava Jato*, não apresentava mais "condições para decidir atento apenas aos fatos imputados na denúncia"[200]. Isso ficava evidenciado, especialmente, quando Moro, fora dos autos, emitia declarações públicas sobre fatos ainda em apuração, para os quais, segundo suas próprias palavras, só havia "*indícios*", "*provas em cognição sumária*", "*provas ainda pendentes de exame definitivo pelo Judiciário*".

Declarações como essas violam não só o princípio do devido processo legal como, igualmente, o art. 36, III, da LOMAN, segundo o qual é vedado ao magistrado "*manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem*" e, ainda, o artigo do Código de Ética da magistratura[201], que também prevê, no artigo 13, que o juiz "deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza".

Exemplo dessas manifestações sobre processos em andamento pode ser verificado no artigo "*o problema é o processo*"[202], assinado com o juiz presidente da Associação de Juízes Federais (AJUFE). Há no texto dois entraves éticos disciplinares: o presidente da AJUFE se manifestar sobre causas que não eram dele e, também, Sergio Moro opinar sobre ações ainda em andamento e sobre fatos e provas sobre os quais ainda deveria proferir sentença.

> A denominada Operação Lava Jato revelou provas, ainda pendentes de exame definitivo pelo Judiciário, da aparente existência de um esquema criminoso de corrupção e lavagem de dinheiro de dimensões gigantescas. Se confirmados os fatos, tratar-se-á do maior escândalo criminal já descoberto no Brasil. As consequências são assustadoras.

Se as alegadas "provas" ainda estavam "pendentes de exame definitivo pelo Judiciário" e se não haviam sido, ainda, "confirmados os fatos", a afirmativa de que haveria uma "aparente existência de um esquema criminoso de corrupção e lavagem de dinheiro de dimensões gigantescas" e que se trataria "do maior escândalo criminal já descoberto no Brasil, só pode constituir meras suposições dedutivas, ou simples opiniões do julgador da "Operação" e do presidente da AJUFE. Tais ilações – assim como as referentes às supostas "consequências assustadoras" – não seriam devidas, mesmo se já proferidas as respectivas sentenças, pois os magistrados devem guardar a máxima discrição em sua atuação jurisdicional. Diante

---

199 SCHREIBER, Simone. *Op. Cit.,* p. 410.

200 SCHREIBER, Simone. *Ibidem.*

201 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em 14 julho 2020.

202 MORO, Sergio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. O problema é o processo. Publicado em 29 Mar. 2015. *JORNAL ESTADÃO*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>. Acesso em 14 julho 2020.

da pendência de julgamento, tais manifestações transbordam a infração ética e alcançam a imparcialidade.

Diz-se, no jargão popular, que não é possível saber o que se passa na cabeça de um juiz. Todavia, Sergio Moro, enquanto estava à frente da *Lava Jato*, costumava expor publicamente o que pensava sobre os processos sob sua responsabilidade, dialogando com leitores ou espectadores sobre suas hipóteses ou suposições, como quando afirma: "mais preocupante ainda a possibilidade de que o esquema criminoso tenha servido ao financiamento de agentes e partidos políticos, colocando sob suspeição o funcionamento do regime democrático"[203].

Se era apenas de uma "*possibilidade*", não deveria ter sido declarada publicamente. Emitia-se aí mais uma opinião correspondente a um julgamento fora dos autos, um prejulgamento manifestado nos meios de comunicação. Opinião que nunca deveria ser exposta por quem tinha o dever legal de imparcialidade para julgar aquilo que já considerava comprometer *"o funcionamento do regime democrático"*.

Em entrevista ao *Exame Fórum 2015*, para jornalistas e empresários, sob o título "*Corrupção sistêmica: as lições da operação mãos limpas*", divulgada em diversos jornais, Sérgio Moro comparou a *Lava Jato* com a *Mãos Limpas* e afirmou que:

> no caso com o qual eu tenho me deparado, nós temos verificado um quadro, pelo menos provas em cognição sumária, indícios de que estamos diante de um quadro de corrupção sistêmica. O que as investigações revelaram, pelo menos indícios, muito disso ainda tem que ser comprovado e objeto de julgados, é que, pelo menos segundo alguns depoentes desse processo, que todo grande contrato da Petrobras envolveu o pagamento de um percentual de propina aos dirigentes da empresa e agentes políticos[204].

Mais uma vez Moro se referia a "*provas em cognição sumária"* e "indícios". Ou seja: sua manifestação nada mais era do que uma reprodução de ilações sobre os autos judiciais. Tal opinião, pode-se novamente afirmar, sequer deveria estar formada pelo então juiz antes de proferir as respectivas sentenças e, menos ainda, ser levada ao conhecimento público.

Ainda que, ao transmitir para a imprensa uma série de dados ainda *sub judice*, Moro tenha ressalvado, reiteradas vezes, que "*isso ainda está para ser melhor julgado em outros casos*", ou declarado que se tratava apenas de "*indícios*", tais ressalvas não tornaram menos grave o fato de divulgar informações de casos em curso e em relação aos quais é dever do magistrado manter discrição. Confira-se:

> Enfim, embora existam vários casos ainda que demandam julgamento, as provas, os indícios, ainda sujeitos a uma avaliação definitiva o que só é possível no momento da sentença, indicam que aquele quadro informado por vários dos assim chamados colaboradores da justiça, de que em quase todo contrato da Petrobrás havia esse pagamento, é um quadro consistente com as provas ou indícios já presentes nesses processos.

---

203 MORO, Sergio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. *Ibidem*.

204 Entrevista disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=9t5j4CVI6kw. Acesso em 14 julho 2020.

> Num desdobramento das investigações foram colhidos também indícios – também aqui faço a ressalva de que sujeitos a uma avaliação num processo e num julgamento para se poder fazer uma afirmação categórica, mas foram colhidos indícios de pagamento de propina em contratos da Eletrobrás Termonuclear, de 2009 a 2014. Para nossa surpresa, há indícios de pagamento de propina em contratos da Eletronuclear em dezembro de 2014, ou seja, quando a operação Lava Jato já havia ganho notoriedade, inclusive com prisão cautelar de vários dirigentes de empreiteiras supostamente envolvidos no esquema criminoso.
>
> Também desdobramento natural das investigações, (foram) constatados indícios, também sujeitos a uma avaliação definitiva, de que em contratos de publicidade da Caixa Economia Federal entre 2010 e 2014 houve pagamento de propina a ex-parlamentar.
>
> Mais recentemente, também no desdobramento natural das investigações, foram colhidos indícios, também aqui faço a ressalva sujeitos a uma avaliação definitiva, de pagamentos de propina em contratos no âmbito do Ministério do Planejamento.

Mesmo com todas as ressalvas, os meros indícios, dados incipientes e ainda sujeitos a uma avaliação definitiva não poderiam ter sido divulgados por Moro, ainda que verdadeiros fossem, para uma plateia formada por jornalistas e representantes da área empresarial.

A análise das manifestações públicas do então juiz Sergio Moro comprova que ao expor opiniões e ilações sobre processos ainda pendentes de decisão judicial, ele aparentava não estar investido da imparcialidade que lhe era exigida, ética e profissionalmente.

Tal conclusão não constitui um juízo de valor subjetivo, mas sim uma decorrência lógica da pesquisa realizada: as manifestações públicas de Sergio Moro são incompatíveis com sua esperada imparcialidade.

Mas, não era só fora dos autos que o magistrado responsável pela "Lava Jato" demonstrava sua parcialidade. Também *intra* autos ele dava demonstrações de que parecia ter lado: o da acusação.

A FORÇA TAREFA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A DITA "EXCEPCIONALIDADE" DA LAVA JATO.

Aos olhos defensivos, a relação entre o Ministério Público e o juiz da causa parecia umbilical, mas isso era algo invisível aos leigos. À medida que a *Operação Lava Jato* avançava, sua *Força Tarefa* também se fortalecia, dentro e fora da instituição.

Nos casos em que há acusados de corrupção, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e toda sorte de crimes chamados de *colarinho branco*, é comum que os Procuradores da República "culpem" os advogados pela demora processual. Por meio da mídia, incute-se na população a ideia de que as regras processuais brasileiras são muito benéficas aos réus, e precisam ser alteradas ou relativizadas, pelo *bem da sociedade* e para que a condenação do acusado e o cumprimento efetivo da pena – fim maior do processo nessa visão utilitarista – possa ser alcançado.

Nessa linha, o Procurador Deltan Dallagnol, coordenador da *Força Tarefa* da *Operação Lava Jato*, publicou uma série de artigos nos quais apresentou o

processo penal como um "problema", um "entrave" que atrapalha ou impede o sucesso da luta anticorrupção. Em um deles, chamou a prescrição de "bruxa má"[205], como um mal a ser combatido, quando, na realidade, trata-se de uma garantia importantíssima para que o Estado não mantenha, sobre o acusado, uma verdadeira *espada de Dâmocles*.

As manifestações públicas dos representantes do Ministério Público, portanto, convergiam com as de Sergio Moro: estavam do mesmo lado na luta anticorrupção. Dentro dos autos, os pedidos da Força Tarefa soavam como música aos ouvidos do juiz, que os atendia em quase sua totalidade, em decisões aplaudidas pela opinião pública e, não raro, pelas instâncias superiores.

UM JUIZ IMPARCIAL NÃO AFIRMA QUE DEVE "OUVIR O SENTIMENTO DO POVO".

Não faltam manifestações de magistrados, nas mais diversas instâncias, sobre o "clamor da opinião pública", o "sentimento social" ou a "voz das ruas". De modo geral, em casos de grande repercussão, quando os juízes proferem decisões contrárias aos acusados, sentem-se "resguardados" pela opinião pública. Quando, ao contrário, proferem decisão concessiva de benefício ao acusado, parecem se sentir na necessidade de justificar a decisão contramajoritária e afirmar que não decidem de acordo com as pressões midiáticas. Nesse sentido, o Min. Lewandowski, ao ser pressionado pela mídia por ter absolvido um acusado no processo do "Mensalão" afirmou que:

> Já esperava. As críticas, as incompreensões, isso faz parte do nosso trabalho. Mas eu tenho certeza de que o Brasil quer um Judiciário independente, um juiz que não tenha medo de pressões de qualquer espécie - afirmou o revisor no intervalo de uma audiência pública sobre o uso do amianto no STF, acrescentando: - Eu acho que o juiz não deve ter medo das críticas porque o juiz vota ou julga com sua consciência e de acordo com as leis. Não pode se pautar pela opinião pública[206].

O decano da Corte, Celso Mello, ao votar favoravelmente à concessão de HC do ex-presidente Lula, referiu-se ao STF como "espaço de proteção e defesas das liberdades fundamentais" e afirmou que, para que os julgamentos sejam "imparciais, isentos e independentes", os magistrados não podem seguir "as pressões resultantes do clamor popular e da pressão das multidões". Segundo ele, a "*jurisprudência do próprio STF entende como abusiva e ilegal a utilização do clamor público como fundamento da prisão cautelar e de outras medidas restritivas da esfera jurídica das pessoas*"[207] *e afirmou:*

---

205 DALLAGNOL, Deltan. Brasil é o paraíso da impunidade para réus de colarinho branco. Publicado em 01 Out. 2015. *UOL NOTÍCIAS*. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/10/01/brasil-e-o-paraiso-da-impunidade-para-reus-do-colarinho-branco.htm>. Acesso em 14 julho 2020.

206 <https://oglobo.globo.com/brasil/lewandowski-diz-que-juiz-nao-pode-se-pautar-pela-opiniao-publica-5887147>. Acesso em 14 julho 2020.

207 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. O voto do Decano e a opinião pública(da). Justificando. Publ. em

> as pressões externas" subvertem o regime constitucional dos direitos e garantais individuais e aniquilam as "*inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal*.[208]

No mesmo sentido, Gilmar Medes cita Hitler dizendo que:

> Hitler dizia que os tribunais nazistas traduziam o espírito do povo… e foi o que foi. Eu cumpro esse papel com bastante tranquilidade e sei que estou honrado a minha missão institucional. Eu hoje disse a você que não me preocupo em fazer grandes obras, mas em evitar que se cometam catástrofes[209].

Com efeito, a legislação penal nazista previa a punição com fundamento no *sadio sentimento do povo*, ao estabelecer que: "será punido quem cometa um fato definido como punível pela lei ou que, segundo o pensamento fundamental de uma lei penal ou segundo o sadio sentimento do povo, mereça punição[210]".

Eis o perigo de se decidir conforme a *opinião pública*. Casara narra que "a justiça penal nazista se estabeleceu à custa dos direitos e garantias individuais, estas percebidas como obstáculos à eficiência do Estado e ao projeto de purificação das relações sociais e do corpo político empreendida pelo grupo político de Hitler". As decisões judiciais eram proferidas por juízes que tinham medo de "desagradar a 'opinião pública'" e de serem acusados de conivência com a criminalidade e a corrupção.

Além disso, afirma o autor que a mídia teve o papel, fundamental, de manipular "traumas, fobias e preconceitos da população", tarefa que cumpria um papel indispensável ao Estado Nazista. Sempre que era preciso "afastar limites legais ou jurisprudenciais ao exercício do poder penal", bastava os juristas recorrerem ao "discurso de que era necessário ouvir o povo, ouvir sua voz através de seus ventríloquos, em especial do Führer", que estava justificada a "exceção", sempre em nome de um bem maior, como a "luta contra o crime e a corrupção", que tinha em Hitler seu símbolo maior[211].

A opinião de que os juízes – e até mesmo de Ministros da mais alta Corte do país – devem "ouvir o sentimento do povo" não encontra respaldo no *Estado Democrático de Direito*. A única "voz" maior que deve ser ouvida é a da Constituição Federal, com todos os seus *princípios*, *garantias* e *direitos fundamentais e sociais*, sobretudo considerando-se a posição central que ela ocupa no ordenamento jurídico nacional.

10/04/2018. Em: <http://www.justificando.com/2018/04/10/o-voto-do-decano-e-a-opiniao-publicada/>. Acesso em 14 julho 2020.

208 *Ibidem.*

209 Em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-10/julgar-opiniao-publica-arrisca-diretos-gilmar-mendes>. Acesso em 14 julho 2020.

210 Trad. livre de TAVARES, Juarez. (gentilmente, a pedido desta autora). "Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient." - Par 2 do StGB (Código Penal alemão), introduzido pela Lei de Reforma de 1935. Publicação oficial.

211 CASARA, Rubens. "Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública?" Publicado em 12 Mar. 2016. *JUSTIFICANDO*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opiniao-publica/>. Acesso em 14 julho 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS. UM SOPRO DE ESPERANÇA.

O que outrora se disse, hoje parece claro aos mais incautos: nada foi por acaso na Operação Lava Jato. Dentro e fora dos autos, as ações dos agentes públicos nela atuantes eram minuciosamente orquestradas.

O que se viu na "Operação Lava Jato" foi uma espécie de retroalimentação entre os representantes do Poder Judiciário e a imprensa, o que pode influenciar a esperada imparcialidade dos julgadores: ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário alimenta a imprensa com informações referentes aos processos em julgamento, esta mantém aceso o interesse da população nas notícias e pressiona os julgadores a decidir conforme o clamor popular.

As defesas, de fato, tentavam se insurgir contra os atropelos processuais, mas pareciam não ter voz. Em 2016, o TRF4 decidiu, por maioria, que a *Lava Jato* constituía "caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro" e, por isso, poderia admitir "situações inéditas", fora do "regramento genérico, destinado aos casos comuns", ou seja, que desrespeitassem toda a ordem jurídica e constitucional do país[212]. Uma invocação perigosa da *teoria do estado de exceção*, que coloca em xeque o próprio Estado Democrático de Direito, feita sem uma análise profunda de seus conceitos e de suas consequências, amplamente discutidos pela doutrina especializada.

Luigi Ferrajoli explica, ao tratar da emergência penal, que não importa o que se pense sobre os fenômenos criminais de gravidade excepcional, a lógica de um Estado de direito pressupõe o respeito às suas regras, as quais não podem ser "deixadas de lado quando for cômodo" [213]. Elas devem ser cumpridas, "levadas a sério", seja nos momentos fáceis ou nos difíceis, sem exceção. Esta, só poderá ser admitida como "fato extra ou antijurídico", ou seja, em caso de guerra real e declarada, e não por mera liberalidade. Segundo o autor, "o abandono das regras e dos princípios jurídicos não é permitido em tempos de paz contra os cidadãos"[214] e, em matéria de justiça, não pode prevalecer a máxima de que "os fins justificam os meios", pois os meios são, justamente, as regras e as garantias, como as de "verdade e liberdade" [215].

Depois de tantas relativizações e passado tanto tempo, a *Operação Lava Jato* continua, sem a mesma força e repercussão midiática de antes, mas com igual capacidade de causar condenações injustas, seja em Curitiba, no Rio de Janeiro ou em Brasília, como qualquer ação penal, notadamente as que vêm com um "selo" de grande repercussão.

---

212 Confira-se em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em 14 julho 2020.

213 FERRAJOLI, Luigi. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão.* Teoria do Garantismo Penal. (Trad. de Diritto e ragione: teoria del garantismo penale). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 667.

214 FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem*., p. 666.

215 FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem*., p. 667.

Oxalá os novos ventos, as transformações dos últimos anos, a pandemia da Covid-19, os recentes ataques às instituições democráticas em nosso país possam trazer autocríticas, como as recentemente realizadas por veículos de imprensa, para que o tempo possa resgatar aquelas reputações que a *Operação Lava Jato*, injustamente, tenha se empenhado em destruir.

Culpabilidade: Um Conceito em (Re) Construção?

Marina Cerqueira[216]

Devido a pandemia da Covid-19, a editora tirant lo blanch, no intuito de ampliar os debates com os seus autores, produziu uma sequência de LIVES espetaculares e eu tive a grande alegria de ter sido convidada para abordar o tema atinente à culpabilidade, o qual tenho me dedicado nos últimos tempos e que, aliás, rendeu, por ocasião da pesquisa de mestrado na Universidade Federal da Bahia – UFBA, o meu livro "Neurociências e Culpabilidade", hoje já na segunda edição.

Inicialmente, importante registrar que a culpabilidade, enquanto princípio, implica na intransigível obediência a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CF/88), daí porque não se pode admitir a imposição de pena ausente a culpabilidade. Ou, dito por outras palavras, o ser humano, enquanto sujeito titular de garantias, não pode ser instrumentalizado para supostos fins sociais[217].

A culpabilidade é também categoria dogmática que integra a definição analítica de crime, cujo conceito sofreu ao longo da história mudanças até se afirmar, com o finalismo - doutrina que se tornou dominante em todo o mundo, pós segunda guerra mundial -, como culpabilidade normativa pura[218].

Hans Welzel reestruturou a teoria do delito a partir de dois axiomas antropológicos, duas categorias lógico-objetivas: ação como produto de finalidade e atuação conforme o sentido normativo. A culpabilidade, assim compreendida como juízo de valor acerca do injusto, possui no livre arbítrio o seu fundamento material, ou seja, na crença de que os sujeitos culpáveis são aqueles que têm a capacidade de se desvencilhar dos seus impulsos causais e atuar conforme o comando normativo, é dizer, aqueles que poderiam ter *"atuado de outro modo",* mas, ainda assim, decidiram atuar contra a norma[219].

Não se pode deixar de notar, ainda nesse contexto, que a doutrina finalista se utiliza da figura do *"homem médio"*, uma ficção jurídica, que deve servir de paradigma para a afirmação do juízo de responsabilidade penal, numa situação concreta[220].

---

216 Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), possui cursos de extensão na área do Direito Penal pela Universidade de Göttingen (Alemanha) e pela Universidade Tor Vergata (Roma- Itália), professora de Direito Penal do Centro Universitário Jorge Amado e de diversos cursos de pós-graduação em Ciências Criminais, ex-presidenta do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e servidora do MP/BA, com atuação na assessoria especial criminal da PGJ.

217 LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y Pena.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2001, p. 52.

218 HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 06, São Paulo:Revista dos Tribunais, 1994, p. 44.

219 WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal.*Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 85.

220 WELZEL, Hans. *Op. Cit.*, p. 85.

É bem verdade que as críticas atinentes à indemonstrabilidade empírica do livre arbítrio[221] e, portanto, quanto à comprovação do *"poder atuar de outro modo*", não são recentes, mas retomaram o seu fôlego, por assim dizer, a partir da década de noventa, com as pesquisas neurocientíficas e os seus possíveis influxos no âmbito da culpabilidade[222]. Com efeito, os experimentos neurocientíficos ao demonstrarem que *"as ações não são causadas por uma vontade consciente, mas sim por processos neurológicos inconscientes"*[223] incrementam as críticas em torno da existência do livre arbítrio e, com isso, acentuam a crise de legitimidade da culpabilidade.

Mas não é só.

A dita figura do *"homem médio"* fere o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88), na medida em que se afasta das circunstâncias e contingências nas quais se insere o *ser humano,* acusado da prática de determinado delito, e passa a considerar aquelas nas quais o julgador, na maioria das vezes, homem, branco, heteronormativo, heterossexual, *cis*, dotado de privilégios e capitais diversos, habita. Dito mais claramente, a análise do *"poder atuar de outro modo"* está condicionada pelo lugar de fala do julgador, acostumado a fazer o exercício de empatia às avessas[224].

Some-se a tudo isso a realidade da América Latina, na qual o Brasil se insere, marcada por sociedades com gritantes níveis de desigualdade social e com *"alvos"* preferenciais do poder punitivo, os quais estão, como dito, muito distantes da realidade experimentada pelo julgador. Dito isso, uma indagação parece necessária: como é possível lançar mão de tal paradigma para afirmar o juízo de responsabilidade penal, que deve ser individual e atento àquele acusado, na sua singularidade e circunstâncias? Estaríamos diante de uma culpabilidade como instituição moral? E, portanto, servindo ao controle dos indesejáveis[225] ?

A doutrina pós-finalista, em especial o funcionalismo, buscou estruturar o fundamento material da culpabilidade a partir dos fins preventivos da pena, tentando prescindir da análise acerca da existência do livre arbítrio e, com isso, da *"exigibilidade de conduta diversa"*, mas não deixou, igualmente, de se submeter a contundentes críticas.

---

221 LUZÓN PENA, Diego-Manuel. Libertad, Culpabilidad y Neurociencias. Disponível em <www.indret.com>>.

222 CRESPO, Eduardo Demetrio. *Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación e neurociências y derecho penal.* In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el âmbito de la culpabilidad y tratamento jurídico-penal de la peligrosidad.* Motivideo-Buenos Aires, 2013, p. 24.

223 CERQUEIRA, Marina. Neurociências e Culpabilidade. 2ª edição, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.94.

224 MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana.* 2ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 152

225 CASARA, Rubens R R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 93.

É dizer, o funcionalismo sistêmico concebido por Günther Jakobs[226], na medida em que defende a afirmação da culpabilidade para fins de prevenção geral positiva, ou seja, para restabelecer a vigência da norma e a credibilidade no sistema, acaba por conferir maior apreço à higidez normativa, numa clara aproximação hegeliana, em detrimento do sujeito, titular de dignidade humana. Dito por outras palavras, a demasiada preocupação com o sistema normativo acaba servindo à instrumentalização do sujeito para fins sociais. Opa, estaríamos, então, admitindo uma ofensa ao princípio da culpabilidade?

Na sociedade de risco, como em 1986 já denunciava Ulrich Beck[227], é possível notar não apenas o fenômeno de "*la expansión del Derecho penal*"[228], mas também a opção por reformas penais que garantam a (tão desejada) sensação de segurança, abalada pelos novos riscos dessa sociedade globalizada e com amplo desenvolvimento tecnológico, daí porque a afirmação de um juízo de culpabilidade que sirva, apenas, à estabilização das expectativas normativas tem se revelado tão presente. A tônica é garantir a sensação de segurança social, ainda que para isso implique tratar o ser humano como coisa.

E, então, qual fundamento material de culpabilidade é adequado aos postulados democráticos? Ou melhor, qual Direito penal as sociedades democráticas merecem?

Estou convencida que o Brasil, assim como muitos países da América Latina, precisa (re) construir um conceito de culpabilidade que não só resgate a atenção para o ser humano, para o seu lugar de fala, mas sobretudo que esteja atento às desigualdades. *"Poder atuar de outro modo"* sob as lentes do julgador é uma coisa, mas sob as lentes do sujeito que experimenta aquela outra triste realidade, é outra completamente diversa. É bem verdade que Juarez Tavares[229], Klaus Günther[230] e Zaffaroni[231], apenas para mencionar três notáveis penalistas, já nos deram boas dicas de como é possível pensar a reconstrução desse conceito. Mas é preciso ir adiante. Será que talvez fosse necessário pensar em critérios objetivos capazes de oferecer substrato ao julgador para, na análise do caso concreto, isto é, ao se deparar com as condições do autor e o seu contexto, melhor decidir sobre o juízo de reprovação de determinada conduta?

---

226 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación.* 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p.566.

227 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.* Trad: Sebastião Nascimento. Editora 34.

228 SÁNCHEZ, Jesus María Silva. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.* Tercera edición. Editorial Montevideo-Buenos Aires, 2011.

229 TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.431

230 GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro.* Trad. Juarez Tavares. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp.77-82.

231 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro: Direito Penal Brasileiro: primeiro volume –Teoria Geral do Direito Penal – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 3ª Ed. 2006.

Sinto que precisamos seguir na busca dessa (re) construção, sempre orientados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, por um Direito penal limitador do (desenfreado) poder punitivo.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade.* Trad: Sebastião Nascimento. Editora 34.

CASARA, Rubens R R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CERQUEIRA, Marina. Neurociências e Culpabilidade. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación e neurociências y derecho penal.* In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el âmbito de la culpabilidad y tratamento jurídico-penal de la peligrosidad.* Motivideo-Buenos Aires, 2013.

GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade do Direito Penal atual e no futuro.* Trad. Juarez Tavares. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 06, São Paulo:Revista dos Tribunais, 1994.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputación.* 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

LOEBENFELDER, Carlos Künsemüller. *Culpabilidad y Pena.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2001.

LUZÓN PENA, Diego-Manuel. Libertad, Culpabilidad y Neurociencias. Disponível em <www.indret.com>>.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana.* 2ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SÁNCHEZ, Jesus María Silva. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.* Tercera edición. Editorial Montevideo-Buenos Aires, 2011.

TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal.* Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro: Direito Penal Brasileiro: primeiro volume –Teoria Geral do Direito Penal – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 3ª Ed. 2006.

A Morte Como Bastião da Dignidade no Flagelo da Cidadania

Plauto Cavalcante Lemos Cardoso*

A Renato Russo,
que embalou boa parte de minha adolecência
e viveu minhas angústias.

RESUMO:

Analisamos neste trabalho a caminhada de João de Santo Cristo contada por Renato Russo em uma composição de 1979 intitulada "Faroeste Caboclo", obra de ficção que cremos servir de saga para o último século de construção violenta de uma identidade nacional brasileira, um século de exclusões e perpetuação da lógica da escravidão oficialmente abolida em 1888, mas pela qual continuamos pagando um preço muito alto como nação. A premissa que nos guia é que a canção se mantém relevante porque por alguma terrível falha na formação moral e filosófica da sociedade brasileira, não ligamos ontologicamente dignidade a todo ser humano, relativizando de forma perigosa tal conceito, olvidando as lições recentes da história mundial. Concluímos que nosso contexto institucional atual torna o exercício da cidadania um flagelo sob o desabrigo do medo, agravado por um contexto de analfabetismo crônico. Concluímos, ainda, que não se deveria falar em crise em nosso sistema carcerário, mas sim uma política sistemática de encarceramento em massa, fruto de uma incapacidade de fazer juízos coerentes de reflexão. A persistir tal **lógica, a batalha pelo compromisso do homem com a sua própria humanidade é** Quixoteana.

Palavras-chave: violência urbana, dignidade, sistema carcerário, cidadania, flagelo.

Abstract: This work follows the footsteps of João de Santo Cristo as told

* * Diretor jurídico do IJ International Legal Group - Brasil - ij-ilg.com. Diretor do Instituto de Direito de Integração da Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC). Professor da Pós-graduação da PUC/MG (IEC). Professor da Escola Judiciária (EJUD-PI) e da Escola Superior de Magistratura (ESMEPI) do Piauí. Doutorando em Direito Constitucional – Universidade de Buenos Aires (UBA).
Plauto é escritor, docente e pesquisador nas áreas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direitos Humanos e Direito & Política. É autor de Novos Paradigmas da Pesquisa Sóciojuridica, Cortes Constitucionais & Democracia: *stare decisis* e positivismo judicial brasileiro, Diálogos desde el Sur: nuevos desafíos jurídicos y políticos para el Estado, Cartas a Gualeguaychú e Cartas à Humanidade, dentre outras obras. Recebeu 28 prêmios, distinções e reconhecimentos nacionais e internacionais nas áreas da pesquisa sociojurídica, educação e cultura em 22 anos de experiência como professor universitário no Brasil e no exterior. Publica majoritariamente na Argentina, Brasil, Colômbia e México em português, espanhol e inglês.

by Renato Russo in a composition of 1979 entitled "*Faroeste Caboblo*", a work of fiction that we believe serves as a saga for the previous 100 years of violent national identity construction in Brazil, a century of exclusion and perpetuation of the logic of slavery – formally abolished in the 1888, but for which we continue to pay a high price as a nation. The premise that guides us is that the song still has a grip on the present because due some grave moral and philosophical formation flaw of the Brazilian society, we as a nation do not ontologically link dignity to all human beings, applying such a concept in a dangerously discretionary manner, ignoring the far too recent lessons of recent world history. We conclude that the present institutional context makes the exercise of citizenship a plight under the homelessness of fear, further aggravated by a context of chronic illiteracy. We also conclude that one should not speak of a crisis in our prison system, but rather of a policy of systematic mass imprisonment founded on a lack of a reflexive rationality and capacity to make coherent judgments. Should such logic prevail, the battle to maintain man's commitment to his own humanity is a quixotic quest.

Key-words: urban violence, dignity, prison system, citizenship, plight.

Resumen: En este trabajo analizamos la trayectoria de João de Santo Cristo contada por Renato Russo en una composición de 1979 titulada *"Faroeste Caboclo",* obra de ficción que creemos puede servir de saga para el último siglo de construcción violenta de una identidad nacional brasileña, un siglo de exclusiones y perpetuación de la lógica de la esclavitud oficialmente abolida en 1888, pero por la cual seguimos pagando un alto precio como nación. La premisa que nos guía es que la canción se mantiene relevante porque por alguna terrible falla en la formación moral y filosófica de la sociedad brasileña, no relacionamos ontológicamente dignidad con todo ser humano, relativizando de manera peligrosa tal concepto, olvidando las recientes lecciones de la historia mundial. Concluimos que nuestro contexto institucional actual vuelve el ejercicio de ciudadanía un flagelo bajo el desabrigo del miedo, agravado por un contexto de analfabetismo crónico. Concluimos también que no se debería hablar de crisis en nuestro sistema carcelario, y sí de una política sistemática de encarcelamiento masivo, fruto de una incapacidad de hacer juicios coherentes de reflexión. Al persistir tal lógica, la batalla por el compromiso del hombre con su propia humanidad es quijotesca.

Palabras clave: violencia urbana, dignidad, sistema carcelario, ciudadanía, flagelo.

PREFÁCIO

Não há governabilidade neoliberal sem que exista um Sistema de Justiça Criminal voltado para assegurar esse projeto, isso porque nele se exterioriza não só a constituição e o desenvolvimento de um modo de produção material, como também relações estruturais de poder, exclusão, segurança e dominação.

Rubens R. R. Casara

Foi preciso uma pandemia global para que este autor, que gostava de afirmar que era um influenciador analógico, voltasse ao contexto das mídias sociais. Sobreveio o grato convite de meu coordenador acadêmico no programa de pós-graduação em *Compliance*, Ética e Governança Social do Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas, o professor Leonardo Rodrigues, para participar no Bate-Papo Jurídico da prestigiosa editora Tirant Lo Blanch. Detalhe nada desprezível: o meio era o Instagram e seria a minha primeira Live.

Haviam me antecedido no programa alguns juristas que admiro como o ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo e o professor Lenio Streck, para citar apenas dois nomes. O desafio era de agitar as borboletas no estômago.

Diante do monstruoso contexto de alienação eleitoral e recessão democrática vivida pelo país em um cenário de pandemia despótica no qual não somente o coronavírus nos preocupava, aceitei o desafio para debater o Direito como instrumento civilizatório, a educação como a mais poderosa e eficiente ferramenta de contenção social, e claro, os retrocessos assombrosos que vivíamos como nação, sempre presos aos paradigmas de um passado escravocrata, em um contexto de um patriarcado violento que subjugava de maneira vil qualquer ameaça ao *status quo*, de uma elite que sequestrava o debate constitucional para servir tão somente aos propósitos dos arranjos dos pactos institucionais que a perpetue no poder. Isto em um contexto de uma pós-verdade, de manipulação institucional da realidade ao arrepio dos dados. Agregue-se ao cenário, uma cortina de fumaça mantida pelos dogmas de extremismos religiosos, 30% de analfabetismo funcional de algumas partes do país e, finalmente, uma profunda falta de legitimidade dos poderes eleitos e um ativismo cidadão que se traduz em numerosos processos judiciais, em uma sociedade que perigosamente espera que a solução para seus problemas venha imposta de maneira heterônoma.

Isso tudo em uma hora de programa. A condução brilhante e o sorriso cativante de nosso entrevistador fez com que o desafio parecesse um passeio no parque em um domingo ensolarado. Parabenizo a Editora Tirant Lo Blanch e o Professor Leonardo Rodrigues pela iniciativa do programa que agora se materializa nesta obra.

Nossa contribuição não poderia abordar outro assunto que não a terrível falha na formação moral e filosófica de nossa nação que não liga ontologicamente dignidade a todo ser humano, relativizando de forma perigosa tal conceito, olvidando as lições recentes da história mundial. Sabemos como isso acaba.

INTRODUÇÃO

E João não conseguiu o que queria
Quando veio pra Brasília, com o diabo ter
Ele queria era falar pro presidente
Pra ajudar toda essa gente que só faz
Sofrer.[233]

A violência é a marca comum de nossa civilização. Seja através da educação, processo que também envolve seu próprio tipo de violência, seja através de violência psíquica ou física perpetrada pelos que sequestram a coisa pública para servir suas agendas pessoais, é a violência que forja nações, povos, tribos, comunidades de uma forma ou de outra.

Não deve haver preocupação maior para um homem do direito que a submissão do poder ao direito. É disso, afinal, que trata o mal compreendido garantismo que defende Roberto Gargarella. Muito além dos escorregadios labirintos do debate sobre como castigar o próximo[234], sobre o paradoxo de se tentar incluir excluindo, sobre como mostrar reprovação a comportamentos que ferem nossos pactos civilizatórios, há no fundo um tipo de preocupação bem individual quando se luta para manter o compromisso do homem com sua própria humanidade. Qual, afinal, é o problema de se defender o direito de delinquentes? Não há ofensa alguma ao direito da vítima[235]. Muito pelo contrário, o que se quer na maioria das vezes é tão somente que o Estado não faça pior, que não seja ele o maior delinquente. O que se quer é que se fôssemos nós mesmos, que um mínimo de dignidade seja mantida, que seja dada toda a oportunidade de defesa e que a eventual pena de privações seja uma privação limitada à liberdade e não ao mínimo existencial para que se sobreviva e quem sabe possa se aprender algo com tudo isso. O que se busca é que a pena não passe ao corpo e a alma[236]. Que

---

233 RUSSO, Renato. Faroeste Caboclo. In.: Que País é Esse?**.** EMI, 1987. 1 vinil. Faixa 2, lado 2 (9min 10). A canção foi composta em 1979 na fase de Renato Russo como Trovador Solitário. Foi oficialmente lançada há 30 anos em 1987 no álbum mencionado.

234 Para um debate mais profundo sobre o tema, referimos o leitor ao fundamental GARGARELLA, Roberto. **Castigar Al Prójimo: por uma refundación democrática del derecho penal**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintinuno Editores, 2016.

235 Nas palavras de Gargarella, "*cuál es la dificultad que nos impide defender, al mismo tiempo, los derechos de los ciudadanos comunes y los derechos de los delincuentes*? op. cit., p. 266.

236 Na ADPF 347/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) aplicou no Brasil pela primeira vez o instituto do direito colombiano de Estado de Coisas Inconstitucional, em um contexto terrivelmente similar ao original da *Sentencia de Tutela* (T) 153 da Corte Colombina de 1998 de violações reiteradas de direitos fundamentais de presos, assim julgou a corte brasileira: **"O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas**. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Hu-

não nos transforme em objetos de direito; que nos mantenha como sujeito de direitos. E finalmente, que não nos envergonhe de fazer parte de um estado que torture, que mate em vida[237].

A história de nações é marcada por certas sagas. Importa tanto o que se diz nestes mitos fundadores como o que se olvida. A história é um esquecimento proposital de estórias. Afinal, raramente o sucumbente a relata. Como nação, temos no Brasil como mito fundador uma carta de pura ficção, a Carta de Pero Vaz de Caminha, enviada por um súdito que não era o escriba oficial da esquadra, em um ato de pura audácia que poderia ter-lhe custado a vida, ao então rei de Portugal e com o único e egoísta objetivo, escondido no longo relato, mas revelado em suas linhas finais, de pedir a D. Manuel que libertasse seu genro, Jorge Osouro, condenado ao degredo na ilha de São Tomé, na África[238].

Não é objeto de nossa análise neste artigo os arroubos de Pero Vaz de Caminha. Disso outras penas robustas já trataram[239]. Aqui tratamos de sugerir que uma outra obra de ficção pode servir de saga para o nosso último século de construção violenta de uma identidade nacional. Um século de exclusões, um século perpetuando a lógica da escravidão oficialmente abolida em 1888, mas pela qual continuamos pagando um preço muito alto como sociedade.

Analisamos neste trabalho a caminhada de João de Santo Cristo contada por Renato Russo em uma composição de 1979 intitulada "Faroeste Caboclo", um épico de 168 versos, censurado incrivelmente pelos palavrões empregados e não pelos temas sensíveis de que trata e que de tão atuais, ganhou uma adaptação cinematográfica em 2013 que infelizmente seu compositor, vitimado pela AIDS em 11 de outubro de 1996, nunca chegou a ver. Trata-se de um triste retrato do caminho percorrido por muitos. A canção marcou época e certamente a adolescência deste autor e segue terrivelmente atual.

A premissa que nos guia é de que a canção se mantém relevante porque por alguma terrível falha na formação moral e filosófica de nossa nação, não ligamos ontologicamente dignidade a todo ser humano, relativizando de forma perigosa tal conceito, olvidando as lições recentes da história mundial[240].

---

manos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas (Nosso grifo). Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9937785. Acesso em 10/07/2017.

237 Neste sentido, CARDOSO, Plauto C. L. *Estado de Cosas Inconstitucional y Violación a los Derechos Fundamentales en el Contexto del Sistema Carcelario Brasileño*, em: *Revista Argentina de Justicia Constitucional*. Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vol. III. Buenos Aries, Editores Argentinos, 2017. (No prelo).

238 Ver BUENO, Eduardo. **A Viagem do Descobrimento: a verdadeira história da expedição de Cabra**l. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998, pp. 114-116.

239 Ibidem.

240 Tese de Ana Paula Barcellos e que esposamos. Para mais, referimos o leitor ao excelente BARCELLOS, Ana Paula. "Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana". In: FERREIRA, Marieta de Moraes (cord.). **Revista de Direito Administrativo RDA**. Vol. 254. Rio de Janeiro: FGV, 2010, pp. 39-65.

Concluímos que nosso contexto institucional atual torna o exercício da cidadania um flagelo sob o desabrigo do medo, agravado por um contexto de analfabetismo crônico. **Concluímos, ainda**, que não se deveria falar em crise em nosso sistema carcerário, mas sim uma política sistemática de encarceramento em massa, fruto de uma incapacidade de fazer juízos coerentes de reflexão[241].

A **metodologia utilizada** tem como base o confronto do contexto ficcional da canção/conto/relato/protesto criado pelo compositor com as atuais estatísticas disponíveis sobre violência urbana e o sistema carcerário brasileiro, pesquisa de doutrina relevante sobre o tema tanto na Argentina como no Brasil, jurisprudência, análise de entrevistas, filmes, pesquisas de opinião, além de artigos de periódicos de ambos os países.

2. UM BRASILEIRO CHAMADO JOÃO DE SANTO CRISTO

Não tinha medo o tal João de Santo Cristo
Era o que todos diziam quando ele se perdeu
Deixou pra trás todo o marasmo da fazenda
Só pra sentir no seu sangue o ódio que Jesus lhe deu

Quando criança só pensava em ser bandido
Ainda mais quando com um tiro de soldado o pai morreu
Era o terror da cercania onde morava
E na escola até o professor com ele aprendeu

Renato Russo e João de Santo Cristo são dois garotos de classe média. O cantor e compositor sempre achou curioso que as pessoas insistiam em não ver que Santo Cristo era filho de fazendeiro[242]. As duas vidas, tanto do cantor como de seu herói ficcional, foram profundamente marcadas pela violência do Estado. Renato, filho de um economista e funcionário público, cresceu como este autor nos anos plúmbeos da Brasília dos anos 1970. Renato Russo lutava com as armas que tinha. João de Santo Cristo viu sua família morrer pela violência policial e o curso de sua vida alterado de forma irreversível.

Uma a uma, todas as principais instituições formadoras do caráter de um cidadão vão caindo ao longo de sua caminhada representativa das de muitos de nós brasileiros e, provavelmente, de muitos sul americanos. João de Santo Cristo encarna vários estigmas em si só: do migrante nordestino em busca do sonho brasileiro, do negro discriminado, do menor torturado em reformatórios, do vulnerável empurrado para as favelas nas margens do tecido urbano, excluído

---

241 Conceito que tomamos emprestado de Hanna Arendt e que nos causa arrepio que lamentavelmente seja aplicável ao contexto atual brasileiro. Para mais, ver ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. Tradução Antônio Abranches. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2000, p. 5-6.

242 VILLA-LOBOS, Dado Dado; DEMIER, Felipe A.; MATTOS, Romulo C. **Villa-Lobos: Memórias de um Legionário**. 1 ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2015, capítulo VI.

pela lógica do subemprego e rumo os braços do tráfico de drogas e por fim para o inferno dantesco que é o sistema prisional brasileiro. A morte era o seu melhor consolo e o único bastião de dignidade. Como Augusto Matraga, personagem do último conto de Sagarana de João Guimarães Rosa[243], marcados a ferro e fogo, esses anti-heróis com caráter são espiados de seus pecados por "saber morrer". A violência e o misticismo, dois eixos da vida no sertão nordestino, transborda para as periferias de cidades como Brasília no processo da diáspora deste povo castigado pelo flagelo da cidadania e da seca[244].

A primeira instituição a ruir, e a mais importante e formadora de um cidadão, a família, acaba aqui já na primeira estrofe: "Com um tiro de soldado o pai morreu". No verso seguinte, somos informados que a segunda instituição fundamental no moldar de um cidadão, a escola, aquela que deveria nos tornar seres capazes de interações sociais saudáveis, também se esvai: "Era o terror da cercania onde morava, e na escola até o professor com ele aprendeu". A Santo Cristo não foi ensinada outra forma de reação que não a violência.

O antropólogo, escritor e senador Darcy Ribeiro – e este autor raramente citaria um senador de sua república de forma elogiosa nestes tempos - em uma conferência a governadores nos anos 80 afirmou que se não se construísse escolas, em 20 anos nos faltaria recursos para construir presídios[245]. A realidade atual seguramente surpreenderia o visionário senador.

A terceira estrofe põe abaixo talvez o último pilar e esperança em termos de lastro moral, a religião:

Ia pra igreja só pra roubar o dinheiro
Que as velhinhas colocavam na caixinha do altar
Sentia mesmo que era mesmo diferente
Sentia que aquilo ali não era o seu lugar

Entregue a própria sorte Nietzschiana, tendo Deus como morto, sobra a João de Santo Cristo a solidão da busca de uma ética ou moral social para se amparar, em um ambiente hostil sem família, escola ou religião. Só lhe resta o Estado para lhe amparar.

Ele queria sair para ver o mar
E as coisas que ele via na televisão
Juntou dinheiro para poder viajar
De escolha própria, escolheu a solidão

243 GUIMARÃES ROSA, João. **Sagarana**. São Paulo: Nova Fronteira, 2001.

244 ARENDT, Hannah. *Sobre a Natureza do Totalitarismo: uma tentativa de compreensão*. 1954, em Kohn, Jerome (org.), **Compreender: formação, exílio e totalitarismo, Ensaios** *(1930-1954)*, Belo Horizonte: Companhia das Letras, 2008, p. 353.

245 Disponível em https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/404389878/ministra-carmen-lucia-diz-que-preso-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil. Acessado em 18/08/2020.

E o Leviatã se faz presente em toda a sua magnitude para um ainda impúbere menor:

> Comia todas as menininhas da cidade
> De tanto brincar de médico, aos doze era professor
> Aos quinze, foi mandado pro reformatório
> Onde aumentou seu ódio diante de tanto terror

Aqui a vida de João de Santo Cristo se confunde com a de tantos outros pequenos brasileiros. Neste ponto poderíamos substituí-lo sem perda dramática por Alessandro, aquele retratado por Bruno Barreto em "Ultima Estação 174", por José Padilha em "Ônibus 174" e por Gargarella em *Castigar el Prójimo*[246]. Ainda adolescente, João de Santo Cristo encontra no reformatório os terrores da tortura. Seu ódio explode.

Fica claro neste segundo contato com a violência estatal – o primeiro foi o tiro do soldado que vitimou seu pai – que a questão não é "*el reproche estatal en una comunidade de iguales*", mas em uma comunidade de desiguais, na qual alguns são mais dignos que outros. Nas palavras de Ana Paula Barcellos[247]:

> A hipótese que se suscita aqui é a de que a concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que à simples circunstância de se tratar de um ser humano. A dignidade, portanto, não seria algo inerente a todo ser humano, mas circunstancial e vinculado ao comportamento do indivíduo. Isso explicaria, de certo modo, a permanência do caos no sistema prisional brasileiro [...]. O funcionamento dessa concepção de dignidade não ontológica poderia ser descrito nos seguintes termos; o preso cometeu crimes (ou está sendo acusado por crimes), logo, por conta de seu comportamento reprovável, ele já não seria titular da dignidade e, portanto, não teria direito realmente a ser tratado de forma digna".

2. ESCOLA PRIMÁRIA

Note o leitor que essa realidade tem como escola primária da desumanidade um conjunto de instituições hoje eufemisticamente denominadas Fundação Casa – Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente -, antiga FEBEM – Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor. Exemplificamos melhor do que se trata com uma reportagem do jornal A Folha de São Paulo de 10/08/2017[248]:

> Justiça condena 12 funcionários da antiga Febem por torturar internos
>
> A Justiça de São Paulo condenou 12 funcionários da antiga Febem, atual Fundação Casa, por tortura. Eles haviam sido acusados pelo Ministério Público de **agredir física e mentalmente 111 adolescentes** em uma unidade da Vila Maria, zona norte da capital, em 2005.
>
> A condenação, de 24 de julho, foi divulgada nesta quinta-feira (10) pelo "Bom Dia Brasil", da TV Globo. Segundo a sentença judicial, a qual o UOL teve acesso, dez funcionários foram

246 GARGARELLA, op. cit., pp. 241-250.

247 BARCELLOS, Ana Paula. "Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana". Op. Cit. p. 52.

248 ADORNO, Luís. Justiça condena 12 funcionários da antiga FEBEM por torturar internos. Disponível em http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1908929-justica-condena-12-funcionarios-da-antiga-febem-por-torturar-58-adolescentes.shtml?mobile#. Acesso em 10/08/06/17.Grifo nosso.

condenados a dez anos e seis meses de prisão em regime fechado; e outros dois funcionários, a um ano e dois meses em regime aberto.

Na sentença, o juiz levou em conta, para as condenações, as lesões dos internos que, segundo ele, eram **"consistentes em hematomas, equimoses e escoriações" em partes do corpo como cabeça, pescoço, ombros, costas e nádegas**.

O juiz Fernando Cesar Carrari afirmou na sentença que se tratava de um **crime de tortura "praticado na clandestinidade**", após apuração das palavras das vítimas, testemunhas e laudos periciais.

Acredite, essa é a regra nestas instituições[249].

João de Santo Cristo agora não era mais classe média. Era um menino jogado a própria sorte, em um ambiente cuja violência física e psíquica não podia compreender:

Não entendia como a vida funcionava
Discriminação por causa da sua classe e sua cor
Ficou cansado de tentar achar resposta
E comprou uma passagem, foi direto a Salvador

E assim João desagua no Planalto Central, no contexto favelizado de uma Brasília militarizada.

E João aceitou sua proposta
E num ônibus entrou no Planalto Central
Ele ficou bestificado com a cidade
Saindo da rodoviária, viu as luzes de Natal

Meu Deus, mas que cidade linda,
No Ano Novo eu começo a trabalhar
Cortar madeira, aprendiz de carpinteiro
Ganhava cem mil por mês em Taguatinga

Na sexta-feira ia pra zona da cidade
Gastar todo o seu dinheiro de rapaz trabalhador
E conhecia muita gente interessante
Até um neto bastardo do seu bisavô

249 "A Organização dos Estados Americanos (OEA) determinou que o Brasil garanta a integridade dos adolescentes internados na unidade Cedro da Fundação Casa, no Complexo Raposo Tavares, na Zona Oeste da capital paulista. O governo tem dez dias para se manifestar contados a partir do dia 1º de agosto. A decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi feita a partir de pedido da Defensoria Pública de São Paulo em julho de 2015 após denúncias de tortura antecipadas e divulgadas pelo GI no mesmo mês. Ao menos 15 adolescentes foram agredidos em junho do ano passado, de acordo com a denúncia." Disponível em: http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/08/oea-quer-que-pais-garanta-integridade-de-jovem-da-fundacao-casa.html. Acesso em: 15/08/2017.
Ver, ainda, http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337072&tip=UN
"O ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal (STF), negou seguimento (julgou inviável) ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 139060, interposto em favor de Francisco Antonio Teodoro, ex-monitor da extinta Febem (Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor), condenado à pena de 74 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tortura praticado em 2000 contra 26 adolescentes, no complexo Raposo Tavares, em São Paulo."

Cidades desestruturadas, ambientes urbanos caóticos e vulneráveis. A prostituição se apresenta como alternativa de entretenimento no excludente conceito de Brasília, uma cidade construída por pobres que se esperava que magicamente desaparecessem finda a construção de suas icônicas e gélidas aberrações de concreto armado. Acabaram por abrigar-se nos inóspitos ambientes do entorno como Ceilândia e Samambaia, luxuosamente denominadas cidades satélites, sem saneamento básico, sem estrutura estatal alguma que se apresentasse em forma de educação, segurança pública ou saúde, excluídos de todos o níveis de direitos de qualquer dimensão. O envolvimento com o tráfico era só uma questão de tempo, como o é para uma significativa quantidade de jovens neste tipo de contexto. E claro, seguido pela consequente passagem pelo ensino médio da desumanidade, a prisão.

3. O ENSINO MÉDIO E GRADUAÇÃO

Um peruano que vivia na Bolívia
E muitas coisas trazia de lá
Seu nome era Pablo e ele dizia
Que um negócio ele ia começar

E Santo Cristo até a morte trabalhava
Mas o dinheiro não dava pra ele se alimentar
E ouvia às sete horas o noticiário
Que sempre dizia que o seu ministro ia ajudar

Mas ele não queria mais conversa
E decidiu que, como Pablo, ele ia se virar
Elaborou mais uma vez seu plano santo
E sem ser crucificado, a plantação foi começar

[...]

Fez amigos, frequentava a Asa Norte
E ia pra festa de rock pra se libertar
Mas de repente
Sob uma má influência dos boyzinho da cidade
Começou a roubar

Já no primeiro roubo ele dançou
E pro inferno ele foi pela primeira vez
Violência e estupro do seu corpo
"Vocês vão ver, eu vou pegar vocês"

Na realidade, aos infernos estatais Santo Cristo já havia sido apresentado inicialmente na infância com aquele tiro de soldado que lhe cobra a vida de seu

pai e depois na adolescência no reformatório. A prisão era o seu terceiro contato com esse sistema educacional para pobres jovens negros.

Vejamos alguns dados. Em uma sanha alienista, atingimos como nação em junho de 2014 o número de 711.463 presos, computados os que estão em prisão domiciliar[250], a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atrás apenas de Estados Unidos e China[251]. Se cumpríssemos todos os 373.991 mandados de prisão em aberto, atingiríamos o estarrecedor número de 1.085.454 presos, segundo o mesmo relatório. E quem encarceramos? Quem são nossos monstros?[252] Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o perfil socioeconômico dos detentos mostra que **55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo**."[253] Ou seja, pobres e negros sem escolaridade. Não construímos escolas e agora falta recursos para presídios.[254]

O mais chocante é que pelo menos 40% deste mar de gente nem sequer foi julgada e condenada em primeiro grau de jurisdição[255]. São presos provisórios, amontoados como na Casa Verde do personagem Dr. Bacamarte da obra "O Alienista" de Machado de Assis[256]. E com qual fundamentos se impõe exclusão social profunda? O que fizeram essas pessoas, pergunta-se? "28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio."[257] Roubo, furto e homicídio punidos na prática similarmente. Finalmente, o Infopen nos mostra que em se tomando o total geral de pessoas que passaram pelo sistema penitenciário nacional ao longo apenas do ano de 2014, considerando aqui todas as entradas e saídas, chega-se

---

250 Para fins de comparação, a Argentina registrava tem 60.240 no mesmo período.

251 Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acessado em 16/07/2017.

252 "*El criminólogo noruego Nils Christie, referente de las teorías críticas y abolicionistas en material penal, solía decir que, a pesar de haber recorrido cárceles en decenas de países, a lo largo de toda su vida, nunca se había encontrado con el monstruo. Y sin embargo, casi en cada una de ellas, casi cada vez, las autoridades que lo llevaban a recorrer las prisiones le anunciaban – o prevenían – diciéndole; "Ahora vamos a mostrarte al monstruo que tenemos encerrado". Christie decía que, cada vez que pudo hablar con el monstruo, se encontró con personas muy similares a* él, personas con problemas, con sufrimientos, con enojos, pero nunca con un monstruo, nunca con alguien con quien no compartiera los rasgos básicos de su propia humanidad, con quien no pudiera hablar, a quien no pudiera entender, que no me*reciera ser escuchado.*" In: GARGARELLA, Roberto. **Castigar Al Prójimo**. Op. Cit., p. 247.

253 Disponível em http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos. Acessado em 19/07/2017. Nosso grifo.

254 Isso em um quadro onde a taxa de condenação por homicídios chega a ser de 2% em alguns estados brasileiros. A situação poderia ser significantemente agravada se houvesse uma melhora na qualidade no processo investigatório policial. Como bem apontado por Ana Paula Barcellos, imagine se a média brasileira chegasse perto da média de esclarecimentos de homicídios das Nações Unidas para países europeus, que é de 49%? Para mais, ver BARCELLOS, p. 50.

255 Esse percentual não inclui as pessoas em prisão domiciliar. Disponível em http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos. Acessado em 19/07/2017.

256 Ver CARDOO, Plauto. Op. Cit. Capítulo 2 para acesso a um debate mais aprofundado sobre o tema.

257 Disponível em http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos. Acessado em 19/07/2017.

ao impressionante número de pelo menos um milhão de brasileiros encarcerados em um único ano, colocando o país na sexta colocação mundial em termos de taxa de encarceramento geral, com uma taxa de não menos 358 detentos por 100.000 habitantes[258], ultrapassada somente por alguns dos modelos mundiais em observância de direitos humanos como Ruanda, Rússia, Tailândia, Cuba e Estados Unidos.[259]

Santo Cristo sai do ensino médio e agora conclui sua graduação como chefe de tráfico.

Logo logo os maluco da cidade souberam da novidade
"Tem bagulho bom ai!"
E João de Santo Cristo ficou rico
E acabou com todos os traficantes dali

4. A PÓS-GRADUAÇÃO

O tempo passa e um dia vem na porta
Um senhor de alta classe com dinheiro na mão
E ele faz uma proposta indecorosa
E diz que espera uma resposta, uma resposta do João

"Não boto bomba em banca de jornal
Nem em colégio de criança, isso eu não faço não
E não protejo general de dez estrelas
Que fica atrás da mesa com o cu na mão

O convite à **pós-graduação veio do próprio estado. Como um prêmio por ter** passado nos testes da escola primária, secundária e pela corajosa limpeza comandada contra os ex-chefes do tráfico local, agora se oferecia a João um título de pós-graduação completo: aliar-se de vez com o mestre de toda a barbárie, o estado militar. A ele é encomendado um atentado a bomba pelo governo militar e contra alvos civis. João de Santo Cristo escolhe o caminho do martírio ao negar-se a colocar bomba em banca de jornal ou colégio de criança.

E é melhor senhor sair da minha casa
Nunca brinques com um Peixes de ascendente Escorpião"
Mas antes de sair, com ódio no olhar, o velho disse
"Você perdeu sua vida, meu irmão"

---

258 A Argentina, segundo o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014 tinha uma taxa de 149 detidos por 100.000 habitantes. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acessado em 16/07/2017.

259 Disponível em http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos. Acessado em 19/07/2017.

5. A HORA DA ESTRELA

Morrer de maneira altiva era o mais próximo que Santo Cristo chegaria da palavra dignidade. Como a personagem Macabéia de Clarice Lispector[260], a sua hora de brilho, o único momento em que a sociedade finalmente o enxerga, foi a hora de sua morte.

E o povo declarava que João de Santo Cristo
Era santo porque sabia morrer
E a alta burguesia da cidade
Não acreditou na história que eles viram na TV

Renato Russo, assim como Shakespeare que usa a história de amor de Romeu e Julieta para fazer uma dura crítica à guerra civil[261], serve-se da conturbada paixão de João de Santo Cristo e Maria Lúcia – que como o famoso casal de Verona também morrem juntos ao final - para nos apresentar uma terrível denúncia de todos os tipos de violações a direitos fundamentais de menores, de apenados, da violência perpetrada pelo terror da ditadura militar de então, do subemprego como violência social, da prostituição, da desamparo estatal que leva jovens ao tráfico de drogas, entre outras mazelas brasileiras que hoje nos perseguem de forma ainda mais intensa.

Composto na época em que Renato se intitulava o Trovador Solitário, a canção história termina com o famoso duelo entre Santo Cristo e um poderoso traficante local, Jeremias, que lhe havia roubado a amada Maria Lúcia. O tema recorrente é o da dignidade possível somente na morte como no duelo de Augusto Matraga e Joãozinho Bem-Bem em Sagarana.

A canção no sugere, ainda, que João de Santo Cristo foi vítima de uma trama organizada pelo estado como vingança pela recusa em servi-lo nos seus planos de contraguerrilha urbana com alvos civis.

E o Santo Cristo não sabia o que fazer
Quando viu o repórter da televisão
Que deu notícia do duelo na TV
Dizendo a hora e o local e a razão

No sábado então, às duas horas
Todo o povo sem demora foi lá só para assistir
Um homem que atirava pelas costas
E acertou o Santo Cristo começou a sorrir

260 LISPECTOR, Clarice. **A Hora da Estrela**. 1 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

261 Neste sentido, HELIODORA, Bárbara. **Shakespeare: o que as peças contam**. 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014, p. 142.

Sentindo o sangue na garganta
João olhou pras bandeirinhas e pro povo a aplaudir
E olhou pro sorveteiro e pras câmeras e
A gente da TV que filmava tudo ali

E se lembrou de quando era uma criança
E de tudo o que vivera até ali
E decidiu entrar de vez naquela dança
"Se a Via-crucis virou circo, estou aqui"

E nisso o sol cegou seus olhos
E então Maria Lúcia ele reconheceu
Ela trazia a Winchester-22
A arma que seu primo Pablo lhe deu

"Jeremias, eu sou homem, coisa que você não é
E não atiro pelas costas, não
Olha pra cá filho da puta, sem vergonha
Dá uma olhada no meu sangue e vem sentir o teu perdão"

E Santo Cristo com a Winchester-22
Deu cinco tiros no bandido traidor
Maria Lúcia se arrependeu depois
E morreu junto com João, seu protetor

Em um contexto onde a dignidade é ofertada com discricionariedade, agravado pela violência urbana sem precedentes, nos alerta Barcellos que:

Em um ambiente de medo generalizado por conta de níveis alarmantes de violência urbana, a benevolência simplesmente não encontra oportunidade adequada para florescer. Pior que isso, o medo faz vir à tona a fragilidade das convicções morais e filosóficas da formação social brasileira acerca da igualdade dos indivíduos e de sua dignidade.[262]

Em 8 de junho de 2019, um tribunal de Munique condenou um jovem infrator reincidente a 20 horas de leitura[263]. O jovem, segundo a juíza, **não havia aprendido nada com a primeira condenação – a mesma moto e a mesma placa com** problema de visibilidade. A sanção foi no sentido de que o jovem deveria ser "motivado a se ocupar em nível intelectual com o seu ato", acrescentando que nenhuma outra medida educativa se fazia necessária ao caso. Imaginem um menor infrator reincidente com uma moto com placa com problemas sendo apreendido em uma zona periférica de um centro urbano brasileiro? Imagine, ainda, se

262 BARCELLOS, op. cit., p. 52-53.

263 Disponível em: http://www.dw.com/pt-br/tribunal-alem%C3%A3o-condena-jovem-a-20-horas-de-leitura/a-40088949. Acesso em 15/08/2017.

esse jovem fosse negro como o é uma parte significativa da população brasileira? Achamos difícil pensar que o imbróglio teria acabado em uma biblioteca. Muito provavelmente, o jovem motociclista estaria apodrecendo sob custódia do estado, vítima do flagelo de sua cidadania, desprovido de qualquer dignidade e eufemisticamente chamado de menor apreendido, como se uma escolha linguística atenuasse a realidade dos depósitos de pequenos brasileiros e os distanciasse da crueza das prisões para adultos.

Deixemos de ser hipócritas. Não temos um sistema carcerário em crise há mais de um século. O que acontece hoje sempre aconteceu[264]. Temos **uma política** de encarceramento em massa, n**ão um** sistema em crise. Se não entendermos que dignidade é inerente ao simples fato de sermos humano, nunca haverá motivação política e apoio social para mudarmos a forma como castigamos o próximo, como liquidamos a humanidade – ou o que sobra dela – dos seres que enviamos para os calabouços vergonhosos de nossos república[265]. Afinal, bandido bom é bandido morto.[266]

Como falar em Direitos Humanos em um contexto no qual o ser humano é coisificado, quase que objeto e não sujeito de direitos em seu principal papel social atual, o de consumidor[267]. Fica patente a indignidade daquele que não pode consumir, que não pode ser protegido como consumidor. A persistir a lógica de um mundo que consumiu até o primeiro dia do mês de agosto de 2019, com 5 meses ainda por vir do ano, toda a quantidade de recursos que o planeta conseguiria renovar em todo o ano, a batalha pelo compromisso do homem com a sua própria humanidade é Quixoteana[268].

E João não conseguiu o que queria
Quando veio pra Brasília, com o diabo ter
Ele queria era falar pro presidente
Pra ajudar toda essa gente que só faz

Sofrer.

---

264 Fato claramente admitido pelas autoridades brasileiras. Para mais, ver DEFICIÊNCIA do sistema carcerário beira a falência. *Revista Consultor Jurídico*, 15 abr. de 2010. Relatório disponível em: <bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 16/12/2016.

265 "Não se trata de uma crise, mas de uma política de encarceramento em massa. As condições que geraram aqueles massacres permanecem", afirma Isabel Lima, da ONG Justiça Global. Disponível em http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1909315-seis-meses-apos-massacres-estados-ainda-tem-presidios-superlotados.shtml?mobile. Acesso em 12/08/2017.

266 Tão comum e banalizado se tornou tal afirmação que motivou até campanha com 24 vídeos do Departamento de Direitos Humanos da entidade da Associação dos Procuradores do Estado do Estado do Rio Grande do Sul (Apergs) para tentar disseminar o contrário. Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/12/campanha-mostra-que-direitos-humanos-vao-alem-de-defender-bandido-4660406.html. Acessado em 10/08/2017.

267 Opinião que dividimos com o professor Ricardo Rabinovich-Berckman. Para mais detalhes, ver RABINOVICH-BERCKMAN, Ricardo. Orientando Direito. Montes Claros, Canal 20, 13 fev. 2001. Entrevista a Waldir de Pinho Veloso. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=bgBSN0MwAwU

268 Até 2 de agosto, a humanidade terá consumido todos os recursos de 2017. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2017/07/1904278-ate-2-de-agosto-humanidade-tera-consumido-todos-os-recursos-de-2017.shtml. Acesso em 25/07/2017.

6. BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Luís. Justiça condena 12 funcionários da antiga FEBEM por torturar internos. Disponível em http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1908929-ustica-condena-12-funcionarios-da-antiga-febem-por-torturar-58-adolescentes.shtml?mobile#. Acesso em 10/08/06/17.

ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. Tradução Antônio Abranches. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2000.

ARENDT, Hannah. *Sobre a Natureza do Totalitarismo: uma tentativa de compreensão*. 1954, em Kohn, Jerome (org.), **Compreender: formação, exílio e totalitarismo, Ensaios** *(1930-1954)*, Belo Horizonte: Companhia das Letras, 2008.

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **O Alienista.** São Paulo: Ática, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula, *Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana*, em Ferreira, Marieta de Moraes (coord.). *Revista de Direito Administrativo RDA,* vol. 254. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

BUENO, Eduardo. **A Viagem do Descobrimento: a verdadeira história da expedição de Cabra**l. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.

BRASIL. STF. Julgamento ADPF 347/DF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ com o número 9937785

BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos. Acessado em 16/07/2017.

BRASIL. Departamento de Direitos Humanos da entidade da Associação dos Procuradores do Estado do Estado do Rio Grande do Sul (Apergs) para tentar disseminar o contrário. Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/12/campanha-mostra-que-direitos-humanos-vao-alem-de-defender-bandido-4660406.html. Acessado em 10/08/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acessado em 16/07/2017.

CARDOSO, Plauto C. L. *Estado de Cosas Inconstitucional y Violación a los Derechos Fundamentales en el Contexto del Sistema Carcelario Brasileño*, em: *Revista Argentina de Justicia Constitucional*. Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vol. III. Buenos Aries, Editores Argentinos, 2017. (No prelo)

DEFICIÊNCIA do sistema carcerário beira a falência. *Revista Consultor Jurídico*, 15 abr. de 2010. Relatório disponível em: <bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 16/12/2016.

GARGARELLA, Roberto. **Castigar Al Prójimo: por una refundación democrática del derecho penal**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintinuno Editores, 2016.

GUIMARÃES ROSA, João. **Sagarana**. São Paulo: Nova Fronteira, 2001.

HELIODORA, Bárbara. **Shakespeare: o que as peças contam**. 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

LINHARES, Carolina; CARAZZAI, Estelita H. Seis meses após massacres, estados ainda têm presídios superlotados. Folha de São Paulo, São Paulo, 12 ago. 2017. Caderno Cotidiano. Disponível em http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1909315-seis-meses-apos-massacres-estados-ainda-tem-presidios-superlotados.shtml?mobile. Acesso em 12/08/2017.

LISPECTOR, Clarice. **A Hora da Estrela**. 1 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

RABINOVICH-BERCKMAN, Ricardo. Orientando Direito. Montes Claros, Canal 20, 13 fev. 2001. Entrevista a Waldir de Pinho Veloso. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=bgBSN0MwAwU

RUSSO, Renato. Faroeste Caboclo. In.: Que País é Esse?**.** EMI,1987. 1 vinil. Faixa 2, lado 2 (9min 10).

Tribunal alemão condena jovem a 20 horas de leitura. Deutsche Velle, Alemanha, 14 ago. De 2017. Disponível em: http://www.dw.com/pt-br/tribunal- alem%C3%A3o-condena--jovem-a-20-horas-de-leitura/a-40088949. Acesso em 15/08/2017.

VILLA-LOBOS, Dado Dado; DEMIER, Felipe A.; MATTOS, Romulo C. **Villa- Lobos: Memórias de um Legionário**. 1 ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2015.

O Processo Penal Brasileiro é uma Farsa

Roberto Tardelli[269]

I. MUITO PRAZER, ROBERTO TARDELLI.

Permitam-me que me apresente. Meu nome é Roberto Tardelli e sou, atualmente, advogado, com atuação quase exclusivamente criminal. Tenho muito orgulho de minha profissão e procuro seguir à frente sem jamais perder o que me mantém vivo: a esperança. É muito diferente da ilusão, pura e simples, resultante de um erro de percepção da realidade, a esperança é uma utopia, é a capacidade de transformação da realidade.

Por mais de trinta anos, fui Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, o maior e mais bem aparelhado do país. Atuei como acusador público em centenas e centenas, diria milhares, de casos de júri (ou seja, de crimes dolosos contra a vida). Que me permitiu dizer que, sim, "estive no fundo de cada vontade encoberta". Grande parte de minha vida, passei na primeira instância, em contato direto com outros promotores de justiça e juízes de direito, atuantes no direito penal. Convivi menos tempo, mas não menos intensamente com desembargadores criminais, nossos juízes de segunda instância, teoricamente, aqueles que comporiam um colegiado de saberes e experiências somadas, que soubessem conter, mas também estimular o ímpeto natural de julgadores mais jovens.

De fato, ter convivido com eles e elas, tantas promotoras, procuradoras, juízas e desembargadoras. me ensinou muito mais de nosso processo penal do que o fariam os livros de doutrina, pois a eles devemos a formação do pensamento jurídico brasileiro, não aos acadêmicos, cada vez mais herméticos, desgraçadamente.

Talvez, por estar ouvindo, nesse momento, a música cortante de Belchior, me veio, por favor, sem nenhum menoscabo ao saber científico, mas a vontade que tenho é lhes *contar tudo o que eu vivi e tudo o que aconteceu comigo.*

Na eterna crise econômica em que vivemos, as carreiras jurídicas se tornaram um porto seguro profissional, que torna certo a seu titular esse emprego pelo resto de sua vida útil, uma vez que as possibilidades de demissão são remotíssimas. Ser promotor, juiz ou defensor público é integrar o círculo mais íntimo de um baronato estatal, com vantagens e garantias que nenhuma outra carreira possuiria. Não é, assim, um grito vocacional, mas uma ambição trabalhista, algo

269 Minicurrículo Roberto Tardelli

que irá gerar uma série praticamente infinita de distorções de toda ordem.

Nessa corrida desesperada pelo ouro da estabilidade econômica, geramos uma sub-espécie de atividade, o *concurseiro*, cujo vocábulo é muito expressivo e demora não aquele que fabricaria concursos, como o padeiro fabrica pães, mas quem vive de prestar concursos públicos. É uma estranha e dispendiosa atividade porque não gera nenhuma receita à pessoa que a desempenha, mas apenas gastos, com viagens, estadias, livros manuais de tudo e, principalmente, os cursos de preparação para carreiras jurídica, que entre si disputam formas e maneiras de se despersonalizar seu aluno de alguma coisa.

É impressionante a quantidade de manuais, que transformam o Direito em uma caixa de ferramentas. Claro, há exceções, mas são pontuais e se prestam apenas a justificar a regra, o manualismo jurídico é nossa versão para uma auto-ajuda simplista e aniquiladora do pensamento crítico. Transformaram o Direito num jogo de perguntas e respostas, condicionando o candidato que, se for exitoso, estará classificado para finais da Magistratura no Tocantins, as Defensoria em Sergipe, do Ministério Público em Santa Catarina, de Oficial de Justiça da Justiça Federal em São Paulo e assim, sucessivamente; aquilo que chegar primeiro, desperta sua vocação adormecida no berço esplêndido do pensamento condicionado e automatizado.

Claro, cada vocação exteriorizada, o *concurseiro* sabe a resposta a ser dada. No Ministério Público, a presunção de inocência deve ser relativizada junto a outros princípios constitucionais, mas na Defensoria, ah, não, ela é absoluta e paira sobre as demais. Na Magistratura, é tema a ser amadurecido pela jurisprudência soberana, mas não vinculante, dos Tribunais. A vocação é líquida e soberanamente econômica.

Com garantias que ninguém de vã mortalidade há de possuir, essas carreiras fazem das entranhas do erário um parque de diversões. Em alguns estados da federação, existem generosos e meio amalucados dinheiros, que garantem felicidade e alegria. Por exemplo, no abrasado estado do Mato Grosso, a importância de cinco mil reais, a título de um nada impoluto *auxílio-combustível*, é paga aos juízes pela teta fácil da fazenda estadual. Por mais caro que sejam os derivados do petróleo, é, no mínimo, exótico ver que o contribuinte pague para abastecer o veículo particular do juiz. E vão lá, auxílio-paletó (uma ajuda extra para compor um visual mais *fashion* no trabalho), auxílio-creche (para que o rebento não fique à mercê das intempéries da natureza), auxílio-moradia, mesmo para aqueles que possuam casa própria e, claro, auxílio alimentação, dentre outros, tudo sem prejuízo do salário que recebem, o mais alto do patamar republicano. Noves-fora, o caraminguá que chega faz sorrir mesmo as almas mais desalmadas.

Carreiras tão atraentes são compostas por integrantes da elite econômica, a maioria sem nenhuma experiência anterior no mercado de trabalho. Em outras palavras, as carreiras jurídicas são o primeiro emprego de muitos. Ele entra para

a chamada população economicamente ativa, recebendo prebendas que o populacho nem imagina existirem.

Esse mundo à parte, que acolhe as pessoas bem nascidas, que já chegaram com uma vida sem amarguras de privação material, cria uma realidade virtual, que coloca em um patamar de alienação perigosíssima exatamente as pessoas que exercitam o que os juristas do passado chamariam de *soberania*, que hoje traduziríamos por *soberanóia* (criei a palavra agora).

O que a seguir direi em poucas páginas é o resultado desses quase quarenta anos de observação da cena cotidiana forense, de conversar, de debater, de ouvir, de ver e de sentir. Principalmente, de ver com olhos de ver.

Não tenho a erudição que gostaria de ter. Tenho apenas *a alma repleta de chão*, tenho apenas meus olhos e meus ouvidos abertos. Tenho apenas, como disse nosso maior poeta, Carlos Drummond de Andrade, *as duas mãos e o sentimento do mundo*.

Tantos anos passados me deram segurança para afirmar, em qualquer instância ou local a que for casualmente chamado, que a Justiça Criminal brasileira é a melhor expressão do *apartheid*, que, no Brasil, foi se naturalizando. Com a mais amarga das ironias, no Brasil, o *apartheid* deu certo... para os brancos, claro.

Com todas as vênias, agradeço empenhadamente a oportunidade de dizer o que há muito venho dizendo em palestras ou debates: o Brasil possui um judiciário e um ministério público ainda pré-republicanos.

Justifico, a propósito, a ilustração que trago, em que alegoricamente tive a intenção de demonstrar que nesse imenso país, cabe toda uma Europa, em termos de extensão territorial. Todavia, serve também para demonstrar que nessa extensão territorial continental não há, de fato e de direito, nenhum compromisso com a dignidade da pessoa humana, seja no processo penal, seja notadamente na privação de liberdade, enquanto ordem de agente estatal. Direi, com a mais profunda dor, que no Brasil a lei funciona como se fora uma máquina de moer gente.

Gente pobre e gente preta.

II. UMA PEQUENA INTRODUÇÃO AO TEMA

Sim, o Brasil é lindo. Seus 8.514.876 quilômetros quadrados se distribuem quase todo no Hemisfério Sul, fazendo fronteiras com quase todos os países da América andina. Mundialmente, nós brasileiros e nosso país, somos conhecidos pela sensualidade, pelas festas populares, pelas praias magníficas, pelo Rio de Janeiro, pela música, pela mão de obra barata e pelo futebol que ainda encanta a todos.

mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/area-brasil.htm[270]

Os turistas estrangeiros que aqui aportam aos milhares todos os anos hão de se maravilhar com a maior floresta do mundo, curiosamente pouco conhecida pelos brasileiros, a Amazônia, hoje exposta a um fogo que, longe de qualquer sentido purificador, traz consigo o veneno da devastação, em nome de um agronegócio, ainda nos moldes extrativistas do Séc. XVI. Na Amazônia, os séculos se atrasaram.

270 mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/area-brasil.htm

Todavia, hão de se encantar com praias tropicais em que o sol desenha um horizonte inesquecível todos os dias, em uma orla que risca e rabisca milhares de quilômetros de encher os olhos de qualquer ser vivente. Não há montanhas ou neves, mas invernos acolhedores, vinícolas que já produzem bons vinhos e muita música forte para se ouvir. Os rituais afro-brasileiros deram ao ritmo, à percussão um sentido que o trato europeu caucasiano desconhece por completo e que o fascina absolutamente. Temos o maior plano de saúde pública do mundo, eis que qualquer ser humano em território brasileiro, independentemente de sua condição, tem acesso universal aos serviços oficiais de saúde. O Carnaval eletriza o país inteiro e por uma semana um suave delírio transporta quem aqui estiver para um estado de êxtase e felicidade, ao som de uma música transcendental. A preços baixos, se relativizados em moedas estrangeiras, dólar, euro, iene, por exemplo, é possível comer em restaurantes estreladíssimos do *Michelin*. Há hotéis notáveis, que oferecem um conforto que passeia alegremente nos limites do ideal.

Desde a nossa ararinha azul, desgraçadamente ameaçada de extinção, até o Copacabana Palace, visitar o Brasil representa, efetivamente, a celebração de um caso de amor com o que a Natureza possui de mais exuberante. Há recônditos que nos convencem que, por alguma razão divina, alguns lugares foram desenhados em um animadíssimo oitavo dia da Criação.

Houve um samba, nossa música mais genuína, que comparava nosso país a uma imensa aquarela. Monet muito provavelmente caso aqui pisasse, daqui não mais saísse.

O que nos ressalta, porém, é que essa aquarela possui duras e graves manchas, certamente, decorrente do muito sangue derramado, ao longo de sua História, não exatamente em virtude de lutas libertárias, mas, pelo contrário, sempre com manobras legais, que visavam (e ainda visam) a perpetuação do poder, ainda nas mãos das mesmas forças que o detiveram, desde sempre.

Nuca será óbvio demais afirmar-se que, historicamente, o Brasil jamais encontrou a igualdade, no sentido de equiparação na importância de apreciação dos interesses em litígio. Questões de gênero, etnia e/ou de classe sempre permearam nossa legislação, de sorte que, no correr dos tempos, assistiu-se, em terras brasileiras, a um verdadeiro *sequestro do conflito social*, sempre servindo o Direito Penal como ferramenta de controle social.

A sociedade brasileira, como hoje a conhecemos, formou-se a partir de um genocídio do povo indígena, que não tinha vocação para a escravidão[271] e do

271 Apenas à guisa de exemplo, no Séc. XVI, mercenários aventureiros, a que se dava o nome de *bandeirante*, partiam em exploração para o interior da enorme mata que havia. Um deles, Mourato Coelho, no ano de 1620, chefiou uma expedição, cujo resultado foi a captura de cerca de nada menos do que 20.000 indígenas, em uma missão que deve ter custado a morte de pelo menos um quíntuplo disso. Não obstante os esforços do raptor, tais expedições deixaram de ser feitas, optando os portugueses pelos negros escravizados

trabalho escravo, que perdurou do período que demandou do descobrimento, em 1.500, até a abolição formal da escravatura, ocorrida somente em 1.888.[272]

Tão longo período de vigência desse sistema de produção somente foi possível porque um arcabouço de leis protegia uma relação de aprofundada e extrema dependência de um ser humano, negro, em relação a outro, seu proprietário, branco.

Havia interdições legais, que iam da necessidade da aprovação do senhor proprietário branco, relativamente à libertação, *alforria*, do escravo, que, mesmo depois de liberto, devia eterna obediência a seu antigo amo, sob pena de uma canhestra *reescravização*, pena destinada ao ex-escravo ingrato a seu antigo dono. A liberdade do negro era, pois, sempre dependente da ação do branco, eternamente uma concessão condicional e passível de revogação.

Mesmo depois de liberto, não havia qualquer possibilidade de equiparação do negro e do branco, ainda que livre da escravidão o primeiro.

O escravo era proibido de depor contra seu amo, fosse por outras razões porque sua capacidade era reduzida, como se fosse uma espécie de curatelado de seu dono[273].

Tanto havia relações de gozo, próprio de titularidade patrimonial, que o dono dos escravos era intangível a qualquer punição sobre eventuais maus tratos a seus escravos, excetuando-se, obviamente, a morte. Em cruas palavras, o dono apenas não tinha o direito de matar seu escravo ou escrava, podendo deles dispor livremente.

Tamanha foi a resistência à abolição que historiadores atualmente são consensuais nesse aspecto: indignados com a libertação dos escravos, setores dominantes da agricultura, tramaram, juntamente com militares insatisfeitos, um golpe de Estado, que culminou com a queda da monarquia e o estabelecimento da república, muito dela construída por antigos colabores do Imperador.[274]

Um fato, pouco narrado de nossa História, será elucidativo do quanto aqui se pretenderá demonstrar.

O Brasil possui uma figura icônica de sua advocacia: **Rui Barbosa**, entre nós conhecido como o Águia de Haia, por conta das repercussões de um desempenho brilhante que lá tivera. Culto, poliglota, de conhecimentos enciclopedistas, participou da primeira formatação republicana. Ocorre que naqueles dias fervilhava o país uma leitura ignóbil da Constituição que se inaugurava, fazendo

---

trazidos da África. Cerca de dois milhões foram, então, trazidos, a se dar uma ideia da dimensão que tinha o tráfico de escravos...

272 O Brasil foi o último país a proscrever, por lei, o trabalho escravo, que, todavia, ainda se mantém em várias atividades econômicas, notadamente, o trabalho no campo e na indústria têxtil. O Brasil conta com um Ministério Público do Trabalho, cuja única atribuição praticamente é o combate ao trabalho escravo e ao trabalho infantil.

273 Por pior que seja a expressão, ela é rigorosamente correta.

274 Rodrigues Alves, que chegou a ser Presidente da República, exemplificativamente, era grande proprietário rural, no estado de São Paulo, e havia sido, Conselheiro do Império.

com que os antigos donos de escravos, então, já libertos, pela lei, reclamassem do erário federal uma indenização pela perda das reses humanas. Eram os *indenizistas*. Temeroso de que pudessem obter algum ganho na Justiça, Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, determinou que se incinerassem todos os registros de entrada dos negros africanos no Brasil.

O desrespeito aos negros, mesmo após libertados, era manifesto e o que se determinou seria inimaginável, se o pensássemos relativamente aos emigrantes europeus que vieram. O resultado final dessa medida, em tudo odiosa, desse ícone do Direito, é que nenhum dos negros brasileiros conhece absolutamente nada de sua origem, da mesma forma como esse episódio não se encontra nos livros de História do Brasil, ao menos, da história oficial contada, que suprime de suas páginas a presença do negro em nossa formação histórica-jurídica-cultural.

Essa digressão é feita porque nela muito se explicam os informes do INFOPEN[275], que comunicou oficialmente um dado estarrecedor, porque rompe com todas as tentativas de humanização processual penal que se tem intentado desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que encerrou de vez o ciclo militar: somos a terceira população carcerária do planeta, com mais de 700.000 (setecentas mil) pessoas encarceradas, todas por ordem judicial da autoridade competente. Todos, pois, presos legalmente.

O número assusta, mas não surpreende.

O dado mais constrangedor desse universo constrangedor é que cerca de quase 40% dessas pessoas presas enquadram-se entre os *presos provisórios*, exatamente aqueles que a Constituição Federal procurou proteger da medida restritiva de liberdade.

O tratamento destinado ao longo da História a segmentos vulneráveis, que, paradoxalmente, se formaram durante nossa evolução institucional, fizeram com que no Brasil não medrasse, na realidade fenomênica, a igualdade enquanto **valor jurídico** ou, melhor dizendo, a igualdade enquanto **bem da vida**, jamais foi valorada. A igualdade sempre foi fincada tão somente em seu aspecto formal.

As consequências desse fato são trágicas e multifacetárias, que vão desde a exclusão sócio-político-econômico-cultural até uma política de aprisionamento, que não é casual. Uma amarga ironia corre nas ruas periféricas: *"Nos barracos da cidade, ninguém mais tem ilusão do poder da autoridade..."*, na linda canção de Gil.

O maior instrumento de controle social, em uma sociedade de exclusões, é a polícia. O controle policial se assenta em uma legislação penal e processual penal que atuam como *garantes* dessa missão de contenção. O processo penal **real** brasileiro, sem os vernizes europeizantes que alguns de nossos mais penalistas, em sua avassaladora maioria, oriunda das castas econômicas dominantes, notadamente as

275 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

vinculadas à aristocracia rural, ainda insistem em dizer que vive e pulsa, é medonho.

III. A PRISÃO

Heroicamente, na busca de romper com seu passado autoritário, a Constituição Federal Brasileira anuncia em seu art. 5º, inciso LXI que ***ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente****, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.* Para que não se tenham quaisquer dúvidas da aversão à privação de liberdade, é também garantia constitucional que ***ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória****, com ou sem fiança***.**

Apenas duas são as hipóteses de prisão, à evidência, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nosso Código de Processo Penal as traça exaustivamente, fazendo-o em seus arts. 301 e seguintes, ao tratar da prisão em flagrante, bem como 311 e seguintes, em que explicita as hipóteses da prisão preventiva.

Ambas as modalidades de prisão seguem, em tese, a diretriz maior, em que se estabelece, com absoluta ênfase a repulsa que sente a Constituição Federal pela prisão antecipada, a criar um fosso de entendimento, na medida em que uma legislação teoricamente libertária convive com uma patologia social extremamente grave, que resulta na terceira população carcerária do mundo. Todavia, o que pareceria inexplicável, começa a se descortinar, na medida em que lançamos um olhar mais adequadamente próximo da própria legislação, bem como, de sua mais funesta vertente, a interpretação que lhe dão os juízes, das diversas instâncias, e, assim, igualmente, os membros do ministério público, um e outro alimentados por uma polícia, sem nenhuma vocação legalista.

Pudera, a chamada polícia de elite paulista, estado onde vivo, a temida ROTA – Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar – foi criada no distante ano de 1.831[276]. Nasceu para reprimir qualquer perturbação social, que jamais partiria da aristocracia. Ora, ora, não há de surpreender a ninguém que a polícia, composta por *uma fila de soldados, quase todos pretos/Dando porrada na nuca de malandros pretos/ De ladrões mulatos e outros quase brancos/Tratados como pretos/ Só pra mostrar aos outros quase pretos/(E são quase todos pretos)/Como é que pretos, pobres e mulatos/E quase brancos, quase pretos de tão pobres são tratados*[277]. A polícia nasceu numa ordem escravagista em que o alvo da contenção do Estado era composto por pessoas sem qualquer direito à dignidade, circunstância que dispensou a força repressora estatal de maiores cuidados no respeito à intangibilidade física dessa massa.

---

276 https://velhogeneral.com.br/2020/10/14/a-origem-da-rota-rondas-ostensivas-tobias-de-aguiar/

277 Haiti, Caetano.

Numa curva histórica, em que Judiciário e Ministério Público integram, na visão que possuem, o aparato da segurança pública, parece que há uma lógica histórica e perversa nessa negação de direitos. É algo que parece que anunciam com orgulho quase religioso[278]. Na visão predominante, proteção social e direitos humanos não guardam nenhuma parceria.

IV. O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL DIZIMADO

É desconcertante, ***não há crime sem que lei anterior o defina***, talvez seja o brocardo jurídico-penal que se converteu em mantra nas ditas sociedades modernas; a ele não se desafia, dele não se foge. Todavia, verdadeiras armadilhas linguísticas lhe são postas e aquele que percorrer o Código Penal verá que muitas delas estão no caminho e que ajudam a explicar o pódio estatístico prisional que nos envergonha. O tipo penal é uma descrição feita na lei. Seria desejável que a descrição fosse objetiva, concisa, de fácil intelecção e compreensão, que descrevesse um fato jurídico, no tempo e no espaço, a fim de se permitir que o limite estatal na persecução penal fosse claro e que se possibilitasse ampla defesa a quem fosse acusado.

Nas leis penais produzidas ao longo dos últimos vinte anos, o que se teve foi uma profusão de ***juízos morais***, convertidos a fórceps em fatos jurídicos. Núcleos verbais por demais perigosos foram incluídos no direito positivo. Assim, à guisa de ilustração, comete crime de receptação, previsto no Código Penal, aquele que, no exercício da atividade comercial, negociar (os verbos são muitos, dentre eles, *transportar*) coisa ***que deve saber ser produto de crime***, rompendo por completo, no tocante à teoria do crime, com a dicotomia prevalente ao longo da História. O que, raios que me partam, significa *que deve saber*? Isso é dolo, é culpa? Não tem sentido, não tem corpo, mas, sem alma, vaga errante e pune pequenos camelôs e minúsculos comerciantes, feito a calhar para essa categoria que pode desafiar o grande comércio.

Deveras, há no Brasil dois e apenas dois tipos de crime: **doloso**, em que o agente busca intencionalmente o resultado lesivo ou assumiu o risco de produzi-lo, ou **culposo**, em que o resultado lesivo se dá por inobservância de regra elementar de cuidado e somente quando a lei expressamente o disser, abominando o legislador a **responsabilidade objetiva.**

Contudo, como as bruxas más dos filmes infantis, é a **responsabilidade objetiva** nossa protagonista nesse salto prisional em massa que demos. Isso somente ocorre porque grande parte de nossa atividade persecutória penal se lastreia em juízos morais, que fazem do raciocínio subjetivista do acusador ou juiz, muitas vezes simbióticos, aquilo que deveria ter sido um **fato típico penal**.

278 https://www.conjur.com.br/2020-out-18/entrevista-guilherme-strenger-presidente-secao-criminal-tj-sp

Assim, usuários de drogas são tratados como traficantes, a partir de uma junção arbitrária de fatores: normalmente, são pessoas jovens, que se situam abaixo do nível de pobreza, sem atividade econômica regular, em sua maioria formada por não-brancos, perseguidos a esmo pela polícia, que possui licença para abordar imotivadamente as pessoas que entender estejam em *atitude suspeita*, nada mais que a quebra de expectativa de uma conduta esperada pelo policial. É suspeito quem, negro, jovem e pobre, tentar distanciar-se de uma viatura. Se abordado, torna-se traficante se trouxer uma importância não miserável de dinheiro e uma pequena porção de droga.

A ninguém parece interessar que a imensa maioria dos réus de tráfico são assistidos pela Defensoria Pública, pela singela e decisiva razão de serem pobres demais, miseráveis demais, sem horizontes demais.

V. A MÁQUINA DE MOER GENTE, CHAMADA JUSTIÇA CRIMINAL

A partir desse momento, de sua prisão, é acionado o mais perverso dos sistemas de persecução penal existentes, com enorme e decisiva ajuda do Ministério Público e do Poder Judiciário, responsáveis pela tragédia penitenciária nacional.

A primeira engrenagem dessa moagem humana está em que qualquer abordagem ou busca pessoal é aceita sem reserva e a prisão se convalida com a abordagem e o depoimento dos policiais que a fizeram; em regra, dois. Normalmente, como se fora uma verdade da vida, os policiais afirmam que o réu lhes confessara, informalmente e em segredo, sua condição de traficante de drogas.

O processo se instaura a partir da abordagem imotivada, calcada apenas na *atitude suspeita* do acusado, suas características pessoais consagradas e indiscutidas, apreensão de pequena ou pequeníssima quantidade de droga e do depoimento dos policiais militares, em que asseguram ter o réu lhes confessado que vivia do tráfico.

Tudo se torna uma farsa, na medida em que o depoimento dos policiais é aceito sem qualquer reserva e de forma absolutamente acrítica pelo MP e pelo Judiciário, erigindo-se à categoria de presunção de verdade. Tribunais existem que sumularam o entendimento de que a condenação criminal pode, sim, lastrear-se apenas na palavra dos policiais[279]. Já se disse que, absurdo dos absurdos, que os policiais militares, por envergarem função pública, gozariam de presunção de veracidade em suas afirmações. Criamos, para muitos operadores do Direito, uma verdade factual presumida.

---

279 Súmula nº 70, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: ***"O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."***

Essa maneira de trazer os fatos ao Juiz impossibilita e cassa o direito ao contraditório, uma vez que é impossível confrontar-se uma confissão que teria sido feita em segredo e sem testemunhas. Pior, caberá ao réu a tarefa de demonstrar ao Juiz que nada teria dito em segredo aos policiais... essa posição de superioridade moral absoluta sobre o jurisdicionado alimenta e fortalece o que há de pior nas estruturas policiais: o abuso de autoridade e a corrupção, e em sua forma mais aguda, a concussão.

No dia a dia das burocracias forenses, deve o réu provar que o policial teria alguma razão para persegui-lo. Perdi as contas de quantas vezes li que o réu "não demonstrou nenhuma razão pessoal para que se suspeitasse do policial militar que o deteve". Conto-as às centenas.

O Juiz de Direito aceita, o Ministério Público acredita. Nesse encontro das vontades de ambos, nada sobra para o réu, a quem resta apenas inutilmente negar a prática do crime, tráfico de entorpecentes. Do fato objetivo inicial, não nos percamos, tem-se apenas a pequena quantidade de droga. Ele se torna traficante após uma soma de juízos arbitrários, subjetivistas e unilaterais, feitos pela polícia e compartilhados integralmente pelo Juiz e pelo Promotor, que raramente, muito raramente, se revoltam com o quadro definitivo e inescapável, que manda às favas todas as concepções do processo como mecanismo de contenção do poder estatal: a condenação foi decidida, não na sentença, mas na viatura policial, pelos policiais, civis ou militares, que efetuaram a prisão. Nesse interregno, ele permanecerá preso, para proteção do mais difuso conceito, o ***interesse público***, um gás tóxico que polui e turva ainda mais o ar das comunidades periféricas.

Fóssil vivo das constituições que marcaram períodos autoritários anteriores, o ***interesse público*** justifica todas as atrocidades processuais, porque ele se torna um guarda-chuva de boas intenções, sem nenhuma ponte que o ligue à legalidade, enquanto ordem jurídica estabelecida. É em nome do interesse público e de sua proteção que as prisões são mantidas ou são decretadas. É com o interesse público, brandido feito espada, que se lotam as cadeias no Brasil. Ele é o ponto neural dessa doença prisional. Em seu rastro, vieram outros conceitos vazios, porém, peçonhentos, como ***sociedade ordeira***, em nome da qual o ***interesse público*** é invocado, cuja noção há de depender sempre de uma falácia de autoridade[280].

O processo, portanto, se inicia contra um identificado e odiado inimigo do interesse público, mantido preso, ainda que a Constituição olhasse com péssimo humor para essa prisão. Se quem está preso é um inimigo do interesse público e da sociedade ordeira, sua presunção de inocência se desmancha por completo e nova inversão conceitual ocorre: ele, acusado, passa a lutar desesperadamente para ***provar sua inocência***.

O juiz que decretou sua prisão e que, pois, tem-no como inimigo público, exatamente porque se fiou na palavra dos policiais para mantê-lo encarcerado, será

280 https://www.conjur.com.br/2019-ago-04/entrevista-torres-garcia-presidente-secao-criminal-tj-sp

o mesmo juiz que presidirá o processo, cuja travessia faz lembrar a passagem pelo Cabo das Tormentas, pois dificilmente terá o acusado alguma chance de absolvição.

Nesse ínterim, medrava algo sinistro nos tribunais superiores. Uma das diferenças entre uma democracia e uma ditadura é a possibilidade de manejo de habeas-corpus. Uma democracia o terá sempre dignificado, uma ditadura o sufocará até sua inexistência. Parece uma obviedade explícita dizer-se que o habeas corpus é a válvula que permite a oxigenação da Justiça; todavia, de poucos anos a esta parte, praticamente nenhuma prisão, por mais absurda e abusiva que possa vir a ser, poderá ser atacada com o remédio heroico, uma vez que se consagrou nos tribunais superiores uma tese sufocante: o habeas corpus não é meio para que se discutam provas, ainda que sejam as mesmas provas (sua validade e até a ausência delas), apreciadas para a decretação da prisão. Não se pode argumentar, via habeas corpus, que a prisão ou abordagem ou a ação policial foram abusivas ou que a decisão do juiz se fundou em provas extremamente frágeis, nada mais é possível, por uma guinada brusca de entendimento dos tribunais superiores que abdicaram de sua natureza mais nobre, a de garantidor de direitos civilizatórios. Preso pelo juiz de primeiro de grau, tendo contra si uma prova inteiramente suspeita, julgado por um juiz que não lhe concede a presunção de inocência, sem ter como recorrer a instâncias superiores, que lhe fecharam todas as portas, o réu seguirá preso, aguardando impotente o desenrolar dos acontecimentos, os feriados que se somam, a infraestrutura deficiente do poder judiciário, a lentidão quelônia do andamento processual, a decretação sistemática da prisão: está pronto o caldo de cultura para que tenhamos as prisões mais horripilantes do que se pode imaginar de mundo civilizado.

O processo se inicia pela denúncia, oferecida pelo promotor de justiça, quase sempre um resumo mal engendrado do inquérito policial, que se resume aos depoimentos de dois policiais militares, do indiciado (réu), um ou outro laudo pericial de imediata elaboração, eventualmente da vítima, se se tratar de crime patrimonial. Terá cinco dias para isso, que são usualmente respeitados. Uma máquina burocrática infernal, sequer resolvida com a digitalização dos processos, contudo, tudo emperra. A pauta do juiz também facilmente se congestiona, diante do enorme afluxo de processos de outros réus também mantidos presos, a tornar cada vez mais dilatados os prazos processuais. Dificuldades operacionais fazem amiúde com que audiências designadas não se realizem, ora porque não se conseguiu requisitar a tempo os policiais, ora porque estão ausentes, ora porque não se conseguiu transportar os réus, presos em presídios caóticos, que não conseguem ser transportados ao local da audiência em que deveriam ser ouvidos, enfim, todo um entroncamento burocrático que torna comum que alguém aguarde preso por um ano ou mais seu julgamento.

É pelo menos canhestro haver a lei a delimitar em 81 dias para a realização de todos os atos processuais. Parece muito – efetivamente é – mas é raro ver esse

prazo cumprido e para que não sejam postos em liberdade os presos cujos processos se arrastam, novamente cumpriram os tribunais de superior instância sua dura missão e gravaram em lápide de mármore o sepultamento de mais um direito consagrado na Constituição, que é da razoabilidade dos prazos processuais. Sobrepondo-se à lei, os prazos processuais foram relativizados. Ou seja, estão na lei, mas não valem, estão na lei, mas, de vero, não existem, não vinculam, não guardam consequências em seus descumprimentos.[281]

À gigantesca porta de entrada do sistema prisional, pois, corresponde uma tímida fresta de saída.

Nesse caos estabelecido, não se consegue proporcionar aos presos um tratamento humanizante; nas prisões femininas, não há absorventes higiênicos, obrigando as presas a substitui-los por miolos de pão que são introduzidos na vagina[282]. Os homens, empilhados em celas abarrotadas, dormem no chão entre ratos e insetos, em celas cujas temperaturas superam 40º Celsius, proliferam facções criminosas em presídios, que de há muito saíram do controle das autoridades públicas. São lugares destituídos de esperança[283].

Finalmente, chegado o dia da audiência, o juiz proferirá sua condenação, haja vista serem poucas são as chances de absolvição. Na análise da prova, ele cometerá, via de regra, quase uma heresia: vai valorar a prova produzida no inquérito, vai, em chavões pré-estabelecidos, afastar a negativa do réu. Se a imputação for de tráfico de entorpecentes, o gargalo das arbitrariedades consentidas estará na dosimetria da pena.

Haverá enorme probabilidade de o juiz alçar-se à figura do vingador social e despejar sua ira sobre o réu, impondo-lhe penas de prisão somente justificáveis em um delírio persecutório. A condenação e a pena imposta resumem a proteção ao ***interesse público*** e ao resguardo da ***sociedade ordeira***.

Se o crime imputado for patrimonial, pior a sorte que aguardará o acusado. Toda a investigação do crime patrimonial se resume à palavra da vítima, quem ela indicar será processado e condenado, certamente, porque nos tribunais brasileiros a palavra da vítima é incontrastável e nada pode a ela se contrapor, em termos de eficácia probante. Na enorme maioria dos casos, o reconhecimento feito pela vítima é precário e sem qualquer rigor legal ou científico. A polícia militar se encarrega de fazê-lo, com extremada truculência; assim, jovens algemados são levados a prontos-socorros, exibidos à vítima que terá o dever moral de reconhece-lo, ou são realizados nas repartições policiais sem nenhuma cautela, sem nenhuma

---

281 Art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

282 https://www.terra.com.br/noticias/brasil/prisoes-femininas-presas-usam-miolo-de-pao-como-absorvente,cbaec6a46c78ba371bf9e9b00dd051cd2i3uRCRD.html

283 http://pantheon.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/condicoes2.htm

preocupação de se evitarem erros, pois já ninguém duvida da condenação futura. São quase sempre muito pobres, do sexo masculino e não-brancos. Há reconhecimentos fundados em detalhes que chegam à bizarrice, como cor de bermudas, chinelos ou tatuagens comuns e encontradiças.

Depois de *reconhecido* o réu, nada mais desfará sua imagem de culpado. Poderá trazer uma legião de pessoas a atestarem que ele se encontrava, v.g., em um local distante daquele onde se deram os fatos. A palavra dos policiais que o prenderam e da vítima que o apontou aos agentes públicos prevalecerá na quase totalidade dos casos. Não há DNA coletado em roubos, de tal modo que tudo já se encontra estereotipado nos computadores que guarnecem a audiência: basta mudar o nome do réu e tudo sairá a contento. Ele está irremediavelmente condenado.

Não há nenhuma credibilidade nos depoimentos dos acusados. A negativa da autoria criminosa é como se nada fosse dito e é quase sempre desconsiderada, quando não apenas ignorada pelo juiz criminal, que a lê, disposto de antemão a desconstrui-la, seja em uma leitura maniqueísta e preconceituosa da prova, seja porque os próprios juízes não aceitam a presunção de inocência, ao menos para os segmentos mais vulneráveis da população, notadamente aquele composto pelas minorias, bem como pela população negra.

Nesse percurso processual, em que entraves burocráticos atrasam a marcha processual, levando-os a meses ou anos se arrastando nos escaninhos cartorários, em apurações de baixa complexidade, atrasos recebidos com apavorante naturalidade, porque a eles se soma um quadro que o próprio Supremo Tribunal Federal definiu como de constrangedora inconstitucionalidade, que é o amontoamento humano, eufemisticamente chamado de *superpopulação carcerária,* dá-se o cerne do processo penal, não acusatório, mas praticamente inquisitorial e condenatório.

O oxigênio, a cada dia mais rarefeito, concedido ao *Habeas-Corpus* agrava essa doença, uma vez que não existem meios à vista para se questionar a prisão abusiva, que, depois de decretada, vai viger até que algo aconteça. No Brasil, o poder não se exerce na porta de entrada, na voz de prisão, que, diz nossa lei processual penal, qualquer do povo pode dar, mas se exerce na negativa da saída do cárcere. É dizer, o poder se consubstancia não em prender, mas em não soltar, ainda que tenha o acusado o direito de não permanecer preso.

Com uma engenharia tosca, contudo de inegável eficiência, é possível dizer que o processo penal brasileiro, da forma como que aplicado pelos procuradores/promotores de justiça e juízes de direito, de todas as instâncias, é uma farsa teatral, destinada tão somente ao controle social, como política pública de contenção.

VI. LULA

Decorridos quatrocentos anos de dominação, ora da Coroa Imperial, portuguesa ou brasileira, ora da aristocracia rural, ora do poderio civil-militar, ora das grandes corporações financeiras, o Brasil faz um movimento político inesperado e elege para a Presidência da República um personagem que, anos antes de sua eleição, jamais fora levado a sério pelas classes dominantes: **Luiz Inácio Lula da Silva**.

A quebra desse cordão político-econômico-ideológico traria ao Brasil modificações que jamais se experimentaram, a começar pelo resgate da miséria de mais de vinte e dois milhões de pessoas, cujo efeito mais imediato às classes dominantes que sempre se fartaram de mão de obra cordata e barata, foi a dificuldade de manter um estado de pós-escravidão de absoluto conforto. Universidades foram criadas e nelas ingressaram pessoas das classes a quem sempre se negou acesso à educação. Políticas bem-sucedidas de combate à pobreza, com distribuição efetiva de renda, criaram novos polos de desenvolvimento no país. Obras sonhadas secularmente, como a transposição do Rio São Francisco, fundamental para o combate à seca nordestina, um dos mais duros de nossos flagelos, foram finalmente implementadas, programas de cisternas que levaram água potável para matar a sede de quem não a tinha para beber. O País pagou sua dívida junto ao Fundo Monetário Internacional, ganhando autonomia e auto-estima.

Um torneiro mecânico, desprezado pelas elites, transpunha o Brasil para o status de quinta economia mundial. Elegeu sua sucessora, **Dilma Roussef**, a um só tempo, uma mulher, que fora presa política na ditadura militar, torturada e identificada com as camadas mais desfavorecidas, já mencionadas. Fez seu primeiro mandato e, não obstante uma tempestade midiática hostil, venceu novamente as eleições. Aos progressos econômicos, leis de proteção ao trabalhador doméstico e à homoafetividade, teve como resposta a fúria conservadora, tal como nunca antes vista.

Rapidamente, os meios de contenção usuais atuaram.

Em meses, um processo artificial e pitoresco foi o bastante para que o Parlamento, que já houvera abdicado de sua legitimidade, a cassasse.

Setores reacionários e descontentes, inconformados com a derrota eleitoral se lançaram com ódio social despertado pela mídia, completamente identificada com esses setores sobre aquele que consideram o eixo fundamental dessa – nem diria primazia, mas atenção às classes hipossuficientes: **Lula**.

Tratado como inimigo público, Lula passa a ser perseguido e, tudo aquilo que se disse acima, foi agudizado com sua perseguição. Estratégias de *Lawfare* foram adotadas e, ética coisa alguma, deu-se início aos mais brutal processo de desconstrução de uma lenda viva, valendo-se os órgãos de investigação, Polícia Federal e Ministério Público, de vazamentos seletivos e descontextualizados de informações teoricamente cobertas pelo sigilo, matérias absurdas publicadas em

órgãos de imprensa, de *fake news*, que atribuíam falsamente fortunas a familiares de Lula, que traziam informações de vida pessoal devastadoras, tendo por líder de tudo um Juiz de Direito absolutamente destituído do mínimo de serenidade para julgamento do processo e que passou a ser tratado, quase como um *Rambo*, no combate à corrupção.

Verdadeiras extorsões se praticaram a céu aberto, com pessoas presas, delas se exigindo depoimentos comprometedores a Lula, para que saíssem da prisão. Por inacreditável que pareça, investidores que permanecem desconhecidos financiaram a realização de um longa-metragem, que serviu apenas para enaltecer a Polícia, o Ministério Público e o Juiz de Direito, contando, de forma unilateral os *bastidores* da *Operação Lava-Jato*, apresentando-a como uma versão brasileira e inacabada do Juízo Final. Cenas constrangedoras, envolvendo Lula em sua intimidade familiar, foram exploradas com força dramática, a fim de construir junto à população uma imagem negativa e decadente do maior líder político dos últimos cinquenta anos do país. A história, contada em raso maniqueísmo, agravada por juízos morais tacanhos foi, porém, um fracasso de público, não obstante *starlets* televisivas contratadas para atuar.

Do alto de um Olimpo, cada vez mais incandescente, a Suprema Corte parece ter sucumbido às pressões das redes sociais e seus integrantes disputam espaço nos telejornais, talk-shows, entrevistas, sendo raro o dia em que não se depare com um deles, proferindo uma frase feita, prenhe de uma superioridade moral, extraída dos holofotes que os iluminam.

Perdeu-se a função garantidora de direitos e sequer se observa mais uma uniformidade de entendimentos. A doença atingiu a maioria dos Ministros, que decidem monocraticamente, cada qual a seu talante, tornando a última palavra, essa que vem dos Supremos Juízes, uma aventura aleatória, que vai ditar a sorte do acusado, na dependência da ideologia de seu Julgador. Ou seja, a um passo do inferno.

Para conseguirem prender Lula, para justificarem sua prisão, em uma hermenêutica que não resistiria a uma criança de dez anos, vão prender milhares e milhares de famintos, paupérrimos, anônimos e desesperançados brasileiros que serão atirados a celas imundas, que serão exibidos feito animais no gancho nos telejornais da noite. A *sociedade ordeira* irá se convencendo que somente a prisão é a saída para a crise social. Os direitos são negados no varejo, diariamente, fazendo da advocacia criminal um exercício de resistência, para que, no atacado, uma prisão injusta se justifique. Toda essa virada conservadora pretende legitimar a prisão de oitocentas mil pessoas, para que se possa justificar a prisão de um brasileiro, Lula. A motivação, por suposto, será o combate à impunidade e a proteção do interesse público, mas o que, de vero, se pretende é que nunca mais haja riscos de que alguém oriundo das classes trabalhadoras chegue novamente ao poder.

Está em curso no Brasil, via processo penal, a maior ruptura institucional de que tem notícias. Essa ruptura não ocorrerá com tanques de guerra nas ruas, mas nos refrigerados gabinetes de burocratas, altamente remunerados.

No varejo, milhares e milhares de *sem-nomes*, serão presos e condenados em uma farsa processual odiosa; tudo para que, no atacado, o inimigo maior seja finalmente capturado e preso: **Lula.**

VII. DA JANELA LATERAL DO QUARTO DE DORMIR

Desses quarenta anos, me lembro de maio de 1984, no ocaso da ditadura militar, mas com todos os seus ranços e rancores, eu entrava num Ministério Público, que nem sonhava com a grandiosidade que teria na Constituição, que viria quatro anos depois.

Havia uma figura, que importamos do direito escandinavo, o *ombudsman*, que nos encantava pela sua transcendência democrática, em que alguém, do ventre da baleia, criticava, propunha medidas, em proteção ao povo. O rei tinha, não mias um bobo da corte, mas um agente estatal de limitação de poder. Era um sonho, para um país que vivia dos humores de seu rei, que vestia uniforme militar e dava ordens autocráticas e sem limites.

Nos debates constitucionais, era fundamental à democracia que se gerava no Congresso Constituinte que houvesse para nós, brasileiros, nossa versão tropical do *ombudsman*, que foi entregue ao Ministério Público, à falta de outra instituição organizada e já existente, estendendo-se a ele as mesmas garantias magistraturais, não havendo um único segmento ou setor da sociedade que não contasse com sua intervenção.

Da janela lateral do quarto de dormir, nós sonhávamos com o MP como uma ferramenta de construção democrática, a quem repugnaria a superlotação carcerária, a quem repugnaria o processo inquisitorial, a quem repugnaria mal traçados acordos de colaboração premiada, a quem repugnaria condenar tantos pretos e tantos pobres, em série, automatizadamente.

A dor que sentimos é profunda, pois, trinta anos passados em suas fileiras e nos dedicando à advocacia criminal hoje, sentimos o Ministério Público, na sua área mais sensível, se tornar uma extensão da viatura da polícia militar, dispendendo boa parte de nosso tempo a nos indagar: até onde eu mesmo contribuí para esse estado de coisas?

Era, respeitosamente, o que eu tinha a dizer.

ROBERTO TARDELLI

ADVOGADO

PROCURADOR DE JUSTIÇA APOSENTADO

O Direito do Trabalho Pós-Pandemia

Rodrigo Lychowski[284]

I - Introdução

A pandemia do novo corona vírus que atingiu a todos os países em 2019 tem gerado uma revolução em todos os aspectos, a saber, afetou a saúde mental das pessoas, com o enorme crescimento da ansiedade, depressão e angústia – decorrentes dos isolamento social entre os membros da mesma família e das pessoas mais próximas –, medo de morrer, ante a letalidade do vírus; gerou o fechamento de estabelecimento comerciais, sobretudo os de pequeno e médio porte, e, como conseqüência, acarretou o fechamento de milhões de postos de trabalho, além de gerar uma recessão econômica.

E quanto ao Direito do Trabalho? Qual o efeito que ele está sofrendo com essa pandemia? Teria ele ficado imune ou, ao revés, sofrido transformações?

Será que no Direito laboral tem havido a chamada precarização das relações de trabalho – flexibilização -, ou, o que é mais grave, pode-se cogitar de sua extinção (desregulamentação do Direito Laboral) ?

Pretendemos, de forma sintética, responder a tais indagações no presente artigo.

II - DESENVOLVIMENTO

Com as infecções pelo corona vírus em alta escala, uma das principais medidas adotas pelas empresas, sejam elas públicas ou privadas, consistiu na adoção do chamado trabalho remoto, sobretudo na residência dos trabalhadores, em substituição ao modelo padrão do trabalho presencial na sede do empregador.

Deve ser ressalvado, contudo, que esse crescimento do trabalho remoto tem ocorrido em funções que podem ser executadas por computador, tais como aulas *on line*, serviços de informática, etc., ao passo que os serviços que só podem ser executados presencialmente permaneceram inalterados, o que evidentemente aumenta o risco de contágio desses trabalhadores, seja no local de trabalho,seja no transporte coletivo, que é infelizmente precário e não observa as normas de higiene e desinfecção desejáveis.

Em relação ao trabalho remoto, surge um aspecto que coloca em xeque o Direito Laboral, e que está expresso no artigo 2º. da CLT:" o empregador **assumindo os riscos da atividade econômica"** (grifos nossos), o que constitui o princípio da alteridade.

---

284 Minicurrículo Rodrigo Lychowski

É que os trabalhadores da iniciativa privada que estão laborando no regime de trabalho remoto em seus computadores nas suas residências ou fora delas, têm gastos maiores de *luz,internet e telefone*.

Ora, esse trabalho desempenhado fora da sede do empregador – que antes já era regulado pelo artigo 6º. da CLT, mas sem retirar nenhum dos direitos aos obreiros -, foi tratado pelo regime pela modalidade nova do chamado teletrabalho, em seu artigo 75 e suas alíneas.

Por seu turno, o artigo 62, inciso III da CLT – acrescentado pela Lei no. 13.467/17 (conhecida como reforma trabalhista) – retirou expressamente o direito à percepção das **horas extras** aos obreiros que laboram na modalidade de teletrabalho, o que se contrapõe ao mencionado artigo 6º. da CLT, que permaneceu inalterado, e que, ao revés, assegura horas extraordinárias aos trabalhadores à distância.

Percebe-se, assim, aqui, uma clara precarização das relações de trabalho.

Por outro lado, o artigo 75-D, estabelece que "as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como **ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado**, serão previstas em contrato **escrito"** (grifos nossos).

Analisando o dispositivo supracitado, extrai-se que as despesas referentes ao trabalho remoto, a saber, custos de internet,luz, telefone, manutenção do computador, entre outras, são **adiantadas** pelo empregado e, posteriormente ressarcidas pelo empregador, de acordo com o que for estipulado no contrato firmado entre ambos.

Em nosso pensar, tal entendimento fere o princípio da alteridade, haja vista que compete ao empregador – só ao empregador – assumir os riscos da atividade econômica, tal como dispõe o artigo 2º. da CLT.

Por outro lado, consideramos o referido dispositivo equivocado, uma vez que todo e qualquer trabalhador vive de seu salário, dado a sua natureza alimentar, portanto ele pode não ter recursos para custerar os gastos com *internet,* luz e telefone, que são necessários para o trabalho.

Assim sendo, o empregador deveria adiantar os gastos com tais equipamentos.

Outra conseqüência inegável da pandemia, decorrente do confinamento das famílias em seus lares, foi o aumento considerável de utilização dos aplicativos de comida *ifood , uber, rappi e 99.*

Mas afinal, os entregadores de comida *ifood e uber* são detentores de diretos trabalhistas?

Essa matéria depende de regulamentação legal, mas há quem defenda que os mesmos são trabalhadores autônomas, empregados regidos pela CLT ou trabalhadores intermediários entre os primeiros e segundos, isto é, trabalhadores "sob demanda".

Existe grande controvérsia jurídica a respeito de tal matéria, com decisões da Justiça do Trabalho negando1 ou concedendo o vínculo empregatício2, e PL 3748/20203 que trata esse trabalho como trabalho sob demanda, mas o que há de comum entra essas posições é o reconhecimento de que estamos diante da precarização das relações de trabalho.

1- https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/decisao-acende-debate-vinculo-economia-aplicativos . Acesso em 24/08/2020

2- https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/431184029/em-decisao-inedita-justica-condena-uber-a-pagar-direitos-trabalhistas-aos-motoristas . Acesso em 24/08/2020.

3- https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2020/07/nem-clt-nem-autonomo-o-projeto-de-lei-que-quer-regrar-relacao-de-aplicativos-com-entregadores.html. Disponível em 24/08/2020

III – CONCLUSÃO

A pandemia do novo corona vírus tem provocado uma revolução nas relações sociais, assim como no Direito.

De fato, com o crescimento do trabalho remoto – e as discussões que giram em torno do custeio das despesas de *internet,* luz e telefone-, e o crescimento da modalidade do teletrabalho (artigo 75 e alíneas da CLT), que retira o direito à percepção das horas extras do obreiro, parece-nos evidente que estamos diante da precarização das relações de trabalho.

Por outro lado, a predominância de entendimento de que os motoristas de aplicativos não possuem vínculo empregatício – salvo raras exceções - cujo aumento de trabalho aumentou consideravelmente durante a pandemia, tem os deixado à margem do Direito Laboral.

Apesar dessa precarização das relações de trabalho, entendemos que não ocorrerá o fim do Direito Laboral (desregulamentação das relações do trabalho), seja porque a Carta Magna de 1988 está fundada no valor **social do trabalho,** conforme expresso no artigo 1º, inciso IV, valendo lembrar que tal fundamento se volta não só para o Direito do Trabalho, mas para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe acrescentar que a atuação firme do TST e da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho) contribuirão para a subsistência do Direito Laboral.

O Acordo de Não Persecução Penal

Rômulo de Andrade Moreira[285]

No dia 11 de abril de 2020, participei do "Bate-Papo Jurídico Tirant Lo Blanch", numa live com o Professor Leonardo Rodrigues, quando tratamos de alguns aspectos das alterações feita na legislação processual penal brasileira. Dentre os assuntos abordados na conversa, destaco o novo Acordo de Não Persecução Penal.

Como se sabe, com a promulgação da Lei nº. 13.964/19, que acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 28-A, passamos a ter possibilidade de um acordo de não persecução penal, a ser realizado entre o Ministério Público e o investigado.

Este acordo só poderá ocorrer se não for o caso de arquivamento do procedimento investigatório, pois se não houver justa causa ou faltarem os pressupostos processuais ou as condições para o exercício da ação penal, deve ser promovido o arquivamento, nos termos do art. 28, Código de Processo Penal.[286]

A iniciativa do acordo, segundo a lei, será sempre do Ministério Público, não se admitindo nos crimes de ação penal de iniciativa privada. Além da falta de previsão legal (tal como ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo), ficaria sem solução a hipótese em que houvesse a recusa da vítima em fazer a proposta, pois nem o Juiz poderia fazê-lo de ofício (dispondo de uma ação penal em um processo de estrutura acusatória, o que é inadmissível), tampouco o Ministério Público, cuja legitimidade de atuação limita-se às ações penais públicas (art. 129, I, CF). Este entendimento pode ser objetado pelo fato de que haverá casos nos quais autores de crimes mais graves (de ação penal pública) poderão ser beneficiados com o acordo, ao contrário de agentes que praticaram crimes menos graves (de ação penal de iniciativa privada). Trata-se, sem dúvidas, de um sólido argumento jurídico; mas, é preciso lembrar que as ações penais de iniciativa privada obedecem a outros princípios: veja-se, por exemplo, a possibilidade do perdão, da perempção, da renúncia e da decadência, incabíveis nos crimes de ação penal pública. É do sistema, portanto!

O acordo pode ser feito com qualquer investigado em um procedimento formal de natureza investigatória/criminal[287], seja instaurado na Polícia (federal, militar ou civil) ou no próprio Ministério Público; a propósito, observa-se que a

---

285 Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

286 Sobre o novo procedimento para o arquivamento de peças de informação, veja-se, por todos, o artigo de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/limite-penal-proce-de-arquivamento-modelo, acessado em 11 de janeiro de 2020).

287 A nova lei também passou a permitir a celebração de acordo de não persecução cível (art. 17, § 1º., da Lei nº. 8.429/92).

palavra utilizada no texto legal é sempre "investigado", e não "indiciado".

Também é possível no caso de investigado com prerrogativa de função, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal (neste caso, a partir da iniciativa da Procuradoria Geral da República). A nova lei acrescentou o § 3º. ao art. 1º. da Lei nº 8.038/90: "*Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos termos do art. 28-A do C*ódigo de Processo Penal." Nestas hipóteses, o relator sorteado deverá submeter o acordo ao órgão colegiado competente para o processo e julgamento; se preferir homologar monocraticamente, deverá fazê-lo **ad referendum**, pois, do contrário, estar-se-ia usurpando uma competência que (constitucionalmente) não é dele, mas do órgão colegiado; afinal, também a ele não cabe, monocraticamente, receber a denúncia, caso oferecida. Assim, se não lhe compete, singularmente, receber a peça acusatória, com mais razão não lhe cabe, monocraticamente, homologar um acordo de não persecução penal.

O pressuposto para a formalização do acordo é que se trate da investigação de uma infração penal (portanto, crime ou contravenção) praticada sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos. Logo, não se admite tais acordos quando se trate de crime cuja pena mínima seja igual ou superior a 4 anos, ou, ainda que não o seja, tenha sido praticada com violência ou grave ameaça.

Segundo a lei, para aferição da pena mínima serão consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto. Assim, poderá não ser possível a formalização do acordo caso a pena mínima seja de três anos, mas esteja prevista uma causa de aumento de pena de 1/3. Por outro lado, no crime com pena mínima igual ou superior a 4 anos admite-se o acordo, caso haja uma causa de diminuição de pena. Se a causa de aumento de pena é variável (de 1/3 a 2/3, por exemplo), deve-se levar em consideração o "aumento mínimo", pois é a pena mínima o pressuposto para o acordo. Ao contrário, existindo causa de diminuição de pena variável, aplicar-se-á o maior percentual, ou seja, "a diminuição máxima".[288] Em relação às agravantes e às atenuantes, não devem ser levadas em consideração, pois são circunstâncias genéricas, cujo **quantum** não vem estabelecido aprioristicamente pela norma penal.

Eis o pressuposto; vejamos os requisitos.

Como primeiro requisito, a lei exige que haja a confissão do investigado,

---

288 **Mutatis mutandis**, veja-se a Súmula 723 do Supremo Tribunal FederalTF: trata-se da possibilidade de suspensão condicional do processo, cujo pressuposto também é a pena mínima; sendo o caso de continuidade delitiva (que implica em um aumento da pena de 1/6 a 2/3), a Suprema Corte determina a aplicação "do aumento mínimo"; é o mesmo raciocínio.

e que esta confissão seja feita formalmente, ou seja, que esteja expressamente esclarecida nas cláusulas do acordo, que deve ser feito por escrito e na presença do Defensor e do Ministério Público. A lei condiciona a homologação do acordo à realização de uma audiência (que deverá ser, por óbvio, pública e oral) na qual o Juiz das Garantias deverá verificar a voluntariedade da aceitação do acordo, devendo, para isso, ser ouvido o investigado, na presença do seu Defensor; nesta mesma audiência, o Magistrado verificará a sua legalidade, isto é, se está presente o pressuposto, se estão preenchidos os requisitos legais e, finalmente, se as condições acordadas estão conforme a lei.

Esta confissão deve ser feita também circunstancialmente, ou seja, devem estar detalhados todos os fatos, de maneira pormenorizada e sem margem para quaisquer dúvidas, atentando-se sempre para que tenha sido feita sem coação de nenhuma natureza, conforme exige o art. 8º., 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Se o investigado praticou, supostamente, duas ou mais infrações penais, tendo confessado apenas uma delas, o acordo somente poderá ser feito em relação ao fato admitido, devendo ser oferecida denúncia (caso haja justa causa) no que diz respeito ao outro fato.

Se o investigado confessa a autoria, mas indica fato que lhe favoreça (como, por exemplo, excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ou mesmo eximentes de pena), não há obstáculo legal para a formalização do acordo. Neste sentido, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a chamada "confissão qualificada" deve ensejar a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d"., do Código Penal. Ora, se ela serve para atenuar a pena, porque não serviria para admitir o acordo?[289]

Uma questão que deverá ser enfrentada pela jurisprudência diz respeito à validade jurídica dessa confissão como elemento de prova para fundamentar uma sentença condenatória, caso o investigado, não tendo cumprido o que foi acordado, venha a ser denunciado e condenado. A questão não é de fácil solução, pois, nada obstante ter sido uma confissão feita fora dos autos, de toda maneira, foi ratificada perante o Juiz das Garantias, numa audiência pública, oral, na presença do Defensor (constituído, dativo ou Público) e do membro do Ministério Público. Nada obstante, entendo que, não tendo havido ainda (quando foi feita a confissão) uma acusação formal, tampouco instrução criminal, não pode aquela confissão, em nenhuma hipótese, servir de base para uma sentença condenatória.

Em outras palavras: caso o investigado tenha confessado para fins do acordo, ainda que formal e circunstancialmente (ratificando-a na audiência), mas, posteriormente, quando interrogado na audiência de instrução e julgamento, não

289 Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.198.354/ES.]

confirmou a confissão, o Juiz não poderá utilizar aquela confissão anterior como supedâneo para uma sentença condenatória; afinal, a confissão não foi realizada no bojo de uma ação penal. Aliás, como se sabe, nem mesmo a confissão feita durante o interrogatório é prova insofismável e irrefutável da autoria do crime.[290]

Ademais, conforme já referido, quem tem competência para a homologação do acordo é o Juiz das Garantias (art. 3º.-B, XVII, C**ódigo de Processo Penal**) e, conforme estabelece o art. 3º.-C, § 3º., os autos que compõem as matérias de competência do Juiz das Garantias não são apensados aos autos do processo enviados ao Juiz da Instrução e Julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas não repetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. Tais autos ficarão acautelados na secretaria do Juízo das Garantias à disposição do MP e da Defesa.

Um segundo requisito exigido pela lei é que o acordo seja "*necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*." Como se vê, trata-se de uma repetição, **ipsis litteris**, da última parte do que contém o art. 59 do Código Penal que estabelece os parâmetros para a determinação da sanção aplicável em caso de uma condenação (ao lado do art. 68, Código Penal). O que seria mesmo um acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime? Esta é uma matéria extremamente delicada, pois toca a questão das finalidades da pena, razão pela qual é absolutamente imprópria para constar como requisito para um acordo penal, ainda mais em uma fase em que nem sequer houve uma acusação formal contra alguém.

Neste aspecto, é importante ressaltar, com Mir Puig, "*que o nosso modelo de Estado recomenda que entre a alternativa básica da retribuição ou da prevenção deve-se decidir a favor de uma ´prevenção limitada`, que permita combinar a necessidade de proteger a sociedade não só com as garantias que ofereciam a retribuição, mas também com as que oferecem outros princípios limitadores*."

Assim, ao não propor um acordo de não persecução penal, o membro do Ministério Público deverá atentar que "*só uma prevenção assim limitada poderá deflagrar um efeito positivo de afirmação do Direito próprio de um Estado social e democrático de Direito, e só assim poderão ser conciliadas as exigências antitéticas de retribuição, prevenção geral e prevenção especial em um conceito superior de ´prevenção geral positiva`*."[291]

---

290 A propósito, um levantamento feito nos EUA pelo *Innocence Project* "*revelou que, de todos os prisioneiros libertados nos últimos anos com base em provas de DNA, 25% foram presos porque se incriminaram, fizeram confissões por escrito ou gravadas em fita cassete à polícia ou se declararam culpados. Estudos de casos mostram que essas confissões não derivaram de conhecimento dos réus sobre o caso, mas foram motivadas por influências externas*": https://www.conjur.com.br/2012-set-08/instituicao-estuda-porque--pessoas-confessam-crimes-nao-cometeram, acessado em 19 de janeiro de 2018.

291 PUIG, Santiago Mir, "Direito Penal – Fundamentos e Teoria do Delito", São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2007, p. 81 (tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto).

É preciso estarmos atentos, conforme adverte Baratta, que é "*muito perigoso para a democracia e para o movimento operário cair na patranha, que atualmente lhe é armada, e cessar de defender o regime das garantias legais e constitucionais que regulam o exercício da função penal no Estado de direito.*" Por isso, "*nenhum compromisso deve ser feito sobre este ponto, com aquelas forças da burguesia que, por motivos estruturais bem precisos, estão interessadas em fazer ´concessões` ou recuar em matéria de conquistas do direito burguês e do Estado burguês de direito.*"[292]

Fiquemos, portanto, vigilantes para que fórmulas como esta - "*necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*" – não sirvam para inviabilizar acordos de não persecução penal, propiciando denúncias ilegítimas e temerárias. Também é preciso atenção aos Juízes para que não as reproduzam em suas decisões, mesmo porque se considera nula, posto não fundamentada, qualquer decisão judicial, mesmo uma interlocutória, que se "*limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida ou empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, bem como invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*", nos termos do art. 315, § 2º., c/c art 564, V, ambos do Código de Processo Penal.

Por fim, são também requisitos para o acordo de não persecução: a) não ser cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; b) não ser o investigado reincidente; c) não existirem elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; d) ter sido o agente beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e) não ter sido o crime (não contravenção) praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (não agressora).

Observa-se, então, não ser possível o acordo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Na Justiça Militar sim, por força do art. 90-A da Lei nº. 9.099/95, e também na Justiça Eleitoral. Já em relação aos crimes da competência do Tribunal do Júri, a situação é diversa, em razão do disposto no art. 5º., XXXVIII, "d", da Constituição Federal.

Quanto ao requisito indicado na alínea "c", há algumas impropriedades graves, como, por exemplo, a referência a "elementos probatórios" em uma fase ainda meramente investigatória, em que não houve produção de provas, mas atos investigatórios; ademais, falar-se em "conduta criminal habitual, reiterada

---

292 BARATTA, Alessandro, "Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal", Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997, p. 206 (tradução de Juarez Cirino dos Santos).

ou profissional" é valer-se de termos cujos conceitos não estão definidos pela lei brasileira, violando-se o princípio da legalidade. Por exemplo: para que se caracterize a habitualidade delitiva, reiterada ou profissional seria necessária a prática de quantos delitos? Bastariam investigações em curso, denúncias oferecidas ou sentenças condenatórias (recorríveis ou não)? E o que seriam, ou não seriam, "insignificantes infrações penais"? Estar-se-ia falando do princípio da insignificância? Ora, mas se a infração penal passada foi insignificante, quem o disse? O Ministério Público, ao não oferecer uma denúncia, ou o Juiz, ao absolver o réu por atipicidade da conduta anterior, em razão da aplicação do mesmo princípio? São questões, vê-se, que devem ser enfrentadas, pois, do contrário, teremos uma enxurrada de casos em que acordos não serão propostos sob a alegação genérica de que se tratava de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional.

Por fim, atentar que, em relação ao último requisito (alínea "e"), a lei impede o acordo apenas quando se tratar de "agressor"; logo, sendo uma "agressora" não há impedimento para o acordo.

Eis os requisitos; vejamos, então, as condições exigidas pela lei para a formalização do acordo, que devem ser "*ajustadas cumulativa e alternativamente*":

a) reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

b) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público, como instrumentos, produto ou proveito do crime; neste caso, ressalvada a legislação especial, o destinatário será o Fundo Nacional de Segurança Pública (art. 3º., VI, da Lei nº. 13.756/18); aqui, a questão é que há um verdadeiro confisco de bens sem que tenha havido uma sentença penal condenatória definitiva, como exige o art. 91, II, Código Penal;

c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de 1/3 a 2/3, em local a ser indicado pelo Juízo da Vara de Execuções Penais (art. 46 Código Penal);

d) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; observa-se que, ao contrário do que permite o art. 45 do Código Penal, neste caso, a prestação pecuniária não pode ter como beneficiária a vítima ou os seus dependentes;

e) ou, alternativamente, outra condição indicada pelo Ministério Público, a ser cumprida em prazo determinado, e desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada; o caso concreto dirá qual a condição melhor para ser acertada, cuidando-se para que condições draconianas e impraticáveis não sejam propostas, inviabilizando o acordo.

Pela redação legal, deve-se considerar como obrigatórias, aplicadas "cumulativamente", as quatro primeiras condições, salvo a impossibilidade de adimplemento como, por exemplo, a falta de recursos do investigado para reparar o dano ou para pagar a prestação pecuniária, ou a inexistência de instrumentos, produto ou proveito do crime. "Alternativamente", poderá ser também estabelecida a quinta condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Eis, por fim, as condições; vejamos, em seguida, os demais aspectos do novo procedimento.

Segundo a lei, "*caso Juiz considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor*."

Neste aspecto, deu-se ao Juiz uma possibilidade de "fiscalizar" os termos do acordo, algo incompatível com um processo penal de estrutura acusatória (art. 3º.-A, Código de Processo Penal). Imiscuir-se o Juiz nesta fase procedimental, "sugerindo" ao Ministério Público a reformulação da proposta, não está conforme um processo de modelo acusatório; assim, apresentado o acordo, das duas uma: homologa-se ou não se homologa!

O Juiz não deverá homologar o acordo no qual não foram observados os requisitos legais; recusada a homologação, o Juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. Da mesma maneira, se as condições estabelecidas não estejam em conformidade com a lei, o Juiz também deve recusar a homologação, consignando expressamente os motivos pelos quais a homologação foi rejeitada. Caberá ao Ministério Público, então, ajustar os termos do acordo, apresentando uma nova proposta ao investigado (que aceitará ou não).

Caso o MP entenda que a proposta atende os parâmetros legais (não sendo o caso de "ajustes") poderá interpor um recurso em sentido estrito (art. 581, XXV, Código de Processo Penal). Este recurso também poderá ser utilizado pelo investigado, claramente prejudicado pela não homologação.

Em caso de interposição do recurso, sendo ele julgado procedente, e transitada em julgado a decisão, o acordo deverá ser obrigatoriamente homologado pelo Juiz; julgando-se-lhe improcedente, surge uma questão: estará o Ministério Público obrigado a oferecer denúncia, já que o Tribunal entendeu pela rejeição da proposta? A resposta é positiva, pois o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública ainda vige no Brasil.

Este princípio, como ensina Figueiredo Dias, corresponde ao dever do Estado "*de administração e realização da justiça penal, obtendo a condenação judicial de todos os culpados e só dos culpados da prática de uma infração*." Continua não havendo no Brasil, ao menos nos casos de ação penal pública, "*qualquer juízo de ´oportu-*

nidade` sobre a promoção e prossecução do processo penal, antes esta se apresenta como um dever para o MP, uma vez presentes os pressupostos processuais (e a inexistência de obstáculos processuais), a punibilidade do comportamento, o conhecimento da infração e existência de indícios suficientes que fundamentem a acusação."[293]

No caso de recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo, a lei possibilita que o investigado recorra para o órgão colegiado do Ministério Público, aquele mesmo que tem atribuições para homologar (ou não) a promoção de arquivamento, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal. O prazo para este recurso administrativo será de 30 dias, contados da data da intimação (art. 28, § 1º., Código de Processo Penal).

Assim, sempre que, em tese, seja cabível o acordo e o Ministério Público, ao contrário, optar pelo oferecimento da denúncia, deve, em separado, expor as razões pelas quais não foi feita a proposta, intimando-se o investigado. Este pronunciamento deve ser fundamentado, conforme exige a Constituição Federal (arts. 129, **caput**, VIII, **in fine**, c/c arts. 129, § 4º. e 93, IX).

Não deve ser cogitada a aplicação, por analogia, da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal, primeiro porque de analogia não se trata mesmo, e, segundo, em razão da estrutura acusatória que deve ter o nosso processo penal, por força da Constituição Federal e do Código de Processo Penal (art. 3º.-A).

Se houver o oferecimento da peça acusatória, nada obstante ser caso de acordo, restará ao Juiz, em obediência ao art. 129, I, Constituição Federal, receber a denúncia (se não for inepta, se houver justa causa e se estiverem presentes os pressupostos processuais e as condições da ação); neste caso, o réu poderá interpor um Habeas Corpus para trancar o processo, afinal, trata-se de exercício abusivo do dever de acusar.

Finalmente, estando o acordo em conformidade com o pressuposto legal, presentes os seus requisitos e estabelecidas as condições, o Juiz deverá homologá-lo por sentença, devolvendo-se os autos ao MP para que, junto à Vara de Execuções Penais, providencie o início da execução. Como dito acima, a recusa em homologar trata-se de uma decisão recorrível (art. 581, XXV,CPP).

Entendo, nada obstante a lei não estabelecer expressamente, que a sentença homologatória do acordo penal é apelável, nos termos do art. 593, II (segunda parte), do Código de Processo Penal, tal como se dá com a sentença homologatória da transação penal (art. 76, § 5º., da Lei nº. 9.099/95) e da suspensão condicional do processo (conforme entendimento majoritário da jurisprudência e da doutrina).

A vítima deverá ser intimada da homologação do acordo e de seu eventual

293 DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, páginas 125 e 126.

descumprimento, nada obstante não ter legitimidade para se insurgir (administrativamente) contra o oferecimento do acordo, já que se trata de uma atribuição do órgão de execução do Ministério Público; tampouco para apelar da sentença homologatório. Igualmente, incabível será o oferecimento de queixa subsidiária (ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública), pois, às escâncaras, não houve inércia do Ministério Público.[294]

Como já referido, a sentença homologatória deverá ser enviada ao membro do Ministério Público junto à Vara de Execuções Penais para que inicie a sua execução. A iniciativa será do Ministério Público, não do Juiz, como se dá com as sentenças condenatórias, devendo ser observadas as disposições contidas na Lei nº. 7.210/84.

Já no Juízo da Vara de Execuções Penais, descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. Segundo a lei, o descumprimento também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento da suspensão condicional do processo; assim, temos um novo requisito negativo para a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº. 9.099/95: o descumprimento do acordo anterior de não persecução penal.

A celebração e o cumprimento do acordo não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para impedir um novo acordo, conforme acima indicado. Cumprido integralmente, o Juízo da Vara de Execuções Penais declarará extinta a punibilidade, observando-se que o prazo prescricional fica suspenso enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo (art. 116, IV, do Código Penal).

Para concluir, observa-se que este novo art. 28-A não encerra no Brasil, muito pelo contrário, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, aliás, decorrente do princípio da legalidade. O que houve, e já o havia, foi uma sua relativização, perfeitamente possível em um processo penal de feição acusatória.[295]

---

294 MARQUES, José Frederico, Elementos de Direito Processual Penal, Volume I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 325.

295 Veja-se o caso da transação penal (art. 76 da Lei nº. 9.099/95), da delação premiada (art. 4º., **§ 4º., da Lei nº. 12.850/13) e d**o acordo de leniência (arts. 86 e 87 da Lei nº. 12.529/11).

Direito Penal da Pandemia: Análise Dogmática da Responsabilidade Jurídica dos Médicos no Atendimento Às Vítimas da Covid-19

Pandemic Criminal Law: Dogmatic Analysis of The Legal Responsibility of Medical Doctors in The Care for Covid-19 Victims

Salo de Carvalho[**]

Davi Tangerino[***]

Lucas Albuquerque Aguiar[****]

RESUMO

A investigação pretende explorar os horizontes dos deveres de agir dos profissionais da saúde no atendimento às vítimas da Covid-19, sobretudo dos médicos em razão de inúmeros dispositivos legais direcionados especificamente à classe. O ponto de partida será a análise da incidência dos tipos penais dos artigos 135 (omissão de socorro), 268 (infração de medida sanitária preventiva) e 269 (omissão de notificação de doença), todos do Código Penal. A partir de uma abordagem metodológica centrada no estudo de casos reais ocorridos no Brasil desde o início da pandemia, desenvolve-se uma reflexão dogmática (método técnico-jurídico) sobre os limites objetivos e subjetivos da imputação com objetivo de fornecer critérios técnico-jurídicos de aplicabilidade judicial do direito penal na crise deflagrada pela pandemia.

** Sócio do escritório "Davi Tangerino e Salo de Carvalho Advogados Associados"; professor de direito penal da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ) e da Unilasalle/RS; mestre (UFSC) e doutor (UFPR) em direito; pós-doutor em direito penal (Universidade de Bolonha).

*** Sócio do "Davi Tangerino e Salo de Carvalho Advogados"; professor da UERJ e da FGV-SP, coordenador do Observatório de Direito Penal Empresarial da FGV; mestre e doutor em direito penal (USP).

**** Advogado do escritório "Davi Tangerino e Salo de Carvalho Advogados Associados"; LL.M. em direito penal internacional (Universidade de Leiden/Holanda); bacharel em direito (UniCEUB) e relações internacionais (UnB).

Palavras-chave: Direito Penal Médico; Teoria do Delito; Omissão de Socorro; Infração de Medida Sanitária; Notificação de Doenças

ABSTRACT

This investigation aims at exploring the duties to act from healthcare professionals in the care for Covid-19 victims, especially from medical doctors on account of the countless legal provisions aimed specifically towards that professional class. The starting point is the analysis of the applicability of the crimes described in articles 135 (omission of help), 268 (infraction of preventive sanitary measure) and 269 (omission of notification of disease), all from the Criminal Code. From a methodological approach focused in the study of real cases happened in Brazil since the beginning of the pandemic, the paper develops a dogmatic reflection (technical-legal method) on the objective and subjective limits of attribution, with the purpose of providing technical and legal criteria of the judicial application of criminal law in the crisis sparked by the pandemics.

Keywords: Medical Criminal Law; Theory of Crime; Omission of Help; Infraction of Sanitary Measure; Notification of Diseases.

SUMÁRIO

Introduçao; 1 Omissão De Socorro Em Razão De Inexistência De Equipamento De Proteção Individual Adequado (Caso Primeiro); 2 Encaminhamento De Pacientes Aos Respiradores (Caso Segundo); 3 A Não Notificação De Doença Contagiosa (Caso Terceiro); Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A pandemia do novo Coronavírus (Covid-19) trouxe ao debate público inúmeras questões que exigem reflexão no campo da ciência do direito penal (dogmática penal). Dentre os temas relevantes, destacam-se os relativos aos direitos e deveres de profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, auxiliares, administradores etc.) e de pacientes infectados, para além da dimensão ética do comportamento geral da sociedade durante o período crítico de contágio enquanto a ciência não fornece uma vacina eficaz.

No caso particular de médicos, diversas notícias apresentam cenários bastante delicados que começam a atingir o cotidiano do sistema de suporte à doença e que suscitam questões diretamente relacionadas à responsabilidade jurídico-criminal. São casos apresentados pela imprensa nacional que confrontam deveres dos profissionais da saúde com situações limites de ausência de infraestrutura adequada, como equipamentos de proteção individual (EPIs) e respiradores.

Importante salientar que entendemos que a intervenção penal na área da saúde pública geralmente traz mais danos do que resultados positivos (p. ex.,

criminalização do aborto, consumo de drogas etc.)[299], notadamente porque é ilusório o discurso da prevenção através da punição.[300] Em geral, são as normas de caráter administrativo as mais adequadas para regular este tipo de relação, como a própria experiência da pandemia tem demonstrado e como procuraremos expor neste estudo. Ocorre, porém, que as leis penais brasileiras apresentam uma série de hipóteses de incriminação que, real ou aparentemente, traduzem inúmeros casos concretos que vêm acontecendo.

Neste cenário, urgente que a ciência dogmática do direito penal desenvolva critérios claros de responsabilização, a partir de uma reflexão profunda, baseada em dados e amparada nas diretrizes legais, de forma a imunizar o debate das paixões próprias da esfera política. Pretendemos, portanto, apresentar algumas situações problemáticas que envolvem a possibilidade de responsabilização criminal dos profissionais da saúde, sobretudo dos médicos em razão de inúmeros dispositivos legais direcionados especificamente a esta classe de profissionais do sistema de saúde.

O estudo é baseado em três situações concretas e envolve sobretudo os tipos penais dos artigos 135 (omissão de socorro), 268 (infração de medida sanitária preventiva) e 269 (omissão de notificação de doença), todos do Código Penal.

Com o descontrole das contaminações pela Covid-19, inúmeras *obrigações jurídicas* dos profissionais da saúde têm sido colocadas, no debate público, sob o ponto de vista dos *deveres morais*. No entanto, em um Estado de Direito, moral e direito não se confundem[301], motivo pelo qual é fundamental o estabelecimento de critérios técnico-normativos de decisão para que os profissionais da saúde se sintam seguros no seu ofício e a população minimamente confortável na sua expectativa de eventualmente necessitar de socorro médico-hospitalar.

Assim, o primeiro tema a ser enfrentado diz respeito aos limites da omissão de socorro punível dos profissionais da saúde no atendimento às vítimas da Covid-19 quando os hospitais da rede especializada, públicos e privados, ou outras unidades de atendimento, não fornecem equipamento de proteção individual (EPI) adequado. O segundo caso abordado é relativo ao ato médico de enca-

---

299 Sobre o tema, exemplificativamente, CHRISTIE, Nils. El Control de las Drogas como un Avance Hacia Condiciones Totalitárias. In: **Criminología Crítica y Control Social**: el poder punitivo del Estado. Rosario: Juris, 1993, pp. 1490163; CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 183-205.

300 Sobre o tema, exemplificativamente, BARATTA, Alessandro. Viejas y Nuevas Estrategias en la Legitimación del Derecho Penal. In: RAMÍREZ, Juan Bustos (coord.). **Prevención y Teoria de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995, pp. 77-91; HASSEMER, Winfried. Prevención en el Derecho Penal. In: RAMÍREZ, Juan Bustos (coord.). **Prevención y Teoria de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995, pp. 93-118; RAUL, Wolf. Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas de la Pena. In: RAMÍREZ, Juan Bustos (coord.). **Prevención y Teoria de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995, pp. 59-69. Debate atualizado em BOZZA, Fabio da Silva. Política Criminal Contemporânea e Neoliberalismo. **Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 03., n. 1, 2015, pp. 63-82.

301 Sobre o tema, exemplificativamente, FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 173-199; CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 269-278.

minhamento de pacientes graves às unidades de tratamento intensivo (UTIs), notadamente quando há insuficiência de respiradores, situação que a mídia tem explorado como "escolha de Sofia" oficial. A terceira hipótese é sobre os deveres dos médicos de informar autoridades sanitárias quando se deparam com confirmação (ou suspeita) de contaminação pela Covid-19. Em todos os casos, o estudo gira em torno dos limites dos deveres dos profissionais de saúde. Limites de atendimento, de encaminhamento e de informação, todos no ambiente do necessário suporte técnico às vítimas da pandemia.

Importante alertar, porém, que partimos do pressuposto teórico e político-criminal que a intervenção do direito penal na área da saúde pública deve ser sempre subsidiária, notadamente pelo fato de que não episodicamente gera mais ônus sociais do que bônus, traz mais desvantagens aos envolvidos do que vantagens reais. Os estudos criminológicos já demonstraram em profundidade que é ilusório acreditar que a prevenção de condutas indesejadas se materializa através da pena e que, na maioria das vezes, são procedimentos não-penais (como os administrativos) os mais eficazes e vantajosos para a comunidade.

O estudo gira, portanto, em torno do tema da responsabilidade penal do médico no atendimento aos pacientes vítimas da Covid-19. A partir de abordagem metodológica centrada no estudo de casos ocorridos no Brasil desde o início da pandemia, desenvolveremos uma reflexão dogmática (método) sobre os limites objetivos e subjetivos da imputação penal, com objetivo de fornecer critérios técnico-jurídicos de aplicabilidade judicial do direito penal na crise deflagrada pela pandemia.

1 OMISSÃO DE SOCORRO EM RAZÃO DE INEXISTÊNCIA DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL ADEQUADO (CASO PRIMEIRO)

> "Entendemos perfeitamente ao que estamos sendo expostos e vamos trabalhar todos os dias conscientes desse risco, mas queremos trabalhar com uma contrapartida de o hospital de garantir a nossa segurança", diz Luciana [médica no Rio de Janeiro].[302]

Em matéria publicada em 27 de março de 2020, repórteres da BBC Brasil narraram o drama de médicos que se encontram na linha de frente no atendimento ao Coronavírus: "*Estamos apavorados*", é o título da reportagem. O pavor dizia respeito ao exponencial aumento do número de casos e, em consequência, do volume de pessoas que buscavam atendimento: "(...) faltam equipamentos de

302 MACHADO, Leandro; BARIFOUSE, Rafael. 'Estamos Apavorados': o drama de médicos na linha de frente do atendimento ao coronavírus no Brasil, **BBC Brasil**, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52057783. Acesso em 06 jun. 2020.

proteção adequados, e o risco de serem infectados aumenta ainda mais o estresse e o medo em sua rotina diária."[303] Em algumas situações, médicos e enfermeiros estariam comprando equipamentos de proteção individual (EPI) por conta própria, em decorrência da falta de material ou porque o que está sendo disponibilizado nas unidades hospitalares seria inadequado para atender às necessidades do pronto-socorro e da terapia intensiva (UTI).

No caso da médica carioca, a situação chegou ao limite, pois apesar de ter comprado para uso pessoal uma máscara N95, em razão da ausência de material na unidade, "foi proibida de usá-la, porque, nas palavras da diretoria do hospital, deixaria outros profissionais que não tinham como fazer o mesmo preocupados. 'Disseram que iria gerar um motim (entre funcionários)', diz Luciana."[304]

A questão que surge em relação aos deveres de médicos e dos demais profissionais da saúde diz respeito à possibilidade de não socorrer pessoas infectadas pelo novo Coronavírus diante do risco de contaminação. A pergunta seria se, nesses casos em que o médico não dispõe de equipamento minimamente adequado, o não atendimento configuraria omissão de socorro, isto é, se haveria o dever jurídico de esses profissionais agirem mesmo em situações de risco real.

A omissão de socorro é um delito de periclitação da vida ou da saúde, que se caracteriza por uma inação (deixar de agir) materializada na colocação de alguém a uma situação de risco. Dentre os delitos de periclitação da vida e da saúde, encontramos, p. ex., o perigo de contágio venéreo, a exposição à moléstia grave, o risco à vida ou à saúde. Segundo o art. 135 do Código Penal, configura omissão de socorro "deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública."[305] A mera abstenção da ação de cuidado é suficiente para caracterização do delito, sendo a pena majorada (causa especial de aumento) nos casos em que a omissão resulta em lesão corporal de natureza grave ou morte. Diferente do delito do art. 269 – "deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória"[306] –, p. ex., a omissão de socorro não é um crime próprio do médico, ou seja, a conduta pode ser praticada por

---

303 MACHADO, Leandro; BARIFOUSE, Rafael. 'Estamos Apavorados': o drama de médicos na linha de frente do atendimento ao coronavírus no Brasil, **BBC Brasil**, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52057783. Acesso em 06 jun. 2020.

304 MACHADO, Leandro; BARIFOUSE, Rafael. 'Estamos Apavorados': o drama de médicos na linha de frente do atendimento ao coronavírus no Brasil, **BBC Brasil**, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52057783. Acesso em 06 jun. 2020.

305 Art. 135 do Código Penal (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020).

306 Art. 269 do Código Penal (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020).

qualquer pessoa, também pelos profissionais de saúde. Basta que alguém esteja no lugar e no momento em que alguém necessita de assistência.

Na omissão de socorro a vontade do sujeito ativo engloba apenas a situação de risco, ou seja, há a intenção de omitir-se e há a consciência do perigo derivado da inação. Distingue-se de outros casos de ações realizadas por profissionais de saúde e que resultam dano, como, p. ex., o homicídio (ou lesão corporal) por omissão ou por negligência. Isso porque se o agente quiser (dolo) a morte ou a lesão, responderá pelos crimes do art. 121 (homicídio) ou do art. 129 (lesão corporal), ambos do Código Penal. No caso do homicídio por omissão, o profissional da saúde, na posição de garantidor (dever de agir decorrente do art. 13, § 2º, Código Penal) e em condições de atuar, deixa deliberadamente de exercer o ofício com a intensão de provocar a morte. Na hipótese da negligência (art. 121, § 3º, Código Penal), o médico, no exercício profissional, infringe um dever de cuidado objetivo, viola uma regra técnica que deveria observar e provoca um dano não desejado.

Os Tribunais têm reconhecido a omissão de socorro nas atividades que envolvem a área da saúde quando o profissional recusa o atendimento a pacientes em estado grave ou, tendo iniciado, deixa de prosseguir com o cuidado devido.[307] A recusa ao atendimento, por si só, não configura o delito, pois é necessária a demonstração de que a pessoa a ser socorrida estava em situação de perigo real.

Os dados públicos acerca da *capacidade de expansão* e, sobretudo, da *letalidade* da Covid-19, permitem afirmar que há efetivamente uma situação de risco que exige cuidado médico-hospitalar quando *pacientes sintomáticos*, com *testagem positiva*, aportam nas unidades de pronto-atendimento (UPAs) e nos hospitais[308].

O cenário de análise, portanto, é o da configuração (ou não) do delito de omissão de socorro quando o médico, motivado pela ausência real de equipamento adequado de proteção, nega assistência ou recusa mantê-la a pacientes infectados pelo Coronavírus.

O art. 135 do Código Penal possui um elemento normativo que permite excluir a tipicidade do delito nos casos em que a conduta exigida cria risco ao omitente. O Código refere um dever de assistência "*quando possível fazê-lo sem risco pessoal*", ou seja, o risco integra o tipo penal como uma elementar que, se

---

307 Neste sentido, p. ex., "configura o crime deste art. 135 a conduta de médico que recusa assistência a doente grave, a pretexto de falta de pagamento de honorários ou da inexistência de convênio (TACrSP, Julgados 83/321), bem como da falta de vaga, mesmo que verdadeira (TAMG, RJTAMG 54-55/550)" (DELMANTO, Celso *et al*. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 290-291). Conferir, igualmente, BITENCOURT, Cezar. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 654.

308 Dados do Ministério da Saúde divulgados em 14/05/20 dão conta de que 199.768 profissionais foram identificados como casos suspeitos da doença e precisaram ser afastados, dos quais 31,7 mil confirmados, 114.301 ainda em investigação e 53.677 descartados. PRAZERES, Leandro; FERREIRA, Paula. Brasil registrou 31,7 mil profissionais de saúde infectados pela Covid-19. **O Globo**, 14 mai. 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-registrou-317-mil-profissionais-de-saude-infectados-pela-covid-19-1-24427278. Acesso em: 06 jun. 2020.

presente na situação real, exclui o injusto. A indagação complementar seria: a possibilidade de os profissionais da saúde contraírem o vírus em decorrência da insuficiência de equipamentos de proteção individual ("EPI") configuraria risco pessoal? A resposta parece ser, à evidência, positiva.

Diversas notícias dão conta do insustentável cenário em que se encontram as unidades de saúde, ambientes nos quais os profissionais estão diante de pacientes infectados em estado grave sem contar com condições e equipamentos minimamente adequados. A propósito, o próprio Código de Ética Médica estabelece, como direito do médico, "*recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais*" (Capítulo II, IV, Resolução 2.217, Conselho Federal de Medicina, 27/09/2018).

Assim, a falta de estrutura hospitalar e a ausência de materiais mínimos de proteção, como máscaras, luvas, óculos, aventais, capotes e demais, fundamentam a negativa de atendimento a pacientes infectados (ou até mesmo com suspeita de infecção) por Covid-19, sem que isso configure o crime de omissão de socorro.

No entanto, a questão fica mais delicada quando há fornecimento de material de proteção individual pela administração, mas o equipamento é menos eficaz para Covid-19, como, p. ex., máscaras sem filtro PFF2 (adequadas para conter a transmissão) que não impedem a dispersão de aerossóis.

O caso do Hospital Salgado Filho, no Rio de Janeiro, é exemplar. Em reportagem publicada pelo O Globo, em 19/03/20, médicos do hospital do Méier, na Zona Norte do Rio de Janeiro, denunciavam estar trabalhando com máscaras convencionais, visto que as N95, recomendadas pelo Ministério da Saúde para o contato direto com pacientes infectados, não estavam sendo fornecidas pela Secretaria Municipal da Saúde.[309] Em Mato Grosso, o Conselho Regional de Enfermagem (Coren) notificou três hospitais por disponibilização de máscaras inadequadas aos profissionais do atendimento ao novo Coronavírus. No Hospital de Acidentados Traumatologia e Ortopedia, Só Trauma, enfermeiros foram flagrados com máscaras do tipo TNT, contraindicadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para utilização no combate ao Coronavírus – "o TNT só possui uma camada de tecido e, por isso, é inadequado ao uso dos profissionais, já que não barra nem filtra fluidos biológicos, o que expõe profissionais à contaminação."[310] A situação é comum em vários outros estados da federação.[311]

---

309 G1, **Médicos do Hospital Salgado Filho afirmam que estão com máscaras inadequadas**, 19, mar. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/19/coronavirus-medicos-do-hospital-salgado-filho-afirmam-que-estao-com-mascaras-inadequadas.ghtml. Acesso em: 06 jun. 2020.

310 RD Portal, **Coren notifica 3 hospitais de MT por uso de máscara inadequada ao coronavírus**, 28 abr. 2020. Disponível em: https://www.rdnews.com.br/coronavirus/coren-notifica-3-hospitais-de-mt-por-uso-de-mascara-inadequada-ao-coronavirus/127499. Acesso em: 06 jun. 2020.

311 Neste sentido, exemplificativamente, no Espírito Santo (NUNES, Aline. Médicos e enfermeiros denunciam falta de equipamentos de proteção, **A Gazeta**, 02 abr. 2020. Disponível em: https://www.agazeta.com.br/es/

Se é possível dizer que mesmo inadequadas, as máscaras TNT protegem o profissional de saúde de forma mais efetiva do que a ausência de qualquer EPI, igualmente é correto afirmar que mesmo o uso do EPI indicado pelas autoridades competentes não elimina completamente o risco de transmissão do vírus. Em razão desta, resta trabalhar com as situações em que o perigo possa ser reduzido a níveis toleráveis.

A conclusão possível, em termos abstratos, é que a falta de EPI adequado, isto é, em total conformidade com as normas técnicas, gera uma presunção de risco real. Eventualmente algum outro tipo de material pode apresentar nível de segurança similar, mas não entendemos que seja o caso das máscaras de TNT, p. ex. Tais casos devem ser analisados isoladamente, pois não é possível verificar, *a priori* e genericamente, todas as variáveis que envolvem a atestação da satisfação das condições sanitárias.

Assim, em face dos materiais disponíveis no momento do atendimento, os profissionais da saúde devem identificar sua suficiência e, verificando que o EPI não apresenta um grau satisfatório (mínimo) de segurança, devem comunicar a seu supervisor ou responsável, decidindo se podem fornecer o suporte requerido pelo paciente. Cientes, porém, de que o delito de omissão de socorro não está configurado quando o profissional estiver em risco pessoal de contágio, seja pela insuficiência do material de proteção, seja pelas más condições sanitárias do ambiente hospitalar.

Os limites do dever de agir estão elencados, de forma geral, na regulação jurídica da omissão imprópria. Segundo o art. 13, § 2º do Código Penal, a abstenção da conduta devida só é penalmente relevante quando o omitente *podia* agir. A possibilidade do agir não refere abstratamente uma capacidade física, mas uma condição pessoal real nos limites do risco aceitável.[312] E estar suscetível à contaminação pelo Coronavírus por ausência de equipamento de proteção individual minimamente adequado configura cenário que extrapola o que entendemos por risco aceitável.

Embora na grande mídia os médicos sejam saudados como "heróis" – e em certo sentido realmente o são em vista do notório empenho em salvar vidas na crise pandêmica que estamos vivendo –, o direito penal não exige atos de heroísmo e muito menos pune a omissão da ação devida quando implica risco pessoal. Eventual obrigação moral não se traduz em obrigação jurídica e é legítimo que os profissionais da saúde, nos casos em que o poder público não fornece as con-

---

gv/medicos-e-enfermeiros-denunciam-falta-de-equipamentos-de-protecao-0420. Acesso em: 06 jun. 2020), no Paraná (G1 Paraná, **Médicos reclamam de falta de equipamentos de proteção no combate ao Covid-19**, 03 mai. 2020. Disponível em: http://g1.globo.com/pr/parana/videos/t/todos-os-videos/v/medicos-reclamam-de-falta-de-equipamentos-de-protecao-no-combate-ao-covid-19/8418276. Acesso em: 06 jun. 2020), e em São Paulo (BETIM, Felipe. Lotado, hospital da periferia de São Paulo retrata o improviso na luta contra a covid-19, **El País**, 23 abr. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-04-24/lotado-hospital-da-periferia-de-sao-paulo-retrata-o-improviso-na-luta-contra-a-covid-19-ore-pelo-meu-pai. Acesso em: 06 jun. 2020; Agência Nacional, **Médicos reclamam falta de equipamentos para tratar Covid-19**, 27 abr. 2020. Disponível em: https://radioagencianacional.ebc.com.br/geral/audio/2020-04/medicos-reclamam-falta-de-equipamentos-para-tratar-covid-19. Acesso em: 06 jun. 2020).

312 TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 389-412.

dições adequadas de trabalho e os coloca em perigo, deixem de prestar o cuidado esperado.

No caso, as lições de Nélson Hungria ganham especial relevo:

> "a lei não obriga ninguém a ser herói ou santo, isto é, a sacrificar-se por amor ao próximo [...]. Mesmo aquele a quem incumbe, especialmente, o dever de assistência ao periclitante, não cometerá o crime, se se abstém para evitar risco pessoal. O texto da lei é incondicional quando se refere a risco pessoal [...]."[313]

Estabelecidos os limites do agir dos profissionais da área médica, fundamental referir, ainda, que é dever da administração, através das secretarias de saúde competentes (âmbitos federal, estadual e municipal), o fornecimento de equipamentos adequados para proteger a saúde dos servidores, sobretudo na esfera pública. Se por um lado o médico, o enfermeiro e todos os demais profissionais da cadeia de atendimento não são heróis, não sendo obrigados a ações de risco, por outro também necessitam cuidados. Cuidados que se materializam no fornecimento, pela administração pública, de condições mínimas para o atendimento às vítimas da Covid-19.

Assim, em caso de eventual contaminação dos profissionais de saúde pelo Coronavírus, em decorrência da não disponibilização de material de atendimento adequado, e demonstrada a relação de causalidade entre o não-fornecimento possível do equipamento e o contágio, seria cabível inclusive a responsabilização dos gestores pelos danos, nas esferas administrativa e cível e, eventualmente, no campo criminal.

Fundamental, portanto, nestes casos, uma atuação forte das associações, conselhos, sindicados e demais entidades representativas dos profissionais da área da saúde para que se cumpram, pelos poderes públicos e instituições privadas, as diretrizes que garantam minimamente a atuação no cuidado às vítimas.

2 ENCAMINHAMENTO DE PACIENTES AOS RESPIRADORES (CASO SEGUNDO)

> "[J]á estão faltando respiradores na rede pública. Tivemos uma situação muito triste em que perdemos dois pacientes por falta desse equipamento. Hoje temos apenas um respirador disponível numa sala com 30 pacientes [...]." (Pedro Archer, diretor do Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro)[314]

313 HUNGRIA, Nélson. **Comentários do Código Penal**. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 444.

314 PALHANO, Gabriela. Médico do Rio diz ter só um respirador para 30 pacientes: 'A gente acaba tendo que escolher', **G1**, 20 abr. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/22/medico-do-rio-diz-ter-so-um-respirador-para-30-pacientes-a-gente-acaba-tendo-que-escolher. Acesso em: 06 jun. 2020.

Pedro Archer, cirurgião-geral e diretor do Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro, que atua em uma emergência da Zona Oeste da capital fluminense, em reportagem datada de 20/04/20, informa que "já estão faltando respiradores na rede pública. Tivemos uma situação muito triste em que perdemos dois pacientes por falta desse equipamento. Hoje temos apenas um respirador disponível numa sala com 30 pacientes internados em isolamento de Covid-19."[315] A falta de respiradores acaba sendo um dentre a série de problemas que envolve o cuidado aos pacientes infectados. Em reportagem da Folha de São Paulo, foi identificado que cerca de 60 a 70 pacientes esperavam por leitos de UTI, no Rio de Janeiro, em 22/04/20: "para enfermaria, eram 300 à espera. São pessoas que estão só estabilizadas, em condições inadequadas, muitas vezes sem isolamento e acesso a exames ou respiradores, e atendidas por profissionais que reutilizam máscaras e macacões."[316]

No início deste mês de maio, o Secretário Estadual de Saúde do Rio reconheceu que com o aumento do número de infectados não haveria respiradores suficientes e que o governo estudava quais seriam os critérios para definir quem tem direito ao tratamento. Conforme divulgado, um protocolo técnico atribuiria notas relacionadas (a) ao funcionamento e às condições de órgãos vitais (como pulmões, rins e coração) e (b) à existência de doenças preexistentes – "quem tiver algum problema que pode ser fatal, independentemente da Covid-19, em até um ano, ganhará 4 pontos e ficará atrás na fila de quem não tiver mal algum (0 ponto) ou de quem tenha uma comorbidade que permita sobrevida maior do que um ano (2 pontos)."[317] Critérios de desempate, como a idade e já estar em respiração mecânica, complementariam o documento – "aquele que tiver até 60 anos ganhará um leito antes dos que têm entre 61 e 80 anos. Pacientes acima dos 80 anos ficarão por último na disputa pela vaga."[318] A pontuação variaria de 0 (boa) a 24 (péssima) e quanto melhores as condições de saúde do paciente (menor a nota) maiores as possibilidades de conseguir um leito.

O documento, já aprovado pela Subsecretária Estadual de Regulação e Unidades Próprias do Rio, aguardava apenas o aval do Secretário Edmar Santos para publicação no Diário Oficial. Segundo noticiado pela imprensa, o protoco-

---

315 PALHANO, Gabriela. Médico do Rio diz ter só um respirador para 30 pacientes: 'A gente acaba tendo que escolher', **G1**, 20 abr. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/22/medico-do-rio-diz-ter-so-um-respirador-para-30-pacientes-a-gente-acaba-tendo-que-escolher. Acesso em: 06 jun. 2020.

316 Folha de São Paulo. **Rio já tem espera de dias por UTI, e médicos escolhem quem usa respirador**, 23 abr. 20. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/rio-ja-tem-espera-de-dias-por-uti-e-medicos-escolhem-quem-usa-respirador. Acesso em: 06 jun. 2020.

317 Extra. **Rio faz protocolo para definir quem terá leito e respirador: para médico, escolha marcará a vida dos que estão na linha de frente**, 01 mai. 2020. Disponível em: https://extra.globo.com/noticias/rio/rio-faz-protocolo-para-definir-quem-tera-leito-respirador-para-medico-escolha-marcara-vida-dos-que-estao-na-linha-de-frente-24404919. Acesso em: 06 jun. 2020.

318 Zero Hora. **Governo do Rio de Janeiro estuda critérios para escolher quais pacientes com covid-19 terão direito a vaga em UTI**, 01 mai. 2020. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/05/governo-do-rio-de-janeiro-estuda-criterios-para-escolher-quais-pacientes-com-covid-19-terao-direito-a-vaga-em-uti-ck9oirctc00ca015ndl6pkcoo. Acesso em: 06 jun. 2020.

lo teria sido elaborado pela Secretaria de Saúde fluminense em conjunto com o Conselho Regional de Medicina do estado e a Academia Nacional de Cuidados Paliativos, com base nos "Princípios de Triagem em Situações de Catástrofes" da Associação de Medicina Intensiva Brasileira, resolução do Conselho Federal de Medicina, e de protocolo publicado no Journal of the American Medical Association. A justificativa do regulamento é a situação limite a que chegamos: "uma escolha terá que ser feita porque haverá 'uma inevitável sobrecarga dos equipamentos de saúde quando alcançado o período de ápice de infecção, havendo a imediata necessidade de se promover soluções que evitem o colapso da rede estadual'."[319] Um dos critérios é sintetizado no título da reportagem do jornal O Globo: "Escolha de Sofia oficial: no Rio, mais jovens terão maior chance de obter vaga em UTI para tratar coronavírus."[320]

No romance de 1979, o autor norte-americano William Styron narra a insuportável decisão de Sofia Zawistowka, polonesa detida no campo de concentração de Auschwitz.[321] Em determinado momento, um soldado nazista exige que Sofia escolha qual dos filhos (o menino ou a menina) deveria ser salvo da execução. A narrativa ficcional lembra a situação exposta por Svetlana Aleksiévitch, em "A guerra não tem rosto de mulher", da mãe que se vê obrigada a afogar o filho recém-nascido que chorava de fome para não denunciar ao exército nazista o local de refúgio do seu grupo.[322]

O dilema moral de Sofia, apresentado por Styron, serve apenas como uma imagem representativa de situações nas quais a tomada de decisão é extremamente difícil, talvez impossível. Todavia, diferentemente do que a aparência revela, o romance não se materializa nas situações em que os médicos que atendem infectados pela Covid-19 devem indicar quais pacientes serão encaminhados para os respiradores e quais precisam seguir na espera, mesmo sendo grave o risco de óbito. Isso porque o profissional da saúde não faz uma *escolha* (moral), mas toma uma *decisão* (técnica). E aqui há uma diferença substancial e que gera reflexos importantes no âmbito da responsabilidade jurídica (administrativa e penal).

A diferença entre *escolha* e *decisão* é tomada das lições de Lênio Streck, pensadas a partir do ato de aplicação do direito (decisão judicial). O constitucionalista aponta corretamente que a sentença não é um ato arbitrário (livre)

---

319 Extra. **Rio faz protocolo para definir quem terá leito e respirador**: para médico, escolha marcará a vida dos que estão na linha de frente, 01 mai. 2020. Disponível em: https://extra.globo.com/noticias/rio/rio-faz-protocolo-para-definir-quem-tera-leito-respirador-para-medico-escolha-marcara-vida-dos-que-estao-na-linha-de-frente-24404919. Acesso em: 06 jun. 2020.

320 GRINBERG, Felipe. **Escolha de Sofia oficial**: no Rio, mais jovens terão maior chance de obter vaga em UTI para tratar coronavírus, O Globo, 01 mai. 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/escolha-de-sofia-oficial-no-rio-mais-jovens-terao-maior-chance-de-obter-vaga-em-uti-para-tratar-coronavirus-24404895. Acesso em: 06 jun. 2020.

321 STYRON, William. **A Escolha de Sofia**. Rio de Janeiro: Record, 1979.

322 ALEKSIÉVITCH, Svetlana. **A Guerra não tem Rosto de Mulher**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 32.

ou discricionário, exatamente porque o magistrado não escolhe uma dentre as soluções possíveis, porque "decidir não é sinônimo de escolher."[323] Assim como o médico, o juiz não elege entre duas opções a partir de critérios personalíssimos, morais, como no caso de Sofia. A decisão do juiz e, na hipótese, a do médico, só é legítima e juridicamente correta se fundamentada (motivada) em diretrizes preestabelecidas, pois "no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado."[324]

A legitimidade (e correção) da decisão do profissional da saúde se encontra na observância rígida dos parâmetros predeterminados pelos órgãos de controle sanitário. E são estes critérios que devem vincular a tomada de decisão de encaminhar para a UTI uma pessoa de 40 anos em detrimento de outra de 80, p. ex. Por mais que, do ponto de vista pessoal, seja doloroso ao médico fazer este encaminhamento; por mais que o profissional entenda incorretos ou questionáveis os critérios; por maior que seja o envolvimento com o paciente; por maior que seja o abalo emocional provocado pela decisão. As diretrizes técnicas servem para que o ato do médico tenha *coerência* e *integridade*: coerência no sentido de que os mesmos critérios serão utilizados para resolver casos idênticos; integridade de forma a impedir que qualquer um decida conforme os seus critérios (a sua "consciência").[325] E é exatamente a conformidade da decisão médica com as diretrizes técnicas que soluciona o problema no âmbito jurídico-penal.

O direito penal brasileiro procura resolver o "dilema de Sofia" especialmente no campo da antijuridicidade.

Nos termos do art. 24 do Código Penal, "considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se."[326] Assim, não atua ilicitamente aquele que, em razão da existência de um dano iminente, sacrifica bem jurídico de terceiro que não gerou o perigo. Trata-se de um conflito entre interesses tutelados juridicamente em que o sujeito opta pela salvaguarda de um em detrimento do outro. Diferente da legítima defesa, no estado de necessidade não há reação contra uma agressão, mas uma ação contra terceiro inofensivo.[327]

---

323 STRECK, Lenio L. **O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 114.

324 STRECK, Lenio L.; OLIVEIRA, Rafael T. **O Que é Isto – As Garantias Processuais Penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 99.

325 STRECK, Lenio L. **O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 101.

326 Art. 24 do Código Penal (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020).

327 "O estado de necessidade não se confunde com a legítima defesa. Nesta, a reação realiza-se contra bem jurídico pertencente ao autor da agressão injusta, enquanto naquela a ação se dirige, em regra, contra um bem jurídico pertencente a terceiro inocente. Em ambas, há a necessidade de salvar um bem ameaçado"

Tavares lembra que com a incorporação do finalismo na Reforma de 1984, adotou-se no Brasil a "teoria diferenciadora", distinguindo-se o estado de necessidade em estado de necessidade justificante (causa de exclusão da ilicitude) e exculpante (causa de exclusão de culpabilidade). A diferença reside na hierarquia do bem jurídico protegido em comparação ao sacrificado. Segundo o penalista, "o valor [hierárquico] não refere à avaliação econômica do bem, mas sim à sua importância para a ordem jurídica (por exemplo, a vida tem maior valor do que a integridade corporal e do que o patrimônio)."[328]

No caso de conduta protetiva de bens jurídicos de igual ou maior valor (sacrifício de uma vida para salvar outra ou sacrifício da integridade física para salvar uma vida), a teoria diferenciadora resolve o problema através da exclusão da ilicitude (estado de necessidade justificante); em caso de sacrifício de bem de menor valor, a discussão é remetida ao âmbito da culpabilidade, em que são estabelecidos critérios próprios para verificar a possibilidade (ou não) de responsabilização penal. Em todas as hipóteses, porém, os limites do sacrifício do bem jurídico são estabelecidos pelos parâmetros da proporcionalidade (proibição do excesso), nos termos do art. 23, parágrafo único, do Código Penal.[329] Além da desproporcionalidade verificável na forma da conduta (ativa ou reativa), igualmente, há excesso punível nos casos em que há uma disparidade substancial entre os bens em conflito (sacrifício de um bem jurídico relevante para salvaguardar um insignificante).

A doutrina usualmente refere as denominadas "comunidades de perigo" para exemplificar as hipóteses de sacrifício de uma vida para salvar outra, como o caso em que dois alpinistas em escalada se veem na situação de que o de cima deve cortar a corda para sobreviver, ainda que cause a morte do companheiro que se encontra suspenso.[330]

Os casos das "comunidades em perigo" não se confundem, porém, com os dos médicos que *devem* decidir qual paciente terá acesso ao respirador e qual ficará em espera, notadamente porque o profissional da saúde atua conforme protocolos técnicos. É *obrigação* do médico verificar quais pacientes cumprem os requisitos e, em consequência, encaminhá-los ao tratamento adequado. Em realidade, o caso não é propriamente de estado de necessidade (justificante), mas de *cumprimento de dever legal*, de atuação exigida dentro dos limites da responsabilidade profissional.

(BITENCOURT, Cezar. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254).

328 TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 329.

329 Art. 23, parágrafo único, do Código Penal - "O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo". (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020).

330 TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 317.
Para além da evidência do estado de necessidade, Tavares propõe que o tema seja discutido sob o *princípio da impossibilidade real*, decorrente do art. 123, I e do art. 124 do Código Civil, que dispõe sobre a inexistência de obrigações impossíveis, pois "obrigações impossíveis não são autorizadas". O tema diz respeito à admissibilidade de espaços juridicamente livres, ou setores de neutralidade jurídica, entre o lícito e o ilícito (sobre o tema, TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 313-322).

E não há imputação quando o agente atua na estrita observância dos deveres profissionais. Exatamente por isso que, diferente da situação de Sofia ou dos alpinistas, não estamos perante uma causa de exclusão de antijuridicidade, mas de fato atípico, pois o médico atua no âmbito do seu dever legal. O dever é evidente a ponto de que o profissional poderia incorrer no crime de omissão de socorro se optasse, conscientemente, por não indicar qual pessoa infectada deve receber o tratamento, em desacordo com a conduta esperada (art. 135 do Código Penal).

A concepção dialética de injusto difere o estado de necessidade e a legítima defesa (causas justificantes) do exercício regular de um direito e do estrito cumprimento do dever legal, situações que excluiriam a tipicidade.[331] Não se há de falar em fato típico quando o sujeito atua por determinação de lei. A atuação nos limites do dever sequer merece indagação quanto à ilicitude, pois o Estado não pode, através do direito (leis, decretos, portarias etc.), ao mesmo tempo impor e proibir uma conduta.

O problema surge, porém, nas hipóteses em que *o médico deliberadamente desrespeita os protocolos técnicos*, ou seja, quando "escolhe" (e não decide justificadamente) encaminhar ao respirador paciente infectado por Covid-19 que se encontra em posição desvantajosa em relação a terceiros ou, em uma situação ainda mais delicada, quando interrompe o tratamento de um doente para liberar o equipamento para outro em situação de risco similar. Nesses casos de infração às diretrizes sanitárias, havendo dano ao(s) paciente(s) preterido(s) – e a probabilidade de dano, no caso, é real e concreta, não apenas uma presunção –, a conduta pode ser enquadrada como omissão de socorro (art. 135, Código Penal) ou, inclusive, como homicídio ou lesões corporais, dependendo das dimensões subjetivas que o fato adquire (vontade e/ou assunção de risco, nos termos do art. 18, I, do Código Penal).

No entanto, é de se reconhecer que mesmo não sendo nobres os critérios morais da escolha[332] – e o problema das escolhas morais sempre reside na plasticidade dos parâmetros de validação da sua (in)correção (e exatamente por isso precisamos das regras jurídicas) –, objetivamente a conduta estaria enquadrada nas hipóteses do estado de necessidade, pois, ao fim, foi direcionada à proteção de um bem jurídico relevante (vida). Não significa dizer, contudo, que o sujeito que infringe as diretrizes técnicas esteja imune de responsabilidade.

Nesse ponto retomamos a assertiva inicial de que a intervenção penal deve ser sempre subsidiária e de que, nas questões relacionadas à saúde pública, o direito administrativo pode ser muito mais eficaz e adequado. Assim, embora esteja amparado pela causa de justificação (estado de necessidade), não praticando ilíci-

---

331 TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 322.

332 Por todos, lembremos o caso da pediatra gaúcha que deixou de prestar atendimento à criança por força da posição política dos pais (SPERB, Paula. Pediatra interrompe atendimento a criança porque a mãe dela é petista. **Folha de São Paulo**, 30 mar, 2016. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1755517-pediatra-interrompe-atendimento-a-crianca-porque-a-mae-dela-e-petista.shtml. Acesso em: 06 jun. 2020).

to *penal*, o médico que encaminha ao respirador paciente em violação aos critérios predeterminados, desrespeitando a ordem de precedência, não está isento da responsabilização administrativa, respondendo pela falta nas esferas próprias, ou seja, funcional (unidade de atendimento) e/ou profissional (conselhos de representação) – independente, ainda, da eventual reparação do dano na órbita cível.

Importante referir, por fim, inclusive para que os mitos da efetividade da prevenção pela pena (criminal) não sejam reforçados, que a experiência demonstra que o afastamento do cargo, a suspensão do exercício ou o cancelamento do registro – hipóteses de sanções administrativas –, na maioria das vezes, são recebidas pelos infratores como tão agressivas quanto as penais, sobretudo pelos danos gerados à imagem profissional. Significa dizer: não responsabilização criminal não implica impunidade, visto ser o direito complexo e dotado de inúmeros instrumentos para a resolução da conflitividade social.

3 A NÃO NOTIFICAÇÃO DE DOENÇA CONTAGIOSA (CASO TERCEIRO)

O termo subnotificação passou a integrar o vocabulário dos brasileiros nestes tempos de pandemia. Na criminologia utiliza-se o termo "cifra oculta" da criminalidade para identificar a diferença entre a criminalidade real (totalidade dos delitos praticados em um determinado local em um período) e a criminalidade registrada (infrações penais que são comunicadas às autoridades competentes e são formalizadas em procedimentos burocráticos). Criminalidade registrada que não se confunde, porém, com criminalidade comprovada (ou oficial), visto que só é possível afirmar a existência do crime e derivar as consequências previstas em lei (p. ex., execução da pena, reincidência e maus antecedentes) após a sua confirmação em sentença penal transitada em julgado.[333]

No caso de doenças, a subnotificação pode ocorrer de duas formas, similares ao fenômeno criminológico das cifras ocultas. A primeira diz respeito à subnotificação real, isto é, à falta de informação acerca de quantas pessoas efetivamente estão doentes. Essa subnotificação deriva de diversos fatores como, p. ex., a inexistência de testes suficientes, a indisponibilidade das pessoas em procurar os serviços de saúde, a ausência de sintomas da doença.

A segunda forma de subnotificação decorre da escassez de formalização das ocorrências, isto é, da falta do registro em sentido burocrático. Corresponde, portanto, à comunicação insuficiente das ocorrências de doenças, no caso atual do coronavírus, aos órgãos competentes. Apesar de a primeira apresentar diversas causas, a segunda forma de subnotificação é resultado exclusivo da não informa-

333 Sobre o tema, na criminologia nacional, THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos?** Crime e criminoso: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 01-20.

ção, pelos responsáveis da área da saúde, de casos *confirmados* (ou *suspeitos*).

No início da pandemia no país, após inspeção realizada pela Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo em uma unidade de um grupo privado, foi noticiado que um dos hospitais da rede não estaria notificando os casos suspeitos de coronavírus. Segundo a imprensa,

> "no hospital, onde foram registradas as primeiras mortes pela covid-19 no país, há 'casos suspeitos de coronavírus não notificados, incluindo casos que levaram pacientes à morte'. As cinco mortes confirmadas até agora em São Paulo foram na rede Prevent Senior. Até a manhã de hoje, o país tem sete óbitos em razão da covid-19."[334]

A suspeita da não notificação motivou pedido de intervenção pública na unidade hospitalar[335] e de investigação pelo Ministério Público pela prática do crime previsto no artigo 269 do Código Penal, relativo à conduta de omissão de notificação de doença:

> "uma fiscalização realizada por equipes de saúde municipal no hospital encontrou mais pacientes infectados pela doença cuja situação era desconhecida pelos órgãos de controle de doenças infectocontagiosas. Esse tipo de comunicação é obrigatório por lei. Ao menos cinco pessoas internadas nessa unidade morreram em decorrência do Covid-19, mas esses casos foram conhecidos apenas depois das mortes. Integrantes da Saúde municipal afirmam que tomaram conhecimento da primeira morte pela TV."[336]

O Ministério Público pediu o arquivamento da investigação[337], mas a juíza responsável, entendendo haver justa causa para ação penal, encaminhou os autos ao Procurador-Geral de Justiça do Estado (art. 28 do Código de Processo Penal) que determinou a continuidade da persecução criminal.[338]

---

334 UOL, **Hospital com mortes em SP não notifica casos suspeitos, diz secretaria**, 20 mar. 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/20/hospital-casos-suspeitos-coronavirus-secretaria-sp.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

335 Agência Brasil, **Prefeitura de São Paulo pede intervenção do Hospital Sancta Maggiore**, 31 mar. 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/prefeitura-de-sao-paulo-pede-intervencao-do-hospital-sancta-maggiore. Acesso em: 06 jun. 2020.

336 Folha de São Paulo, **Promotoria de SP investiga médicos por suposta omissão no combate ao coronavírus**, 30 mar. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/03/promotoria-de-sp-investiga-medicos-por-suposta-omissao-no-combate-ao-coronavirus.shtml. Acesso em: 06 jun. 2020.

337 Em razão do sigilo do procedimento, as informações sobre o fundamento do pedido de arquivamento e a decisão que determina a manutenção do procedimento não estão acessíveis. Segundo informações disponibilizadas na imprensa, o promotor teria pedido arquivamento alegando que "não há como atribuir aos médicos do referido nosocômio, aliás, sequer identificados na portaria, o dolo característico e correspondente da ausência de notificação de doença (crime de perigo abstrato), isto porque é consabido que faltam testes para a detecção do COVID 19 no Brasil e aqueles poucos pacientes que são submetidos aos testes não se obtém com a rapidez necessária o resultado". Além das questões relativas ao elemento subjetivo do tipo, no pedido o promotor teria referido que "a ausência de notificação não gera a morte de alguém" e que não seria possível afirmar que "d[est]a ausência de notificação suceda homicídio culposo por negligência, porque não sabiam e não tinham condições de saber." (MACEDO, Fausto; ORTEGA, Pepita. Promotor vê questão 'alheia da esfera ministerial penal' e pede arquivamento de investigação de hospitais de São Paulo por omissão de casos de coronavírus, **Jornal Estado de São Paulo**, 01 abr. 2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/promotor-ve-questao-alheia-da-esfera-ministerial-penal-e-pede-arquivamento-de-investigacao-de-hospitais-de-sao-paulo-por-omissao-de-casos-de-coronavirus/. Acesso em: 06 jun. 2020.

338 NETTO, Paulo Roberto. **Juíza vê justa causa para investigação e procurador-geral mantém apuração contra Prevent Senior**, 15 abr. 2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiza-ve-justa-causa-para-investigacao-e-procurador-geral-mantem-apuracoes-contra-prevent-senior/. Acesso em: 06 jun. 2020.

O caso ilustra, de um lado, a complexidade das investigações envolvendo a omissão de notificações e, de outro, a inadequação da incriminação prevista no art. 269 do Código Penal à realidade fática, conforme procuraremos demonstrar.

A conduta do médico que não realiza a notificação de casos de pessoas infectadas com o novo coronavírus às autoridades sanitárias está prevista como delito no art. 269 do Código Penal brasileiro: "deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória"[339]. A pena prevista é a de detenção pelo período de 6 meses a 2 anos e multa.

Conforme as lições de Hungria, a incriminação da conduta se justifica em razão de a omissão impedir medidas profiláticas de proteção à saúde da população, criando um perigo de generalização da doença ou do foco de infeção.[340] Trata-se, em realidade, de uma forma específica de infração médica à determinação do poder público de compartilhamento de informação destinada a impedir propagação de doença contagiosa. Mas se o art. 268 do Código Penal apresenta hipóteses mais amplas de medidas preventivas, destinadas a toda população e, inclusive, de forma agravada, aos profissionais da saúde[341], o art. 269 concentra-se na notificação pelo médico.

Hungria lembra, inclusive, que esta regra mandamental afasta o dever de segredo do médico, previsto no art. 154 do Código[342], exatamente em razão da compulsoriedade da notificação. Visto ser um dever legal de comunicação, mais do que uma situação justificante (Hungria[343]), a violação do sigilo profissional é atípica, nos exatos termos expostos anteriormente sobre a obrigatoriedade de o médico indicar, nos casos de número insuficiente de respiradores, qual paciente deve receber tratamento para covid-19 e qual deve permanecer em espera. Isto porque o direito não pode exigir uma conduta (notificação da doença) e, ao mesmo tempo, incriminar a sua execução (violação do sigilo sobre a doença).[344]

---

339 Art. 269 do Código Penal. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

340 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 9, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 102.

341 Art. 269 do Código Penal - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: pena - detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

342 Art. 154 do Código Penal - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

343 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 9, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 102.

344 CARVALHO, Salo; TANGERINO, Davi. O ato médico de encaminhamento das vítimas aos respiradores, **Conjur**, 19 mai. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-transe-ato-medico-encaminhamento-vitimas-aos-respiradores. Acesso em: 06 jun. 2020.

A infração à norma mandamental ("dever de denunciar") caracteriza um crime omissivo próprio, ou seja, a conduta consiste em deixar de realizar uma ação determinada.[345] E, como regra geral dos crimes omissivos (próprios ou impróprios), importante lembrar que a conduta exigida está *limitada* pela real possibilidade de atuação *sem risco pessoal* – tratamos recentemente desta questão nos casos em que os médicos não possuem equipamentos de proteção individual (EPIs) adequados para atendimento do covid-19.[346]

O art. 269 do Código é um tipo penal incompleto, nominado como "norma penal em branco", pois apresenta uma *lacuna legal voluntária*. São situações em que o legislador propositalmente deixa de regular a matéria em sua integralidade em razão de sua complexidade, definindo apenas diretrizes gerais que posteriormente serão reguladas por órgãos especializados e seus *experts* – "as lacunas voluntárias são normalmente *intralegem* (...)" complementadas por "novas regras [que] deverão ser formuladas dentro das regras expressas."[347]

No caso, o tipo penal do art. 269 não esclarece (*primeiro*) *quais são as doenças* de notificação obrigatória e, mais especificamente, (*segundo*) *qual a forma da sua notificação* (o prazo, o procedimento e o direcionamento, ou seja, a autoridade pública responsável por receber a denúncia).

A informação aos órgãos públicos de doenças como dengue/chikungunya, febre amarela, sífilis e, com mais atenção recentemente, o coronavírus, é compulsória nas três esferas de governo, nos termos da Portaria 204/16, do Ministério da Saúde, que "define a Lista Nacional de Notificação Compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública nos serviços de saúde públicos e privados em todo o território nacional"[348]. Conforme indicado no Sistema de Informação de Agravos de Notificação, plataforma que recebe as notificações de doenças e organiza os dados sanitários, o objetivo da determinação é a "realização do diagnóstico dinâmico da ocorrência de um evento na população, podendo fornecer subsídios para explicações causais dos agravos de notificação compulsória, além de vir a indicar riscos aos quais as pessoas estão sujeitas, contribuindo assim para a identificação da realidade epidemiológica de determinada área geográfica."[349]

---

345 TAVAREZ, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 396-402; Tavares, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 47.

346 CARVALHO, Salo; AGUIAR, Lucas. Limites da responsabilidade na omissão de socorro às vítimas da Covid-19, **Conjur**, 11 mai. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/carvalho-aguiar-responsabilidade-omissao-socorro. Acesso em: 06 jun. 2020.

347 BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: EdUnB, 1995, p. 146.

348 BRASIL. **Portaria do Ministério da Saúde nº 204, de 17 de fevereiro de 2016**. Brasília, DF, 17 fev. 2016. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0204_17_02_2016.html. Acesso em: 06 jun. 2020.

349 "O Sistema de Informação de Agravos de Notificação - Sinan é alimentado, principalmente, pela notificação e investigação de casos de doenças e agravos que constam da lista nacional de doenças de notificação compulsória (Portaria de Consolidação nº 4, de 28 de Setembro de 2017, anexo V - Capítulo I), mas é facultado a estados e municípios incluir outros problemas de saúde importantes em sua região, como varicela no estado de Minas Gerais ou difilobotríase no município de São Paulo." [Ministério da Saúde,

A norma penal em branco do art. 269 do Código é de complementação heteróloga[350], ou seja, o seu *conteúdo incriminatório* é fornecido por uma fonte legislativa de natureza hierárquica inferior (Portaria 204/16 do Ministério da Saúde), motivo pelo qual a doutrina diverge em relação à sua constitucionalidade[351] por força do princípio da reserva legal (art. 22, I da Constituição).[352] Ademais do problema da constitucionalidade que merece ser pontuado, a técnica de remeter o conteúdo incriminador a um órgão administrativo envolve importantes problemas de natureza prática como, p. ex., a questão dos efeitos da (ir)retroatividade da lei penal em caso de sucessão temporal do complemento. Exatamente em relação aos casos de notificação de doença, indaga Juarez Cirino dos Santos se seria aplicável o art. 2º, parágrafo único, do Código, quando a doença é posteriormente excluída do catálogo, isto é, qual seria a aplicabilidade do princípio da retroatividade benéfica nas hipóteses em que o fato foi praticado na vigência de complemento posteriormente retirado do catálogo.[353] Apesar de concordarmos com a posição de Cirino dos Santos em relação à retroatividade (do complemento) da lei mais favorável, alguns autores atribuem para determinados atos administrativos natureza de lei temporária ou excepcional, sobretudo os relacionados ao tabelamento de preços, autorizando a ultratividade e mantendo-se a punibilidade[354] nos termos do art. 3º do Código.[355]

No entanto, a questão que, no momento, nos parece de extrema relevância, é relativa à responsabilidade penal do médico pela não notificação da doença. O crime do art. 269 do Código Penal é um *crime próprio*, ou seja, o mandamento legal é direcionado a um sujeito específico, no caso, o médico. Apesar de o sistema de vigilância epidemiológica ser composto por inúmeros profissionais (médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem, além de gestores e demais integrantes do corpo administrativo), apenas o médico é referido no tipo penal como responsável pela notificação.

Assim, só haveria possibilidade de imputar responsabilidade aos demais profissionais da saúde na forma do concurso de pessoas (coautoria/participação).

SINAN-Sistema de Informação de Agravos de Notificação, 2019. Disponível em: https://portalsinan.saude.gov.br/. Acesso em: 06 jun. 2020.

350 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 74.

351 Sobre a divergência QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 43-46.

352 Art. 22, inciso I, da Constituição Federal - Compete privativamente à União legislar sobre: I–direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

353 SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

354 Conferir, por todos, HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1, t. 1. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 137-138; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 9, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 103.

355 Art. 3º do Código Penal - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

Bitencourt é claro ao delimitar os horizontes de incidência típica:

> "sujeito ativo é apenas o médico, tratando-se, por conseguinte, de crime próprio. O farmacêutico não pode ser sujeito ativo dessa infração penal, por faltar-lhe a condição especial exigida pelo tipo penal, ser médico; pode, contudo, ser alcançado, como qualquer outra pessoa, pelo concurso eventual de pessoas (art. 29 do CP)."[356]

Ocorre que a estrutura burocrática criada para as notificações de doenças e agravos é muito mais complexa do que faz supor a lei penal.[357] O atual sistema de vigilância epidemiológica brasileiro demanda uma estrutura sofisticada de organização que é composta por inúmeros profissionais, exatamente para que não se inviabilize o rápido compartilhamento de informações. Mais: para que os médicos que prestam atendimento aos doentes não sejam sobrecarregados com tarefas burocráticas como o preenchimento de formulários, p. ex.

Não por outra razão, o Ministério da Saúde ampliou a notificação compulsória para outros profissionais e para gestores dos serviços públicos e privados de saúde que prestam assistência ao paciente (art. 3º, Portaria 204/16), estabelecendo prazo limite para o cumprimento do dever – "a notificação compulsória imediata deve ser realizada pelo profissional de saúde ou responsável pelo serviço assistencial que prestar o primeiro atendimento ao paciente, em até 24 (vinte e quatro) horas desse atendimento, pelo meio mais rápido disponível" (art. 4º, Portaria 204/16)[358].

Ademais, o regulamento administrativo impõe a obrigação não apenas de notificar "doença confirmada", mas também a "suspeita" (art. 3º, § 1º, Portaria 204/16).

Em razão da expansão dos sujeitos (demais profissionais e gestores) e do objeto (suspeita) relativos ao dever de notificação, algumas questões merecem ser exploradas em termos de responsabilização criminal. Logicamente que, em face das importantes e necessárias barreiras estabelecidas pela legalidade penal, é *inadmissível que a diretriz administrativa amplie a tipificação*, ou seja, os sujeitos (médico) e o objeto (doença) permanecem inalterados. Assim, p. ex., um enfermeiro não pode ser imputado pela não notificação, pois a compulsoriedade estabelecida no art. 269 é exclusiva ao médico; e um médico não pode responder penalmente por não informar a *suspeita* de uma doença, visto o objeto do delito ser a doença (leia-se confirmada). Nestas duas hipóteses, a possibilidade de responsabilização jurídica pela infração à norma de cuidado que regula a atividade fica adstrita à esfera extrapenal (administrativa e, eventualmente, cível e trabalhista).

---

356 BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v 4., 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 758.

357 Nesse sentido, SILVA JÚNIOR, José; DEZEM, Guilherme Madeira. Omissão de notificação de doença. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). **Código Penal e sua Interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 1.291-1.294.

358 BRASIL. **Define a Lista Nacional de Notificação Compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública nos serviços de saúde públicos e privados em todo o território nacional, nos termos do anexo, e dá outras providências.** Portaria do Ministério da Saúde nº 204, de 17 de fevereiro de 2016. Brasília, DF, 17 fev. 2016. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0204_17_02_2016.html. Acesso em: 06 jun. 2020.

No entanto, na esfera criminal, alguns problemas práticos decorrem deste sistema complexo representado pela Portaria 204/16, sobretudo porque estamos ante um delito de perigo abstrato, ou seja, um perigo presumido, sem que ocorra dano ou perigo concreto de dano ao bem jurídico (apesar do disposto no art. 285[359] combinado com o art. 258 do Código[360]). Pensemos, pois, perante o estado de coisas que vivemos sob a pandemia, nas situações em que os médicos, sobrecarregados, muitas vezes realizando seu trabalho em condições adversas (inadequadas), constatam que determinado paciente testou positivo ao coronavírus e, ao invés de denunciar diretamente, encaminham a informação à administração do hospital que, por razões das mais diversas, deixa de repassar à autoridade pública. Mais: imaginemos que esta unidade hospitalar é da rede privada, como no caso ocorrido em São Paulo, em que a posição hierárquica do médico está mais bem definida e que os protocolos internos determinam que este tipo de comunicação deva ser direcionado primeira ou exclusivamente aos gestores.

Nesta hipótese – que não é difícil imaginar, sobretudo na rede privada –, parece evidente que, do ponto de vista da tipicidade subjetiva, não pode haver imputação, por duas razões: (*primeira*) porque ao informar o superior hierárquico parece ser evidente a ausência do dolo – "vontade livre e consciente de omitir a comunicação à autoridade pública sobre a existência de doença cuja notificação é compulsória"[361]; e (*segunda*) porque a regra técnico-administrativa que regula a matéria e fornece o conteúdo à norma penal em branco, ao ampliar de forma global os sujeitos responsáveis pela notificação, gera uma situação fática e real de compreensão de que a responsabilidade é compartilhada, podendo induzir o médico no erro (de tipo) de supor que a sua obrigação se esgota ao transmitir a informação ao gestor. Embora sejam situações distintas (ausência de dolo e erro de tipo), a solução jurídica é idêntica (atipicidade subjetiva) dada a ausência de previsão de modalidade negligente no tipo do art. 269 do Código Penal.

No entanto, não nos parece satisfatória (e razoável) a resolução do caso no âmbito da tipicidade subjetiva, sobretudo em razão das dúvidas quanto à (não) configuração do dolo que surgem na instrução processual, situação que pode conduzir a resultados insatisfatórios como os da criminalização do médico. Questões desta natureza devem ser resolvidas no plano da imputação objetiva, de

---

359 Art. 285 do Código Penal - Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

360 Art. 258 do Código Penal - Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

361 BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v 4., 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 760.

forma a evitar que uma discussão de dogmática penal material seja remetida a um terreno extremamente instável, notadamente em razão das dificuldades probatórias que envolvem os elementos subjetivos.

A reflexão deve girar, portanto, em torno da seguinte conduta: o médico, durante o atendimento, constata que o paciente está contaminado pelo coronavírus e, observando as diretrizes preestabelecidas pela instituição hospitalar (hierarquia e forma), registra no prontuário e repassa os dados ao gestor que deixa de notificar a autoridade pública. Note-se que a hipótese é diferente daquela referida por Bitencourt, em que o médico que dá alta ao paciente enfermo sem efetuar nenhum registro dos sintomas e do tratamento prescrito.[362]

É de se observar, como parâmetro de análise, que a Portaria 204/16 do Ministério da Saúde cria um procedimento de informação em várias etapas, em uma cadeia de informação que apenas se inicia com o profissional de saúde, terminando nos escalões superiores do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, conforme o artigo 4º, a notificação deve ser realizada pelo profissional que presta assistência em até 24 horas (*caput*) e a autoridade que a receber deverá repassar o dado em igual prazo às demais esferas de gestão do SUS (parágrafo único). Parece, pois, que o médico que constata a doença e notifica internamente, seguindo formalmente os protocolos da sua unidade hospitalar (pública ou privada) e ciente de que o receptor da informação, superior hierárquico, igualmente tem o dever legal de informação, atua regularmente no âmbito das suas atribuições profissionais, não sendo objetivamente imputável. A conduta do médico parece estar, portanto, dentro dos limites das normas que regulamentam a sua atividade profissional e que pressupõe uma cadeia de informação em sequência que é efetivamente iniciada pelo profissional. No caso fictício, o médico teria cumprido os seus deveres de ofício, observado a norma de cuidado, o que permitiria excluir a imputação penal objetiva.

Perceba-se, ainda, que em razão da complexa estrutura burocrática que envolve as notificações de doenças compulsórias é comum que não caiba ao médico que realiza o primeiro atendimento ao paciente notificar diretamente a autoridade de saúde. Entendemos, portanto, que é suficiente que o médico informe à estrutura responsável pelas comunicações à autoridade de saúde para que se desincumba de seu dever na esfera penal.

Mesmo que se entenda ter o médico delegado seu dever "penal" a outras autoridades sanitárias, o tema não muda significativamente. É perfeitamente possível a transferência desse dever, restando, porém, àquele que delega o dever de supervisão sobre a delegação. Assim, tendo o médico indícios de que as notificações não estão sendo devidamente encaminhadas pela administração do hospital,

362 BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v 4., 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 761.

deve buscar um modo de fazê-lo e não apenas se escorar na notificação que fez *interna corporis*.

Todavia, resta a indagação acerca da responsabilidade do gestor do hospital que deixa de notificar as autoridades após ser informado pelos seus médicos.

Neste caso, o tipo penal do art. 269 do Código, apesar de a Portaria 204/16 do Ministério da Saúde equiparar todos envolvidos na obrigatoriedade de prestar informação, estabelece critérios díspares e que merecem ser problematizados. Isto porque se o gestor for médico, responderia pelo crime de omissão de notificação de doença; mas se não o for, não haveria delito, pois estamos perante um crime próprio, respondendo o autor exclusivamente no âmbito administrativo. Apesar de os deveres serem idênticos, o tratamento da lei penal é radicalmente distinto e é justificado exclusivamente em relação à qualidade do agente.

Neste cenário, na realidade concreta do sistema de saúde brasileiro, a norma penal está punindo não uma conduta com potencialidade (abstrata) de dano, mas um *status* ou condição profissional. A disparidade de tratamento revelada nessa obsessão de punição do profissional da medicina cria uma situação de evidente desproporcionalidade em razão do excesso punitivo, o que nos parece retirar a legitimidade da incriminação. Além do fato de revelar-se (a incriminação) inócua em razão da complexidade do sistema de saúde, caracterizado por uma regulação plural que envolve inúmeros sujeitos e formas de notificação de doenças graves.

A conclusão apontada acerca da ilegitimidade da criminalização do médico pela não notificação não desconsidera o potencial dano à saúde pública que merece ser evitado, mormente no atual contexto. Mas o tipo do art. 269, além dos motivos expostos, igualmente revela-se desnecessário e excessivo em decorrência da amplitude do tipo do art. 268. Em sua redação, o art. 268 acaba por contemplar esses casos de não notificação, não apenas pelo médico, mas pelos demais profissionais que atuam no sistema de saúde, visto que a Portaria 204/16 efetivamente regulamenta a "determinação do poder público [no caso: notificação compulsória de doença] destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa"[363] – inclusive com aumento de pena se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro (art. 268, parágrafo único, do Código Penal).

Não há dúvidas de que um sistema de notificações eficiente dos casos de doenças contagiosas como o coronavírus é extremamente importante para que as autoridades consigam tomar as decisões mais corretas, sempre baseadas em evidências científicas. No entanto, a regulação no âmbito administrativo revela-se,

363 BRASIL. **Portaria do Ministério da Saúde nº 204, de 17 de fevereiro de 2016**. Brasília, DF, 17 fev. 2016. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0204_17_02_2016.html. Acesso em: 06 jun. 2020.

em inúmeros casos, suficiente e mais adequada à realidade, motivo pelo qual a incidência do direito penal pode, como no caso apresentado, causar mais danos do que benefícios sociais.

CONCLUSÃO

Se a pandemia da Covid-19 colocou toda a humanidade em uma situação de reclusão forçada por força da expansividade do vírus, ao mesmo tempo deflagrou atitudes de solidariedade e de união entre os povos que têm conduzido governos e comunidade científica no direcionamento de políticas pública de amparo às vítimas e na busca científica de remédios adequados. Ocorre que em razão das suas proporções e dos efeitos reais que tem produzido, notadamente a perda de vidas humanas aos milhares, a pandemia afeta diretamente nas subjetividades, consolidando sentimentos de medo e incerteza na população.

O problema é que em momentos de profunda apreensão como o que estamos vivendo, em especial em contextos políticos autoritários e de relações sociais infantilizadas, é muito comum a exploração do medo, situação que não invariavelmente resulta (*primeiro*) na eleição de determinados grupos sociais como responsáveis (fonte do problema) e, em consequência, (*segundo*) na convocação do direito penal, sobretudo da pena criminal, como meio eficaz de resposta social, em um processo ritualístico e simbólico de expiação. Mas para além desta reação psíquica instintiva que demanda a conexão (aderência) da causa do medo (Covid-19) a algo palpável e de possível enfrentamento – não por outra razão a tentativa de grupos sociais e, inclusive, governos, de nominar o estado pandêmico como decorrência de um "vírus chinês" –, é comum que sejam projetadas expectativas sobre certas atividades e que, se frustradas, provocam reações (responsabilizações).

Um dos exemplos que experimentamos neste processo de criação idealista de expectativa e reação punitiva à sua natural frustração é o da identificação de médicos e demais profissionais da saúde como "heróis" no enfrentamento da pandemia. Ocorre que o heroísmo se encontra em um lugar além-do-homem, pois se exige do herói não apenas o "combate", mas a "vitória", independente do custo, inclusive com sacrifício pessoal. Trata-se de uma obrigação moral de satisfação das demandas sociais.

No ensaio procuramos, antes de tudo, desfazer esta imagem para recolocar os profissionais da saúde no local que lhes é de direito. A desmistificação é fundamental para que possamos ver os médicos e os demais agentes de saúde não como heróis, mas como trabalhadores, profissionais de uma área estratégica na crise em que vivemos e que não apenas exercem, mas que precisam de cuidado. Neste sentido, apontamos critérios jurídicos e limites para a responsabilização penal, reforçando a conclusão de que a incidência do direito penal sobre as situações analisadas não representa a solução mais efetiva. Sobretudo para que não se confundam deveres jurídicos com expectativas morais e para que não se banalize

o uso do direito penal nas situações em que o corpo social se veja frustrado com os limites de atuação estabelecidos pelo direito.

REFERÊNCIAS

Agência Brasil, **Prefeitura de São Paulo pede intervenção do Hospital Sancta Maggiore**, 31 mar. 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/prefeitura-de-sao-paulo-pede-intervencao-do-hospital-sancta-maggiore. Acesso em: 06 jun. 2020.

Agência Nacional, **Médicos reclamam falta de equipamentos para tratar Covid-19**, 27 abr. 2020. Disponível em: https://radioagencianacional.ebc.com.br/geral/audio/2020-04/medicos-reclamam-falta-de-equipamentos-para-tratar-covid-19. Acesso em: 06 jun. 2020.

ALEKSIÉVITCH, Svetlana. **A Guerra não tem Rosto de Mulher**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

BARATTA, Alessandro. Viejas y Nuevas Estrategias en la Legitimación del Derecho Penal. In: Ramírez, Juan Bustos (coord.). **Prevención y Teoria de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BETIM, Felipe. Lotado, hospital da periferia de São Paulo retrata o improviso na luta contra a covid-19, **El País**, 23 abr. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-04-24/lotado-hospital-da-periferia-de-sao-paulo-retrata-o-improviso-na-luta-contra-a-covid-19-ore-pelo-meu-pai. Acesso em: 06 jun. 2020.

BITENCOURT, Cezar. **Código Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v 4., 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: EdUnB, 1995.

BOZZA, Fabio da Silva. Política Criminal Contemporânea e Neoliberalismo. **Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 03., n. 1, 2015.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. **Define a Lista Nacional de Notificação Compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública nos serviços de saúde públicos e privados em todo o território nacional, nos termos do anexo, e dá outras providências.** Portaria do Ministério da Saúde nº 204, de 17 de fevereiro de 2016. Brasília, DF, 17 fev. 2016. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0204_17_02_2016.html. Acesso em: 06 jun. 2020.

CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO, Salo; AGUIAR, Lucas. Limites da responsabilidade na omissão de socorro às vítimas da Covid-19, **Conjur**, 11 mai. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/carvalho-aguiar-responsabilidade-omissao-socorro. Acesso em: 06 jun. 2020.

CARVALHO, Salo; TANGERINO, Davi. O ato médico de encaminhamento das vítimas aos respiradores, **Conjur**, 19 mai. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-transe-ato-medico-encaminhamento-vitimas-aos-respiradores. Acesso em: 06 jun. 2020.

CHRISTIE, Nils. El Control de las Drogas como un Avance Hacia Condiciones Totalitárias. In: **Criminología Crítica y Control Social**: el poder punitivo del Estado. Rosario: Juris, 1993.

DELMANTO, Celso *et al*. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Extra. **Rio faz protocolo para definir quem terá leito e respirador: para médico, escolha marcará a vida dos que estão na linha de frente**, 01 mai. 2020. Disponível em: https://extra.globo.com/noticias/rio/rio-faz-protocolo-para-definir-quem-tera-leito-respirador-para-medico-escolha-marcara-vida-dos-que-estao-na-linha-de-frente-24404919. Acesso em: 06 jun. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Folha de São Paulo, **Promotoria de SP investiga médicos por suposta omissão no combate ao coronavírus**, 30 mar. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/03/promotoria-de-sp-investiga-medicos-por-suposta-omissao-no-combate-ao-coronavirus.shtml. Acesso em: 06 jun. 2020.

Folha de São Paulo. **Rio já tem espera de dias por UTI, e médicos escolhem quem usa respirador**, 23 abr. 20. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/rio-ja-tem-espera-de-dias-por-uti-e-medicos-escolhem-quem-usa-respirador. Acesso em: 06 jun. 2020.

G1 Paraná, **Médicos reclamam de falta de equipamentos de proteção no combate ao Covid-19**, 03 mai. 2020. Disponível em: http://g1.globo.com/pr/parana/videos/t/todos-os-videos/v/medicos-reclamam-de-falta-de-equipamentos-de-protecao-no-combate-ao-covid-19/8418276. Acesso em: 06 jun. 2020.

G1, **Médicos do Hospital Salgado Filho afirmam que estão com máscaras inadequadas**, 19, mar. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/19/coronavirus-medicos-do-hospital-salgado-filho-afirmam-que-estao-com-mascaras-inadequadas.ghtml. Acesso em: 06 jun. 2020.

GRINBERG, Felipe. **Escolha de Sofia oficial**: no Rio, mais jovens terão maior chance de obter vaga em UTI para tratar coronavírus, O Globo, 01 mai. 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/escolha-de-sofia-oficial-no-rio-mais-jovens-terao-maior-chance-de-obter-vaga-em-uti-para-tratar-coronavirus-24404895. Acesso em: 06 jun. 2020.

HASSEMER, Winfried. Prevención en el Derecho Penal. In: Ramírez, Juan Bustos (coord.). **Prevención y Teoria de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1, t. 1. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 9, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários do Código Penal**. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MACEDO, Fausto; ORTEGA, Pepita. Promotor vê questão 'alheia da esfera ministerial penal' e pede arquivamento de investigação de hospitais de São Paulo por omissão de casos de coronavírus, **Jornal Estado de São Paulo**, 01 abr. 2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/promotor-ve-questao-alheia-da-esfera-ministerial-penal-e-pede-arquivamento-de-investigacao-de-hospitais-de-sao-paulo-por-omissao--de-casos-de-coronavirus/. Acesso em: 06 jun. 2020.

MACHADO, Leandro; BARIFOUSE, Rafael. 'Estamos Apavorados': o drama de médicos na linha de frente do atendimento ao coronavírus no Brasil, BBC Brasil, 20 mar. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52057783. Acesso em 06 jun. 2020.

NETTO, Paulo Roberto. **Juíza vê justa causa para investigação e procurador-geral mantém apuração contra Prevent Senior**, 15 abr. 2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiza-ve-justa-causa-para-investigacao-e-procurador-geral-mantem-apuracoes-contra-prevent-senior/. Acesso em: 06 jun. 2020.

NUNES, Aline. Médicos e enfermeiros denunciam falta de equipamentos de proteção, **A Gazeta**, 02 abr. 2020. Disponível em: https://www.agazeta.com.br/es/gv/medicos-e-enfermeiros-denunciam-falta-de-equipamentos-de-protecao-0420. Acesso em: 06 jun. 2020.

PALHANO, Gabriela. Médico do Rio diz ter só um respirador para 30 pacientes: 'A gente acaba tendo que escolher', **G1**, 20 abr. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/22/medico-do-rio-diz-ter-so-um-respirador-para-30-pacientes-a-gente-acaba-tendo-que-escolher. Acesso em: 06 jun. 2020.

PAUL, Wolf. Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas de la Pena. In: Ramírez, Juan Bustos (coord.). **Prevención y Teoria de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RD Portal, **Coren notifica 3 hospitais de MT por uso de máscara inadequada ao coronavírus**, 28 abr. 2020. Disponível em: https://www.rdnews.com.br/coronavirus/coren-notifica-3-hospitais-de-mt-por-uso-de-mascara-inadequada-ao-coronavirus/127499. Acesso em: 06 jun. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA JÚNIOR, José; DEZEM, Guilherme Madeira. Omissão de notificação de doença. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). **Código Penal e sua Interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SPERB, Paula. Pediatra interrompe atendimento a criança porque a mãe dela é petista. **Folha de São Paulo**, 30 mar, 2016. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1755517-pediatra-interrompe-atendimento-a-crianca-porque-a-mae-dela--e-petista.shtml. Acesso em: 06 jun. 2020).

STRECK, Lenio L; OLIVEIRA, Rafael T. **O Que é Isto – As Garantias Processuais Penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio L. **O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STYRON, William. **A Escolha de Sofia**. Rio de Janeiro: Record, 1979.

TAVAREZ, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos?** Crime e criminoso: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

UOL, **Hospital com mortes em SP não notifica casos suspeitos, diz secretaria**, 20/03/20 (https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/20/hospital-casos-suspeitos-coronavirus-secretaria-sp.htm).

Zero Hora. **Governo do Rio de Janeiro estuda critérios para escolher quais pacientes com covid-19 terão direito a vaga em UTI**, 01 mai. 2020. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/05/governo-do-rio-de-janeiro-estuda-criterios-para-escolher-quais-pacientes-com-covid-19-terao-direito-a-vaga-em-uti-ck9oirctc00ca015ndl6pkcoo. Acesso em: 06 jun. 2020.

A Alteridade em Levinas e a Possibilidade de um Novo Olhar Para a Justiça Criminal: O Outro na Justiça Restaurativa

Alterity in Levinas and the Possibility of a New Look at Criminal Justice: the Other in Restaurative Justice

Taysa Matos[364]

Selma Santana[365]

RESUMO

Levinas salienta a importância de observar o Outro através da alteridade. Para ele esse olhar é requisito para uma sociedade mais humana e menos totalitária. Só com essa compreensão do Outro é possível estabelecer uma convivência justa e pacífica. Nesse artigo buscou-se relacionar o pensamento de Levinas com os pilares e princípios da Justiça Restaurativa. Para tanto utilizou-se o método bibliográfico e de caráter exploratório, a partir do conjunto de obras sobre o assunto, respondendo, assim, se essa compreensão do Outro em Levinas possibilita um novo olhar para o entendimento de justiça criminal.

Palavras-chave: Emmanuel Levinas; Justiça Criminal; Justiça Restaurativa

ABSTRACT

Levinas stresses the importance of observing the Other through alterity. For him this look is a requirement for a more human and less totalitarian society. Only with this understanding of the Other is it possible to establish a just and peaceful coexistence. In this article we tried to relate the thought of Levinas with

364 Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA; Mestre pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB; Professora Substituta da Universidade Federal da Bahia – UFBA; Assessora da OAB seccional da Bahia.

365 Doutora em Ciências Jurídico-Criminais; Promotora do Ministério Público Militar da União em Salvador/Ba; Professora Associada de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação e Pós-Graduação). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Justiça Restaurativa.

the pillars and principles of Restorative Justice. For this purpose, the bibliographic method was used and exploratory, based on the set of works on the subject, thus answering whether this understanding of the Other in Levinas allows a new look at the understanding of criminal justice.

Keywords: Emmanuel Levinas; Justice Ciriminal; Restorative Justice

INTRODUÇÃO

O projeto da pós-modernidade não conseguiu definir com precisão a questão da autonomia do ser humano e sua liberdade (Cfr. FABRI, M, 2011). Emmanuel Levinas ao analisar a necessidade da retomada da humanização do Ser, dentro da concepção filosófica moderna, ressalta, a partir da perspectiva da subjetividade, a importância de se enxergar o Outro e sua infinitude como proposta de responsabilidade social. Ele traz a concepção de alteridade como meio de integração e resolução de conflitos sociais, pois, ao se responsabilizar pelo Outro, se responsabiliza pelo todo. Para Levinas a interpretação da alteridade é feita através da epifania do rosto do outro, cujo olhar coloca em total questionamento a outra subjetividade. Com isso, ele aponta a relação recíproca e fundamental do Eu e Tu como direcionamento necessário para se alcançar a justiça.

Levinas relaciona a humanização do Ser com a alteridade, com o Outro que transcende e com quem se preocupa. Pois, com a alteridade o Ser não se esgota no Eu, mas explica o sujeito de forma integral, sem, no entanto, defini-lo, conceituá-lo ou padronizá-lo, devendo este resistir a toda tentativa de uniformização que o submete a uma totalidade e com ela a perda de sua identidade (LEVINAS, 1988).

Essa totalidade faz desaparecer as diferenças presentes na concepção de subjetividade, uma vez que a representação do ser estará no infinito que rompe a totalidade. O humano, para Levinas, é mais do que qualquer conceituação possível da racionalidade ocidental e seus pensamentos vão além de um cotidiano prático. Esse humano possui uma subjetividade extrema, baseada na ideia de preocupação ou responsabilidade com o Outro, e ao colocar-se no lugar do Outro, a partir do entendimento de alteridade estabelece comportamentos éticos necessários para o convívio harmonioso em sociedade (LEVINAS, 2012).

Sobre esse aspecto, Sayão (2009, p. 239) diz que: "Levinas fala do mais original do humano, exaltando horizontes delineados como sensibilidade em termos de vulnerabilidade e gozo, que resultam diante do Outro (alteridade) numa história de responsabilidade e substituição". Assim, o filósofo ressalta a alteridade vivenciada pelo Ser não egocêntrico, que ultrapassa seus próprios interesses para alcançar a paz e a horizontalidade das relações, pois a responsabilidade com o Outro não deixa espaços para os discursos que geram "um estado de selvageria cujo argumento maior é a guerra" (SAYÃO, 2009, p. 236).

Essa percepção do Outro é fundamental para a construção de outra proposta de justiça criminal baseada na generosidade, no diálogo e na internalização

da responsabilidade pelos contextos que envolvem os atos e conflitos, enxergando o Outro não como limite do punir, mas sim, como a possibilidade da subjetividade que transcende a finitude das circunstâncias. Essa alteridade e humanização do Ser possibilita a horizontalidade nas relações e servem de base para restaurar, curar e exercer a justiça.

A ALTERIDADE E A MUDANÇA DE PARADIGMA

Desde que decidiu viver em sociedade o ser humano tem necessidade de criar regras de convivência para estabelecer relações pacíficas. Essas normas deveriam garantir o bem comum, estabelecendo os direitos e os deveres de cada membro (DALLARI, 2010). Assim, melhor do que trabalhar com normas éticas de forma positivada é se perceber qual o sentido dessa norma e o objetivo a ser alcançado por meio dela.

Segundo Krohling (2010), na filosofia moderna, Emmanuel Levinas, aborda essa questão trabalhando o absoluto que denomina de "Outro", além de desenvolver uma metafísica fenomenológica, que vai contra uma concepção excessivamente teórica da fenomenologia, contrapondo, com isso, aos pensamentos de Husserl (que se constrói a partir da percepção) e Heidegger (que se torna ontologia), ao dizer que esses pensadores reduziram outrem ao mesmo (LEVINAS, 1998).

A alteridade proposta por Emmanuel Levinas busca a infinitude do Outro e é compreendida como um procedimento da natureza e não da intervenção humana, ou seja, a ética da alteridade se classifica na ação do dá, tendo como prioridade nessa ação sempre o Outro. Essa prioridade nada mais é que a responsabilidade assumida com o Outro, seja ela individual ou coletiva (MELO, 2003).

Connor (1992, p.193) diz que a ética levinasiana pode ser entendida como "teoria da desconstrução", pois esta se manifesta na desconstrução do "edifício ontológico". Em outras palavras, Levinas acredita que a ética não pode ser fundada na ontologia, muito menos no Eu. Ela deve ser firmada em outra forma de Ser, um Ser transcendente, ela deve está pautada na essência do Outro.

Segundo Melo (2003, p.202), ao abordar o Ser nessa dimensão, Levinas pretendia desconstruir o sistema filosófico que não atingisse a totalidade ontognosiológica, pois, é preciso estabelecer uma prioridade pragmática filosófica contrária ao ato mecânico de elaborar e cumprir a lei (fundamentada no sujeito), tendo em vista que esta é uma relação sem fundamento, já que não há uma relação anterior que justifique o Eu e o Outro (FABRI, 1997)

Para Krohling (2010), a alteridade em Levinas é entendida como filosofia primeira, pois estabelece a relação, antes negada, entre o Eu e o Outro, construindo o entendimento de que esses não podem ser analisados separadamente, uma vez que não se separam. Nessa relação ocorre a injunção do Outro no Mesmo, e o Eu não pode retornar à posição de repouso em si mesmo. Assim, a injunção do

Outro não é só uma inversão da egosidade do Eu, mas um discurso que faz romper a retórica da totalidade do Neutro. Dessa relação, nasce um modo de Ser do sujeito e um novo modo de Ser do discurso, ou seja, um estatuto da alteridade. Nesse novo modelo do Ser fundado na alteridade, o Outro se torna a única Lei.

Ao propor a alteridade como filosofia primeira, Levinas institui uma ação de comando, que é ao mesmo tempo exterior e interior, em que a liberdade e autonomia de vontade da pessoa se manifesta no "não matar", não pelo fato de estar previsto na lei, mas pela possibilidade da escolha. Portanto, a liberdade se configura na possibilidade de escolha independente da lei, pois, uma vez livre para escolher é possível ser responsável pelo Outro. O reflexo do outro no Eu gera o compromisso de analisar os fatos e conflitos fora dele, de olhar o Outro pela lente da alteridade, com isso, necessariamente o Eu estará no Outro e vice-versa (KROHLING, 2010).

Essa mudança de paradigma na compreensão da humanidade diferencia a postura diante do conflito, passando de um olhar baseado no estatuto da totalidade ou contratualismo[366] para o do estatuto da alteridade. Essa diferença é fundamental para estabelecer uma justiça criminal mais humana, para buscar a resolução dos conflitos a partir do Outro e não do Eu, para deixar de lado interesses privados e assumir uma postura coletiva diante dos fatos (DALLARI, 2010).

A diferença de postura está em desconsiderar a força violenta da tirania da lei, que se impõe pela "guerra" ou conflito; uma lei que governa a partir da força impositiva e controladora do absoluto, um governo punitivista, verticalizado e neutro em relação as subjetividades dos sujeitos. O estatuto da alteridade, assim, busca uma análise através da visão libertadora, que desconsidera a tirania e suas consequências maléficas, chamadas de "justiça", estabelecendo o apelo para com o Outro. A proposta da alteridade é a responsabilidade dos sujeitos diante do ato e a solução mais humana dos conflitos, para a alteridade o que pesa é o "não matar" (CINTRA, 2009)

Levinas, portanto, diz que o Outro precisa ser considerado e internacionalizado e que isso é possível através do Rosto, pois, no momento em que o Eu percebe o Rosto do Outro em seu mundo ou este reflete sua imagem no mundo do Eu, automaticamente constrói-se uma responsabilidade partilhada. Esse exercício de responsabilidade, que proporcionará a proximidade entre o Eu e o Outro, sem, com isso, produzir uma sobreposição. Vale destacar que o "matar" diz respeito ao negar o Outro em sua integridade, o outro que se oferece e revela-se (FARIAS, 2006).

Nesse entendimento de alteridade há possibilidade de dupla articulação naquilo que o interdito do Rosto expressa e significa concretamente: o Tu não mata-

366 Segundo Dalmo de Abreu Dallari, contratualismo é uma das teorias de organização social que se dá de maneira intencional, através de um acordo de vontade dos membros da sociedade, por meio de um contrato hipotético (DALLARI, 2010, p. 12).

rás se inscreve no Rosto e constitui sua própria alteridade. A morte, para Levinas, aparece como o fim, seja de possibilidades ou de poderes do sujeito. Essa visão se distingue do entendimento de morte para Heidegger, pois este pensa a morte como um rompimento dos poderes de fruição e de compreensão (FARIAS, 2006).

Ações e comportamentos fundamentados na alteridade buscam entender e alcançar o infinito no Rosto do Outro, pois, quando o pressuposto da relação é o respeito não só se enxerga e percebe-se o Rosto ou a parte do Outro que se vê, mas também se instaura uma proposição de entendimento do que isso representa. Para tanto é necessário ver, sentir e perceber o Rosto do Outro com um olhar diferenciado. Dessa forma, todos são responsáveis, culpados, reféns e coniventes, destinados a um sofrimento que é, ao mesmo tempo, inútil e libertador (LEVINAS, 2009).

Verifica-se, portanto, que a subjetividade pela condição de ser refém do outro implica uma ruptura da totalidade e a instauração da experiência do outro como uma experiência da transcendência. Assim, a subjetividade de um concretiza-se através da relação com o Outro e se manifesta através de seu rosto, cujo olhar é uma constante interpelação de justiça: "Tu não matarás".

A subjetividade acontece na existência humana através da relação intersubjetiva e na exigência infinita de justiça para com o outro. O outro se revela na epifania de seu rosto. Há no rosto do outro um mundo interior, previamente fechado e ao mesmo tempo aberto para uma nova compreensão e captura. O que se dá, o que se toma, reduz-se ao fenômeno, descoberto e oferecido à captação, arrastando uma existência que se suspende na posse (BICCA, 1997)

O rosto se apresenta a partir da relação com o Ser. O existir do Ser – irredutível à fenomenalidade, compreendida como realidade sem realidade – efetua-se na inadiável urgência com que ele exige uma resposta. Essa resposta difere da "reação" que o dado suscita, porque não pode ficar "entre nós", como quando das disposições que se toma em relação a uma coisa. Tudo o que se passa "entre nós" diz respeito a toda gente, o rosto que o observa coloca-se em pleno dia da ordem pública, mesmo que dela se separe ao procurar com o interlocutor a cumplicidade de uma relação privada e de urna clandestinidade (SOUZA, 2004).

Dessa forma, é preciso se pensar o Ser e o existir em um novo paradigma humano, pois, como pretende Levinas, as relações só se estabelecem a partir da infinitude da humanização do Outro com o Eu.

A JUSTIÇA HUMANIZADA

A abordagem de Emmanuel Lévinas sobre a crise do humanismo aponta para a necessidade de pensar o Direito pela construção do Eu responsável pelo Outro e não o Eu encastelado em suas estruturas individualistas e racionais. Os limites da razão para o desenvolvimento de um humanismo levinasiano está na superação da dicotomia sujeito-objeto e, por meio do agir humano, pensar em

formas de se redescobrir o Ser através da busca pela dignidade que representa uma verdadeira experiência do sentido do existir.

O indivíduo quando enquadrado em estruturas sociais que o totaliza e, consequentemente, o nadifica, vivencia diferentes abordagens da violência respaldada no totalitarismo e nas manifestações de poder presente nas relações sociais. Dentre essas estruturas, destaca-se a intencionalidade e o encerramento no solipsismo do Eu, preocupado somente com o seu Ser. Nessa direção o pensamento levinasiano deixa claro a importância e necessidade de desconstrução do individualismo exacerbado, salientando que sem assumir a responsabilidade do Eu para com o Outro as relações não passaram de obediência a força da lei (BUBER, 2004)

Assim, a liberdade como horizonte resultante da intersubjetividade humana se manifesta na alteridade do rosto e na possibilidade de reconstrução dessa humanidade. Reconstrução esta que inseri a presença do Outro na configuração do Estado de Direito, como elemento de resgate da identidade dos relacionamentos sociais, garantindo a liberdade e a justiça plena por meio da transformação da miséria do Outro em uma perspectiva dialética que valorize a pluralidade e não a padronização (MOREIRA, 2007).

Assim, a tolerância com o Outro promove as diferenças e se apresenta como elemento de desconstrução do paradigma absoluto da efetividade na coerção, destacando-se como elemento constitutivo da cidadania enquanto exercício de responsabilidade. Uma vez que a formação da identidade do Ser se constitui a partir da possibilidade do agir ético na coexistência com o outro. Sendo assim, a tolerância se destaca como via de resgate humano do cidadão, exercida por meio de um comportamento ético pensado em face do retributivismo (COSTA, 2014).

Nesse sentido, a atuação do Estado, como promotor da tolerância, se manifesta mediante a promoção do rosto do Outro como reflexo da alteridade pensada em face da consensualidade social. O aperfeiçoamento do Estado está na efetivação da justiça, da liberdade, da dignidade, da honra e do respeito social. A partir dessas ações estruturadas a partir da alteridade é possível pensar a liberdade na configuração da justiça. O exercício da cidadania será refletido na ótica do amor fruto da mudança social que solicita a justiça. A alteridade, portanto, serve como interface na configuração do bem, do agir na eticidade ao próximo, da liberdade, enquanto possibilidade de se escolher ou não a prática da justiça no exercício da atuação política e na responsabilidade com que se estabelece a justiça, principalmente a justiça criminal. Com isso, a correlação entre a lei e o rosto do Outro, pensada a partir da equidade como norteadora da construção normativa e promotora do respeito à singularidade no dispensar a justiça.

O OUTRO NA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O Outro descrito em Emmanuel Levinas se caracteriza pela alteridade, demonstrando a distorcida ideia do pensamento ocidental sobre este Outro e os padrões que culminam em sua discriminação. A diversidade e diferença sociais não deveriam servir como exclusão mas sim de unidade. Para Levinas, a concepção do Outro, do diverso é diferente do destoante imaginário ocidental-hegemônico, que se refere ao diferente, dentro de uma perspectiva estruturalista do sujeito, como aquele ser humano que foi moldado e relacionado aos padrões arquetípicos impostos pelo Ocidente.

Sobre essa concepção de humano apresentada por Levinas, Sayão (2012a, p. 244), diz que o filósofo compreende a sociedade baseada "responsabilidade, cuidado e generosidade", e que tem esses requisitos como primordiais, pois, só seria possível uma sociedade mais humanizada se está tiver como foco o sentido humano das relações estabelecidas. Assim, ao compreender o Outro e suas necessidades, ajudando-o e exercendo a generosidade, é possível ter uma visão mais ampla do que seja, de fato, e qual o verdadeiro significado da humanidade.

Entretanto, como bem ressalta Sidekum (2005), o pensamento ocidental está lastreado em uma egologia, um egocentrismo, impedindo assim a prevalência da subjetividade humana, necessária para se estabelecer a relação do Eu com o Outro, relação esta que é, por si mesma, presente antes de sua própria origem, ou seja, antes mesmo que o Eu exista já estava pré-estabelecido um elo onde o Eu é preocupado e responsável para com o Outro.

Colaborando com esse entendimento, Pelizzoli (2009, p. 261), diz que "se queremos a alteridade, precisamos abraçá-la inteira", pois para tal é preciso se colocar no lugar do Outro e se preocupar com ele, para que se consiga chegar mais próximo do humano. Por isso, Levinas ao falar da alteridade, fala da responsabilidade, do respeito a diversidade humana, rompendo, assim, com as dicotomias e categorizações do humano, bem como com binarismos que são reforçados pela sociedade ocidental, que, através de seus discursos, impedem a existência do Outro.

Nessa perspectiva Santos (2004) diz que a infinitude da subjetividade, divide o ser humano em duas partes, o Mesmo e o Outro, e que, mesmo que estes tenham alguma afinidade, ainda assim, se mantêm separados, e que só a partir dessa ideia de separação é possível compreender o sentido do humano a que se propõe Levinas.

Dessa forma, Cruz (2013) diz que por vivermos em uma desigual as questões socioculturais são opressoras e a lógica das relações humanas é precedida pela subalternização das subjetividades. Assim, as condições de diferença se tornam um elemento de exclusão e seletividade.

Todas essas ponderações a respeito do Outro pode ser relacionada aos pilares da Justiça Restaurativa que propõe uma política penal mais aberta, estabelecendo uma Justiça Criminal capaz de converter as políticas públicas de seletividade em um sistema restaurativo, proporcionando o resgate dos direitos humanos a partir de

resultados mais eficientes e adequados aos problemas que envolvem a criminalidade, utilizando para tanto a prevenção, alteridade e o diálogo (SHECARIA, 2011).

Ao adotar o sistema penal restaurativo busca-se limitar o controle punitivo do Estado rompendo com paradigmas criminológicos baseados na segregação – punição grupos de pessoas de determinada classe social e étnica. Uma vez que essa política monolítica, ou seja, uma política que opta por adotar unicamente a pena como meio de combate a violência, gera um encarceramento em massa e não é capaz de atender aos anseios sociais (SICA, 2008).

Essa política retributiva não está voltada as subjetividades, pelo contrário. Ela se estabelece a partir da compreensão do Eu individualista, da punição sem consciência da responsabilidade, das relações e do pensamento ideologicamente desvirtuado quando, nadifica o Ser e transmiti a sociedade uma sensação equivocada de justiça através de punições cada vez mais severas, que desconsidera direito e garantias fundamentais e mantêm, verticalmente, decisões judiciais duras e punitivistas (SANTOS, 2014).

Assim a Justiça Restaurativa se contrapõe a um modelo de retribuição, uma vez que a pena se direciona a retribuir o "mal" cometido pelo Outro – dentro do conceito jurídico-normativo de crime –, um ato que contraria e prejudica a sociedade, aqui representada pelo Estado. Além disso, a retribuição tem o fim de prevenção geral, demonstrando aos indivíduos os comportamentos socialmente desejados para o equilíbrio nas relações e, por conseguinte, a prevenção especial que instrui de que se o indivíduo cometeu um crime a pena que lhe fora atribuída sirva de lição para não voltar à prática delitiva (ZAFFARONI, 1999).

O sistema penal retributivo busca através da pena a prevenção, punição e ressocialização, contudo, não se preocupa em restabelecer ou restaurar as relações, trazendo, na prática, resultados ineficientes, que não resolvem os conflitos em sua origem, mas sim as consequências desses conflitos, que, mesmo assim, não consegue diminuir a violência, nem preveni-la (ZAFFARONI, 2001).

Além disso, quando se trata do processo a justiça retributiva tem seu rito solene próprio, contencioso e dogmático. Salvo nos casos em que se trata de ação penal privada, em que o ofendido detém a titularidade da ação, os atores principais são as autoridades, profissionais do Direito e o infrator, sem possibilidade de interferência da vítima. Em outras palavras, esse método de justiça criminal potencializa a generalização dos sujeitos, desconsidera suas subjetividades e exclui a compreensão de responsabilidade pelo Outro. Na verdade o que há é a supremacia da preocupação com os fatos e não com as pessoas, e a assistência psicológica, social e jurídica, tanto para o autor quanto para a vítima, são deficientes e ineficazes (ZAFFARONI, 1999).

Essa meio punitivo que entende o Outro como Ser distante e destituído de especificidades destoa completamente do entendimento de Outro proposto pela

concepção de Emmanuel Levinas, pois não o configura como objeto de proteção ou responsabilidade, mas sim de punição.

Nesse sentido, a postura estatal adotada demonstra uma irracionalidade desumana, uma vez que ao promover sofrimentos e desrespeitos a pessoa e sua dignidade sem, contanto, resolver os conflitos penais, expõe e desrespeita os Direitos Fundamentais da vítima, do infrator e comunidade, deixando claro que a violência é tratada com sentimento de vingança social e não como de justiça, o que coloca os ofensores como inimigos de um sistema arcaico e seletivo.

Portanto, a base do sistema penal atual é o preconceito formado dentro do espaço que o sujeito ocupa, se estabelecendo com tamanha naturalidade no pensamento ocidental moderno que inviabiliza qualquer reflexão a respeito. Com isso, se perpetua como negação da existência e da diversidade humana. O preconceito, portanto, torna-se inerente à força cultural do sujeito, que não passa a refletir sobre a realidade, seja por medo de não reconhecer, de fato, a diversidade do Outro, preceito este que deve ser respeitado para reconhecer sua "aponta para a universalidade humana" (PINHEIRO, 2011).

Contra essa forma de pensar a justiça criminal e com base nessa falta de resposta eficaz à violência, busca-se novos meios de resolução de conflitos que rompam com preceitos tradicionais e aplique métodos de pacificação mais consistentes, além de atuar de forma sistêmica e não seletiva em uma sociedade cada vez mais globalizada e líquida.

A justiça restaurativa se apresenta como o sistema que resgata os Direitos e Garantias de todos os cidadãos, que valoriza a relação entre o Outro e o Eu, que adota a responsabilidade como o Outro como pilar de conduta que traga um olhar diferenciado ao modelo de justiça penal a partir de uma análise crítica do sistema punitivo contemporâneo, propondo a construção de uma justiça pautada na ética, na prevenção, no diálogo, no livre-arbítrio e no respeito à autonomia das partes (ZEHR, 2008).

Com base no pensamento de Levinas, pode entender que a responsabilidade independe da vontade, porque o "responder por outrem" é "irrecusável". Assim, a análise dos fatos, bem como a forma se resolvê-lo deve considerar a responsabilidade como algo inerente ao Ser, uma vez que este possui a capacidade de ser responsável por aquele que é subjetividade indiscernível, uma entidade que escapa a qualquer demarcação lógica. Assim, há uma necessidade expressiva e inerente entre aqueles que são escapáveis. Pois, para Levinas, "a responsabilidade não é um simples atributo da subjetividade, como se esta estivesse já em si mesma, antes da relação ética. A subjetividade não é um para si: ela é, mais uma vez, inicialmente para Outro" (LEVINAS, 1982, p. 88).

Nesse entendimento, a subjetividade pode ser entendida como abertura, como possibilidade de transcender ao Outro à medida que carece deste e se estabelece apesar dele. Torna-se evidente que esta filosofia defendida por Levinas

pode parecer inadmissível, principalmente quando se trata da espera penal, pois, o entendimento moderno ocidental vê no Outro o risco, o diferente, o inadequado e como tal "merecedor" da punição. Ou seja, em prol da sociedade o Outro deve ser separado e não integrado no Eu. Com isso, a relação de responsabilidade existente entre o Outro e Eu, para aqueles que tratam politicamente a aproximação entre os humanos, deve ser reduzidas à medição de forças que computam suas táticas a partir da ciência pelo conhecimento entre teoria e prática.

Já a Justiça Restaurativa, como bem ressalta Raffaella Pallamolla (2009), possui valores não estáticos, visto que vão sendo ordenados com base em análises empíricas, ou seja, através da experiência, que aponta como estão funcionando na prática. Dessa forma, ela se apresenta como uma possibilidade da vivência de um sistema mais justo e humanitário, que assegura a responsabilidade com o Outro, assegura direitos e restabelece dignidades desde o fato criminável até a execução da composição do conflito penal.

Esse existir para além da norma legal fundamenta e reafirma os três pilares restaurativos presente na proposta da Justiça Restaurativa: as lesões causadas à vítima pelo delito e suas necessidades consequentes; as obrigações suportadas em razão desses danos; e, por fim, a participação das partes afetadas pelo crime, inclusive a comunidade atingida (ZEHR, 2012). Dessa maneira, o conjunto de princípios relacionados à pluralidade de ideias e ideais, se materializa na compreensão do Outro e da alteridade, pois, a responsabilidade frente as subjetividades do existir é requisito básico para a pacificação social, seja na esfera judicial ou social.

Nesse sentido, é fundamental para uma construção social justa entender o sujeito dentro das suas relações, e dentro do pensamento ocidental, avaliando todo o seu contexto para despir-se de todo (pré)conceitos. É necessário adentar em um mundo de completa desconstrução, para que seja possível construir uma noção que se aproxime da ideia de sujeito e com isso garantir, de maneira eficaz e incisiva, que estas desigualdades não sejam banalizadas pelo simples fato de não "aceitá-las". Para tanto é urgente que se reconheça o sujeito enquanto ser humano, que enxergue o Outro em Si.

Acredita-se que um dos caminhos a suprir a ineficiência da instituição penal, bem como a violação dos direitos humanos no sistema prisional, se dá através da Justiça Restaurativa, funcionando como instrumento político-jurídico do reconhecimento necessário para reconstruir os laços perdidos nos conflitos sociais violentos, enaltecendo valores como alteridade, respeito, dignidade, reconhecimento recíproco e responsabilidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levinas aponta uma direção para construção do humano, a alteridade. Para ele não há como distanciar o Outro do Ser, ou seja, através da alteridade o Ser é

instigado a participar e perder-se no desconhecido, para ele, ao inquietar-se com o reflexo do Outro em Si, este deixa de afirmar sua individualidade para transcender para o ensinamento e responsabilidade pelo Outro. Ao quebrar as cadeias egoístas do Ser é possível construir a humanidade. Assim a filosofia de Levinas possibilita submergir em ambientes ainda desconhecidos, não para dominá-los, mas para acrescer com eles.

No entendimento e prática da Justiça Restaurativa essa concepção de Outro é fundamental, visto que esse meio de justiça criminal aponta para o confronto aberto com qualquer tipo de indiferentismo, que vem transformando as relações interpessoais em encontros irrisórios e desprezíveis. A alteridade, para Justiça Restaurativa, funciona como a afirmação da atitude do Mesmo para com um além de si, do estar no mundo com os Outros, no consentir e no conviver, isso significa que a transcendência não é uma ótica, mas o primeiro gesto ético efetivado na experiência do face a face com a exterioridade do Outro.

A liberdade de escolha faz parte da prática restaurativa, dessa forma, escolher participar e do processo restaurativo da vítima com o agressor e desses com a sociedade, representa uma mudança de paradigma na compreensão de justiça, principalmente quando se admite que as obrigações resultantes dos danos, a utilização de processos inclusivos e cooperativos para solução dos conflitos faz parte do contexto social e é responsabilidade de todos.

Portanto, pensar o sujeito a partir de Levinas, é reconhecê-lo enquanto elemento fonte e guia das relações sociais, enquanto "matéria-prima". Pensar o Outro é buscar um novo caminho para se estabelecer diretos e exercer a justiça, principalmente quando essa justiça é a criminal, que, inevitavelmente, precisa respeitar a dignidade da pessoa humana como fundamento da norma.

Nessa seara a prática da Justiça Restaurativa se apropria do pensamento de Levinas para materializar a responsabilidade e reconhecer o sujeito enquanto pessoa, desvelado-se de todos os conceitos, padrões, todas as ideias e parâmetros que a justiça retributiuva se utiliza como base para punir.

Desse modo, é fundamental imaginarmos um sujeito conexo com o todo e compreendido na sua dimensão mais subjetiva, para que assim seja possível pensar em fundamentar direitos humanos para humanos. Uma vez que os padrões ou normas que regulem comportamentos estabelecem padrões que servem para sustentar o olhar totalitário e neutro para com o Outro e acatar esse olhar é perder a essência do humano, e a dimensão da liberdade, respeito e igualdade.

Assim, e só assim, será possível fundamentar e aplicar Direitos. A partir do momento que a sociedade ocidental passe a observar o sujeito enquanto pessoa, enquanto diferente e passar garantir e reconhecer que o Outro também é detentor de direitos. Ao se interiorizar essa compreensão, seja no campo pessoal, social ou institucional, será possível alcançar o verdadeiro sentido do Outro proposto

por Levinas. Só quando a sociedade parar para racionalizar o Outro é que será possível garantir as expressões mais subjetivas que perfazem o humano.

Sendo assim, o sistema penal atual precisa se apropriar desse entendimento para tentar se estruturar de forma mais humana e menos punitivista. Buscando cada vez mais de meios não adversariais de solução de conflitos, com o empoderamento das comunidades, a fim de que as pessoas possam estabelecer formas de convivência pacífica e participar da construção de uma cultura de paz. Esse pensamento tem se guiado as ideias de Justiça Restaurativa, que através de procedimentos como forma de responsabilização, restauração e reintegração restabelecem as relações entre autor, vítima e sociedade.

Mas, mesmo com esse olhar diferenciado para o Outro, a Justiça Restaurativa ainda é muito criticada e pouco compreendida, precisando diariamente superar barreiras, sejam elas culturais, institucionais e sociais. Uma vez que ainda se acredita em uma justiça que puni, que retribui o "mal" praticado, que devolve a violência praticada na mesma ou em maior medida. Vencer as barreiras dessa cultura social tem sido um dos maiores desafios da Justiça Restaurativa. O diálogo faz-se necessário não só no exercício das práticas restaurativa, mas, e talvez principalmente, entre a sociedade e instituições jurídicas, no sentido de demonstrar, de forma estatística e empírica, que justiça se faz a partir da compreensão do Outro e não na desqualificação desse.

Assim, o envolvimento de todos é fundamental para a quebra de paradigma, principalmente no que tange o entendimento de alteridade. Nesse ponto o pensamento de Levinas é essencial para que se compreenda o Outro não a partir do ato cometido, mas sim de toda a sua complexidade. Para se ter Justiça é necessário a participação de todos.

A sociedade política deve apresentar subsídios que permitam a aplicação das práticas restaurativas nas escolas, comunidades, e no âmbito da Justiça. É de fundamental importância que toda a comunidade acredite que todos têm participação e podem ajudar de algum modo a refazer algo que foi danificado em sua escola, em seu bairro, em seu Estado e em seu país.

Diante do ponto de vista de que a Justiça Restaurativa possui fontes diferentes da justiça penal atual, e diante dessa dialética de pensamentos e princípios divergentes podemos observar, no que tange à sua aplicabilidade, que existem aqueles que defendem a possibilidade de substituição do modelo vigente de justiça retributiva pelo modelo restaurativo e, por outro lado, a proposta de se assentar a Justiça Restaurativa integrada ao sistema jurídico, de forma a abrandar as brechas e falhas percebidas no modelo retributivo.

Por isso, a ética da alteridade proposta por Lévinas não se sustenta apenas por relações entre o Eu e o Tu, mas sim pela experiência ética que leve o Eu a sair da órbita do si mesmo e emergir na do Outro. O reconhecimento da alteridade

do outro supõe, assim, um encontro do Eu com o Outro, em que o rosto do Outro é um mandamento de amor e de entrega total, de forma desinteressada. Dessa forma, o envolvimento de todos em prol de um bem comum ocorre de forma natural e não impositiva.

Para o alcance da paz social, e de um sistema penal mais justo, e quem dirá de um país diferente, deve haver a quebra de paradigmas, pois sem essa quebra não há como transpor as barreiras. Todo o discurso da Justiça Restaurativa para alguns soa como utópico, porém a mudança faz-se urgente, pois ao compreender que é fundamental a autorresponsabilização e a mudança da forma como enxergar o crime e toda a conjuntura que o cerca, torna-se mais fácil construir uma sociedade humanizada.

Acreditar que o indivíduo que cometeu um crime deve ser banido sem acesso a nenhuma expectativa de mudança e que, ainda assim, sairá do cárcere e terá aprendido uma lição e não cometerá mais delitos, parece bem mais utópico do que acreditar em mudanças baseada na alteridade, no Outro.

A Justiça Restaurativa não tem como objetivo a impunidade, ao contrário, ela encoraja a punição justa para o aprendizado daquele que delinquiu, porquanto, somente com a consciência da responsabilização este indivíduo poderá compreender o seu ato e, uma vez compreendido sua responsabilidade a restauração das relações torna-se mais real e definitiva. Para isso é preciso transcender o rosto do Outro, ir além dos fatos, ouvir mais do que julgar e entender que todos são construídos a partir de sua subjetividade e dela não há como se afastar. Dessa forma a participação direta e ativamente no processo restaurativo, interagindo com a vítima e a comunidade, proporciona a vivência da justiça.

A Justiça Restaurativa é um dos caminhos mais propício a diminuição da violência, devendo ser debatida e experimentada, como uma inovação do sistema de justiça, elencando dentre suas vantagens o menor custo econômico se comparado a gestão de um sistema prisional ineficaz e que não suporta a sua demanda como o vigente em no Brasil.

Não se trata de tarefa fácil a ruptura com uma cultura de punição construída há séculos, na verdade esse vem sendo o grande desafio da justiça diante do crescente distanciamento entre a legislação e a realidade social, da dificuldade de efetivação e concretização dos direitos fundamentais através das decisões judiciais. Surgindo então a necessidade de novas práticas administrativas, jurisdicionais, legislativas e políticas com fulcro na promoção do direito ao acesso à justiça.

Esse desafio perpassa pela não anulação do outro, pela compreensão sistemática do todo para que mais do que anular o outro, o Eu não possa a utilizar-se dele como objeto para a realização de seus desejos narcísicos. É nesse contexto que a alteridade desaparece, não sendo mais apenas esquecida ou relegada ao segundo plano. E na atual sociedade líquida e com a certeza do risco iminente, é

fundamental repensar o papel do Outro, para que este não desapareça ou que não seja engolido pela ascensão do Eu.

Não há utopia em desejar uma humanidade mais humana. Não há utopia em buscar uma justiça mais justa. Não há utopia em se relacionar a partir do entendimento da alteridade e dela estabelecer padrões que não excluam nem menospreze o Outro. A utopia talvez esteja em acreditar que um cenário de desajuste social, com a banalização do mal e do sujeito, possa produzir uma realidade harmônica e sem violência.

Nessa realidade tão presente nas relações humanas atuais e ocidentais, o Outro é usado e descartado no mercado de trabalho, na indústria do sexo, nos meios políticos, nas ruas, em casa diante da televisão ou da internet. Assim, é preciso desmistificar a ingênua ideia de soberania e privacidade como pressuposto da pacificação, pois a transcendentalidade do Ser está muito além do finito estabelecido pelas relações totalitárias. Sem dúvida, o pensamento de Levinas nos faz concluir que o pressuposto para que a alteridade seja estabelecida no meio social é o reconhecimento do Outro, sendo este um Outro si, não um Outro "eu", ou seja, o que na verdade se pretende é um partir de Si para uma relação com o Outro. Dessa forma, o manter-se no Outro é na verdade o manter-se ligado em si mesmo. O Ser individual nada mais é do que o seu coletivo visto a partir da alteridade exposta no rosto do Outro.

REFERÊNCIAS

BICCA, Luiz. **Racionalidade moderna e subjetividade**. São Paulo: Loyola, 1997.

BUBER, Martin. Eu e tu. 8. ed. São Paulo: Cortez & Moraes, 2004.

COSTA, J. X. S.; CAETANO, R. F. **A concepção de alteridade em Levinas: caminhos para uma formação mais humana no mundo contemporâneo**. Revista Eletrônica Igarapé, 2014.

CRUZ, D. E. S. **Diversidade humana e a crítica à igualdade de oportunidades e às formas de particularismo na sociedade capitalista**. VI Jornada Internacional de Políticas Públicas, 2013.

Cfr. FABRI, M . **Husserl, Levinas e a crise do projeto transcendental da modernidade**, in: CREMONEZI, AR & BAPTISTELLA, R (Orgs.) (2011). Sociedade Pós-moderna: Luzes e sombras. Nova Petrópolis, Nova Harmonia, 2011pp.

CINTRA, Benedito E. Leite. **Pensar com Emmanuel Levinas**. São Paulo: Paulus, 2009

FABRI, Marcelo. **Desencantado a ontologia – subjetividade e sentido ético em Lévinas.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

FARIAS, André Brayner de. **Infinito e tempo: a filosofia da idéia de infinito e suas conseqüências para a concepção de temporalidade em Levinas**. Texto impresso apresentado no III Colóquio Internacional Fenomenologia e Hermenêutica. Porto alegre: PUCRS, 2006

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. (TI). (1961). Tradução José Pinto Ribeiro, Lisboa-Portugal, Edições 70, 1988.

LEVINAS, Emmanuel. **Descobrindo a existência com Husserl e Heidegger**. (DEHH) (1947). Tradução Fernanda Oliveira, Lisboa – Portugal: Instituto Piaget, 1998.

LEVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, pp. 9 – 109.

LEVINAS, E. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade.** Petrópolis: Editora Vozes.

LEVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**: diálogos com Philippe Nemo. Lisboa: Edições 70, 1982. 1997

MELO, Hygina de Melo. O rosto do outro: a morada como acolhimento em Lévinas. **Revista de filosofia atualidade da ética**. Belo Horizonte, v. 26, n. 84, p. 119-126, jan. 1999.

MOREIRA, Jacqueline Oliveira; VASQUEZ, **Ulpiano. A concepção de subjetividade em Lévinas: da solidão da hipóstase ao encontro com a alteridade**. Belo Horizotne, 2007.

PALLAMOLLA. Raffaella da Porciuncula – IBCCRIM – 1ª edição – São Paulo, 2009. **Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática**

PELIZZOLI, M. (2009). A inclus**ão da sombra e da alteridade: é possível a ética? In: PELIZZOLI, M. Cultura de Paz: a altetidade em jogo. (Cap. 11, pp. 251-267) Recife: Universitária da UFPE.**

RIBEIRO, Nilo. Emmanuel Levinas: **o pensador da ética como filosofía da alteridade.** In: CARDOSO, Delmar (Org.). **Pensadores do século XX**. São Paulo: Loyola, 2012, p.161-185.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?** Coimbra : Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, M. L. L. Q. . **Subjetividade como responsabilidade em Levinas: quando a alteridade atravessa o sujeito.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco-UFPE, Brasil. 2004.

SAYÃO, S. C. **Indiferença, Insensibilidade e Diálogo: Reflexões sobre o encontro humano.** In: PELIZZOLI, M.; SAYÃO, S. Dialógo, Mediação e Justiça Restaurativa: cultura de paz. (Cap. 11, pp. 243-264) Recife: Universitária da UFPE. 2012b.

SAYÃO, S. C.(2012a). Sensibilidade e infinito: Emmanuel Levinas e o argumento da paz. In: SAYÃO, S.; PELIZZOLI, M. Fragmentos Filosóficos: direitos humanos e cultura de paz. (Cap. 12, pp. 235-266). Recife: Universitária da UFPE.

SAYÃO, S. C. (2009). Ética, responsabilidade e reconfiguração da subjetividade em Emmanuel Levinas: o argumento da paz. In: PELIZZOLI, M. Cultura de Paz: a alteridade em jogo. (Cap. 10, pp.233-250) Recife: Universitária da UFPE.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas.** In: Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, v.8, n.47, p.158-198, dez.2007/jan.2008.

SIDEKUM, A. **Liturgia da alteridade en Emmanuel Levinas. Utopìa y Praxis Latinoamericana.** 2005.

SHECARIA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**

Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.

_____. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: RENAVAN, 2001.

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

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

A (Des)Ordem do Discurso em Matéria de Segurança Pública no Brasil

Thiago Allisson Cardoso De Jesus[367]

t_allisson@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente texto é fruto da pesquisa desenvolvida em sede de doutoramento no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), um dos mais conceituados da América Latina (CAPES 6), que elegeu como unidade de análise relacional, o Estado Democrático de Direito, *locus* apropriado ao conflito das diversas ideologias (REALE, 2010), notadamente no pós-1988.

A Tese fora publicada, após devidos ajustes, pela Editora Tirant Lo Blanch em 2020 e foi lançada, nesses tempos de hiperconectividade potencializada pela Pandemia, no Bate-Papo Jurídico no mês de agosto desse mesmo ano. Trata-se, pois, da emblemática obra "A desordem do discurso em matéria de segurança pública no Brasil: uma análise da formulação do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania no contexto pós-1988".

A investigação, agora nessa obra coletiva publicizada[368], elegeu o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania como objeto de estudo e como problema central: Quais os elementos que demarcam a natureza paradoxal do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania e que medida reproduzem lógicas e ideologias conflitantes no Estado Brasileiro?

O percurso metodológico foi amparado pela *sociologia reflexiva* a partir de Pierre Bourdieu (2011) e Michel Foucault (2013), compreendendo as inúmeras relações no contexto da modernização reflexiva, da sociedade punitiva do risco

---

367 Advogado. Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Fez estágio pós-doutoral no Programa Desigualdades Globais e Justiça Social (Capes/Print) pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e pela Faculdade Latinoamericana de Estudos Sociais (FLACSo). Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito da Universidade Ceuma. Editor-Assistente da Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Pesquisador da Rede e Observatório Internacional em Desaparecimento Forçado (ROAD). Doutor e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Bacharel em Direito pela UFMA. Professor Adjunto I do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão e na Universidade Ceuma. Orientador de Iniciação Científica (FAPEMA e CNPQ) e de atividades extensionistas. Integrante do Corpo Nacional e Internacional de Pareceristas do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Autor de "A (des)ordem do discurso em matéria de segurança pública" lançada em 2020 pela Editora Tirant Lo Blanch e de diversas outras obras.

368 O presente capítulo da Coletânea reitera, na íntegra, a publicação realizada nos Anais do Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais, em sua primeira edição, organizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em 2017, na qual o autor fez uma Comunicação Oral e teve esse texto publicado.

e dos *microfocos* de poder (FOUCAULT, 2015; 2014) na contemporaneidade fluida brasileira. Pressupõe a avaliação de políticas sociais como uma modalidade de pesquisa social aplicada (SILVA, 2013) bem como delimitou-se a avaliação realizada na fase de formulação do Programa em comento.

Usou-se das técnicas de pesquisa bibliográfica a fim de levantamento acerca das categorias Conflito, *Violências*, *Segurança Pública*, *Seletividade* e *Cidadania* bem como de técnicas apuradas para pesquisa de documentos oficiais referentes ao Programa, a exemplo dos materiais originários usados quando da apresentação do Programa[369] e de obra peculiar que sistematizara diversos relatos orais de sujeitos atuantes no processo de elaboração do Programa a pedido do próprio Ministério da Justiça, levado a cabo pela Fundação Getúlio Vargas.

Os dados foram tratados e usou-se da análise de discurso nos moldes *foucaultianos* (FOUCAULT, 2012)[370]. Na primeira seção, em perspectiva relacional e reflexiva, abordam-se as relações entre a conflituosidade e o fenômeno das violências e da criminalidade e a justificativa da necessária intervenção na problemática por meio das políticas públicas de segurança, especificamente as com pretensões prevencionistas e de repressão como o Programa em debate, a partir da base material brasileira da época por meio de dados que refletem a realidade de outrora, na ambiência do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Na sequência, em *suspense*, foram investigados os interesses e racionalidades conflitantes na formulação de políticas públicas de segurança no Brasil e o desenho do *Modelo de Segurança Cidadã* para o país, considerando a multidimensionalidade das violências e suas repercussões e entraves na contemporaneidade.

Na terceira seção, analisou-se a desordem do discurso de cidadania presente no PRONASCI, a partir de alguns elementos, feito recortes, referentes à engenharia, o referencial ético e político e as diretrizes do Programa, inferindo-se acerca dos diversos movimentos estigmatizantes, conservadores e de notas ditatoriais que, consequentemente, fomentam a exclusão velada de tantas questões, inclusive de corte racial e de gênero, consagrando a incidência da seletividade, estigmatização e a da violência simbólica do sistema de justiça criminal e da *mão forte* do Estado, a partir da análise do discurso dos materiais originários da for-

---

369 O documento disponibilizado em arquivo formato *Portable Document Format* (PDF) é o produto das reuniões originárias para a elaboração do Pronasci no início de 2007. É rico em imagens e detalhes, sendo apropriado para análise de discurso realizada. Em virtude de sua própria natureza não possuía numeração; todavia, para facilitar as citações desse material no presente trabalho, os slides foram numerados considerando o primeiro *slide*, que contém o título do Programa, como a primeira página do material. No presente texto, usaremos alguns dos discursos em forma de imagens presentes na totalidade do material, que pode ser encontrado na íntegra em Disponível em: <http://www.mpro.mp.br/documents/10180/580287/PRONASCI+-+Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf/cc93e1e4-0cbc-4411-aa6e-eea4bac63893>.

370 Dialogando com Foucault (2013), urge questionar as aparências, os discursos oficiais e os documentos postos. Decerto, o desafio foi ir além da verdade posta quando "[...] só aparece aos nossos olhos uma verdade que seria riqueza, fecundidade, força doce e insidiosamente universal. E, ignoramos, em contrapartida, a vontade de verdade, como prodigiosa maquinaria destinada a excluir todos aqueles que, ponto por ponto, em nossa história procuraram contornar essa vontade de verdade e recolocá-la em questão contra a verdade" (FOUCAULT, 2013, p. 20).

mulação e do trato de relatos orais sistematizados.

Ao final, considerações representativas sobre o proposto e as constatações acerca de um *descompassado*, *excludente* e *paradoxal* processo de formulação do *dito* Programa de Segurança *com* Cidadania, demarcado por continuidades de um histórico tratamento repressivo, estigmatizante e centralizador, situado na ambiência de conflito de ideologias.

2 CONFLITUOSIDADE, O *ISSUE* DAS VIOLÊNCIAS E O PRONASCI COMO UMA PROPOSTA DE ENFRENTAMENTO NA AMBIÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Perscrutando a conflituosidade, para Coser (1956) e Simmel (1958), o conflito é positivo e funcional porque assegura a conservação e a integração da ordem social.[371] Não são funcionais, todavia, os conflitos que colocam em questão os valores fundamentais de uma comunidade política[372] sobre os quais se apoia a legitimidade do sistema (BARATTA, 2002, p. 124).

A *disfuncionalidade* traduz, assim, as consequências das violências, oriundas dos conflitos mal gerenciados, em termos de *frustração*, *carências* e *defasagens* (GURR, 1970). Com efeito, constituem a frustração e a ingovernabilidade sintomas das crises geradas na arena de conflituosidade intensa, decorrendo, segundo Offe (1984, p. 239), "da diferença entre o volume de exigências e a capacidade de direcionamentos dados pelo Estado."

A ordem social seria, nessa linha, um resultado da tensa coerção que os padrões comunitários exercem sobre os indivíduos. Consoante Bergalli e Ramirez (2015a, p. 209, grifo nosso),

> **a sociedade não está baseada em um consenso, senão em um *conflito* originado pelos interesses dos diferentes grupos que lutam para impor suas pretensões.** A ordem social é, então,

371 Entende-se, amparado no marco teórico relacional e reflexivo da literatura bourdiana, apropriado a metodologia da investigação aqui realizada, que a própria noção de sociedade adotada para *procedimentalização* constitucional da Ordem Social demonstra uma fluidez semântica pautando-se na ideia de que "a sociedade torna-se o único princípio possível de totalização da medida do direito com base em uma lógica de acordos e acomodações sociais e políticas. Caracteriza-se por uma socialização dos riscos sociais, por meio de mecanismos de seguros, resseguros, previdência social, responsabilidade objetiva por acidentes de trabalho, etc. Socializações possíveis por meio dos princípios da solidariedade, equilíbrio e razoabilidade que passam a organizar a lógica do pensamento jurídico moderno. Um direito de interesses de grupos, das desigualdades, privilégios de grupos, tendo em vista o restabelecimento do equilíbrio material entre as partes na busca de uma justiça distributiva, em oposição ao princípio da justiça corretiva, predominante na lógica jurídica liberal" (LUHMANN, 1980, p. 47).

372 Para Weber (2011, p. 313-314), "o termo comunidade política deve ser aplicado a uma comunidade cuja ação social tem como objetivo a subordinação à dominação ordenada pelos participantes de um território e a conduta das pessoas dentro dele. A dominação tem que ser exercida por meio da disposição de recorrer à força física, ou seja, às forças armadas. A qualquer momento, o território deve, de alguma forma, ser determinável, mas não necessita ser constante ou limitado de modo definitivo. Os habitantes são as pessoas que se encontram no território, seja de forma permanente ou não. Além disso, o objetivo dos participantes pode ser o de adquirir mais territórios para si mesmos."

> resultado mais da coerção que do consentimento e assim a história das sociedades se converteu em uma coleção de triunfos e derrotas de facções particulares.

Considerando a escolha pelo referencial teórico-metodológico da sociologia reflexiva e a utilização de categorias dialógicas para a investigação científica do objeto de estudo desse artigo, pressupõe-se a construção histórica da ambiência do conflito em uma perspectiva plural, relacional, marcada por desigualdades de múltiplas manifestações. Corroborando, Baratta (2002, p. 125) entendeu o conflito como "uma luta que incide sobre os valores e pretensões a *status* sociais escassos, sobre poder e sobre recursos, uma luta na qual os objetivos das partes em conflito são os de neutralizar-se, ferir-se ou eliminar-se reciprocamente".

Nessa esteira, sendo o Estado Democrático de Direito Brasileiro, inaugurado a partir da Constituição de 1988, como um *locus* apropriado para a manifestação das diversas ideologias, conflitantes e coexistentes nesse espaço relacional; tem-se como ponto de partida, para a elaboração de uma política pública, a base material do *issue*[373] gerador da necessária intervenção estatal aqui colocada em *suspense.*

Nesse contexto, uma política pública, decerto, afigura-se como "uma resposta decorrente de pressões sociais a partir de ações de diferentes sujeitos que sustentam interesses diversificados. Portanto, serve a interesses também contraditórios" (SILVA, 2008, p. 90). Assim, no Brasil pós-1988, de redemocratização tardia e *aparente*[374], a questão da *(in)segurança*[375], inevitavelmente, tornou-se pauta recorrente na agenda pública e política da nação ante os *incrementos* das violências e criminalidade no mundo real e a partir das *percepções sociais* sobre proteção, nitidamente manipuladas pela cultura do medo, do controle e da punição. Fortaleceu-se, assim, a necessidade de intervenção do Estado na situada problemática, além da expectativa de enfrentamento à histórica situação de *desgoverno* da segurança.

---

373 Na literatura especializada nos estudos referentes às políticas públicas, *issue* remete ao problema, fato gerador e realidade social que atrai a intervenção estatal como necessária. No caso, o *issue* é a histórica problemática das violências, da criminalidade e baixa efetividade das políticas públicas de segurança no Brasil.

374 Assim entendido considerando as continuidades dos períodos anteriores marcados por características ditatoriais, ambiência militarizada e por processos de exclusão. A denominada transição brasileira – da ditadura para a democracia – foi marcada por barganhas e concessões, (des)continuidades disfarçadas e outras escancaradas. O paradoxo entre democracia, resquícios e ranços autoritários no Brasil foi refletido por Pinheiro (1997, p. 5, grifo nosso) quando concluiu que "Esses acontecimentos contrastantes mostram que o governo não teve sucesso em transformar muitas das práticas arbitrárias de suas instituições ou em impor as restrições esperadas ao monopólio estatal da violência legal. O Brasil, assim, ilustra o problema que as novas democracias enfrentam ao aumentar o fosso entre o aperfeiçoamento político do Estado e sua persistente violação dos direitos econômicos, sociais e civis. **Essas práticas conflitantes mostram o desafio que os países em desenvolvimento enfrentam ao estabelecer conexões entre as esferas heterógenas de poder – valores democráticos continuam a coexistir com valores autoritários**".

375 A palavra segurança vem do latim *securus*, significando ocupar de si mesmo, estado de não preocupação. Polissêmica, a segurança no âmbito jurídico, classicamente, remete-se ao conjunto de medidas destinadas à garantia e proteção da integridade das pessoas, comunidades, bens e instituições. Por seu turno, segundo Kasznar (2010, p. 141), "a insegurança abrange uma definição ampla, de incerteza geral em relação aos elementos que a compõem e é alimentada por inúmeros fatores, tais como a inadequação e não cumprimento das leis; a lentidão do Judiciário e os artifícios que podem ser usados para não julgar criminosos; a corrupção e a incompetência em saber lidar com recursos públicos; o crescimento do submundo que vê como viável nele viver e evoluir".

A primeira década do século vigente foi marcada por índices crescentes e alarmantes de violências, notadamente a homicida, com emprego de arma de fogo e contra jovens, em áreas consideradas de vulnerabilidade social. Concretamente, o *issue* da insegurança, das violências e da criminalidade clamava por uma intervenção. Segundo o *Mapa da Violência*, as taxas de homicídios a cada 100 mil habitantes, no Brasil dos anos 2000 oscilavam de 26,7 a 28,9 – quase o triplo do início da década de 80 – como média nacional e já na metade da década referida (2005) apontavam os grandes centros urbanos como local de intensa vitimização homicida, a exemplo de Vitória (ES), Recife (PE) e Belo Horizonte (MG), respectivamente, com taxas de 78,3, 70 e 56,7 homicídios na amostra aqui referenciada. Destaca-se, ainda, que as taxas de homicídios que foram consumados com emprego de arma de fogo, entre os anos de 2000 a 2010, oscilaram entre 68% (no ano de 2000) e 71,6% (no ano de 2007) da totalidade desses crimes contra a vida perpetrados, conforme demonstrados no gráfico 1 (WAISELFISZ, 2016).

Gráfico 1 – Evolução das taxas de homicídio: Brasil, 1980/2010

Fonte: Waiselfisz (2012)

Destarte, dos dados analisados, também eram altíssimas as taxas que se referiam à faixa etária entre 15 e 29 anos, homens, negros como população vitimizada e esses concentravam-se em 10% dos municípios analisados que, por sua vez, abarcavam mais da metade da população (WAISELFISZ, 2016), consagrando a base material para a focalização etária, gênero, racial e eleição de locais tidos como vulneráveis e mais violentos para o Programa. Frisa-se, por seu turno, que

os índices não remetiam à realidade criminal que, alcançada pela *subnotificação*, não retrata o *real* Brasil de históricas desigualdades, violências e conflituosidade, tantas invisíveis e veladas, sérias expressões de uma complexa *questão social*.

Parametrizadas por teorias e ideologias conflitantes bem como marcadas por um passado de desgoverno ante às expectativas de mudanças e transformações em ambiências ditas democráticas, as políticas de segurança pública no Brasil caracterizaram-se historicamente por uma atuação predominantemente repressiva[376], regulamentada por marcos normativos que revestiram de legalidade, inclusive, as diversas práticas violentas e autoritárias em confronto direto a valores humanitários, criando um ambiente de oscilações, impasses e paradoxos em um país marcado por profundas desigualdades sociais, por violações às diferentes manifestações da vida e exclusão, por completo, de diversas vozes e formas de participação.

Na vigência do Plano Nacional de Segurança Pública, concebido no Brasil na metade da primeira década dos anos 2000, ante a necessidade de um *novo modelo* de enfrentamento para o problema da insegurança e considerando as diversas ações já realizadas pelo Estado Brasileiro para tratar a criminalidade crescente e organizada – sem êxito e que apenas reforçaram a ambiência de *desconfiança* –, que o Governo Federal, sob a presidência de Luís Inácio Lula da Silva, lançou em agosto de 2007 o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), com a regência de Tarso Genro, então Ministro da Justiça. Regrado via Medida Provisória nº 384/2007, depois convertida na Lei 11.530 de 24 de outubro de 2007, posteriormente alterada pela Lei 11.707, de 19 de junho de 2008, o Pronasci foi, para o Brasil, uma tentativa de projeção interna de um *modelo de segurança cidadã* **já gestado em âmbito internacional e que, conforme as diretrizes do** Pnud/ONU, superaria a transitoriedade dos governos, além de pretender articular com as demais políticas públicas desenvolvidas pelos diversos setores governamentais, o enfrentamento das situações de violências e da criminalidade.

O Pronasci, para tanto, foi formulado para intervenção por duas grandes vertentes: a) a partir das denominadas *Ações Estruturais* cujo objetivo era a modernização do sistema prisional e das instituições de segurança pública; a valorização do profissional da segurança pública, dos agentes penitenciários; e o enfrentamento à corrupção nas instituições; b) também por meio da implementação de *Programas Locais,* cujo fito era o desenvolvimento de ações específicas

---

376 O enfrentamento à criminalidade foi marcado nitidamente pela lógica de repressão, da contenção criminal seletiva e das práticas etiológicas arbitrárias em prol de um dito bem comum e ambiente de insegurança. Já no início do século XX, a célebre frase da "polícia sem política" proferida por Jorge Tibiriçá, presidente do Jornal *O Estado* em 1906 traduzia essa concepção. Entendendo que essa questão se encontra na formação da sociedade brasileira, ressalta-se, com Sousa Neto (2010), uma pesquisa que afirmou que já em 1850, 36,8% das pessoas detidas eram escravos, ex-escravos ou negros livres e que em 1875, apenas 37,9% das pessoas detidas pela polícia eram encaminhadas para a Casa de Correção. Desse número, 60,6% eram compostos por escravos. Segundo o autor, ratifica-se que naquele momento histórico os escravos e desordeiros (leia-se desempregados) foram colocados no centro da repressão policial.

para promoção da integração do jovem e da família; para a difusão da *cultura de paz* nas práticas rotineiras; ainda, para o envolvimento e engajamento das comunidades com o fortalecimento de ações sociais que promovessem especificamente o resgate, assim como a afirmação da cidadania em locais previamente *eleitos*.

Referido programa foi apresentado como plataforma política comprometida com o desenvolvimento humano e com as diretrizes de uma concepção de *justiça social* ao povo brasileiro, latente no contexto de desigualdades socioeconômicas e no estágio do processo civilizatório que o Brasil, ainda hoje, se encontra. Todavia, foi, sobretudo, para as limitações do processo de formulação o olhar da presente investigação: analisaram-se os discursos, declarados e velados, que influenciaram a *partidária* e *descompassada* elaboração do Programa em comento que ratificou a *mão forte* do Estado como excludente e estigmatizante.

3 INTERESSES E RACIONALIDADES CONFLITANTES NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE UM MODELO DE SEGURANÇA CIDADÃ PARA O BRASIL ANTE À MULTIDIMENSIONALIDADE DAS VIOLÊNCIAS

Direcionando-se à segurança pública, o *Caderno de Gestão de Políticas Públicas Cidadãs*, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento da América Latina e Caribe (PNUD/ONU), parametrizou uma política pública de segurança como

> um conjunto de intervenções públicas levadas a cabo por diferentes atores estatais e sociais (públicos e privados) com o fim específico de abordar e resolver aqueles riscos e conflitos (concretos ou previsíveis) de caráter violento e/ou delitivo que provoquem lesões aos direitos e liberdades das pessoas em um determinado âmbito espacial e temporal. Trata-se, pois, de uma política de controle de violência e do delito, mediante prevenção, repressão e investigação administrativa dos mesmos e/ou persecução penal dos responsáveis pelos delitos (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2006, p. 2).

Com efeito, o trato complexo dado à questão das violências e da criminalidade decorre da *multidimensionalidade* do fenômeno a ser enfrentado. Realça-se o necessário entrelaçamento, ainda que em *estado de tensão*, do Estado Social e do Estado Penal para a discussão e trato da problemática.

Decerto, sobre a complexidade da violência na pós-modernidade, diversas categorias textuais poderão ser apreendidas, corroborando essa como objeto a ser analisado "como um vasto conjunto de experiências que, cada uma à sua maneira, traduzem o risco de implosão pós-moderna, e mesmo seu esboço" (WIEVIORKA, 1997, p. 37). A realidade concreta de violências manifesta

> [...] então a perda, o déficit, a ausência de conflito, a impossibilidade para o ator de estruturar sua prática em uma relação de troca mais ou menos conflitiva, ela expressa a defasagem ou o fosso entre demandas subjetivas de pessoas ou grupos, e a oferta política, econômica, institucional ou simbólica. **Ela traz então a marca de uma subjetividade negada, arrebentada, esmagada, infeliz, frustrada, o que é expresso pelo ator que não pode existir enquanto tal, ela é a voz do sujeito não reconhecido, rejeitado e prisioneiro da massa desenhada pela**

> **exclusão social e pela discriminação racial.** Desse ponto de vista, a violência é suscetível de emergir na interação ou no choque das subjetividades negadas ou destruídas, como se observa em alguns motins, onde o sentimento por parte dos amotinados de não serem reconhecidos remete os policiais à convicção simétrica de serem desvalorizados ou insultados por aqueles que eles devem reprimir. Por outro lado, a violência, em lugar de expressar em vão aquilo que a pessoa ou o grupo aspiram afirmar, torna-se pura e simples negação da alteridade, ao mesmo tempo que da subjetividade daquele que a exerce. **Ela é expressão desumanizada do ódio, destruição do Outro, tende à barbárie dos purificadores étnicos ou dos erradicados**. (WIEVIORKA, 1997, p. 37, grifo nosso).

Nesse ambiente de múltiplas relações e determinações, marcado pela tensão entre o mundo da razão e da cultura; entre o mundo objetivo e o mundo da subjetividade e entre os processos de racionalização e subjetivação, nos moldes de Touraine (1992), demarca-se o *campo social*[377] propício para a análise da violência. Entende-se, por seu turno, que essa análise

> [...] deve ser apreendida através de uma de suas novidades radicais: o fato de ser, ao mesmo tempo globalizada, posto que relativa a fenômenos planetários, e localizada; geral, e para utilizar o termo de Hans Magnus Enzensberger (1995), molecular: ela própria mundializada, e fragmentada ou eclodida. Ela não é forçosamente diferente segundo se considere o centro ou a periferia, noções que ela veio contribuir para enfraquecer [...] Esse caráter singular da violência contemporânea nos obriga a refletir ainda mais, indo de um extremo sociohistórico, a outro, centrado na pessoa. **A violência nos interroga, não porque, mais do que em outros momentos, caminharíamos para o caos generalizado, ou porque, mais do que em outros momentos estaríamos mergulhados na incerteza crescente do pós-Guerra Fria, mas porque devemos aprender a concebê-la de outra forma, com a mais viva consciência de uma nova situação histórica e política**. (TOURAINE, 1992, p. 28, grifo nosso).

Como sabido, a violência é um fenômeno multifacetado, gerando, pois, consequências para os variados sujeitos e instituições na contemporaneidade, no plano interno e no cenário internacional; é um sério entrave para os governos democráticos (CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ, 2002; PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2006); é um problema para a saúde pública (PERES, 2008) que repercute em altos custos no sistema sanitário; é indicativo de fragilização do processo civilizatório e dos arranjos democráticos (ELIAS, 2005; O'DONNELL, 1999); é causa para afastamento de investimentos (AZEVEDO, 2007).

Reflexivamente, afirma-se que a fórmula geral que está por trás da violência estrutural é a desigualdade (CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ, 2002). Essa desigualdade, todavia, não é necessariamente anormal. Conforme Baratta (2002, p. 63), "dentro de certo limites quantitativos, em que não atinge o nível crítico da anomia, [é] um elemento funcional ineliminável da estrutura social". Frisa-se, com o mesmo autor, "a desproporção que pode existir entre os fins culturalmente reconhecidos

---

377 A categoria metodológica do *campo* demarcou as "relações de forças entre as posições sociais que garantem aos seus ocupantes um quantum suficiente de força social - ou de capital - de modo a que estes tenham a possibilidade de entrar nas lutas pelo monopólio do poder, entre as quais possuem uma dimensão capital as que têm por finalidade a definição da forma legítima do poder" (BOURDIEU, 2011, p. 28-29)

como válidos e os meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcançá-los, está na origem dos comportamentos desviantes".

Assim, a violência estrutural,[378] indica que a violência não pode ser entendida apenas em sede de comportamento agressivo; mas como fenômeno que decorre das *relações desiguais em sociedade*, *locus* situado sobretudo em democracias aparentes, formais, declaradora de direitos pifiamente efetivados. Para o Centro Internacional de Investigação e Informação para a Paz (2002, p. 104, grifo nosso),

> **Na medida em que uma sociedade possui elevados índices de distribuição negativa da riqueza e que limita a participação dos indivíduos nas decisões – principalmente mas não exclusivamente – no plano econômico, a violência estrutural é ainda maior.** Iniquidade, marginalidade e exclusão são termos por meio dos quais a literatura especializada tem se referido ao fenômeno. Desde esse ponto de vista, a não realização dessas dimensões supõe que os indivíduos se encontram impossibilitados de obter níveis minimamente satisfatórios de qualidade de vida, daí ela fazer parte da problemática que envolve a paz e a violência [...] quando se observa a violência estrutural e se selecionam os indicadores, levam-se em consideração dimensões relativas ao acesso à educação, saúde, oportunidades de mobilidade social, outros fatores decorrentes da distribuição dos benefícios do desenvolvimento econômico relacionados à qualidade de vida e dimensões relativas à posse de ativos ou capital mobilizável pelos núcleos familiares ou pelos indivíduos [...]. Além desse aspecto é necessário enfatizar que ao mesmo tempo que a desigualdade econômica se constitui num determinado tipo de violência, ela também se relaciona com outros tipos. **Nesse sentido, pode-se afirmar que tal desigualdade pode incrementar a desintegração social, diminuir as forças de ação solidária ou cooperativas, aumentar a desconfiança mútua e dificultar os processos de governabilidade e os acordos políticos**.

No bojo dos estudos sobre a paz, Galtung (1996, p. 28) destacou a invisibilidade da violência estrutural. Para ele, previsivelmente, não se estranha

> [...] que a atenção tenha sido centrada na violência pessoal e não na estrutural. A violência pessoal é visível. O objeto da violência pessoal com frequência sente a violência e pode se queixar, enquanto o objeto da violência estrutural pode ser persuadido a não vê-la de nenhum modo. A violência pessoal promove mudança e dinamismo; não apenas espuma sobre as ondas, mas ondas em águas que em outras circunstâncias seriam calmas. A violência estrutural é silenciosa, não se mostra; é essencialmente estática, é como água parada.

É nesse ambiente de tantas variáveis contextuais e condicionalidades que o Estado Brasileiro contemporâneo, em seu viés repressor e punitivo, intervém na seara do conflito por meio de agentes que compõem as mais diversas instituições do Sistema de Justiça Criminal[379] entendido como um subsistema de controle social. Pode-se entender esse *subsistema* como uma *produção simbólica* (BOURDIEU, 2011) e a partir da leitura de *mundo social* – punitivo e repressivo, mar-

---

378 Utilizando uma categoria em Bourdieu, Cruz Neto e Moreira (1999, p. 279) afirmam que "o *locus* da violência estrutural é exatamente uma sociedade de democracia aparente (no caso, a democracia liberal), que apesar de conjugar participação e institucionalização e advogar a liberdade e igualdade dos cidadãos, não garante a todos o pleno acesso a seus direitos, pois o Estado volta suas atenções para atender aos interesses de uma determinada e privilegiada classe".

379 Corrobora-se com Baratta (1993) e Andrade (1994), ao entender que o sistema de justiça criminal é, na verdade, um (sub)sistema de controle social e engloba as formas pelas quais a sociedade responde formalmente a comportamentos e a pessoas que foram eleitas como desviantes, problemáticos, desviantes, inimigos e por meio dessa reação acaba por demarcar, selecionando, classificando e estigmatizando o desvio e a criminalidade como forma peculiar desse.

cado por ideologias de repressão – feita por Wacquant (2014, p. 17, grifo nosso), corrobora-se o *aparato penal*, com notas apropriadas para o Brasil, como

> um órgão essencial do Estado, expressão da sua soberania e fundamental na imposição de categorias, na sustentação de divisões materiais e simbólicas e na modelagem de relações e comportamentos através da penetração seletiva do espaço físico e social. **A polícia, os tribunais e a prisão não são meros apêndices técnicos, destinados ao cumprimento da ordem legal (como a criminologia afirmaria), mas sim veículos para a produção política da realidade e para a vigilância das categorias sociais desfavorecidas e difamadas e dos territórios que lhes são reservados.** Estudiosos da formação do Estado Moderno em seus primeiros tempos, de Norbert Elias a Charles Tilly e a Gianfranco Poggi, reconheceram inteiramente que o monopólio da força – e, portanto, a construção de uma maquinaria burocrática para o policiamento, o julgamento e a punição de canalhas, capaz de pacificar minimamente a sociedade – era essencial para a edificação do Leviatã.

Bem, a intervenção na realidade social acontece por meio de uma política pública estruturada mediante complexo processo contextualmente situado. O processo dessas políticas públicas, conforme Silva (2001), parte do reconhecimento do problema (ascensão das violências e da criminalidade) *e, por conseguinte,* da adoção de alternativas políticas para enfrentamento da situação diagnosticada (a exemplo do Pronasci como plataforma para o enfrentamento). Por seu turno, verifica-se a implementação ou execução dos programas como a materialização daquilo que foi formulado a partir do problema e a avaliação dessa política a fim de verificar se foi suficiente para alteração da realidade que se propôs intervir.

Assim, indubitavelmente, também a construção de uma política criminal para o Brasil é produto desse movimento dialético – de contradições e refutações, redimensionamentos e desvirtuamentos – das influências de diversos sujeitos que, por sua vez, são movidos por interesses e distintas racionalidades em um *espaço relacional* multifacetado e pluralístico.

Valora-se, pois, o Estado como *estrutura-estruturante* (BOURDIEU, 2007) já que condiciona as diversas atuações dos sujeitos assim como permite ser condicionado pelos interesses e racionalidades daqueles, além de notadamente marcado pelos diversos aparelhos ideológicos que influenciam, sob diversas maneiras, suas intervenções, ratificando o histórico entendimento *althusseriano*[380] que "é indispensável ter em conta não somente a distinção entre poder de Estado e aparelho de Estado, mas também outra realidade que se manifesta junto ao aparelho (repressivo) do Estado mas que não se confunde com ele" (ALTHUSSER, 1985).

Na sequência, uma análise sistematizada sobre as concepções acerca dos sujeitos, interesses e racionalidades, valoradas como apropriadas ao presente estudo

---

380 Os aparelhos a que se refere Althusser (1985, p. 68) (os aparelhos ideológicos do Estado - AIE) atuam, por vezes, sob o manto da ausência de reflexão como mecanismos incorporados às práticas e discursos que não são sequer percebidos. Diferenciam-se, pois, dos aparelhos repressivos que, pela teoria marxista, foram chamados de Aparelhos do Estado e compreendiam o governo, a administração, o exército, a polícia, os tribunais, as prisões. Para o autor, a qualificação como repressivo indica "que o aparelho do Estado em questão funciona através da violência – ao menos em situações limites (pois a repressão administrativa, por exemplo, pode revestir-se de formas não físicas)".

que foca no processo de construção de uma intervenção e no ambiente relacional aqui demarcado. A fase que ora se analisa é, pela literatura especializada, norteada pela questão de *quem atua*, de *como se constrói o consenso* e *qual a medida dessa participação*, denotando a participação dos diversos sujeitos na formulação da política. Ademais, com Offe (1995, p. 22), "*quais* grupos teriam o direito *a que tipo* de status[381] e *por que* razão". Em suma,

> A questão que se coloca nesse movimento é: Quem decide o que será considerado objeto de uma política? Há certo consenso de que, nas sociedades democráticas, a identificação de problemas ocorre quando indivíduos ou grupos colocam certas demandas para o Estado, a partir de situações que constituem necessidades e insatisfações. (SILVA, 2013, p. 23).

Configurados como *sujeitos* no processo de formulação os grupos de pressão, os movimentos sociais, as diversas organizações sociais, os partidos políticos, os burocratas em distintos níveis e instâncias, os técnicos e planejadores, os poderes constituídos e os meios de comunicação em massa; demarcaram-se as racionalidades administrativa, política, legal e de resultados como produtos da atuação interessada, induzida pela *pluralidade* ou pelo caráter *institucional* do *sujeito social* em questão. Por conseguinte,

> **As diversidades de sujeitos sociais e de racionalidades [...] conduzem, necessariamente, a desencontros, embates e conflitos, na medida em que se tem diferentes interesses, diferentes competências e papéis, produzindo diferenciação da perspectiva de tempo que orienta cada racionalidade, tornando difícil o estabelecimento de limites e consenso.** Todavia, para que seja possível o desenvolvimento do processo das políticas públicas, é necessária a compreensão e compatibilização de funções e papéis, e indispensável a construção de consenso em aspectos centrais desse processo, principalmente no que se refere à aceitação das prioridades estabelecidas no plano político. (SILVA, 2013, p. 30-31, grifo nosso).

Os interesses, por sua vez, constituem o ânimo das condutas indissoluvelmente individuais e sociais; estão presentes em todas as condutas sociais, incluindo as que parecem 'desinteressadas'; não estão ligados apenas a ganhos materiais; e podem ser simbólicos, relacionados a bens assim considerados, tão influentes quanto aos outros (MARX, 1999; BOURDIEU, 2011).

Os modelos *supra* referenciados apontam a atuação do poder público na premissa da realização da *vontade coletiva* (GRAMSCI, 1991) em ambientes democráticos, plurais, abertos e voltados à concretização de necessidades básicas da comunidade política.

O limite aparente, descortinador da *essência*, é rompido a partir da análise sobre a democracia experimentada.[382] Não obstante a essa configuração apropria-

---

381 Em diálogo com a literatura foucaultiana que discute as interdições nos discursos, com Offe (1995, p. 244), "entendemos por *status* o status formal especificamente atribuído ao grupo, em contraste com as relação de cooperação informal entre segmentos políticos e outros segmentos da elite... o status formal é baseado na lei e em regras de procedimento formalmente adotadas que conferem ao grupo de interesse um determinado direito a um status específico [...] deixando de ter suas ações e realizações exclusivamente determinadas pelos interesses, ideologias, percepções de necessidades de seus membros [...]."

382 Recorrendo a Gramsci (2000, p. 32), reflete-se que "[...] a ausência de uma democracia real, de uma real vontade coletiva nacional e, portanto, em face dessa passividade dos indivíduos, a necessidade de um despotismo mais ou menos aberto da burocracia. A coletividade deve ser entendida como produto de uma elaboração de vontade e pensamentos coletivos, obtidos através do esforço individual concreto e não como

da a estados democráticos, registra-se o modelo explicativo voltado à máxima da eficiência que critica os padrões de análise orientados pela maximização da vontade coletiva, pressupondo que os

> interesses comuns, os quais em princípio, guiariam o processo decisório que afetam os indivíduos, não resultam necessariamente em ação coletiva [...] pois os interesses de poucos têm mais chances de se organizarem do que os interesses difusos de muitos. (SOUZA, 2006, p. 34).

A política de segurança pública, como faceta da política criminal, é informada por lógicas e antagonismos inerentes aos interesses no jogo da arena democrática situacional. Decerto, o próprio conceito de *ordem pública* adquire contornos imprecisos e fluidos; apresenta-se como vocábulo indeterminado e volúvel que gera incerteza ao ser aplicado no trato dado à segurança pública,[383] sendo "passível de incorporações autoritárias [...] mas também pode habitar o discurso democrático, ao ser concebida como ordem republicana do Estado Democrático de Direito" (SOUSA NETO, 2010, p. 54).

Sistematizam-se, nessa perspectiva, para o estudo das lógicas e dos paradigmas conflitantes na construção das políticas de segurança pública no Brasil e para a formulação, por conseguinte, do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, marco empírico desse trabalho, duas grandes matrizes: *uma* marcada pelo recrudescimento e por notas de punição para enfrentamento dos delitos e *outra* comprometida com os valores da pessoa humana e com um movimento crítico dos postulados da rigorosa intervenção estatal.

Com existência e influência devidamente admitida no âmbito do Estado Democrático de Direito, pautado na égide da coexistência de doutrinas plurais e razoáveis, a matriz do recrudescimento penal tem fundamentação ideológica no *Movimento de Lei e Ordem.* Como um dos paradigmas teóricos que influenciam a construção das políticas públicas de segurança no Brasil, esse movimento político-criminal possui um viés repressor em conformidade com os velhos parâmetros do regime e discurso punitivo-retributivo, voltados para a manutenção do *status* e predominantemente patrimonialista. Em Garapon, Gros e Pech (2000, p. 13), são os discursos político-econômico e psicopedagógico. Por ambos,

> [...] Pretende regular-se pelos interesses imanentes de uma comunidade ameaçada. Punir é defender a sociedade; em que se trata de higiene ou de simbólicas sociais, de proteção da segurança ou das liberdades públicas, de conservação da propriedade e de cálculo dos custos; em que o castigável assume as figuras mutáveis do monstro doente, do inimigo, do pequeno

---

resultado de um processo fatal estranho aos indivíduos singulares: daí, portanto, a obrigação da disciplina interior, e não apenas aquela exterior e mecânica".

383 Corroborando, "[...] **a noção de ordem pública já esteve no cerne dos discursos de legitimação das ditaduras.** Para o pensamento autoritário, o fundamental é que tenha lugar uma decisão política capaz de estabelecer a ordem, de substituir o dissenso político pela adesão, ainda que imposta pela força, a um determinado conjunto de valores, subtraídos à esfera das divergências. Se a ordem está em confronto com a lei, a opção dos autoritários é sempre pela ordem. Legitimidade e legalidade são concebidas como eventualmente antagônicas, não dimensões vinculadas de um mesmo arcabouço jurídico-institucional: mais importante que preservar a lei é manter a ordem, ditada pela vontade de quem teve força para tomar a decisão soberana (SOUSA NETO, 2010, p.57, grifo nosso).

> déspota, do enganador e do mau calculador [...] Pretende obter pela pena a transformação do condenado. Punir é educar um indivíduo: em que se trata de regeneração e de culpabilização, de condicionamento e de emenda; em que o castigável será um indivíduo educável.

Pinassi (2009, p. 86, grifo nosso) desmascarando, pois, o Movimento Lei e Ordem, além da *aparência* com a qual ele se manifesta, aduziu

> **Sustentada num Estado crescentemente policial, declara abertamente seu comprometimento com a realização dos direitos relativos à propriedade privada.** Ou seja, a história precisou de mais de 300 anos para cumprir na íntegra o que reza o artigo 8 da Constituição de 1793 e revelar a plena função da política burguesa: 'A segurança consiste na proteção concedida pela sociedade, a cada um de seus membros para preservação de sua pessoa, dos seus direitos e da sua propriedade'. Nessa medida, adquirem ainda mais sentido as palavras de Marx: 'A segurança constitui o supremo conceito social da sociedade civil, o conceito de polícia'. Pois bem, que outra relação pode haver entre os massacres do Oriente Médio e os que ocorrem no Brasil, além de materializarem a bestialidade das mercadorias que, aliás, realizam seu valor nos campos de extermínios em expansão?

Movimento de base estadunidense e que reitera a cultura do controle em seu viés institucionalizado através de recrudescimento penal mais gravoso e da vigilância mais invasiva e generalizada,[384] essa matriz pode ser configurada como o conjunto das diversas práticas e discursos que reforçam a lógica da contenção, da neutralização, da criminalização da miséria[385] e da seletividade. Coadunando com Baratta (2002, p. 165, grifo nosso), a seletividade

> ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. **Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típica dos indivíduos pertencentes às classes no poder.**

Defendeu-se, por seu turno, categorias fluidas e conceitos indeterminados que abrem margem à discricionariedade dos distintos agentes que personificam o sistema de justiça criminal que podem ser depreendidas da engenharia do Programa como *encarceramento em massa,*[386] *legislação penal do pânico e da emergência*,

---

384 Como disse Foucault (1997, p. 63), "*tenemos unas estructuras de vigilância absolutamente generalizadas, de las que el sistema penal, el sistema judicial es uma pieza, y de las que la prisión es a su vez uma pieza, y de las que la psicologia, la psiquiatria, la criminologia, la sociologia, la psicologia social son los efectos. Es en este punto, em este panoptismo generalizado de la sociedade em donde debe situarse el nacimiento de la prisión*".

385 Com Young (2002, p. 36-37), sobre a criminalização da miséria a partir do parâmetro sociológico da pobreza material e imaterial, assevera-se que "a contribuição da precariedade econômica e da insegurança ontológica é uma mistura extremamente inflamável em termos de resposta punitiva à criminalidade e da possibilidade de criar bodes expiatórios. Nós já vimos [...] que elas opõem sutilmente os que estão no mercado de trabalho aos que estão transparentemente fora dele. A insegurança ontológica acrescenta a esta situação explosiva a necessidade de reelaborar as definições menos tolerantes de desvio e de reafirmar as virtudes do grupo constituído. Contudo, é importante distinguir tendências de necessidades, bem como especificar o cenário social preciso em que tais dinâmicas se desdobrarão".

386 A prisão é considerada na contemporaneidade o modo principal de controle social punitivo e de exclusão, neutralização e aniquilamento de indivíduos em conflito com a lei. Para Wacquant (2014, p. 13), "a prisão contemporânea é direcionada para uma neutralização brutal, uma retribuição automática e a um simples armazenamento - por negligência, se não for algo intencional".

exasperação da pena, armamentismo, enfrentamento, policiamento ostensivo, pacificação, criminalização da pobreza, áreas vulneráveis etiquetadas[387] *e Estado Penal* (YOUNG, 2002; CHOUKR, 2002; TEIXEIRA, 2006; WACQUANT, 2007; GARLAND, 2008; MALCOLM, 2014), marcada na imperfeição de um modelo de Estado voltado para a emancipação dos indivíduos dada a *hipertrofia distópica do Estado Penal e a atrofia deliberada do Estado Social* (WACQUANT, 2001).

Com efeito, o etiquetamento passa a ser nota que direciona a focalização de intervenções públicas, inclusive em Programas de Segurança Pública dito com *Cidadania*: Aos inimigos do Estado, a punição severa e a flexibilização dos direitos. Quem é o Outro? Quem pode ser o Outro a ser combatido, perseguido e estereotipado? Por essa inquietação política, o Estado Brasileiro manifesta seus compromissos ideológicos com o sistema capitalista e por ele é determinado, ao preconizar a necessidade de contenção, neutralização e estereotipagem dos eleitos *inimigos*[388] por meios das políticas criminais situadas na globalização do movimento de *zero tolerance*.

A ontologia do tratamento dado ao etiquetado como inimigo encontra guarida em uma racionalidade jurídica que legitima os fundamentos do isolamento do sujeito assim considerado. Nessa esteira, Zaffaroni (2007, p. 18, grifo nosso),

> **a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa.** Ele só é 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 deixaram 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.

Reproduziu-se uma violência que vulnerabilizou direitos e legitimou uma atuação invasiva que descomprometeu-se com os valores da pessoa humana. Corrobora-se com Andrade (2003, p. 55) quando reflete que

> Enfim, o aprofundamento da relação entre Direito/Sistema Penal e desigualdade conduz, em certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Não apenas as normas penais se criam e se aplicam seletivamente, e o desigual tratamento de situações e de sujeitos iguais, no processo social de definição de criminalidade, responde a uma lógica de relações assimétricas de distribuição do poder e dos recursos na sociedade (estrutura vertical), mas o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade. São, também, uma parte integrante do mecanismo através do qual se opera a legitimação dessas relações, isto é, a produção do consenso real ou artificial.

---

387 Segundo Costa (2005, p. 111, grifo nosso), investigando as ideologias que regem o sistema punitivo brasileiro, "**o exercício do poder dos sistemas penais não se dirige à repressão do delito, mas à contenção de grupos sociais bem determinados**. O sistema penal, ao utilizar como premissa a noção ontológica da criminalidade, não identifica as zonas de negatividade social, as necessidades individuais e comunitárias que justificam uma intervenção institucional transdisciplinar. Não identificando as causas reais, cai no círculo vicioso de combate aos efeitos."

388 Discussão amparada em Jakobs (2010) e Zaffaroni (2012), coloca-se em *xeque* a atuação do Estado pautada em um funcionalismo normativo, em uma seletividade da clientela criminal e pela criminalização de estados de vida, de situações econômicas e pelo privilégio à criminalidade organizada e de colarinho branco.

Reflexivamente, sobre o descompasso da *mão forte do Estado*[389] com o acervo jurídico humanitário, garantista e emancipador, Machado (2005) apregoa que tal incompatibilidade dá-se em *reciprocidade*. A política de segurança, então, reproduz os ditames de uma política criminal axiologicamente concebida. Molina e Gomes (2006) assevera que intervenções estatais desenvolvidas em sociedades do medo e da insegurança relacionam-se aos movimentos que apregoam o *império da lei para manutenção da ordem*. Para Garland (2008), os grupos de pressão – entre os quais a mídia – e as diversas instituições de controle têm grande influência nas decisões dos poderes constituídos, no que toca à eleição das prioridades para a construção da agenda política. Sobre esse discurso, forjado com ares de democracia, o autor cita:

> Considere-se isto uma cínica manipulação de emoções coletivas para obtenção de dividendos políticos ou uma bem-intencionada tentativa de dar expressão democrática ao sentimento público, o resultado é o mesmo. A formulação de políticas se torna uma forma de atuação simbólica que rebaixa as complexidades e o caráter duradouro do controle do crime efetivo, em favor das gratificações imediatas de uma alternativa mais expressiva. **A elaboração de leis se torna uma questão de gestos retaliadores, cujo objetivo é o de reconfortar um público preocupado com o tema e de se alinhar ao senso comum, por mais inadequados que sejam tais gestos para tratar o problema subjacente.** Uma mostra de força punitiva contra os indivíduos é exibida para reprimir qualquer reconhecimento da inabilidade estatal de controlar o crime em níveis aceitáveis. A disposição de aplicar penas severas a criminosos condenados compensa, magicamente, o fracasso em prover segurança para a população em geral. (GARLAND, 2008, p. 283, grifo nosso).

Com propriedade, Molina e Gomes (2006) defendem que a política criminal deve ser respaldada na razão e não na paixão, e que o medo só gera medo, pânico e distorções na retórica e no pragmatismo em prover segurança, incitando inclusive *justiciamento popular*.

Nítida é a seletividade em comunidades acossadas nos morros e nas periferias, alvos de programas de pacificação – e de manutenção da ordem – em áreas dominadas pelo narcotráfico e onde a presença do Estado é mínima no que tange à efetivação de direitos declarados, habitadas em sua grande maioria por negros e pobres, selados pela histórica exclusão e que constituem alvo fácil[390] do viés policial do Estado e que

> [...] sofrem toda sorte de violências por tropas de choque treinadas para constranger, torturar e eliminar qualquer dos alvos fáceis das favelas. Ações desse tipo têm sido muito frequentes também em outras situações, o que vem demonstrar, desde o ciclo das ditaduras militares na região, uma renovada disposição de repressão oficial/extraoficial no Brasil e na América Latina como um todo. Os exemplos são inúmeros, mas destacam-se as operações comandadas contra movimentos sociais e sindicais, rurais e urbanos que, a despeito das atrocidades sofridas, se multiplicam e cobram com disposição igualmente renovada as gigantescas dívidas histórí-

---

389 Em conformidade às ideias de Foucault (2008, p. 422), "a polícia é de fato a arte do esplendor do Estado como ordem visível e força brilhante".

390 Criticamente, Zaffaroni (2007, p. 19), aponta "é inevitável que o Estado proceda dessa maneira, porque por trás da máscara acredita encontrar um *inimigo*, retira-lhe a *máscara* e com isso, automaticamente, elimina-o do seu teatro (ou de seu carnaval, conforme o caso). Certamente, o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato se sê-lo. O tratamento como coisa perigosa, por mais que isso seja ocultado, incorre nessa privação".

> cas que essa parte do continente acumula com a classe trabalhadora. Agravam-se também as ameaças e os assassinatos cometidos contra as comunidades indígenas em luta por terras já titularizadas e por direitos já lavrados pela Constituição que os novos colonizadores vêm outra vez assaltar. É preciso lembrar ainda as investidas contra as populações carcerárias insurrectas e inconformadas com a brutalização sem limites do sistema prisional latino-americano (PINASSI, 2009, p. 84-85).

Para além da ideia reducionista da cidadania como mero exercício dos direitos políticos, entende-se que falar nessa categoria significa considerar as próprias mudanças ocorridas na sociedade, proporcionadas pelas inovações da realidade tecnológica e científica e o reconhecimento de novas demandas, que atraem, por seu turno, uma nova atuação do Estado. Tensionando a multidimensionalidade da cidadania com os postulados do sistema de classes e suas ingerências na realidade a partir do processo dialético da política pública em questão, notável guerra no presente século[391], delineiam-se os limites da violência no controle institucionalizado de molde penal. A cidadania como o *direito a ter direitos*[392] (ARENDT, 1993) passou a ser elemento de proteção dos distintos sujeitos face às arbitrariedades, a todo azar de opressão e formas históricas de exclusão. Nesse sentido, inclusive olhando para a base material brasileira, nas palavras de Andrade (2003, p. 74-75),

> enquanto o conceito liberal de cidadania tem por pressuposto um conceito limitado do poder, da política e da democracia, subestimados na sociedade civil, a percepção da cidadania aqui delineada implica a superação destes pressupostos, uma vez que aponta para a dimensão macro (não-estatal) do poder, da política e da democracia, na sociedade civil; enquanto o conceito liberal de cidadania tem por pressuposto um conceito individualista da sociedade, que somente vislumbra uma cidadania individual e conflitos interindividuais, a percepção aqui delineada busca apreendê-la, também, como construção coletiva que, expressando a coletivização dos conflitos, tem por protagonistas centrais categorias, classes, grupos e movimentos sociais, e não apenas os indivíduos atomizados; enfim, e correlativamente, para além da representação política, postulada pela matriz liberal como conteúdo da cidadania – no bojo de um modelo específico de democracia – a cidadania, tal como aqui concebida, aponta para a participação política e o conjunto dos direitos humanos em sentido amplo.

As notas e repercussões da cidadania constituem partes do fomento da segunda matriz relacionada ao movimento humanitário de proteção à pessoa em suas diversas manifestações e relações com a pluralidade da vida. Tal parâmetro serve, também, para a análise do contraditório processo de emancipação fomentado pelo Estado na contemporaneidade. Nas palavras de Andrade (2003, p. 22),

---

391 Por esse ângulo, Marshall (1990, p. 103) indicou que "[...] a cidadania e o sistema de classes capitalista tem estado em guerra no século XX. Talvez a frase seja um tanto exagerada, mas não há dúvida de que a cidadania impôs modificações no referido sistema de classes [...]. Os direitos sociais, em sua forma moderna, implicam uma invasão do contrato pelo *status*, na subordinação do preço de mercado à justiça social, na substituição da barganha livre por uma declaração de direitos".

392 A discussão originária em Hannah Arendt levou ao reconhecimento do direito à pertença que o indivíduo possua face ao acervo jurídico posto por um Estado Nacional aos sujeitos. Entende-se aqui que esse é o ponto de partida: o reconhecimento da sujeição do indivíduo como alvo de um amplo sistema de proteção, pelo plano interno e no plano internacional humanitário, nas diversas manifestações da existencialidade concreta.

> Enquanto a cidadania é dimensão de luta pela emancipação humana, em cujo centro radica(m) o(s) sujeito(s) e sua defesa intransigente (exercício de poder emancipatório), o sistema penal (exercício institucionalizado de poder punitivo) é dimensão de controle e regulação social, em cujo centro radica a reprodução de estruturas e instituições sociais, e não a proteção do sujeito, ainda que em nome dele fale e se legitime; enquanto a cidadania é dimensão da construção de direitos e necessidades, o sistema penal é dimensão de restrição e violação de direitos e necessidades; enquanto a cidadania é dimensão de luta pela afirmação da igualdade jurídica e da diferença das subjetividades; o sistema penal é dimensão de reprodução de desigualdades e de desconstrução das subjetividades; em definitivo, enquanto a cidadania é dimensão de inclusão, o sistema penal é dimensão de exclusão social.

Nessa senda, o modelo epistemológico que nutriu a construção dessa segunda matriz de influências no Programa em questão é pautado nos pilares e fundamentos dos manifestos internacionais de afirmação dos direitos humanos;[393] no processo de racionalização da intervenção do Estado na questão das violências e da criminalidade otimizados pelos movimentos do garantismo penal e processual penal; além da permanente luta pela efetivação dos direitos e garantias e do movimento crítico e questionador do sistema de justiça criminal posto, da reprodução das violências e das funções desvirtuadas da pena.

Considerando o discurso que envolve o Estado Democrático de Direito, deontologicamente pautado na proteção à diversas manifestações da vida, não há porque coadunar com arbitrariedades e ingerências estatais indevidas e violentas.[394] Reflete Sousa Neto (2010, p. 58, grifo nosso) que

> Uma ordem pública democrática, em contraste, é aquela estruturada pela Constituição e pelas leis. Preservar a ordem pública significa, sobretudo, preservar o direito, a ordem juridicamente estruturada, garantir a legalidade. **Políticas públicas e ações policiais que desconsiderem direitos fundamentais transgredem, até não mais poder, a própria ordem pública que pretendem preservar.** A democracia política depende do exercício do poder em conformidade com o direito. Não é difícil constar que apenas essa orientação é compatível com a Constituição de 1988, e que, por essa razão, grande parte das políticas de segurança praticadas nas últimas duas décadas está em confronto, aberto ou velado, com a presente ordem constitucional.

Andrade (2012) anuncia um fundamento para essa condensação da lógica e da racionalidade de proteção à pessoa. Denominando como *humanismo emancipador,*[395]

---

393 Lafer (2015, p. 209) em diálogo com as obras de Hannah Arendt ratificou que a cidadania consiste no *direito a ter direitos*. Ratifica-se, pois, que "o que ela afirma é que os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais - o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante".

394 Nas palavras de Ferrajolli (2002, p. 30), "[...] fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade."

395 Nessa mesma perspectiva, Jakobs (2010, p. 40) refletiu o necessário reconhecimento da condição de sujeito das pessoas por parte de uma Constituição de base garantista e compromissória. Para ele, "como se tem mostrado, a personalidade, como construção normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizam no essencial. Certamente, uma pessoa também pode ser construída *contrafaticamente* como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não

a autora aponta o homem como *referencial*, *sentido* e como *ser histórico e social:*

> [...] o homem deve ser entendido como referencial e sentido porque, evitando a tríplice atitude de tomá-lo como coisa (coisificando-o), abstração (universalizando-o) ou dado (imutável), é assumido em sua subjetividade, contextualização e devir. O homem é o ser humano de um tempo e lugar, e tem história. É o homem concreto, material e existencialmente situado e *ressituado* na dinâmica das relações humanas e sociais. Tanto é assim que, na obra de Baratta, o próprio sentido do sujeito está a se redefinir, holisticamente, na trama da vida e dos reencontros das unidades separadas (em classe, gênero, raça, etc.) pela violência socioepistemicida da modernidade. (ANDRADE, 2012, p. 55).

A partir desse pensamento que situa a ambivalência entre a mão forte[396] do Estado e o estado de fragilização dos direitos de cidadania em suas diversas facetas, demarca-se a política pública de segurança como expressão de um sistema de justiça criminal seletivo, estigmatizante, violento e pautado no recrudescimento penal, através de uma lógica apropriada ao sistema de produção (e de contenção e de neutralização) capitalista. Ante isso, ratifica-se que

> [...] o controle penal globalizado radicaliza a função simbólica do Direito Penal através de uma hiperinflação legislativa, ou seja, a promessa e a ilusão de resolução dos mais diversos problemas sociais através do penal, ao tempo em que redescobre, ao lado dos tradicionais, os novos inimigos contra os quais deve guerrear (terroristas, traficantes, sem-teto, sem-terra, etc.) não poupando, ainda que simbolicamente, a própria burguesia nacional (sonegadores, depredadores ambientais, corruptos, condutores de veículos, etc) que se toma também vulnerável face ao poder globalizado do capital. (ANDRADE, 2003, p. 25).

A defasagem social é, pois, compensada com excessos de criminalização, com a multiplicação de prisões, pelo simbolismo da Lei Penal e pelo controle penal da *subcidadania* (ANDRADE, 2003; CARVALHO, 2014), ratificando o Estado em seu viés punitivo e legitimando o discurso do pânico[397] e das práticas institucionais violentas, com o fito de prover segurança. Para Wacquant (2014, p. 8),

> O novo governo da insegurança social implementado nos Estados Unidos e oferecido como modelo para outros países avançados requer tanto um deslocamento do braço social para o braço penal do Estado (detectável na realocação de orçamentos públicos, de pessoal e de prioridade discursiva) quanto a colonização do setor assistencial pela lógica punitiva e panóptica, características da burocracia penal pós-reabilitação. O deslocamento da atividade estatal do braço social para o braço penal e a incipiente penalização da assistência social fazem parte, por sua vez, da remasculinização do Estado como reação às profundas mudanças provocadas no campo político pelo movimento das mulheres e pela institucionalização de direitos sociais antinômicos à mercadorização (commodification). A nova prioridade atribuída às obrigações sobre os direitos, à sanção sobre o amparo, a retórica severa das 'obrigações da cidadania' e a reafirmação marcial da capacidade do Estado de controlar os pobres 'problemáticos' (os beneficiários

só não pode esperar ser tratado ainda, como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo. Com isso não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã".

396 Por seu turno, a *mão esquerda* do Estado, lado feminino do *Leviatã*, concretiza-se pelos ministérios dos desperdícios, incumbidos de provisões sociais diversas como educação pública, saúde, habitação, bem-estar social e legislação trabalhista favorável ao desenvolvimento das categorias sociais desprovidas de capital econômico e cultural (WACQUANT, 2014).

397 Wacquant (2014, p. 12) apregoa que "a implementação agressiva do Estado Penal engendrou, na verdade, novas categorias e novos discursos, novos corpos administrativos e políticas de governo, tipos sociais novos e formas associadas de conhecimento no âmbito criminal e no da assistência social."

da assistência social e os criminosos) 'numa relação subordinada de dependência e obediência para com os administradores do Estado, retratados como protetores viris da sociedade contra seus membros rebeldes (YOUNG, 2005, p. 16), todas essas plataformas políticas anunciam e promovem a transição do gentil 'Estado Babá' da era fordista-keynesiana ao rigoro 'Estado Pai' do neoliberalismo.

Configura-se, no Brasil, nos moldes *foucaultianos*, uma *sociedade punitiva*[398] demarcada, paradoxalmente, pelos postulados democráticos e constitucionais e a axiologia que lhe é peculiar. Foi nesse cenário que se (re)desenhou o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania no bojo das políticas públicas de segurança na contemporaneidade: entre as distintas ambivalências e lógicas conflitantes e os discursos – que se complementam e dialogam – de *manutenção* e *transformação*; *prevenção e repressão*; *emancipação* e *reprodução*; *continuidade* e *ruptura*; *ser humano* e *coisificação*; *aniquilamento* e *garantismo.*

Repensando o próprio conceito de segurança, depreende-se como apropriada a construção de um modelo de segurança cidadã[399] para a contemporaneidade fluida, de riscos e incertezas e que tem nos embates das grandes matrizes ideológicas os elementos de construção da intervenção do Estado no problema das violências e da criminalidade. À vista disso, para além da dogmática sobre a segurança pública como intervenção repressiva, Mesquita Neto, (2011, p. 35-36), em *Ensaios sobre a Segurança Cidadã*:

> Diante dessa confusão conceitual e ambiguidade constitucional, grupos e organizações comprometidos com a consolidação e aperfeiçoamento da democracia brasileira, [...], passaram a utilizar o conceito de segurança cidadã em substituição ao conceito de segurança pública [...] O problema é que essa substituição de um conceito por outro não é suficiente nem necessária para promover mudanças no sistema e nas políticas de segurança pública [...], talvez a melhor estratégia para reformar sistemas e políticas e promover a segurança pública fosse resgatar o significado desse conceito em regimes democráticos.

---

398 Entre outras características, a sociedade punitiva é marcada pelo uso do que Foucault (2015, p. 7-9, grifo nosso) chamou de táticas penais. São 4: excluir, impor compensação, marcar e encarcerar. Para o autor, "**1. Excluir [...] no sentido de exilar, expulsar, pôr para fora.** Com essa tática punitiva, trata-se de proibir a presença de um indivíduo nos lugares comunitários ou sagrados, de abolir ou proibir em relação a ele todas as regras de hospitalidade [...] **2. Impor uma compensação** [...] vão provocar dois procedimentos: a emergência de alguém, indivíduo ou grupo, que será constituído como vítima do dano e poderá, assim, exigir reparação; a culpa provocará algumas obrigações para aquele que é considerado infrator [...] **3. Marcar.** Fazer uma cicatriz, deixar um sinal no corpo, em suma, impor a esse corpo uma diminuição virtual ou visível, ou então, caso o corpo real do indivíduo não seja atingido, infligir uma mácula simbólica a seu nome, humilhar seu personagem, reduzir seu status [...] **4. Encarcerar.** Tática que praticamos, cuja instauração definitiva se situaria na virada do século XVIII para o século XIX [...] Assim, a hipótese inicial seria algo do tipo: há sociedades ou penalidades de exclusão, indenização, marcação ou reclusão."

399 A partir de dois eixos nítidos, pode-se conceituar as políticas comprometidas com o modelo de segurança cidadã. Essas são "entendidas como aquelas voltadas a prevenir e controlar ações violentas e delitivas (eixo substantivo), bem como aquelas que se voltam a reformar e modernizar as instituições do setor de segurança (eixo instrumental), contribuem diretamente para o alcance do paradigma de segurança humana e para o fortalecimento da cidadania civil" (PROGRAMA NACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2006, p. 9).

A *terceira margem*[400] poderia ser, pois, concebida a partir das diversas experiências, em âmbito nacional e internacional, que pensam a segurança pública como uma questão de política, marcada pela *intersetorialidade,* e comprometida com os valores de proteção da pessoa nessa ambiência democrática, multicultural e relacional, em que pese trazer em seu bojo aquilo que historicamente fora.

4 INVESTIGANDO A (DES)ORDEM DO DISCURSO EM UM PROGRAMA DE SEGURANÇA *DITO* COM CIDADANIA

Em um trabalho metodológico preciso como o *ofício* desenvolvido por um *arqueólogo*, utilizou-se do *discurso dado* nos relatos colhidos – como fontes primárias ou secundárias; nos cadernos de trabalho e no material elaborado originariamente para ser utilizado na apresentação do Programa ao Presidente da República e Ministros de Estado à época da formulação, para avaliar politicamente o objeto de estudo aqui delimitado, partindo do pensamento foucaultiano cujo ponto inicial é o

> discurso tal como é. Em uma descrição fenomenológica, tenta-se deduzir do discurso algo que concerne ao sujeito falante; trata-se de reencontrar, a partir do discurso, quais são as intencionalidades do sujeito falante, um pensamento que está se formando. O tipo de análise que eu pratico não se ocupa do problema do sujeito falante, mas examina as diferentes maneiras pelas quais o discurso cumpre uma função dentro de um sistema estratégico, onde o poder está implicado e pelo qual o poder funciona. O poder não está, pois, fora do discurso. O poder não é nem a fonte nem a origem do discurso. O poder é algo que funciona através do discurso, porque o discurso é, ele mesmo, um elemento em um dispositivo estratégico de relações de poder (FOUCAULT, 2010a, p. 465).

Assim, para a análise pretendida, os enunciados discursivos[401] com base na literatura foucaultiana foram usados para investigar segredos com o fito de demarcar ambiências ainda não enfrentadas na investigação dos marcos da segurança pública, questionando o *discurso posto* e o *discurso oficial*, a engenharia institucional desenhada e os reais destinatários e interesses da política formulada, corroborando com a exortação de que "ninguém se deixe enganar; mesmo na ordem do discurso verdadeiro, mesmo na ordem do discurso publicado e livre de qualquer ritual, se exercem ainda formas de apropriação do segredo e de não permutabilidade" (FOUCAULT, 2013, p. 38).

---

400 Fazendo uso do poema *A Terceira Margem do Rio*, de Rosa (2012); metaforicamente a escolha é pela contemplação dos paradoxos e disparidades; e não de uma margem ou outra. Assim, ocupando um terceiro espaço, é possível compreender os dois lados, os paradigmas em conflito em perspectiva e avançar naquilo que exclui e pode incluir, que é novidade e é continuidade.

401 Em reflexão, "em lugar de restringir pouco a pouco a significação tão flutuante da palavra 'discurso', creio ter multiplicado seus sentidos: às vezes domínio geral de todos os enunciados, às vezes um grupo individualizável de enunciados, às vezes uma prática regrada que dá conta de certo número de enunciados; e essa mesma palavra 'discurso', que devia servir de limite e envoltório ao termo enunciado, não a fiz variar à medida que deslocava minha análise ou seu ponto de aplicação, à medida que perdia de vista o próprio enunciado" (FOUCAULT, 2012, p. 106).

Tão logo lançado para o espaço público como *novel* intervenção, algumas críticas já foram tecidas ao PRONASCI tal qual pode se extrair do documento intitulado *Por uma segurança pública e uma justiça para garantia de direitos*, oriundo do Encontro Nacional de Direitos Humanos realizado entre os dias 24 e 26 de setembro na Câmara dos Deputados, cujos anais profetizaram uma *tragédia anunciada* do Programa, já que consideravam que a intervenção continha

> avanços em relação aos planos anteriores para o setor, mas ainda preserva a concepção tradicional do papel das polícias, de ação repressiva dirigida a grupos vulneráveis em detrimento da defesa de direitos. Ao manter essa concepção, herdada de diferentes períodos de arbítrio, pode-se comprometer o sucesso do próprio programa. Também pode representar a perda irreparável de um momento histórico apropriado para essa mudança de paradigma. (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIA, 2007, p. 1).

A escolha política do *locus* socioespacial para focalização do Programa foi nítida nas imagens postas para a primeira apresentação do Programa para o governo: os grandes centros urbanos, de inúmeros movimentos, tráfego de helicópteros, paisagens e atrativos comerciais (BRASIL, 2007a).

O material à época da formulação aponta logo na segunda imagem ali colacionada (figura 1) (BRASIL, 2007a) – como forma, inclusive, de demarcar o *issue* da insegurança sob o qual se legitimaria a intervenção por meio do Programa em análise – uma destacada câmera de segurança como atividade de monitoramento em um *espaço urbano* com contrastes de inúmeros movimentos, gerando tensão e contradição de ideias no receptor da mensagem; fortalecendo, todavia, o ideal brasileiro da necessidade do *panoptismo* nos moldes da sociedade da vigilância e da cultura do controle.

Figura 1 - A (in)segurança pública na pauta política brasileira

Fonte: Brasil (2007a, p. 2)

Fora da pauta no discurso enunciado: os conflitos fundiários e ambientais que vitimam lavradores, lavradoras, indígenas, quilombolas, violências de base estrutural e patrimonial, por vezes, legitimada e com injustos processos de criminalização das *reais* vítimas da opressão e dos movimentos sociais militantes na afirmação desses direitos.

Explicitamente, o governo federal, à época de sua formulação, declarou, por meio de discurso oficial e documentado, que: a) o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania destinaria-se à prevenção, controle e repressão da criminalidade; b) a atuação basearia-se em raízes socioculturais da criminalidade; c) que a intervenção dar-se-ia por uma articulação de ações voltadas para a garantia da segurança pública, por meio de políticas sociais a partir da integração entre a União, Estados e Municípios; d) e que a base referencia as próprias diretrizes do Sistema Único de Segurança Pública (BRASIL, 2007a, p.13). Não disse, todavia, a equipe de formulação, qual seria o marco teórico e ideológico que nortearia a intervenção, ante as raízes socioculturais da criminalidade tampouco o porquê da exclusão da construção conceitual embrionária dos permissivos de participação que, contextualmente apropriados, deveriam ser dados à sociedade por meio da atuação das instâncias de controle social informal.

Além disso, o material embrionário do Pronasci referiu-se à prevenção, controle e repressão da criminalidade, apenas. Não assumiu posição, entretanto, quanto à conflituosidade intrínseca e outros mecanismos de gerenciamento de crises tampouco em relação ao enfrentamento das violências, fenômeno para além da reducionista violência criminal. A (in)segurança, em que pese alvo da experiência inovadora do Pronasci, continuou tratada com fluidez, imprecisão e manipulação por parte daqueles que movimentam a política criminal no Brasil, na medida que não se visualizou trato científico ao *issue* aqui problematizado, corroborada com a desmobilização e apatia popular, fragilizando a atividade de controle sobre a atuação do sistema de justiça criminal e confirmando um referencial ético-político de base repressiva como outrora foram as políticas de segurança pública.

Foram, nessa esteira, objetivos específicos do Pronasci, conforme discurso posto da engenharia institucional do Programa:

> Melhorar o sistema de segurança pública e prisional e valorizar seus profissionais;
>
> Ressocializar as pessoas com penas restritivas de liberdade e egressos por meio da implementação de projetos educativos e profissionalizantes;
>
> Promover o acesso aos adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade às políticas sociais governamentais, em territórios de descoesão social;
>
> Promover o acesso à justiça para a população dos territórios de descoesão social;
>
> Intensificar e ampliar as medidas de enfrentamento ao crime organizado e à corrupção policial;
>
> Garantir, por meio de medidas de urbanização, a recuperação de equipamentos: espaços públicos seguros;
>
> Promover os direitos humanos, considerando as questões de gênero, étnicas, raciais, de orientação sexual e de diversidade cultural (BRASIL, 2007a, p. 14-15).

Reflexivamente, os objetivos específicos *supra* referenciados demonstraram, a partir da análise do discurso e seus enunciados (BRASIL, 2007a): a) o realce à *meritocracia*, postulado neoliberal atrelado à lógica do capital e ao Estado Gerencial Brasileiro; b) o reforço a cursos profissionalizantes e o fomento do acesso de jovens em situação de vulnerabilidade às políticas sociais governamentais ratificaram a educação como instrumento de controle social, mecanismo de *adequação e padronização* ante às normas comunitárias postas; c) a concepção de acesso à justiça utilizada reduziu-se à atuação do Poder Judiciário, atividade de litigância, cujo emblema é o Supremo Tribunal Federal, com sua arquitetura clássica e suntuosa, na foto retratado; d) a necessidade de *arregaçar as mangas* no combate ao crime organizado e à corrupção policial, *discurso velado* sugestivo de que o enfrentamento foi historicamente secundarizado e passou – intencionalmente, talvez - *despercebido* pelo sistema de justiça criminal; e) a construção de *espaços públicos seguros*, a partir das medidas de urbanização e recuperação dos diversos equipamentos em praças e outros ambientes para lazer, o que passou pelo pressuposto do reconhecimento da pessoa, em suas diversas fases de desenvolvimento, afastadas as práticas discriminatórias que selecionaram e permitiram, com o beneplácito das elites, *quem faria uso* desses espaços de bem estar. Uma inquietação: qual auditório (PERELMAN, 1996) destina-se à política?

Em relação ao público-alvo do Pronasci, esse foi delimitado, a partir de técnicas de focalização, e segundo documentação referente ao processo de formulação: foi o jovem preso; o jovem egresso do sistema prisional; o jovem oriundo do serviço militar; o jovem em situação de descontrole familiar; os adolescentes em conflito com a lei (BRASIL, 2007ª, p.44), realçando etiquetamento e histórica seletividade excludente penal. Todavia, *nada foi dito* sobre os motivos que ceifam a vida de tantos jovens em situação de vulnerabilidade até os dias atuais como verdadeiros fatores culturais geradores dos diversos tipos de violência e que gerariam uma necessária (re)construção do processo civilizatório hodierno, a exemplo das práticas intolerantes e de discriminação contra jovens negros, jovens homossexuais, jovens pobres, jovens em situação de rua e outros da época e dos dias atuais (WAISELFISZ, 2011, 2016).

Para *além* do discurso posto, o material da formulação reforçou que "os programas não são apenas sociais, são de segurança pública", como se fosse possível excluir os programas de segurança pública desenvolvidos pelos Estados – sobretudo os que se apresentam como democráticos – do alcance da efetivação plena de uma ordem social constituída como a do Brasil (BRASIL, 2007a, p. 9).

O enunciado discursivo presente na imagem da página 41 da documentação da formulação do Pronasci sugeriu uma proximidade – tensa e perigosa - entre polícia e comunidade na qual uma criança veste-se com os mesmos *trajes* de um policial, trazendo à baila a reflexão sobre o perigo da reprodução dos postulados militarizados na beleza da infância, sua consequente *destituição* e das

repercussões dessa *padronização* e *redenção* nas práticas, violentas e, por vezes, naturalizadas por essas *pessoas em desenvolvimento* (figura 2) (BRASIL, 2007a).

Figura 2 - A infância (des)protegida em xeque

Fonte: Brasil (2007a, p. 41)

Em *suspense*, o entendimento – *simbólico* e relacional às históricas estruturas de dominação – que caberia às mulheres a promoção da paz e aos homens a manutenção e conservação do patrimônio, ainda que façam uso de mecanismos violentos de contenção e intimidação, como a imagem que representam que estariam, nas cores da bandeira nacional, à postos, ativos, operantes, unidos e apresentados *ao confronto* pela ordem e progresso do Brasil na imagem na página 64 (figura 3) (BRASIL, 2007a).

Figura 3 - Homens em prontidão pela ordem e progresso do Brasil

Fonte: Brasil (2007a, p. 64)

Em reciprocidade à analise acima, com o foco na família, destaque para a previsão do projeto originariamente chamado *Mães da Paz* (2007a, p. 44).[402] Constatou-se um modelo de intervenção social com centralidade na implementação de políticas públicas às mulheres, fossem usuárias de programas de transferência de renda ou como agentes que, atuando em rede, cooperariam para a execução de projetos em ambiências de vulnerabilidade. Nesse sentido, vislumbrou-se que

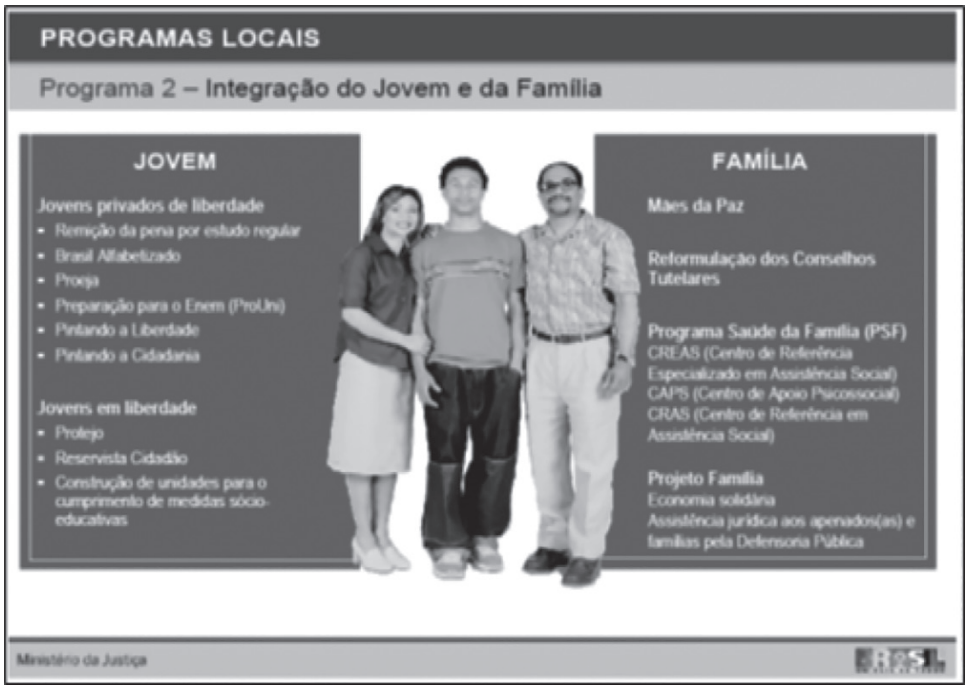
> Essa participação das mulheres nos programas sociais brasileiros incorpora várias concepções de identidade de gênero. Uma dessas identidades valoriza o modelo tradicional de família, visto como um pilar para a construção de redes de segurança para as famílias pobres. **Neste caso, os atributos tradicionalmente associados às mulheres como a vocação para o cuidado e agregação das famílias colocam-se como virtudes a serviço das políticas de distribuição de renda, enfrentamento da pobreza e da vulnerabilidade social.** No caso do enfrentamento da violência, os movimentos de mães contribuíram para o fortalecimento da percepção que associa mulheres, maternidade e não violência, o que alimentou uma série de iniciativas governamentais e não governamentais de mobilização das mulheres para projetos e campanhas contra a violência, o desarmamento, etc. (SILVEIRA et al., 2014, p. 124, grifo nosso).

402 A implementação desse projeto, segundo relatório publicado, ocorreu por meio da identificação dos participantes por meio de assistentes sociais ligados ao Pronasci; formação sociojurídica realizada mediante cursos de capacitação, também, com foco em direitos humanos, gênero e mediação pacífica dos conflitos; desenvolvimento de atividades de reeducação e valorização dos jovens e adolescentes; e colaboração e participação nas ações desenvolvidas pelo Protejo em comunhão com os Conselhos Tutelares, partindo do pressuposto que a liderança exercida por essas mulheres em suas comunidades pode contribuir para afastar os jovens da criminalidade (BRASIL, 2010). Nessa perspectiva, o *empoderamento* dessas mulheres que, enfrentando e discutindo todo tipo de opressão, colaboraram na remodelagem do espaço, cultivando valores e novas práticas (FERREIRA; BRITTO, 2010).

Salienta-se, por oportuno, na *desordem*, que ainda na fase inicial do processo de formulação, verificou-se um discurso que reduzia o gênero à maternidade, naturalizando a *mãe cuidadora* em detrimento ao necessário *empoderamento*. O projeto foi, inclusive, renomeado por alteração legislativa provocada pela *Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres* (SPM) restando na norma[403] como *Mulheres da Paz*, considerando que as mulheres, para além de serem mães, podem exercer necessária função na prevenção das violências, no objetivo de formação e conscientização dos jovens (FERREIRA; BRITTO, 2010).

Reflexivamente, sobre a concepção familiar como referencial ético para a formulação dos programas locais, depreendeu-se a eleição do tradicional e conservador *conceito de família* pelo Programa, a partir da existência de um homem, uma mulher e uma criança/filho, retratada no enunciado representativo presente no material referente ao desenho pronasciano na fase de sua elaboração (figura 4) (BRASIL, 2007a).

Figura 4 – *Fora da pauta* as demais expressões de família, lugar de afeto e olhares



Fonte: Brasil (2007a, p. 44)

403 O trabalho desenvolvido pelo *Mulheres da Paz* teve com foco: "I. A mobilização social para afirmação da cidadania, tendo em vista a emancipação das mulheres e prevenção e enfrentamento da violência contra mulheres; e II. A articulação com jovens e adolescentes, com vistas na sua participação e inclusão em programas sociais de promoção da cidadania e na rede de organizações parceiras capazes de responder de modo consistente e permanente às suas demandas por apoio psicológico, jurídico e social" (BRASIL, 2008, não paginado). Segundo Frota et al. (2014, p. 156) referido projeto "contou com o apoio de 25 estados, o Distrito Federal e 173 municípios brasileiros. No total, mais de 11 mil mulheres participaram do Programa".

Excluiu-se da pauta as diversas concepções de família, em tempos que já se discutem a *poliafetividade,* além das diversas manifestações e expressões familiares reconhecidos sociojuridicamente (BRASIL, 2007a).

Indubitavelmente, a construção de uma cultura de paz em determinado território relacional deve envolver e mobilizar os mais diversos sujeitos a fim de que essa perdure no tempo, fomentando um novo ambiente e sadias formas de convivência, otimizadas pela alteridade, solidariedade e respeito à biodiversidade e ao multiculturalismo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Pronasci afigurou-se proposta diferenciada apresentada como comprometida com o desenvolvimento humano e com as diretrizes de uma concepção de justiça social, latente no contexto de desigualdades socioeconômicas e no estágio do processo civilizatório que o Brasil ainda se encontra. Pelo marco normativo, a *intersetorialidade*, o olhar interdisciplinar e o atrelamento de ações preventivas e repressivas dado à problemática complexa e relacional aqui configurada desenvolveriam capacidades estatais em grau máximo de realização para um efetivo tratamento dado à questão, inovando, sem precedentes, na seara.

Problema visível para agentes sociais diversos e também para a gestão pública nas diversas esferas, a insegurança é bandeira permanentemente levantada pelos grupos de pressão. É necessidade básica para o bem-estar e feita, também, estratégia de campanha para eleição e permanência legítima no poder dos que exercem mandato eletivo em democracias representativas já que se trata de desafiadora finalidade protetiva constitutiva do sentido da política e do próprio Estado, facilmente manipulada nos discursos dos palanques eleitorais.

O Pronasci, pela análise feita nas unidades discursivas, revelou-se como uma tentativa de enfrentamento à problemática complexa das violências e da criminalidade e, veladamente, como estratégia política e partidária de apresentar ao país um programa diferenciado, comprometido com as bases de justiça social do partido governista da época de sua formulação e que harmonizasse interesses hegemônicos, historicamente construídos e realçados, de recrudescimento com as notas da repercussão da cidadania, da inclusão e democracia racial, ideologias constitutivas da plataforma de governo petista, sob o comando do Presidente Lula e ratificada pela postura e intento de um novo *programa para a segurança pública* apresentado na gestão de seu segundo mandato.

O processo de formulação do Pronasci foi marcado por um *jeito* etiquetado como *brasileiro*: o produto, fruto do consenso, teve apelo notadamente institucional, não permitiu a participação das bases na sua elaboração, aflorando-se, pelos *discursos ditos*, a característica político-partidária que lhe transvestia. Simbolicamente, e certamente sem assim perceber-se, a equipe governista como *sujeito*

constituído formulador reproduziu a interpelação que impede o reconhecimento da cidadania como o *direito a ter direitos.* Para além de formalmente oficializar como ações integrantes de um dito complexo Programa, em *jogo* os interesses de concretamente garantir *verba orçamentária* para projetos já desenvolvidos por diversos ministérios, ainda que materialmente pouco dialogassem com o conteúdo que o Pronasci demonstrava possuir.

Em *xeque* a própria noção de cidadania. Mais do que um *carimbo* ou rótulo que reconheça a ação como *cidadã ou pronasciana*, seu *substractum* deveria ser voltado para o desenvolvimento multidimensional, em contexto constitucionalmente firmado.

Com base na hermenêutica concretizadora, o *auditório* do agente público ministerial, protagonista do processo de formulação, precisou ser convencido que se tratava de uma nova intervenção, de bases inovadores que poderia surtir excelentes resultados em curto prazo, atendendo as expectativas específicas imediatas, tanto da tessitura social brasileira marcada pelo medo e pela insegurança, iludida pela força da punição para o desiderato pretendido como também do programa de governo vigente que buscava no Pronasci uma saída urgente e efetiva para legitimar sua atuação como Estado Providência, ainda que com a essência – histórica e permanente – de *repressor*.

Foi nesse escopo, pois, que a nomenclatura gerou o *consenso* para a formulação: por uma racionalidade política – e partidária – com o desejo de imprimir inovação a um paradigma, já existente como modelo no plano internacional, que o Ministro da Justiça *batizou* o Programa ora em análise como *Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania.*

Revelou-se pelo título do Programa, na *desordem* do discurso, a intenção política de *agradar* interesses distintos do *auditório* brasileiro, de lógicas contrastantes, a saber: a histórica repressão que serve a uma matriz de recrudescimento, estigmatizante e rotulador, característica das políticas de segurança de base autoritária e legitimadas historicamente; e, por meio de um discurso de adequação constitucional, o respeito ao desenvolvimento humano, à democracia racial e inclusiva socialmente por meio da adição das notas de *cidadania*, pífias para a transformação de questão social tão complexa.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

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

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática penal**: em busca da segurança jurídica prometida. 1994. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Tradução André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2014.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Anais da Assembleia Constituinte**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 10 jun. 2016.

AZEVEDO, Solange. **Cidades violentas perdem negócios**: para o economista de Harvard, a criminalidade afasta os empreendedores que impulsionam o progresso: entrevista com Edward L. Glaeser. **Revista Época**, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR78226-6009,00.html>. Acesso em: 1º ago. 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Direitos humanos**: entre a violência estrutural e a violência penal. Saarbrücken: Sarlaand, 1993.

BERGALLI, Roberto; RAMIREZ, Juan Bastos. **O pensamento criminológico I**: uma análise crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015a

BERGALLI, Roberto; RAMIREZ, Juan Bastos. **O pensamento criminológico II**: Estado e Controle. Rio de Janeiro: Revan, 2015b.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Cia das Letras, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Comissão Nacional da Verdade**: relatório final: conclusões e recomendações. Brasília, DF: MJ, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007**. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci e dá outras providências. Brasília, DF, 2007b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.707, de 19 de junho de 2008.** Altera a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007, que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11707.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Coordenador-Geral de Planejamento Setorial. **Segurança pública com cidadania**. Brasília, DF, 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania**: material da formulação. Brasília, DF, 2007a. Disponível em: <http://www.mpro.mp.br/documents/10180/580287/PRONASCI+-+Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf/cc93e1e4-0cbc-4411-aa6e-eea4bac63893>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento**: o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ. **Estado da paz e evolução da Violência**. Brasília, DF: CIIIP, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIA. **Anais do Encontro Nacional de Direitos Humanos**: por uma segurança pública e uma justiça para garantia de direitos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007.

COSER, Lewis A. **The functions of social conflict**. New York: The Free Press, 1956.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CRUZ NETO, Otávio; MOREIRA, Marcelo Rasga. A concretização de políticas públicas em direção à prevenção da violência estrutural. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 33-52, 1999.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. São Paulo: Editora Zahar, 2005.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Marieta de Moraes; BRITTO, Ângela (Orgs.). **Segurança e Cidadania**: memórias do Pronasci: depoimentos ao CPDOC/FGV. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. São Paulo: GEN, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014a.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2014b.

GALTUNG, Johan. Violencia, paz e investigacion sobre la paz. In: _____. **Investigaciones teóricas, sociedad y cultura contemporáneas**. Alicante: Tecnos, 1996.

GARAPON, Antoine; GROS, Frederic; PECH, Thierry. **Punir em democracia e a justiça será**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição Dirigente. 2. ed. Lisboa: Juruá, 2011.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

GURR, Ted Robert. **Why men rebel**? Princeton: Princeton University Press, 1970.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KASZNAR, Istvan. A leitura econômica da violência e segurança. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma et al. (Orgs.). **Desafios da gestão pública de segurança**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: Editora da UNB, 1980.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MALCOLM, Joyce Lee. **Violência e armas**: a experiência inglesa. São Paulo: Vide Editorial, 2014.

MARSHALL, Thomas H. **Cidadania, classe social e *status***. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

MARTINS, José de Sousa. **Linchamentos**: a justiça popular no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MESQUITA NETO, Paulo de. **Ensaios sobre segurança cidadã**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MESQUITA NETO, Paulo de. Políticas municipais de segurança cidadã: problemas e soluções. **Análises e Propostas**, São Paulo, n. 33, p. 6-26, dez. 2006.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. Tradução Otacílio Nunes. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 51, p. 37-61, jul. 1998.

O'DONNELL, Guillermo. **Teoria democrática e política comparada**. Rio de Janeiro, 1999.

OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: as transformações contemporâneas do trabalho e da política. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: **a nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERES, Maria Fernanda Tourinho. Violência: um problema de saúde pública. In: LIMA, Renato Sérgio; PAULA, Liana de (Orgs.). **Segurança pública e violência**: o Estado está cumprindo seu papel? São Paulo: Contexto, 2008.

PINASSI, Maria Orlanda. A ideologia da crise e o surto incontrolável da irrazão. In: SAMPAIO JÚNIOR, Plínio de Arruda. **Capitalismo em crise**: a natureza e dinâmica da crise econômica mundial. São Paulo: Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2009.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. State: sponsored violence in Brazil. In: CHALMERS, Douglas A. et al. **The new politics of inequality in Latin America**: rethinking participation and representation. New York: Oxford Studies in Democratization, Oxford University Press, 1997.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Informe sobre desenvolvimento humano de 1994**. Informe Human Security Now. Lisboa: Comissão de Segurança Humana, 1994.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Gestão de Políticas Públicas de Segurança Cidadã**: caderno de trabalho. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2006.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Segurança cidadã, desenvolvimento humano e governabilidade democrática: ferramentas para a formulação de políticas em segurança cidadã. In: _____. **Gestão de Políticas Públicas de Segurança Cidadã**: caderno de trabalho. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2005.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, João Guimarães. **A terceira margem do rio**. São Paulo: Nova Fronteira, 2012.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e (Org.). **Pesquisa avaliativa**: aspectos teóricos-metodológicos. São Paulo: Veras, 2008.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e (Org.). **Pesquisa avaliativa**: aspectos teóricos-metodológicos. São Paulo: Veras, 2013.

SILVEIRA, Andrea Maria et al. Projetos Protejo e Mulheres da Paz: a percepção dos participantes em Minas Gerais e Rio de Janeiro. In: SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Pensando a segurança pública**: avaliações, diagnósticos e análises de ações, programas e projetos em segurança pública. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

SIMMEL, Georg. **Questões fundamentais da sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1958.

SOUSA NETO, Cláudio Pereira de. Parâmetros para a conceituação constitucionalmente adequada da segurança pública. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma et al. (Orgs.). **Desafios da gestão pública de segurança**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao Estado de exceção**: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais**: afinal do que se trata? São Paulo: Cortez, 1999.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

WACQUANT, Loic. Bourdieu, Foucault e o Estado penal na era neoliberal. In: ZAMORA, Daniel (Org.). **Critiquer Foucault**. Bruxelas: Editions Aden, 2014.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WAISELFISZ, Julio Jacobo (Org.). **Mapa da Violência 2012**: os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2012.

WAISELFISZ, Julio Jacobo (Org.). **Mapa da Violência 2016**: os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2016.

WAISELFISZ, Julio Jacobo (Org.). **Mapa da Violência 2011**: Os Jovens do Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Instituto

WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. Brasília, DF: Editora da UNB, 2011.

WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. **Tempo Social**: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 5-41, maio 1997.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Florianópolis: Revan, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

www.tirant.com/br

ISBN 978-65-87684-03-1