

FORUM DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

José Mario Brem da Silva Júnior
Marina Portella Ghiggi
Carolina Costa Cunha
(Orgs.)



Entre os dias 27 e 30 de setembro, nas dependências da Universidade Católica de Pelotas(UCPel), foi realizado o Fórum de Ciências Criminais, promovido pela Liga Acadêmica de Ciências Criminais (LACC), grupo extensionista vinculado à UCPEL. O evento visava fomentar o debate entre os pesquisadores e estudiosos das ciências criminais, além de oportunizar aos alunos da região palestras com renomados profissionais do Direito, que abordam temas da Criminologia, do Direito Penal, do Processo Penal, assim como da Execução Penal, de forma crítica, analisando de tal monta, todas as complexidades e nuances das problemáticas propostas. Assim, a presente obra, apresenta-se como um singelo compilado das discussões propostas nos grupos de trabalhos, com intuito de registrar e divulgar os trabalhos científicos que engrandeceram e impulsionaram as discussões do evento.

 **editora fi**
www.editorafi.org



F O R U M D E
CIÊNCIAS CRIMINAIS

F O R U M D E CIÊNCIAS CRIMINAIS

José Mario Brem da Silva Júnior
Marina Portella Ghiggi
Carolina Costa Cunha

Organizadores

φ editora fi

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



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



Associação Brasileira de Editores Científicos

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SILVA JÚNIOR, José Mario Brem da; GHIGGI, Marina Portella; CUNHA, Carolina Costa (Orgs.).

Forum de Ciências Criminais. [recurso eletrônico] / José Mario Brem da Silva Júnior; Marina Portella Ghiggi; Carolina Costa Cunha (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

174 p.

ISBN - 978-85-5696-186-0

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

1. Direito. 2. Ética. 3. Ciências criminais. 4. Congresso. I. Título. II. Série

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

APRESENTAÇÃO

Entre os dias 27 e 30 de setembro, nas dependências da Universidade Católica de Pelotas (UCPel), foi realizado o Fórum de Ciências Criminais, promovido pela Liga Acadêmica de Ciências Criminais (LACC), grupo extensionista vinculado à UCPEL.

O evento visava fomentar o debate entre os pesquisadores e estudiosos das ciências criminais, além de oportunizar aos alunos da região palestras com renomados profissionais do Direito, que abordam temas da Criminologia, do Direito Penal, do Processo Penal, assim como da Execução Penal, de forma crítica, analisando de tal monta, todas as complexidades e nuances das problemáticas propostas.

Assim, a presente obra, apresenta-se como um singelo compilado das discussões propostas nos grupos de trabalhos, com intuito de registrar e divulgar os trabalhos científicos que engrandeceram e impulsionaram as discussões do evento. Dessa forma, já aproveito para agradecer todos os autores e apresentadores participantes do evento.

Ademais, agradeço a profissional colaboradora da LACC, Carolina Costa Cunha, por toda a dedicação, zelo e comprometimento com o nosso grupo acadêmico, evento e, na condição de coordenadora de grupos de trabalho, com os debates das pesquisas. No mesmo sentido, agradeço o advogado André Siqueira Lucas, pela disponibilidade e contribuições às pesquisas, quando também estava na condição de coordenador dos grupos de trabalho.

Na sequência, agradeço a todos os conferenciantes que abrilhantaram o evento, trazendo seus estudos e experiências, contribuindo para a formação de todos os presentes. No mesmo sentido, direciono meus agradecimentos à todos os ouvintes, os quais são os principais motivadores de nossos eventos, bem como aos apoiadores, Biscoitos Zezé e a Universidade Católica de Pelotas.

Por fim, e não menos importante, gostaria de agradecer a professora coordenadora da LACC, Ana Cláudia Vinholes Lucas e a professora orientadora da LACC, Marina Ghiggi, por todo o suporte e atuação frente ao nosso humilde grupo, figurando, juntamente com a advogada Carolina Cunha supramencionada,

como verdadeiras inspirações para o futuro de todos nós, acadêmicos e membros da Liga Acadêmica de Ciências Criminais. Além disso, gostaria de agradecer aos meus amigos e colegas da LACC, por toda dedicação, empenho e companherismo para a realização do evento, bem como em todos os debates e projetos que enfrentamos.

José Mario Brem da Silva Júnior

Presidente da Liga Acadêmica de
Ciências Criminais – Gestão 2016

SUMÁRIO

A BANALIDADE DO MAL: DIREITO PENAL DO INIMIGO, TOTALITARISMO E PODER PUNITIVO 13

PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS; LAURA GIRARDI HYPOLITO; LETÍCIA BURGEL

A INEFICIÊNCIA DO MODELO PROIBICIONISTA E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS: PORTUGAL, COLORADO E URUGUAY 19

LAURA GIRARDI HYPOLITO; LETÍCIA BÜRGEL; PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS
RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO (ORIENTADOR)

PERSPECTIVA DE GÊNERO NOS CRIMES SEXUAIS DA DITADURA CIVIL-MILITAR BRASILEIRA (1964-1985) 27

SIMONE SCHUCK DA SILVA; ROSA MARIA ZAIA BORGES; LAURA GIGANTE ALBUQUERQUE

TRÁFICO, PERPETUAÇÕES E DISPARIDADES: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL 35

LAURA GIRARDI HYPOLITO; LETÍCIA BÜRGEL; PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS
RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO (ORIENTADOR)

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS 43

LAURA GIRARDI HYPOLITO; LETÍCIA BURGEL; PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS
FABIO ROBERTO D'ÁVILA (ORIENTADOR)

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA AÇÃO PENAL 470 49

LAURA GIRARDI HYPOLITO; LETÍCIA BURGEL; PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS
FABIO ROBERTO D'ÁVILA (ORIENTADOR)

O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06: BREVE REFLEXÃO SOBRE ASPÉCTOS (IN)CONSTITUCIONAIS E DOGMÁTICOS 57

LAURA GIRARDI HYPOLITO; LETÍCIA BÜRGEL; PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS
RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO (ORIENTADOR)

O PAPEL DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NA SOCIEDADE DO RISCO 65

LAURA GIRARDI HYPOLITO; LETÍCIA BURGEL; PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS
FABIO ROBERTO D'ÁVILA (ORIENTADOR)

O PAPEL DO RESULTADO NOS CRIMES CULPOSOS 69

LAURA GIRARDI HYPOLITO; LETÍCIA BURGEL; PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS
FABIO ROBERTO D'ÁVILA (ORIENTADOR)

TERRORISMO: ANÁLISE E CRÍTICA A LEI Nº 13.260/16	77
PEDRO HENRIQUE PAVANATTO; LAURA GIRARDI HYPOLITO; LETÍCIA BURGEL	
A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E SEUS DESDOBRAMENTOS EM FACE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 548.181/PR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	85
MATHEUS GONÇALVES DOS SANTOS TRINDADE; RAFAEL LADWIG RODRIGUES DANIEL MARTINI (ORIENTADOR)	
A LEGITIMIDADE MATERIAL DO DIREITO PENAL SUBJETIVO	89
TIAGO LORENZINI CUNHA	
A SOCIOLOGIA DE PIERRE BOURDIEU E A LEGITIMIDADE SIMBÓLICA DO PODER PUNITIVO DO ESTADO	95
ÁLVARO FILIPE OXLEY DA ROCHA; TIAGO LORENZINI CUNHA	
O CASO DA PRISÃO TEMPORÁRIA DECRETADA DE OFÍCIO: A OPERAÇÃO “LAVA JATO” E A CRISE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	101
TIAGO LORENZINI CUNHA; PAULO THIAGO FERNANDES DIAS	
A SEXUALIDADE NO DIREITO PENAL INDIANO: DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE À DIVINDADE ÀS TRANSEXUAIS	109
OTÁVIO AMARAL DA SILVA CORRÊA LUIS ANTONIO BOGO CHIES (ORIENTADOR)	
O APARATO PENAL ESTATAL BRASILEIRO COMO FERRAMENTA DE SEGREGAÇÃO DO IMIGRANTE	113
THAIS GARCIA JESKE; FILIPE BLANK UARTHE RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER (ORIENTADORA)	
O INÍCIO DO ABOLICIONISMO PENAL: FOUCAULT E AS ESTRUTURAS DE PODER	117
LUCAS BRAUNSTEIN DA CUNHA; BRUNO BANDEIRA BANDEIRA; DANDARA TRENTIN DEMIRANDA; PAULA CORRÊA HENNING	
DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO PARA SOCORRO DE ANIMAIS VÍTIMAS DE MAUS-TRATOS	121
FABÍOLA WEISSHAHN; FERNANDO SAMPAIO; IGOR ALVES; ADRIANO PITANO; MARINA PORTELLA GHIGGI	
A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A PRESCRIÇÃO	127
MATHEUS GONÇALVES DOS SANTOS TRINDADE DANIEL MARTINI (ORIENTADOR)	

DA VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS DO ADOLESCENTE ACUSADO DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL PELO NÃO RECONHECIMENTO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA 133

AUTORA: KARINA MOMBELLI SANT' ANNA
MS. PROF. AFONSO ARMANDO KONZEN (ORIENTADOR)

A SÚMULA 533 STJ E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL 143

DANDARA TRENTIN DEMIRANDA; BRUNO BANDEIRA FONSECA; LUCAS BRAUNSTEIN DA CUNHA
ORIENTADOR: LUCAS GONÇALVES CONCEIÇÃO

O ATENDIMENTO REALIZADO PELA 2ª VARA DE EXECUÇÃO CRIMINAL DE PORTO ALEGRE, DIRIGIDO AOS FAMILIARES DOS PRESOS DO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE 149

MARIÂNGELA ALVES GONZALES
PROF. DR. LUIZ ANTÔNIO BOGO CHIES (ORIENTADOR)

OS IMPACTOS DA DECISÃO DO STF NO HC 118.533/MS SOBRE O ENCARCERAMENTO FEMININO 155

DANDARA TRENTIN DEMIRANDA; BRUNO BANDEIRA FONSECA; LUCAS BRAUNSTEIN DA CUNHA
ORIENTADOR: LUCAS GONÇALVES CONCEIÇÃO

RESOLUÇÃO 14, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1994, DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA: REALIDADE OU UTOPIA? 159

OTÁVIO AMARAL DA SILVA CORRÊA
MARIA PORTELLA GHIGGI(ORIENTADORA)

A AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANALOGIA AOS CASAIS HOMOAFETIVOS E ÀS TRAVESTIS 161

OTÁVIO AMARAL DA SILVA CORRÊA
MARCELO MALIZIA CABRAL(ORIENTADOR)

A PSICOGRAFIA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL 165

ANA CLAUDIA GEORG REGULY
JOSE OLAVO BUENO DOS PASSOS (ORIENTADOR)

O SIGILO EXTERNO NO INQUÉRITO POLICIAL: INDÍCIOS VS. PROVAS 169

NASLA SENA SOARES; MARINA PORTELLA GHIGGI

A BANALIDADE DO MAL: DIREITO PENAL DO INIMIGO, TOTALITARISMO E PODER PUNITIVO

Pedro Henrique Pavanatto de Freitas¹

Laura Girardi Hypolito²

Letícia Burge³

A palavra “inimigo” remonta, primeiramente, a alguém com o qual não se deve tratar com afeição, com amor. Cumpre ressaltar, criticamente, portanto, alguns aspectos da sociedade contemporânea, que através do poder punitivo faz um ataque diário a pessoas que são declaradas como inimigas, em uma face oculta, pois não oficialmente assumida do Direito Penal do Inimigo proposto pelo funcionalista alemão Jakobs. Há uma ligação intrínseca do inimigo à ideia de mal, pois, busca-se através do Direito Penal do Inimigo identificar pessoas más, hostis. Porém, segundo a filósofa política alemã Hannah Arendt, *“o mal não possui nem profundidade nem dimensão demoníaca (versa aqui algo que já vai de encontro ao significado popular de inimigo: Demônio ou demoníaco) sendo o mal superficial, é apenas uma armação que cobre um vazío”*.

Para demonstrar o conceito superficial do mal, buscamos na obra Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do

¹ Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais da PUCRS. Membro do Grupo de Pesquisa Linguagem, Cognição e Processo Penal, sob a coordenação da Prof.^a Clarice Beatriz da Costa Söhngen. Advogado Criminalista. E-mail: pavanatto.pedrohenrique@gmail.com

² Advogada, Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC). E-mail: laura.hypolito@yahoo.com.br. Telefone: 054 99749780. Orientador: Professor Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

³ Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Membro do Corpo Editorial da Revista de Estudos Criminais. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila. Pesquisadora integrante da linha de Sistemas jurídico-penais contemporâneos. E-mail: leburgel_@hotmail.com.

mal, a significação da problemática do enraizamento do mal na conduta social. Nesta obra da cientista política Hannah Arendt faz uma análise do julgamento de Otto Adolf Eichmann, *Obersturmbannführer* (tenente-coronel) da SS Nazista, em Jerusalém, acusado (entre outros) de crimes contra o povo judeu, crimes contra humanidade e crimes de guerra.

Ainda, cabe ressaltar que o acusado foi tido como responsável pela morte de mais de cinco milhões de Judeus, pois este era, dentro da complicada hierarquia do Nacional-Socialismo Alemão, o homem que cuidava da emigração e do transporte para os campos de concentração dos judeus no Terceiro *Reich*. Porém, ao contrário do que podemos à primeira vista pensar, Eichmann possuía um comportamento exemplar, tinha uma personalidade quanto a seus familiares, amigos e membros da comunidade, não apenas normal, mas inteiramente desejável. E ainda, segundo o sacerdote que era seu confessor durante os meses que seguiram o julgamento, Eichmann *“era um homem de ideias muito positivas”*.

Apesar da acusação e posterior condenação de Eichmann (foi condenado a pena de morte em Israel) vemos que não se tratava de um monstro. Durante todo julgamento ficou claro que não estávamos a tratar com um caso de insanidade moral e muito menos de insanidade legal, não era o caso de um ódio irracional aos judeus, de um fanático antissemitismo. Pessoalmente, ele tinha até razões pessoais para não ir contra os judeus.

Desta controvérsia, percebemos um fato notável sobre o mal. o caso de Eichmann é capaz de demonstra que a banalidade do mal faz referência, portanto, à aparência de mal, enquanto fenômeno que se mostra visível, vemos que *“as aparências não apenas revelam; elas também ocultam”*, ou seja, as aparências expõem e também protegem da exposição e, exatamente porque se trata do que está por trás delas, a proteção pode ser sua mais importante função. A aparência de banalidade (regra em regimes totalitários) tem justamente a função de ocultar o verdadeiro escândalo que são estes regimes.

Esta banalidade do mal se baseia em três diferentes pilares: a irrealidade, a necessidade e a ausência do pensamento:

A irrealidade é o desconhecimento deliberado das

pretensões da realidade. Os chavões, as trivialidades, as frases prontas e ainda, os códigos de expressão padronizados e convencionais que servem para afastar os indivíduos da realidade, transformando-os em coisas, seres não pensantes, levando-os a viver e agir em um mundo irreal. Nesse sentido é possível ser exemplificado com frases nacionalistas-românticas como: “*Brasil ame ou deixe!*”. Está incapacidade acompanhou Eichmann até seu último suspiro, ele nunca conseguiu se expressar sem as frases prontas ditas pela propaganda e pelos discursos de seu governo. Falava: *Minha única língua é o oficialês [Amtssprache]*. O ponto aqui é que o *oficialês* demonstra a ausência de capacidade reflexiva, pensar sem clichês.

A necessidade seria a presença de um sistema que exige que cada um seja condescendente, por meio de sua função, a um ponto tal que implicaria a perda da identidade pessoal e, portanto, a possibilidade de reivindicar a responsabilidade de seus atos. Eichmann cumpria seu dever, claramente ele não só obedecia às ordens como obedecia à lei. Ponto claramente contemporâneo tendo em vista leis promulgadas em nossa sociedade de clara abstração e diminuições de liberdades individuais.

Além disto, existe a busca pela ausência de pensamento dos cidadãos que fazem parte do sistema. Essa ausência de pensamento facilita a passividade e sujeição, pois o estado de não pensar obriga as pessoas a se agarrarem às regras de conduta, quaisquer que elas sejam tornando-se habituadas a obediência cega ao que as controla, seja governo ou qualquer ente detentor de poder, ou seja, seguem medidas e leis sem fazer um exame rigoroso de seus conteúdos.

Por conseguinte, no mal não conseguimos buscar razão, não existem bases no mal, pois quando pensado e devidamente analisado este mal, apenas o vazio lá é encontrado. Logo, quando o mal se torna banal pode ser atribuído a qualquer um, sem distinção, sempre buscando servir a interesses não democráticos e deixando de lado o Estado de Direito.

Logo, quando o poder punitivo escolhe certas pessoas para assumir o papel de inimigos da sociedade, vemos que isto constitui um importante elemento para a supressão da democracia pelo

totalitarismo, como no caso de um direito penal do inimigo de papel semelhante ao do “Direito Nazista”. A distinção entre cidadãos e inimigos transforma os últimos em meros objetos coisificando o ser humano, desta maneira algumas leis penais acabam por ser um instrumento de banalização do ser humano. E devido a isto nenhum membro de um sistema que tem inimigos ao invés de pessoas como foco de aplicação do Direito Penal ficará receoso em eliminá-los.

Mas não só, quando o poder punitivo indiscriminadamente seleciona “inimigos” transforma-se o direito penal na ferramenta necessária e essencial de um estado totalitário, pois retira-se das pessoas que estão por trás do sistema estabelecidos a responsabilidade e a capacidade de serem punidos pelas atrocidades que cometerem, ou seja, os atos, por mais atrozes que sejam, constam nas leis e as pessoas, que estão dentro desta hierarquia de poder, não respondem por seus atos, pois apenas cumprem as leis.

Aproximando, novamente, do ponto de comparação a conduta de Eichmann não era a única. Havia muitos indivíduos iguais a ele, sendo que a maioria dessas pessoas não era nem cruel nem malvado, eram considerados, ao contrário, absolutamente normais. Logo, estes tipos de criminosos, cometem seus crimes sob circunstâncias tais que se torna quase impossível, para eles, saber ou sentir que estão agindo mal. Vê-se que os acontecimentos políticos, sociais e econômicos conspiram, como os instrumentos para tornar os indivíduos supérfluos.

O problema que Hannah Arendt traz a baila está no fato que quando o Estado tem como modelo de cidadão, o indivíduo que atua sob ordens, que obedece cegamente e é incapaz de pensar por si mesmo, esse modelo deixa de ser pluricultural e passa a ser autoritário. A supremacia da obediência pressupõe o fim da espontaneidade do pensamento e nessa ausência de pensamento, nessa expressão humana opaca, nessa rarefação das consciências aparece à tragédia, batizada por Hannah Arendt de a “banalidade do mal”.

Por vezes o poder punitivo contemporâneo faz exatamente o mesmo, isto é, dá aos políticos, militares, burocratas do sistema,

os meios para cometerem as piores atrocidades sob o manto da legalidade e da razão de Estado, pois não serão os aplicadores da lei que praticam o mal, mas sim a norma, o sistema legal.

Referências:

ARENDDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.

CORREA, Leonildo; GRECO, Vicente. A Banalidade do Mal e o Direito Penal do Inimigo. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/hannah-arendt-contra-g%C3%BCnther-jakobs>>.

GERBER, Daniel. Direito Penal do Inimigo: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7340/direito-penal-do-inimigo>>

JACKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. CALLEGARI, André Luis, GIACOMOLLI, Nereu José. Livraria do Advogado, 2005.

A INEFICIÊNCIA DO MODELO PROIBICIONISTA E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS: PORTUGAL, COLORADO E URUGUAY

Laura Girardi Hypolito¹

Letícia Bürger²

Pedro Henrique Pavanatto de Freitas³

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (orientador)

Devido á comprovada ineficiência das políticas criminais proibicionistas, modelos alternativos que se distanciem das políticas de proibição, que busquem a preservação dos usuários e que implementem políticas públicas que possam de fato reduzir danos, precisam ser pensados como possibilidades viáveis de implementação para o Brasil. Nesse sentido de rompimento com o paradigma proibicionista, cabe questionar qual modelo seria o mais adequado para substituí-lo. Há alguns anos, pensar novas maneiras de tratar a questão das drogas ilícitas, que se afastassem do paradigma de proibição, parecia passível de construção apenas no plano teórico. No entanto, atualmente, posto os tantos modelos que têm emergido, pensar em efetivas políticas de redução de danos, descriminalização e legalização, já não parece mais uma realidade tão distante do ponto de vista prático.

Mudanças no cenário internacional trazem fôlego ao debate acerca da necessidade de alteração das políticas de drogas.

¹ Advogada, Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: laura.hypolito@yahoo.com.br. Telefone: 054 99749780. Orientador: Professor Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

²Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila.

³Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais da PUCRS. Membro do Grupo de Pesquisa Linguagem, Cognição e Processo Penal, sob a coordenação da Prof.^a Clarice Beatriz da Costa Söhngen. Advogado Criminalista. E-mail: pavanatto.pedrohenrique@gmail.com Bolsista CAPES.

Vários países nos últimos anos têm demonstrado avanço nesta questão, e na América Latina, uma das regiões mais atingidas pelas mazelas acarretadas pelas políticas de guerra às drogas, é possível perceber o crescimento de um movimento anti-proibicionista. Em 2012, vários governantes latino-americanos – como os presidentes da Colômbia, Guatemala e do Uruguai - se posicionaram pela necessidade de mudanças no campo das políticas de drogas, ao reconhecerem sua ineficiência e os danos que impõem aos usuários e à população de maneira geral.⁴

Deste modo, algumas experiências de países que adotaram políticas sólidas e implementam alterações estruturais em seu modo de tratar a questão das drogas ilícitas, merecem destaque. Dentre estes é possível citar Portugal, parte dos Estados Unidos e o Uruguai. Cada um destes três exemplos tem suas peculiaridades próprias e um funcionamento no campo prático que se opera de maneira distinta. No entanto, não obstante estas diferenças, os três se encontram em um ponto comum: o rompimento, mesmo que parcial, com o modelo proibicionista de tratamento às drogas consideradas ilícitas.

No que se refere a Portugal, pode ser dito que o país é um dos precursores no que tange à redução de danos, visto que já em 2001 tomou a decisão de descriminalizar o consumo de todas as drogas ilegais, ao considerar que a posse de quantidade para suprimento de até dez dias, não mais configuraria delito penal. O resultado sentido em Portugal, após passados mais de dez anos desde que a descriminalização foi inserida no cotidiano do país, se mostra positivo. Diferentemente do que foi sustentado pelos setores conservadores – que eram contrários à implementação dessa política de drogas - o número de usuários e as mortes devido ao uso problemático das substâncias não sofreram aumento, mas sim o contrário, e atualmente o consumo de drogas no país é inferior à média europeia⁵.

⁴ BOITEUX, Luciana; LEMGRUBER, Julita. **O fracasso da guerra às drogas**. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, Luiz José; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014. p. 357.

⁵ Ibidem. p. 309

Ademais, um estudo acerca dos impactos da descriminalização do consumo de drogas no país revelou que a alteração da política de tratamento dado às drogas coincide com a redução dos usuários problemáticos e também com a diminuição dos danos correspondentes ao consumo⁶. Deste modo, Portugal correspondeu às expectativas daqueles que defendiam as políticas de descriminalização das drogas. Foi possível comprovar, após 14 anos de implementação, que retirar os usuários da esfera penal conjuntamente à implementação de políticas de redução de danos e conscientização, traz resultados benéficos para o país e seus cidadãos.

Outro destaque atual são alguns estados americanos, onde é possível perceber mudanças de paradigma significativas referentes ao tratamento dado à maconha. O país, líder da guerra contra as drogas, possui atualmente 23 Estados, mais o Distrito de Colúmbia, que permitem a utilização da *cannabis* com fins medicinais, e 17 que já descriminalizaram o consumo e o porte para uso próprio da substância. Além disso, o que mais chama atenção é o fato de que quatro Estados - Alaska, Colorado, Oregon, Washington -, além da Capital Washington D.C., legalizaram a produção e a venda da droga para o consumo com fins recreativos, em moldes de regulamentação muito semelhantes aos que normatizam o comércio do álcool.⁷

Esta novidade configura um rompimento significativo com as políticas de proibição. O estado do Colorado, que foi o primeiro a permitir a criação de pontos de venda de maconha, e também o pioneiro em número de consumidores que compram legalmente nos estabelecimentos licenciados, é a referência principal quando se trata de substituir o paradigma da proibição pelo de regulação da droga. O Estado aprovou em 2012 a Emenda

⁶ QUINTAS, Jorge. **Estudos sobre os impactos da descriminalização do consumo de drogas em Portugal**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM. 2014. p. 74.

⁷ MARIJUANA POLICY PROJECT. **State Policy**. *Marijuana Policy Project*. Disponível em: <<<https://www.mpp.org/states/>>>. Consultado em 02 out. 2015.

Constitucional 64⁸, que autoriza a produção, venda e aquisição da maconha e seus derivados para uso recreativo. Os parâmetros legais para a compra da droga são muito semelhantes aos estabelecidos para o álcool, como ter idade mínima de 21 anos para a compra e a proibição de dirigir, no caso de a substância ter sido consumida previamente.⁹

É evidente que a legalização da maconha por si não é suficiente para romper de vez com o modelo de criminalização das drogas. No entanto, ao considerar que estes avanços – em relação à *cannabis* - têm ocorrido no país onde se desenvolveu a ideologia de proibição, não há como negar sua importância. Além do mais, 58% dos cidadãos norte-americanos acreditam que a maconha deveria ser legalizada¹⁰. Esta cifra, que nunca foi tão alta, demonstra que fronteiras morais estão sendo derrubadas e que o caminho para mudanças no tratamento dado às drogas está aberto.

Em verdade, das demonstrações atuais de enfrentamento e ruptura com os paradigmas de proibição, a que merece maior destaque, dado o caráter complexo e inédito do modelo apresentado, é a assumida pelo Uruguai. O país já se destacava, uma vez que é um dos poucos do mundo que nunca criminalizou o consumo de drogas ilícitas. No entanto, o que de fato chamou atenção para o país foi que, em 2013, o parlamento votou e aprovou a regularização do mercado da maconha para uso recreativo, medicinal e industrial, com a supervisão do Estado.

⁸ Amendment 64 Use and Regulation of Marijuana. Disponível em: www.fcgov.com/mmj/pdf/amendment64.pdf

⁹ SÁNCHEZ, Virginia Montanez. **Rompiendo el hielo: La regulación del cannabis em Países Bajos, Colorado y Uruguay.** *Fundación Renovatio*. p. 49. Disponível em: <https://www.academia.edu/8595756/Rompiendo_el_hielo._La_regulaci%C3%B3n_de_l_cannabis_en_Pa%C3%ADses_Bajos_Colorado_y_Uruguay._Donostia_San_Sebasti%C3%A1n_Fundaci%C3%B3n_Renovatio._Junio_2014> Acessado em 27 set. 2015.

¹⁰ GALLUP. U.S., 58% Back Legal Marijuana Use. *GALLUP*. Disponível em: <http://www.gallup.com/poll/186260/back-legalmarijuana.aspx?g_source=Social%20Issues&g_medium=newsfeed&g_campaign=tiles.>> Consultado em 27 out. de 2015.

No campo da aplicação prática, o texto legal define um sistema de autorizações e mecanismos de regularização.¹¹ O sistema de permissão do mercado se dará em três modalidades: produção, comercialização e abastecimento pessoal¹². O mecanismo de regulação consiste na fixação de uma série de pontos, que têm por objetivo controlar o processo, e assim reduzir danos e riscos. Dentre os mecanismos estabelecidos tem-se como principais: a venda proibida para menores de idade, sanções para aqueles que dirigirem sob os efeitos da droga, e também para os que a produzirem sem prévia autorização, além de diretrizes adotadas para o consumo – muito semelhantes com as já aplicadas para o tabaco - visto que a conduta está sujeita às normas de consumo em espaços públicos e sua publicidade é proibida.

Um dos principais motivos que levaram à regulação do mercado da maconha no Uruguai, foi o fato de que a droga configurava a substância de tráfico ilegal mais consumida no país. Quanto a isso, uma pesquisa realizada sobre prisões e drogas mostrou que 43% das 1.574 prisões por entorpecentes efetuadas pela polícia entre 2006 a 2009, foram motivadas por uma quantidade menor do que 9 (nove) gramas de maconha¹³. Estes números apontam para o impacto positivo que a implementação da regulação trará aos usuários e ao sistema judicial do país.

Assim como no Uruguai, no caso dos Estados Unidos a legalização da maconha também teve como um de seus objetivos a diminuição do número de presos, visto que o país hoje abriga 25% de toda população carcerária do planeta, não obstante os americanos representem apenas um total de 5% da população mundial. Portugal, da mesma maneira, instituiu políticas públicas

¹¹ GARAT, Guillermo. **Um siglo de políticas de drogas em el Uruguay**. *Revista Análisis*, nº 1, Montevideo. 2013. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/10001.pdf>>. Acessado em: 22.03.2016.

¹² REGULACIÓN RESPONSABLE. **Proyecto de ley**. Disponível em: <http://www.regulacionresponsable.org.uy/#|proyectoLey>. Acessado em: 12 jun. 2015.

¹³ GARINOTTO, Giorgina. **Cárceles y drogas em uruguay**. *Sistemas sobrecargados – Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. p. 86. Disponível em: <http://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/2011/Spanish/sistemas%20sobrecargados-resumen%20uruguay-web.pdf>. Acessado em: 21. Mai. 2015

descriminalizantes com a finalidade de diminuir prisões indevidas e o uso problemático dos toxicodependentes.

Desta forma, estes três modelos - Portugal com a descriminalização do consumo de todas as drogas e a definição de critérios objetivos de quantidades permitidas, os EUA, que em grande parte do território já descriminalizaram o consumo da maconha, legalizaram a venda da droga e o consumo com caráter medicinal e que recentemente, em alguns estados, tornou legal a produção, a venda e o consumo para fins recreativos, e mais recentemente o Uruguai, que de maneira inédita regularizou a produção, a venda e o consumo da maconha com controle estatal – são exemplos de como é possível aplicar mudanças efetivas no campo das políticas de drogas.

Independente das motivações que se deram em cada um dos casos, é possível perceber que os três partiram de um mesmo ponto: a proibição não diminui o consumo das drogas, apenas acarreta danos aos usuários, que recorrem a ilegalidade para ter acesso às substâncias desejadas, e ao Estado, que tem que arcar com investimentos em políticas de repressão às drogas e também na manutenção dos aparatos estatais de controle, como as prisões. Nos três exemplos apresentados, já é possível perceber sinais positivos desde que as mudanças foram adotadas, demonstrando que o rompimento com o modelo proibicionista é caminho que deve ser adotado também pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, Luciana; LEMGRUBER, Julita. **O fracasso da guerra às drogas.**

In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, Luiz José; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014.

DOMOSTAWSKI, Artur. **Política de droga em Portugal: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas.** 2011, Global Drug Policy Program.

Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/drug-policy-in-portugal-portuguese-20111206_0.pdf>

GALLUP. U.S., 58% Back Legal Marijuana Use. GALLUP. Disponível em:

<<http://www.gallup.com/poll/186260/back-legal>>

marijuana.aspx?g_source=Social%20Issues&g_medium=newsfeed&g_campaign=tiles.>> Consultado em 27 out. de 2015.

GARAT, Guillermo. **Um siglo de políticas de drogas em el Uruguay.** *Revista Análisis*, nº 1, Montevideo. 2013. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/10001.pdf>. Acessado em: 22.03.2015.

GARINOTTO, Giorgina. **Cárceles y drogas em uruguay.** Sistemas sobrecargados – Leyes de drogas y cárceles en América Latina. p. 82. Disponível em: <http://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/2011/Spanish/sistemas%20sobrecargados-resumen%20uruguay-web.pdf>. Acessado em: 21. Mai. 2015

GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos. **A “dura” e o “desenrolo”: efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro.** *Revista de Sociologia e Política*. Vol. 19. N. 40. Out. 2011. Online disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300010>>

QUIINTAS, Jorge. **Estudos sobre os impactos da descriminalização do consumo de drogas em Portugal.** In:

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM. 2014.

SÁNCHEZ, Virginia Montanez. **Rompiendo el hielo: La regulación del cannabis em Países Bajos, Colorado y Urugua.** *Fundación Renovatio*. p. 49. Disponível em: <https://www.academia.edu/8595756/Rompiendo_el_hielo._La_regulaci%C3%B3n_del_cannabis_en_Pa%C3%ADses_Bajos_Colorado_y_Uruguay._Donostia_San_Sebasti%C3%A1n_Fundaci%C3%B3n_Renovatio._Junio_2014> Acessado em 27 set. 2015

MARIJUANA POLICY PROJECT. **State Policy.** *Marijuana Policy Project*. Disponível em: <<<https://www.mpp.org/states/>>>. Consultado em 02 out. 2015

URUGUAY, Regulación Responsable. **Proyecto de ley.** Disponível em: <http://www.regulacionresponsable.org.uy/#!/proyectoLey>. Acessado em: 12 jun. 2015.

PERSPECTIVA DE GÊNERO NOS CRIMES SEXUAIS DA DITADURA CIVIL-MILITAR BRASILEIRA (1964-1985)

*Simone Schuck da Silva*¹

*Rosa Maria Zaia Borges*²

*Laura Gigante Albuquerque*³

1 INTRODUÇÃO: A PRINCÍPIO, O INFINDÁVEL

Prática corrente nos conflitos armados ao redor do mundo, a violência sexual na América Latina, em seus conflitos armados ou em seus regimes ditatoriais, não fugiu à regra. No Brasil, ainda que o Relatório da Comissão Nacional da Verdade sobre a ditadura civil-militar brasileira tenha apresentado diversos relatos de que a prática de crimes sexuais foi recorrente e sistematizada, esbarra-se na posição estatocêntrica do Supremo Tribunal Federal em considerar que a Lei de Anistia não permite o processamento e julgamento dos crimes cometidos durante o regime ditatorial. O cenário obriga o questionamento acerca da perspectiva sob a qual a violência sexual do período é analisada. O trabalho pretende chamar a atenção para a percepção de que os crimes sexuais e de gênero praticados no passado reproduzem e reafirmam um lugar no processo de jurisdicionalização dessas práticas, o de marginalização e invisibilização.

Para além da visão tradicionalmente trazida pela criminologia para o estudo dos crimes cometidos durante a ditadura, pela qual se identifica o caráter institucional das práticas

¹ Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS). Advogada voluntária no G8-Generalizando do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SAJU/UFRGS).

² Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do Curso de Direito e de Relações Internacionais do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Membro do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição (IDEJUST).

³ Especializanda em Ciências Penais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada criminalista.

de tortura e violência estatal, o trabalho propõe uma perspectiva de gênero, a partir da abordagem crítico-teórica da criminologia feminista. O objetivo é complementar a análise dos crimes sexuais praticados em contextos ditatoriais, de forma a tornar visíveis as diferenças de impacto das práticas de violência política relacionadas às questões de gênero.

2 VIOLÊNCIA SEXUAL INSTITUCIONAL E A PERSPECTIVA DE GÊNERO: UMA PROPOSTA A PARTIR DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Na América Latina, equipes de investigações recentemente constituídas em diversos países para estudar os crimes sexuais ocorridos nos conflitos armados internos, especialmente nas ditaduras civil-militares, como no caso brasileiro (1964-1985), criaram categorias jurídicas investigar e processar essa violência como crimes de guerra (SEGATO, 2014). Articulada com uma análise proveniente dos tratados e convenções em direitos humanos, a abordagem dos crimes sexuais praticados em contextos ditatoriais ou de guerra como parte integrante da violência estatal e das torturas praticadas pelos próprios agentes de Estado foi extremamente importante para um primeiro reconhecimento da institucionalização da violência política. Entender os delitos sexuais como crimes de lesa-humanidade representa a sua elevação ao patamar de delitos contra o sistema global e regional de direitos humanos, além de torná-los imprescritíveis e, portanto, passíveis de responsabilização dos seus agentes mesmo décadas depois de praticados (BANKS, 2005).

Porém, ainda que se reconheça a importância desta perspectiva sobre os delitos sexuais praticados por agentes de Estado no âmbito das práticas de tortura, a referida análise, por si só, pode levar a uma invisibilização das questões de gênero implicadas. Sem negar a importância do reconhecimento dos crimes sexuais enquanto violência institucional, propõe-se uma perspectiva que considere o necessário recorte de gênero. Ao discutir as novas formas pelas quais se revestem os conflitos armados contemporâneos, Segato (2013) denomina de “escritura no corpo das mulheres” as estratégias dos grupos em disputa e

relembra, ainda, a necessidade de permanentemente reafirmar, portanto, que não se tratam de crimes de motivação sexual, mas crimes de guerra, de uma guerra que deve ser urgentemente redefinida, analisada com novo enfoque e a partir de outros modelos, e incorporada com novas categorias jurídicas, em especial no campo dos direitos humanos e do direito humanitário (SEGATO, 2014). Incorporar um olhar desde a perspectiva de gênero ao estudo do terrorismo de Estado pretende contribuir para tornar visível o impacto diferenciado sobre as mulheres das práticas de violência política. A perspectiva incide não apenas na conceituação legal das condutas, mas também nos processos de verdade e nas políticas de justiça, memória e reparação, pilares de uma efetiva justiça de transição. Ademais, o questionamento em torno da violência sexual sistemática e da tortura é uma instância possível para pensar as situações de violência estruturadas sobre as relações de poder entre os gêneros inclusive na atualidade (SONDERÉGUER; CORREA; CASSINO; GONZÁLEZ, 2014).

Para propor o reconhecimento da perspectiva de gênero nos crimes sexuais cometidos durante a ditadura civil-militar brasileira e entender como as categorias de gênero foram mobilizadas para perpetrar violência institucional, partimos do entendimento de gênero de Joan Scott. A partir de sua crítica, é possível entender gênero como uma construção de saber sobre as diferenças corporais, a qual está imbricada nas nossas relações de poder. Como uma percepção das diferenças anatômicas e comportamentais, o gênero está hierarquizado em um modo de pensar inflexível e dual (SCOTT, 1995). É possível identificar, assim, que o conceito de gênero surge para indicar uma construção social, algo dado de forma externa ao indivíduo a partir das relações que ele constrói na sua sociedade. Trata-se, portanto, de uma noção analítica relacional, constituída a partir de dois momentos: “o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos” e

também é “[...] uma forma primária de dar significado às relações de poder” (SCOTT, 1995, p. 72)⁴.

A partir das análises de Joan Scott, é possível problematizar os mecanismos capazes de converter as diferenças de gênero em desigualdades, restringindo o acesso aos direitos da cidadania e o reconhecimento das mulheres e da população LGBT como sujeitos sociais e políticos. O poder institucionalizado por si só é atravessado pela hierarquia de gênero, vez que “o gênero é uma das referências recorrentes pelas quais o poder político tem sido concebido, legitimado e criticado” (SCOTT, 1995, p. 92). Porém, em uma perspectiva militar, em que se trabalham conceitos de guerra e masculinidade, o gênero se torna um marcador social ainda mais forte e capaz de justificar violências⁵. Com o objetivo de ofender a sua dignidade, as torturas tentavam constranger as pessoas às expectativas de seus papéis de gênero, o que ocorria tanto por humilhações verbais como pela “feminilização” ou “homossexualização” simbólica do corpo violentado: “os torcionários entendiam a violação de seus corpos como uma possibilidade de humilhar os homens dos grupos políticos aos quais pertenciam” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 402 et seq.).

No campo de estudos da criminologia feminista, o ponto de vista feminista pretende apontar a visão androcêntrica na construção da realidade e da própria ciência. Para tanto, entende as mulheres como sujeitos forjados na história e ressalta as suas experiências frequentemente desvalorizadas e apagadas nas pesquisas científicas (MENDES, 2014). Tradicionalmente, a

⁴ Judith Butler (2003), mais tarde, vem complementar o conceito, considerando a agência individual e poder em termos de micropolítica. Nos termos em que o artigo se propõe, do uso das categorias e expectativas de gênero para a prática de violência institucional, impossibilitando ou mesmo desconsiderando as agências individuais, o conceito de Joan Scott instrui mais adequadamente gênero como imposição e forma de discriminação.

⁵ “Como a violência se organiza através das hierarquias sociais e das relações sociais de poder – elas próprias constitutivas da sociedade, das identidades coletivas e individuais –, a estruturação baseada na hierarquia de gênero e sexualidade transparece na violência estatal do período explicitando, por exemplo, o caráter tradicionalmente sexista e homofóbico da formação policial e militar, que constrói o feminino como algo inferior e associa violência à masculinidade viril” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 404).

criminologia relaciona a invisibilização da violência de gênero à violência doméstica, em que as mulheres são violentadas por parentes próximos, essencialmente do gênero masculino, a partir de uma relação inicial de confiança e intimidade. No entanto, as violências de gênero e sexuais cometidas durante o período ditatorial vêm revelar outras facetas dessa invisibilização, demonstrando que também o poder institucional parte de uma premissa de inferioridade feminina ou de inferiorização pelo feminino. Trata-se, nesse sentido, de uma ideologia política praticada por agentes do Estado, em uma espécie de arma de guerra, negada pelo ocultamento dos crimes de gênero e sexuais pelo termo generalizante de “tortura”. Se há violência contra as mulheres e à população LGBT dentro de casa e na rua, houve também nos porões da ditadura, perpetrada por agentes do Estado, pelo poder institucionalizado. O cuidado com a questão da não revitimização, frequente com a exposição de relatos, complexifica a tipificação jurídica mais específica e apropriada para os crimes sexuais, vez que “a inexistência de vestígios físicos, aliada à falta de testemunhas presenciais, acaba por determinar a valorização da palavra da vítima, favorecendo a sua exposição a inúmeros depoimentos no afã de produzir a prova e possibilitar a condenação do acusado” (GONÇALVES, 2016, p. 17).

Observa-se que o conhecimento sobre os crimes sexuais no período ditatorial é forjado sem a perspectiva das mulheres que sofreram essas violências, prejudicando políticas de evitamento de condutas semelhantes no futuro. Posicionadas pela (re)leitura crítica desses crimes cometidos no passado, preocupadas com o legado e a manutenção do não-lugar do feminino seja na abordagem teórico-criminológica, seja na jurisdicionalização destas práticas criminosas mesmo após a democratização no Brasil, entende-se necessário e essencial que se dê visibilidade à violência de gênero perpetrada no contexto da ditadura civil-militar brasileira.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS: COMPLEMENTAÇÃO DE OLHARES SOBRE A VIOLÊNCIA SEXUAL

Se, por um lado, é imprescindível caracterizar a violência sexual e de gênero cometida pelos agentes públicos na ditadura civil-militar como uma violência institucional, tendo em vista que seu reconhecimento torna possível a responsabilização do Estado pela prática de tortura, não se pode ignorar as questões de gênero implicadas nessas violências. Considerar essa perspectiva proposta pela criminologia feminista significa estruturar a possibilidade de políticas de evitamento a violências sexuais e de gênero, institucionais e privadas, no futuro.

A consequência imediata da ausência de enfrentamento do passado pode ser apontada quando se analisa a frequência com que as violências de gênero aparecem ligadas à violência doméstica em grande parte das pesquisas no Brasil. Pouco há de produção sobre as violências de gênero institucionalizadas, levando-nos à impressão de que a questão de gênero seria tão somente uma perspectiva cultural íntima e individual. A concepção de gênero como uma categoria de poder, no sentido trazido por Scott, permite entender porque as violências sofridas pelas mulheres durante a ditadura envolviam a humilhação do seu gênero e uma crítica às expectativas que ele provoca. Aliás, essa interpretação dos significados de gênero é capaz de explicar porque os homens eram violentados de forma a *femininizá-los* no período, ou porque os agentes estatais entendiam o gênero uma categoria capaz de deflagrar violências, ou, ainda, porque o gênero feminino e, portanto, sua imposição a pessoas de outros gêneros é humilhante e serve a violações sexuais como método de tortura.

Os crimes terem sido cometidos por agentes públicos encarregados de proteger a vida e a integridade física das pessoas apenas fortalece a necessidade de um “capítulo específico” sobre as violências sexual e de gênero nos processos de resgate da memória e da verdade inseridos na justiça de transição, pois a dimensão de gênero, como uma categoria de poder, não pode deixar de ser analisada especificamente para que o movimento histórico tenha caráter verdadeiramente emancipatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANKS, Angela M. *Sexual Violence and International Criminal Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal's Jurisprudence & the International Criminal Court's Elements of Crimes*. Faculty Publications, 2005, Paper 305. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/305>>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório da CNV*. Brasília, vol. 1, capítulo 10, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em: 20 jan. 2015.
- GONÇALVES, Rafaela Caldeira. *Crimes sexuais: visão interdisciplinar*. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 280, a. 24, mar. 2016.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995, p. 71-99.
- SEGATO, Rita Laura. La nueva elocuencia del poder. In: SEGATO, Rita. *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. Buenos Aires: Editorial Tinta Limón, 2013.
- _____. Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres. In: *Revista Sociedad e Estado*, v. 29, n. 2, mai./ago. 2014, p. 341-371.
- SONDERÉGUER, María; CORREA, Violeta; CASSINO, Miranda; GONZÁLEZ, Amaranta. *Violencias de género en el terrorismo de Estado en América Latina*. Disponível em: <http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_9/sondereguer_co rrea_cassino_gonzalez_mesa_9.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2016.

TRÁFICO, PERPETUAÇÕES E DISPARIDADES: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Laura Girardi Hypolito¹

Letícia Bürgel²

Pedro Henrique Pavanatto de Freitas³

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (orientador)

A atual lei de drogas brasileira, Lei 11.343, entrou em vigor em 2006, após cerca de quatro anos de debates legislativos. Criada com a finalidade de fortalecer as punições direcionadas ao tráfico e afastar o usuário da prisão, direcionando-o para o tratamento, o dispositivo legal propõe diferenciar usuários de traficantes, posto que prevê tratamentos e penalizações distintas, conforme cada uma destas condutas.

Neste sentido, comparada com o texto legal que a precedeu, a lei atual encaminhou uma série de mudanças significativas. Um dos maiores destaques foi a despenalização do consumo, que diferente da lei anterior que previa como pena para a conduta detenção de 6 meses a 2 anos, o artigo 28 da lei vigente determina que “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem

¹Advogada, Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC). E-mail: laura.hypolito@yahoo.com.br. Telefone: 054 99749780. Orientador: Professor Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

²Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila.

³Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais da PUCRS. Membro do Grupo de Pesquisa Linguagem, Cognição e Processo Penal, sob a coordenação da Prof.ª Clarice Beatriz da Costa Söhngen. Advogado Criminalista. E-mail: pavanatto.pedrohenrique@gmail.com Bolsista CAPES.

autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” não mais será submetido à prisão, mas sim a penas restritivas de direitos, tais como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Outras alterações relevantes incidiram em relação ao cultivo doméstico (art. 28 §1^{o4}) e ao consumo compartilhado (33 §3^{o5}). O primeiro foi equiparado à posse para uso pessoal - nos moldes do art. 28 – enquanto o segundo deixou de ser equiparado ao tráfico e, por decorrência, sofreu uma redução no apenamento destinado à conduta, que na atual lei passa a receber uma pena de 6 meses a 1 ano de detenção, podendo ser aplicadas penas restritivas de direitos, como aquelas determinadas para o consumo.

Entretanto, mesmo que estas alterações tenham sido recebidas como um avanço, a lei mantém a criminalização da posse de drogas para uso pessoal. A mudança trazida pelo dispositivo apenas impede a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Nesta perspectiva, Karam alerta que o texto legal não inovou de forma significativa, visto que a posse para uso pessoal, por conta do apenamento antes recebido – 6 meses a 2 anos de detenção - nos moldes da Lei 9.099/95⁶, já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo e, por conta disso, a resposta penal já previa a não imposição da pena privativa de liberdade ao indivíduo enquadrado como usuário, de

⁴ Art. 28, §1^o. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Lei 11.346/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2013.

⁵ Art. 33, § 3^o. Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. Lei 11.343/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2013.

⁶ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>> acessado em: 23 abr. 2016.

modo que era possível a aplicação de penas e medidas alternativas ao cárcere⁷.

Em contraponto às novidades acima mencionadas, que sugeriram inovações que em grande parte não impactaram o plano prático, a Lei 11.343 trouxe, como uma das principais características de seu texto, o aumento de pena reservado ao delito de tráfico (art. 33). O dispositivo elevou a pena mínima de 3 para 5 anos, podendo atingir um patamar máximo de 15 anos de reclusão. Esta mudança que revela a permanência do caráter repressivo na lei de drogas, se mostrou mais forte neste texto legal do que no anterior, visto que uma pena que já inicia com 5 anos de reclusão e que ainda sofre a análise das circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal, em regra, impossibilita ao condenado uma resposta punitiva que não seja o encarceramento, fato que contribuiu nos últimos anos com o crescimento exponencial do número de pessoas presas no Brasil.

O aumento da pena mínima do delito de tráfico para cinco anos, que em regra impede a aplicação de penas alternativas à prisão, assim como o crescimento constante do indiciamento de pessoas por comercialização de drogas e a diminuição das condutas enquadradas como consumo, foram fatores que agravaram as taxas de encarceramento, desde que a Lei 11.343 entrou em vigência em 2006. Somado a estes aspectos, o fato de o tráfico ser equiparado a crime hediondo, que nos moldes da Lei 8.072/90⁸ acarreta aos presos que respondem por esse delito um maior tempo de cumprimento de pena para a progressão de regime, além de também obstruir a comutação de indulto, tem do mesmo modo um importante papel na elevação expressiva do

⁷KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 138.

⁸BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>> acessado em: 23 abr. 2016.

número de encarcerados no país e no tempo em que estes permanecem nas prisões.⁹

Neste sentido, ao representar mais de um quarto dos delitos informados, o tráfico de drogas é hoje o crime de maior incidência no que se refere às ações penais pelas quais respondem as pessoas encarceradas no Brasil.¹⁰ Ou seja, apenas um tipo penal é responsável atualmente por 27% dos aprisionamentos. Esta parcela, que antes da vigência da atual lei de drogas representava cerca de 10%, demonstra como o crescimento das prisões por tráfico teve um aumento desproporcional, quando comparada às taxas de crescimento total do número de encarcerados.

Estes números permitem verificar uma desarmonia de resultados, a qual torna visível o fato de que a atual política de combate às drogas não tem surtido resultados positivos e satisfatórios, uma vez que o número de encarcerados tem sofrido um aumento constante. Percebe-se que a existência de um paradoxo, o qual se forma pela necessidade de punição na busca de diminuir a violência, por meio do controle social, e a respectiva violência social que o encarceramento causa ao indivíduo que não mais é pertencente a vida extramuros.

Este cenário denota a falência do sistema prisional como medida de combate à violência e contenção da criminalidade, e torna significativa a reflexão acerca da importância do papel criador dos agentes de controle social. Isso visto que a lei, o texto legal em si, como foi percebido no caso da lei de drogas, a qual trouxe uma série de mudanças quando comparada com a que a antecedeu, não é capaz de assegurar por completo sua própria aplicação, de modo que só atinge seus devidos contornos após sofrer com a incidência de regras, princípios e atitudes subjetivas

⁹BOITEUX, Luciana. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

¹⁰ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN – junho de 2014**. p. 71. Disponível em: <<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>> acessado em: 15 de mai. 2016.

de seu intérprete.¹¹ Ou seja, os agentes do controle social formal têm ampla margem de discricionariedade na seleção que operam, posto que a lei penal configura apenas um marco abstrato de decisão.

Neste sentido, a pesquisa que está sendo desenvolvida neste estudo, acerca dos discursos contidos nos acórdãos referentes a processos de apelação por denúncias referentes a condutas previstas na lei de drogas, pretende apontar para as diversidades argumentativas e para as disparidades acerca de entendimentos sobre como a lei penal e os princípios constitucionais são aplicados.

A segunda parte deste trabalho irá expor alguns resultados que já puderam ser apreendidos do campo, assim como os aspectos metodológicos. Foram escolhidas, para efetuar a análise dos discursos, aquelas decisões submetidas a julgamento de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, referente aos processos relacionados ao tráfico de entorpecentes, na Comarca de Porto Alegre.

Para consumir a pesquisa jurisprudencial, foi realizada uma busca no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹². No *site*, visto que se optou por buscar processos com um espaço temporal específico e relacionados somente à comarca de Porto Alegre, primeiro foi selecionada a “pesquisa de jurisprudência” e após, nessa, especificado os seguintes termos: “inteiro teor”, “seção crime”, “classe CNJ”, a qual foi selecionada “apelação crime”, “comarca de origem”, para o caso da pesquisa “porto alegre” e “assunto CNJ”, selecionado “tráfico de drogas e condutas afins”. No que diz respeito ao espaço temporal de interesse à esta pesquisa, foi selecionado o período de 6 (seis) meses, configurado pelo intervalo do dia 01/06/2015 até 01/12/2015, da data do julgamento.

A busca foi realizada individualmente para cada uma das 3 (três) Câmaras a que competem julgar os delitos de tráfico de

¹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 259.

¹²<http://www.tjrs.jus.br/site/>

entorpecentes. Essa competência é atribuída à Primeira, Segunda e Terceira Câmara Criminal do TJ/RS, como consta no art. 12¹³ da Resolução nº 01/1998, do referido Tribunal.

Na busca foi encontrado um total de 735 (setecentos e trinta e cinco) acórdãos, os quais, antes que se fosse efetuada qualquer análise – quantitativa ou qualitativa – foram primeiramente armazenados e separados por câmaras. No que se refere à Primeira Câmara, foi obtido o total de 189 (cento e oitenta e nove) documentos. Em relação aos acórdãos encontrados na Segunda Câmara Criminal, esses ao todo configuraram 342 (trezentos e quarenta e dois) e aos acórdãos pertencentes à Terceira Câmara Criminal, extraiu-se 204 (duzentos e quatro) decisões. Posto que a pesquisa ainda não foi concluída, estes números podem ser posteriormente alterados, já que serão descartados aqueles acórdãos que, por ventura, possam não contemplar o objeto da pesquisa por tratarem de tipo penal diverso do estudado no presente trabalho, ou que restarem inconclusivos.

Como foi já mencionado, a pesquisa ainda não foi concluída, posto que apenas uma amostra dos acórdãos coletados foi analisada, no entanto, alguns resultados já podem ser apresentados. Após analisar uma amostra de acórdãos das 3 (três) Câmaras acima referidas, pode-se constatar clara diversidade nos discursos e nas suas respectivas fundamentações. Partindo de um entendimento mais genérico, para depois especificar a análise, afirma-se que, comparada com a Primeira e a Segunda, a Terceira Câmara Criminal se mostrou muito mais voltada para os direitos e garantias do indivíduo acusado pelo delito de tráfico de entorpecentes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre:

¹³Art. 12 I - Às 1ª, 2ª e 3ª Câmaras: a) crimes dolosos e culposos contra a pessoa; b) crimes de entorpecentes (Lei nº 6.368/76); c) crime da Lei de Armas; d) crimes de trânsito; e) crimes contra a honra.

Livraria do Advogado, 2015.

BOITEAUX, Luciana. **O controle penal sobre as drogas ilícitas:** o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>> acessado em: 23 abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>> acessado em: 23 abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>> acessado em: 23 abr. 2016

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN) - **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014.** p. 13. Disponível em: <<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>>

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 138.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Laura Girardi Hypolito¹

Letícia Burge²

Pedro Henrique Pavanatto de Freitas³

Fabio Roberto D'Avila (orientador)⁴

O conceito de imputação objetiva foi trazido, pela primeira vez, para as ciências jurídicas pelo civilista alemão LARENZ, em 1927, em sua tese de doutoramento intitulada “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva” (*Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*).⁵ LARENZ baseou sua discussão na teoria da imputação dos estudos do HEGEL, segundo o qual somente seria possível a imputação diante de um evento naturalístico realizado pelo próprio autor do fato.⁶

¹ Advogada, Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: laura.hypolito@yahoo.com.br.

² Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Membro do Corpo Editorial da Revista de Estudos Criminais. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila. Pesquisadora integrante da linha de Sistemas jurídico-penais contemporâneos. E-mail: leburgel_@hotmail.com.

³ Advogado, Especialista em Ciências Penais da PUCRS e Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. E-mail: pavanatto.pedrohenrique@gmail.com.

⁴ Pós-doutor em Ciências Criminais pela Johann Wolfgang Goethe Universität, Frankfurt am Main, Alemanha. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. Presidente do Instituto Eduardo Correia (IEC). Advogado criminal em Porto Alegre.

⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. A teoria da imputação objetiva e o código penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas. In: **Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos**. p. 209.

⁶ ALMEIDA, Felipe Lima de. **Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 132.

Para LARENZ, a possibilidade de previsão do resultado deve ser analisada através de um ponto de vista objetivo, levando-se em consideração não apenas o autor em concreto, mas sim a pessoa, o ser racional, que deve estar em condições de prever um determinado acontecimento.⁷ Nessa concepção, a imputação nada mais é do que uma tentativa de delimitação entre fatos próprios do agente e acontecimentos puramente acidentais. O resultado não se mostra apenas como uma sucessão de causa e efeitos, mas sim como um todo, cuja configuração (realização) está a cargo do agente, podendo ser a ele imputado.⁸

Contudo, é em 1930 que o conceito de imputação objetiva é trazido para o âmbito do Direito Penal pelo jurista chamado HONIG, em sua obra “Causalidade e imputação objetiva” (*Kausalität und objektive Zurechnung*). Segundo a concepção de HONIG, o direito não pode considerar suficiente para a imputação do resultado à ação a apuração do nexo causal, é necessário, para além disso, a apuração de um nexo normativo, o qual deve ser construído tendo por base critérios fornecidos pelo ordenamento jurídico. Assim, não se trata apenas de aferir a causalidade, mas sim de valorá-la.⁹

Em 1970, ROXIN elabora uma teoria geral da imputação, tendo como base o princípio do risco. Ele fundamenta a sua teoria em quatro critérios basilares, na diminuição do risco, nos riscos juridicamente irrelevantes, no aumento do risco, e no fim de proteção da norma.¹⁰

Assim, segundo ROXIN, o resultado somente será imputável ao agente quando “sua conduta tiver criado um perigo para um bem jurídico não coberto pelo risco permitido, e esse perigo se realizar em um resultado concreto que esteja dentro do

⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *op. cit.* p. 209.

⁸ PRADO, Luiz Regis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, v. 3, Jul, 2005.

⁹ ALMEIDA, Felipe Lima de. **Causalidade e imputação no Direito Penal**: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 133s.

¹⁰ *Ibid.* p. 141.

âmbito da norma”¹¹ Para que possamos imputar o resultado, deve-se analisar, primeiramente, a existência de causalidade natural; e, em seguida, caso esteja presente o vínculo causal, parte-se para um segundo momento, no qual utilizar-se-á critérios eminentemente normativos.¹²¹³

No entanto, antes de verificarmos se o risco é proibido ou permitido, devemos saber se ele realmente existe, e se, de fato, foi criado pelo agente.¹⁴ A doutrina utiliza como critério a prognose póstuma objetiva, um juízo formulado por uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação, por um observador objetivo, um homem prudente – e não um homem médio-, pertencente ao círculo social que se

¹¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997.p.363s.

¹² D’ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.41.

¹³ RIGHI afirma que a teoria da imputação objetiva foi explicada, em suas primeiras formulações, como um modelo que ‘antecipa’ juízos de antijuridicidade, ou seja, valorações normativas. O autor argumenta não ser possível resolver de outra forma os problemas que existem no juízo de adequação típica, pois não se encontravam soluções adequadas em uma sistemática tradicional, a qual delimita a subsunção ao sistema da equivalência das condições, utilizando como corretivos o dolo e o domínio do fato. (tradução nossa) (RIGHI, Esteban. Causalidad natural e imputación objetiva. In: **Dogmatica y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. p. 789.)

¹⁴ Para que fique claro ao leitor, faz-se necessário esclarecer que, da mesma forma que faz Roxin, utilizamos risco e perigo como sinônimos. Nesse sentido: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.31. Sobre isso refere ZAFFARONI: “Cabe observar que não existe uma explicação do conceito de risco dentro dessa teoria, em geral, em todo o desenvolvimento de todas as teorias de imputação objetiva. Tomam como equivalentes risco e perigo e sempre são concebidos *ex ante*, sempre remetindo ao futuro, com o compromisso que isso importa para o princípio da lesividade, o que em ROXIN é menos evidente do que nos outros autores que desprezam a regra da realização do risco no resultado. Por outro lado, o risco (de risco, barco que encalha) nem sempre é considerado sinônimo de perigo. Na sociologia tem-se distinguido risco como um perigo que é calculado para diminuí-lo, e perigo, o que pode o não ser calculável. Dessa perspectiva, seria uma contradição afirmar que há aumento de risco: somente há aumento do perigo.” (tradução nossa) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Panorama de los Esfuerzos Teóricos para Establecer Criterios de Imputación Objetiva*. In: **Estudios em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior**. Rio de Janeiro :Lumen Juris. p. 202.

encontra o autor. Essa prognose é póstuma, pois é realizada pelo juiz após a prática do fato.¹⁵

Constatada, então, a criação, ou aumento, de um risco não permitido, deve-se analisar se este risco se realizou em um resultado concreto. Essa determinação constitui uma tarefa de alta dificuldade e, em certos casos – especialmente nos casos em que há concurso de riscos –, de tratamento que continua a ser tão duvidoso que, quanto a ele, se mantêm sensivelmente divididas a doutrina e jurisprudência.¹⁶ Tomemos como exemplo o “caso do pêlo de cabra”.¹⁷ Neste caso, o perigo criado pelo autor não teve influência na produção do resultado em sua forma concreta, portanto, não deve o agente ser punido, pois o dever por ele violado não tinha utilidade alguma, de modo que se tivesse permanecido dentro do âmbito do risco permitido, o resultado teria ocorrido da mesma forma.¹⁸

Ocorre que, muitas vezes, apesar de o agente ter criado um risco não permitido, e esse risco ter se verificado em um resultado concreto, o evento lesivo não está coberto pelo fim de proteção da norma de cuidado, ou seja, a norma de cuidado está direcionada a acautelar fato ou objeto diverso do efetivamente lesado, de modo que, nesta hipótese, não haverá imputação.¹⁹ Um caso que comumente se resolve com o critério do fim de proteção da norma é o do sujeito que dirige seu automóvel em excesso de velocidade e depois, quando volta a dirigir na velocidade permitida, vem a

¹⁵ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.34s.

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 336.

¹⁷ “O gerente de uma fábrica de pincéis entrega a suas trabalhadoras pêlos de cabra chineses, sem tomar as devidas medidas de desinfecção. Quatro trabalhadoras são infectadas pelo bacilo antrácico (Milzbrandbazillen) e falecem. Uma investigação posterior concluiu que os meios de desinfecção prescritos seriam ineficazes em face do bacilo, até então desconhecido na Europa.” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 332.)

¹⁸ Ibid. p. 332.

¹⁹ D’ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.66.

atropelar um pedestre que atravessava a rua sem tomar o devido cuidado. Nesse caso, se o motorista não tivesse ultrapassado a velocidade máxima permitida, ele não chegaria ao local do acidente no momento em que o pedestre atravessava a rua e, portanto, não o teria atropelado.²⁰

Contudo, o resultado se encontra fora do fim de proteção da norma que define a velocidade máxima, pois essa objetiva evitar colisões enquanto se está na velocidade não permitida e não em momento posterior. Assim, não poderíamos proibir a ação de dirigir em excesso de velocidade com o propósito de evitar que uma pessoa que se encontre em um outro local seja atropelada, afinal, sob esse aspecto, a conduta sequer pode ser considerada criadora de um risco, pois tal ação não geraria uma possibilidade real de atropelar alguém em momento posterior.²¹

Dessa forma, se preenchidos todos os requisitos propostos por ROXIN – a criação de um risco não permitido, a verificação do risco em um resultado concreto, abrangido pelo âmbito da norma – poderemos falar em imputação do resultado. No entanto, caso não seja possível verificar a existência de um desses critérios, o resultado, de acordo com a concepção de ROXIN, não deverá ser imputado autor.

Apesar da teoria da imputação não ser aplicada com frequência pelos operadores do direito, uma vez que os tribunais acabam por aplicar a teoria da equivalência das condições em razão da sua disposição no ordenamento jurídico-penal, ao realizarmos o presente estudo, notamos que ela tem sido, de alguma forma, objeto de alguns julgados. Assim, nota-se que, ainda de que forma tímida, a teoria da imputação objetiva tem sido, sim, objeto de decisões no âmbito da jurisprudência brasileira, passando a ocupar um espaço de discussão nos tribunais cada vez mais importante. Ao analisarmos os julgados podemos observar que a utilização da teoria da imputação objetiva nos tribunais acaba levando a

²⁰ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.102s.

²¹ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.103.

decisões mais justas, as quais não teriam o mesmo desfecho se fundamentadas na teoria da equivalência das condições.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Lima de. **Causalidade e imputação no Direito Penal**: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013

D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. A teoria da imputação objetiva e o código penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas. In: **Direito Penal**: aspectos jurídicos controvertidos.

PRADO, Luiz Regis. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, v. 3, Jul, 2005.

RIGHI, Esteban. Causalidad natural e imputación objetiva. In: **Dogmatica y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama de los Esfuerzos Teóricos para Establecer Criterios de Imputación Objetiva. In: **Estudios em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior**. Rio de Janeiro :Lumen Juris.

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA AÇÃO PENAL 470

Laura Girardi Hypolito¹

Letícia Burge²

Pedro Henrique Pavanatto de Freitas³

Fabio Roberto D'Avila (orientador)⁴

De acordo a teoria da cegueira deliberada, não é necessário que o agente tenha o conhecimento do fato, desde que comprovado que ele, propositalmente, se fez ignorante à situação, ou seja, que ele não quis enxergar, que se manteve cego.⁵ Assim, Francis Beck irá definir a cegueira deliberada como quando:

¹ Advogada, Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: laura.hypolito@yahoo.com.br.

² Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Membro do Corpo Editorial da Revista de Estudos Criminais. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila. Pesquisadora integrante da linha de Sistemas jurídico-penais contemporâneos. E-mail: leburge_l@hotmail.com.

³ Advogado, Especialista em Ciências Penais da PUCRS e Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: pavanatto.pedrohenrique@gmail.com.

⁴ Pós-doutor em Ciências Criminais pela Johann Wolfgang Goethe Universität, Frankfurt am Main, Alemanha. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. Presidente do Instituto Eduardo Correia (IEC). Advogado criminal em Porto Alegre.

⁵ Francis Beck define a cegueira deliberada como: “(...) o agente intencionalmente “cega-se” diante de situação em que, se mantivesse “os olhos abertos”, teria condições de reconhecer ou suspeitar fundadamente da tipicidade da conduta que pratica. (...) Assim, o agente “enterraria sua cabeça” para não ter condições de conhecer detalhes da conduta que realiza, e da qual percebe a grande probabilidade da ocorrência de algo ilícito. De forma menos figurativa, são empregadas as expressões “evitação de consciência” e “ignorância deliberada”, igualmente representativas da conduta voluntária do agente no sentido de evitar o pleno conhecimento do contexto fático que envolve o

Segundo a doutrina estadunidense, existem três requisitos, os quais seriam essenciais, para que se possa equiparar casos de cegueira deliberada com o devido conhecimento por parte do agente. O primeiro deles seria a existência de uma suspeita justificada acerca da ocorrência do ilícito, ou seja, deve-se estar diante de uma suspeita não infundada, devendo haver evidências do delito de modo a exigir a suspeita por parte do sujeito. O segundo requisito mencionado pela doutrina seria a disponibilidade da informação, a qual deve estar ao alcance do agente, mas não um alcance do qual ele precise empregar muitos meios, dentre os quais meios de grande complexidade,⁶ mas, sim, um fácil alcance, estando disponível a qualquer pessoa que tenha interesse em conhece-los. E, por último, a motivação do sujeito, onde o agente deve ter um motivo para se manter ignorante, desejando, conscientemente, se manter dessa maneira, de modo

seu comportamento. Essa doutrina sustenta – de uma forma geral – a equiparação, para fins de atribuição da responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitiva e aqueles casos de desconhecimento intencional relativo a tais elementos. Tal equiparação se ampara na premissa que o grau de culpabilidade que se manifesta em que conhece o fato não é inferior ao do agente que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância.” (BECK, Francis. A doutrina da cegueira delibera e a sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. In: Revista de Estudos Criminais. n. 41, abr./jun., 2011. p. 46.)

⁶ Aqui Ragués I Vallès traz como exemplo o caso em que um cliente pergunta ao responsável de um supermercado se determinado embutido tem alguma substância à qual ele é alérgico. No entanto, por ser domingo, o responsável não tem como entrar em contato com o fabricante para que ele esclareça a dúvida do cliente, então prefere arriscar e dizer ao cliente que o produto não tem a referida substância. Nesse caso, se o cliente acaba tendo uma reação alérgica ao produto e sofrendo algum tipo de dano, o vendedor não poderá alegar que não tinha como obter aquela informação nas circunstâncias em que se deu o fato. Contudo, poderá ele ser imputado na forma de imprudência. De outro modo será tratada a situação se o responsável pelo supermercado decide, ainda que pudesse fazê-lo, por não chamar o fabricante, porque teria muito trabalho e por acreditar que a ocorrência de um dano seria muito improvável. Nessa hipótese, ao dizer ao cliente que o produto não contém a substância à qual ele é alérgico, quando, de fato, não o sabe, o vendedor pode ser enquadrado na cegueira deliberada, no entanto, ao ver de Ragués I Vallès imputar a ele lesão dolosa seria desproporcional. (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 139-40.)

que a sua *incapacidade para obter mais informação não pode se dever a mera preguiça, estupidez ou ausência de curiosidade.*⁷

O julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão) trouxe à baila a discussão acerca da possibilidade de admitir o dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro, previsto na Lei 9.613/98. A ascensão dessa discussão no Supremo Tribunal Federal faz com que a teoria da cegueira deliberada, a qual raramente é objeto de discussão nos tribunais, seja ao menos tangenciada, a fim de fundamentar a condenação ao delito de lavagem na modalidade do dolo eventual. Em seu voto, a Ministra Rosa Weber referiu, de forma expressa, a teoria da cegueira deliberada, de modo a fundamentar a possibilidade de admissão de dolo eventual no crime de lavagem.⁸

Ao ver da Ministra, o fato de os valores recebidos serem vultosos e em dinheiro vivo, bem como o fato das transações serem efetuadas em hotéis e por pessoas interpostas, seria o suficiente para que os beneficiários também fossem considerados como parte do esquema, ainda que a ocultação e a dissimulação dos valores tenha sido praticada pelos agentes das empresas de Marcos Valério e pelo Banco Rural. Dessa forma, o fato dos beneficiários acusados não terem se preocupado com a licitude da operação, bem como por não terem indagado acerca da origem dos valores, configuraria *a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para que o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada.*⁹

⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 135.

⁸ *Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 1273 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>>. Acesso em: ago. 2016.)

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Ministro Joaquim Barbosa: 2013. p. 1297. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>>. Acesso em: ago. 2016.

Um dos desafios que a teoria da cegueira deliberada traz para a doutrina penal é a diferenciação de conhecimento e cegueira deliberada. Assim, com o intuito de, de alguma forma, abarcar um número maior de condutas, as cortes federais dos Estados Unidos têm utilizado um conceito de conhecimento diverso do utilizado anteriormente – e do tipificado no Model Penal Code.¹⁰ De acordo com o novo conceito adotado pelas cortes, para que seja reconhecido o conhecimento por parte do agente bastaria apenas que ele estivesse ciente de uma grande probabilidade da existência do fato, a não ser que ele sinceramente acredite que o fato, realmente, não existe.¹¹ Dessa forma, a Corte norte-americana tem aplicado a teoria da cegueira deliberada “quando há prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime;” tendo ele, ademais, agido de forma indiferente a esse conhecimento.¹²

¹⁰ Assim refere Marcus: *Knowledge is initially defined in Section 2.02. (b)(i) of the Code: (b) Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when: i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist. This initial definition of knowledge leaves unclear the level of awareness needed for a defendant to have knowledge of a fact that makes his conduct "of that nature." However, Section 2.02, stating that knowledge of a fact is established if a person is aware of a high probability of its existence, makes it clear that the defendant need not be certain of a fact in order to be convicted under a statute requiring "knowing" conduct. Conhecimento é inicialmente definido na Seção 2.02. (B) (i) do Código : (b) conhecimento de causa . Uma pessoa age com conhecimento de causa em relação a um elemento material de uma infração quando: i) se o elemento envolve a natureza de uma conduta ou as circunstâncias concomitantes, ele está ciente de que sua conduta é daquela a natureza ou da existência de tais circunstâncias. Esta definição inicial de conhecimento não deixa claro o nível de consciência necessária para que o acusado tenha conhecimento do fato que faz com que a sua conduta seja "dessa natureza." No entanto, Seção 2,02 , indicando que o conhecimento de um fato é estabelecido se uma pessoa está ciente de uma alta probabilidade de sua existência, deixa claro que o réu não precisa ter certeza a respeito de um fato, para que seja condenado no âmbito de um estatuto que exija uma conduta da qual tenha "conhecimento".* (tradução nossa) (MARCUS, Jonathan. Model Penal Code section 2.02(7) and willful blindness. In: *Yale Law Journal* June 1993: 2231-2257. *Academic OneFile*. Web. 6 May 2016. Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA13942431&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=2611d50e6416d119774406a5f8bbe1cb>>. Acesso em: 06 mai. 2016.)

¹¹ ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*. JCLC, 81 (1990), p. 193-194.

¹² BECK, Francis. A doutrina da cegueira delibera e a sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. n. 41, abr./jun., 2011. p. 47.

Parte da doutrina sustenta que para a aplicação da teoria da cegueira deliberada seria necessário, para além da possibilidade do agente de conhecer o ilícito, que ele também tivesse o dever de conhecê-lo. Tal afirmação diz respeito à necessidade de que o sujeito tenha um papel diferenciado dentro do curso causal, ou seja, que ele de alguma forma, possa ter o domínio sobre ele. Dessa forma, o sujeito que, podendo e devendo ter conhecimento da prática do ilícito, cria barreiras para que não chegue ao seu conhecimento na hipótese de uma eventual prática, omite uma conduta cuidadosa, que seria o seu dever, uma vez que tem uma posição privilegiada – pensemos aqui no superior hierárquico. Assim, a conduta praticada por ele, ainda que seja uma conduta comissiva, resulta em uma omissão, o não despendimento do cuidado necessário para controle – ou fiscalização – dos atos praticados na empresa, por exemplo.

Tendo isso em mente, percebe-se que a teoria da cegueira deliberada se condiciona, conforme refere parte da doutrina, à necessidade do dever de conhecer do agente, poderíamos concluir que seria aplicável apenas nos casos em que estivéssemos diante da figura do garante. Nesses casos, o agente é responsável pela produção do resultado, de modo que se ele não agiu e o resultado se concretizou, ele deve responder como se o tivesse praticado. No que tange ao ordenamento jurídico penal brasileiro, ele prevê que tem o dever de agir aqueles elencados no artigo 13, §2º do Código Penal. Assim, se um diretor de uma empresa cria barreiras para não tomar conhecimento que seu empregado estaria praticando um ato ilícito na empresa, o que vem a ocorrer, colocando-se, portanto, propositalmente em situação de ignorância, ele deveria responder pelo cometimento do crime como se o tivesse praticado, uma vez que possui, nos moldes do artigo 13, §2º, alínea “b”, a obrigação– de cuidado, proteção ou vigilância, a qual foi assumida através do contrato. Dessa forma, nota-se que a aplicação da teoria da cegueira deliberada se mostra, nesses casos, desnecessária para o direito penal brasileiro, uma vez que as soluções propostas por ela seriam solucionadas com base no artigo 13, §2º, pois no momento em que o agente tivesse

conhecimento da conduta típica de terceiro ele passaria a figurar como garante.

Ademais, alguns doutrinadores costumam equiparar a teoria da cegueira deliberada aos casos de dolo eventual. No entanto, para que se possa imputar ao sujeito a prática do delito na modalidade dolosa, faz-se necessária a existência de dois elementos essenciais, um intelectual, e outro volitivo – ou emocional. O elemento intelectual diz respeito aos elementos e circunstâncias descritas nos tipos penais, devendo o agente, além de conhecer as elementares típicas, ter, no momento da ação, vontade de realizá-las. Ou seja, não basta apenas que o sujeito conheça um elemento do tipo, ele deve conhecer precisamente todas as elementares para que sua conduta possa ser considerada como dolosa, de modo que o desconhecimento de apenas uma das condições seria suficiente para excluir o dolo.¹³ O elemento volitivo – ou emocional – consiste em uma conexão existente entre o fato e a personalidade do sujeito, em uma *certa posição do agente perante ao fato*.¹⁴ Ele deve ter vontade de realizar a conduta típica sabendo que concorrem os demais elementos típicos objetivos, de modo que não é suficiente uma vontade genérica de ação, mas sim uma vontade voltada para a realização do crime.¹⁵ Dessa forma, ao nosso ver, a equiparação da cegueira deliberada ao dolo se mostra errônea e perigosa.

Nota-se, portanto, que a teoria da cegueira deliberada tem sido utilizada pelos tribunais, em que pese seja desnecessária, com o intuito de aumentar a margem de punição, especialmente no que tange aos delitos econômicos. Assim, diante da impossibilidade de se comprovar com clareza que o agente tinha conhecimento da prática do ilícito, bem como a dificuldade de se comprovar o dolo do mesmo em relação ao resultado, os tribunais recorrem à referida teoria com um intuito meramente político criminal, evitar a impunidade. Portanto, ao nosso ver, a teoria da cegueira deliberada não é apenas desnecessária, mas também perigosa, na

¹³ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal* - I. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 368.

¹⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal* - I. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 375.

¹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, S.A., 1996. p. 411-413.

medida em que pode servir de fundamento para condenações fundadas em uma responsabilidade objetiva.

REFERÊNCIAS

- BECK, Francis. A doutrina da cegueira delibera e a sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. n. 41, abr./jun., 2011.
- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal* - I. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, S.A., 1996.
- MARCUS, Jonathan. Model Penal Code section 2.02(7) and willful blindness. In: *Yale Law Journal* June 1993: 2231-2257. *Academic OneFile*. Web. 6 May 2016. Disponível em: <<http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA13942431&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=2611d50e6416d119774406a5f8bbe1cb>>. Acesso em: 06 mai. 2016.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007.
- ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*. JCLC, 81 (1990).

O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06: BREVE REFLEXÃO SOBRE ASPÉCTOS (IN)CONSTITUCIONAIS E DOGMÁTICOS

Laura Girardi Hypolito¹

Letícia Bürger²

Pedro Henrique Pavanatto de Freitas³

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (orientador)

A atual política criminal de drogas adotada pelo Brasil, e pela grande maioria dos países, segue os moldes do proibicionismo internacionalmente difundido e se caracteriza por exercer um enfrentamento de caráter belicista no que tange ao combate às drogas arbitrariamente tornadas ilícitas⁴.

Luciana Boiteux, afirma que a população carcerária no país triplicou nos últimos 15 (quinze) anos e que o número de indivíduos que respondem pelo delito de tráfico triplicou em

¹ Advogada, Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC). E-mail: laura.hypolito@yahoo.com.br. Telefone: 054 99749780. Orientador: Professor Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila.

³ Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais da PUCRS. Membro do Grupo de Pesquisa Linguagem, Cognição e Processo Penal, sob a coordenação da Prof.^a Clarice Beatriz da Costa Söhngen. Advogado Criminalista. E-mail: pavanatto.pedrohenrique@gmail.com [Bolsista CAPES.](#)

⁴ Maria Lucia Karam usa essa descrição para as drogas ilícitas. A partir do entendimento de que as drogas foram estrategicamente separadas em dois grupo: as lícitas e as ilícitas. A autora ainda frisa que essa distinção, que se dá somente pelo fato de algumas substâncias serem consideradas ilegais e outras não, fere diretamente o princípio da isonomia, vez que impõe tratamento diferenciado para os produtores, vendedores e consumidores das substâncias. KARAM, Maria Lúcia. Drogas: **legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**

apenas 05 (cinco) anos.⁵ A autora considera ser essa expansão causada diretamente pelo enrijecimento da legislação penal. O paradoxo constatado pelo notável abarrotamento dos presídios, apesar do aumento demasiado das sanções penais, é reflexo de anos de uma política criminal falida e voltada não para uma possível reinserção social, como prevê o artigo primeiro da Lei de Execuções Penais⁶, mas sim para a exclusão e expulsão social definitivas dos indivíduos que sobre o cárcere recaem.

O artigo 28 da Lei 11.343/06 foi recebido como avanço, posto que o usuário de drogas não mais poderia receber uma sanção privativa de liberdade. Entretanto, o texto legal não teve mudanças significativas, uma vez que a conduta prevista no art. 28 – posse para uso pessoal – já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo da Lei 9.099/95 e por esse fator, a resposta penal à essa prática já não era o encarceramento, e sim a aplicação de penas e medidas alternativas.

Além do mais, a aplicação do art. 28 pelos operadores do direito, tem mostrado complicações no que tange a dissonância perceptível nas decisões que consideram a conduta como tráfico ou porte para uso pessoal. Isso porque a Lei não estabelece qual a quantidade de droga permitida, ficando esta decisão atribuída ao poder discricionário do magistrado que de acordo com o art. 28, §2º, da vigente Lei 11.343/06 deve analisar não somente a quantidade e a natureza da substância, mas também deverá prestar a devida atenção às circunstâncias sociais e pessoais do agente, além de sua conduta e seus antecedentes⁷.

Neste sentido, Ferrajoli, elenca três princípios normativos – delito (legislação), processo (jurisdição) e pena (execução) - que definem, dentro de um modelo garantista, os fins de tutela e prevenção do direito penal e os limites em que a intervenção desse é justificada. Ao se referir a jurisdição, o autor pontua que o princípio normativo da separação “impõe que o julgamento não

⁵ BOITEUX, Luciana, LEMGRUBER, Julita. O fracasso da guerra às drogas. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p.359.

⁶ “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” LEP.

⁷ Art. 28, § 2º, da Lei 11.343/2006.

verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa”.⁸

Depreende-se desse entendimento, que o julgador, ao considerar as circunstâncias sociais e pessoais do agente, assim como sua conduta, atribui uma valoração moral ao comportamento praticado por esse e, por conseqüente, atribui ao processo penal, uma função que não o corresponde e que não deve ser abrangida ao campo de atuação do Estado. Nota-se, desse entendimento, que não confere ao magistrado fazer indagações sobre a personalidade e a alma do indivíduo condenado, muito menos formular arbítrios morais sobre sua pessoa. Como percebe Ferrajoli, “um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é”.⁹

Em verdade, o grande problema referente ao artigo 28, é o fato de esse ainda ser considerado uma conduta passível de proibição e criminalização. Salo de Carvalho, ao tratar desta questão, afirma que a programação punitiva desta conduta se sustenta por dois pontos relevantes. O primeiro, por ser o delito do artigo acima mencionado de perigo abstrato e o segundo, por ser considerada a saúde pública um bem jurídico tutelado.¹⁰ E é justamente sobre esses dois pontos de sustentação que se concentram grandes críticas à criminalização da conduta de porte para uso pessoal.

Ferrajoli, ao se referir aos crimes de perigo abstrato, considera que esses são configurados pelo caráter hipotético e altamente improvável do resultado lesivo. O autor ainda afirma que a criminalização de ações praticadas pelo indivíduo contra si próprio – como a utilização imoderada de entorpecentes -, não

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 178-79

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p 179

¹⁰ CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 267

passa de uma “persistência em resíduos pré-modernos”.¹¹ Isso por acreditar que esta aplicação segue padrões morais, e não jurídicos.

Roxin, ao tratar da autolesão consciente, acredita que essa não serve para legitimar uma proibição penal.¹² O autor explica sua posição doutrinária alegando que a maioria das pessoas se expõe a perigos, os quais podem ser configurados por conta de uma alimentação não saudável, do consumo de álcool, cigarros, ou pela prática de atividades arriscadas, como dirigir em alta velocidade ou praticar esportes perigosos. Mas que o fato de uma pessoa optar por esses comportamentos, ou a promoção desses por terceiros, não constitui um objeto legítimo do direito penal, pois esse serve para impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade e não quando há desejo e consciência daquele que pratica os atos.¹³

Percebe-se que em casos como o de consumo de drogas, essa aplicação não se faz diferente, uma vez que cabe ao indivíduo decidir de que substâncias deve ou não dispor, e não ao Estado. Esse, não deve interferir de forma paternalista nas vontades individuais e nas demonstrações íntimas de personalidade de um indivíduo dotado de consciência e capacidade, sob pena de estar invadindo o espaço pessoal de cada um e por consequência, se sobrepondo aos limites dos direitos fundamentais, pertencentes a todos os indivíduos de forma indisponível.

Neste mesmo sentido, Roxin afirma que no caso de um adulto que adquire de maneira consciente uma droga exclusivamente para seu consumo pessoal, não deve haver um direito de punir do Estado. Isso porque o indivíduo não lesiona ninguém além de si próprio¹⁴, o que não fere o princípio constitucional da ofensividade. O autor ainda pontua que drogas leves, como a maconha e o *baxixe*, não são de maneira alguma mais danosas do que o álcool ou o tabaco, o que reforça o argumento de que não existe respaldo suficiente para a intervenção penal, ainda mais, por considerar que essa é muito mais danosa do que o

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 380

¹² ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 44

¹³ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 44

¹⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 46

consumo das substâncias em si, posto que a punição de caráter criminal abre precedentes para que o indivíduo comunique com a criminalidade.¹⁵

Maria Lúcia Karam afirma que não há como existir compatibilidade entre a realização de direitos fundamentais e as proibições de desejos, assim como dos respectivos direitos individuais. Para a autora “o Estado democrático não está autorizado a substituir o indivíduo em decisões que dizem respeito apenas a si mesmo”.¹⁶ E ainda alerta, que quando se está no terreno da democracia não se pode obrigar as pessoas a serem protegidas contra a própria vontade, visto que essa ideia seria contrária ao conceito atribuído ao Estado democrático, pelo fato de retirar do indivíduo a capacidade de escolha.¹⁷

Em verdade, o fato de o Estado proibir que o indivíduo disponha de seu próprio corpo, é dotado de caráter moral e fere, diretamente, o princípio da ofensividade¹⁸. A lesividade prevista no texto constitucional exige que haja dano a terceiros, o que não ocorre quando há um comportamento consciente e que emana do desejo individual da pessoa que opta por determinada conduta, como o ato de fazer uso de substâncias psicoativas.

Outro fenômeno que permite a clara crítica dogmática e (in)constitucional na criminalização da conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06 - porte para uso pessoal, é o de ser a saúde pública considerada um bem jurídico a ser tutelado. Uma das bases que sustentam a proibição dos tipos contidos na lei de tóxicos, é a alegação de que o cometimento das condutas abrangidas pelo texto legal, atenta contra a saúde pública.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, “os *bens jurídicos* são bens vitais da sociedade e do indivíduo, que merecem proteção

¹⁵ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 46

¹⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. 32 p. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembr de 2013. KARAM, Maria Lúcia.

¹⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. 32 p. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>. Acesso em: 21 de setembr de 2013. KARAM, Maria Lúcia.

¹⁸ Art. 5º, XXXV, Constituição Federal Brasileira.

legal exatamente em razão de sua significação social.”¹⁹ Essa proteção, amparada pela intervenção penal, só é justificável quando orientada a impedir que os bens fundamentais – individuais ou sociais – sejam afrontados, por meio de um dano ou perigo causados.²⁰

Roxin, ao refletir acerca da questão de a saúde pública ser considerada um bem jurídico a ser tutelado, afirma que “não é legítimo criar tipos para a proteção de bens jurídicos, sendo estes descritos através de conceitos com base nos quais não é possível pensar em nada concreto”.²¹ Ao realizar uma desconstrução deste conceito – saúde pública – o autor constata que o “público” não configura um corpo real, passível de sofrer danos ou sofrimento, assim como não é possível que a “saúde pública”, no sentido específico ou literal da palavra, exista.²²

Ao aprofundar este entendimento, Roxin expõe que pode se falar em uma saúde concreta e tátil, quando essa se refere aquela pertencente aos indivíduos membros do povo. Entretanto, que esses só podem ser protegidos com o respeito à premissa de que não se deve punir a pessoa que, de maneira consciente, opte por vivenciar uma situação considerada de perigo. Por conta disso, o autor considera que não é possível “deduzir da proteção da “saúde pública” um fundamento adicional de punição”.²³

Para Salo de Carvalho, esta intangibilidade do bem jurídico suscita a impossibilidade de constatação empírica das teses de legitimação do discurso criminalizador²⁴. E como consequência, a ausência de uma comprovação empírica conferível acarreta a desqualificação dos discursos que cercam a permanência do proibicionismo. Neste sentido, Ferrajoli acrescenta que a

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: volume 2. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 378

²¹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 50 - 51

²² ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 51

²³ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 51

²⁴ CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 267

eminência de dano ou perigo devem ser empiricamente verificáveis, uma vez que não se deve considerar apenas abstratamente o conteúdo da proibição. Posto que como ponto de partida, deve-se perceber as “características de cada concreta conduta proibida”.²⁵

Zaffaroni considera que a intervenção penal referente ao consumo de substâncias entorpecentes se firma na tutela de pautas éticas e morais, e não de bens jurídicos.²⁶ Dessa forma, ao se punir condutas que só dizem respeito ao indivíduo que as realiza, o Estado age de maneira a ignorar a importância de garantias constitucionais, tais como o respeito ao princípio da autonomia individual, da vida privada e da intimidade, além de atingir também princípios elementares para uma aplicação penal coerente, como do princípio da lesividade e o da secularização.²⁷

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: volume 2. São Paulo: Saraiva, 2007
- BOITEUX, Luciana, LEMGRUBER, Julita. O fracasso da guerra às drogas. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.
- CARVALHO. Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo Criminológico e Dogmático)**. RJ: Lumen Juris, 2010
- CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro, Lumen, 2008

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 378

²⁶ ZAFFARONI e PIERANGEI. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2004 p.

²⁷ De acordo com Amilton Bueno e Salo de Carvalho, “o termo *secularização* é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filisóficas (laicização), mais especificamente entre moral do clero e o modo de produção da(s) ciência(s).” Os autores ainda explicam que o processo de secularização por separar a moral e o direito, veio a impedir que o direito penal penalizasse na esfera da consciência. CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro, Lumen, 2008, p. 05

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo

KARAM, Maria Lúcia. Drogas: **Dos perigos da proibição à necessidade da legalização**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>.

_____ **Drogas: é preciso legalizar**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>

_____ **Proibição às drogas e violação à direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/textos>

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006

ZAFFARONI e PIERANGEI. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2004

O PAPEL DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NA SOCIEDADE DO RISCO

Laura Girardi Hypolito¹

Letícia Burge²

Pedro Henrique Pavanatto de Freitas³

Fabio Roberto D'Avila (orientador)⁴

Na sociedade contemporânea o princípio da confiança passa a desempenhar um papel de suma importância para a análise da imputação do resultado. Tal importância se dá em razão de vivermos cotidianamente cercados por riscos, os quais, ainda que socialmente tolerados, podem resultar na ocorrência de lesões a bens jurídicos. Assim, estabelecem-se normas de cuidado de modo a evitar resultados danosos. No entanto, o que pode garantir que todos os cidadãos obedecerão essas normas? A partir deste questionamento, podemos verificar a importância do princípio da confiança, pois ele propõe que, ao agirmos de acordo com as normas, acreditemos, ou confiemos, que os outros também o farão. Dessa forma, cria-se uma teia de confiança entre os indivíduos membros de uma sociedade, onde cada um poderá confiar que o outro agirá corretamente.

¹ Advogada, Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: laura.hypolito@yahoo.com.br.

² Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Membro do Corpo Editorial da Revista de Estudos Criminais. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila. Pesquisadora integrante da linha de Sistemas jurídico-penais contemporâneos. E-mail: leburgel_@hotmail.com.

³ Advogado, Especialista em Ciências Penais da PUCRS e Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: pavanatto.pedrohenrique@gmail.com.

⁴ Pós-doutor em Ciências Criminais pela Johann Wolfgang Goethe Universität, Frankfurt am Main, Alemanha. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. Presidente do Instituto Eduardo Correia (IEC). Advogado criminal em Porto Alegre.

O princípio da confiança ganha destaque, especialmente, nos subsistemas, nos casos em que há uma divisão de tarefas. Nesses subsistemas há, de modo constante, uma exposição a riscos. Nesses ambiente, atribui-se a cada indivíduo um determinado papel, que deve ser cumprido de acordo com as normas estabelecidas, afim de evitar a criação de um risco proibido, bem como uma possível concreção desse risco em um resultado. No entanto, quando se trabalha com divisões de papéis, como se pode determinar se o sujeito titular da conduta anterior a do agente cumpriu com o seu papel, ou seja, se agiu dentro do risco permitido? Em muitos casos, tal verificação se mostra difícil, ou até impossível.

O princípio da confiança consiste em acreditar que cada um cumprirá o seu papel, estabelecendo-se, assim, uma rede de confiança, onde aquele que respeita a norma pode esperar que o terceiro também o fará. Para Jakobs, o princípio da confiança, além de ser uma hipótese de risco permitido, é também uma hipótese da proibição do regresso, que consiste nos casos em que um terceiro se utiliza de um comportamento correto de outro sujeito afim de cometer um determinado delito. Nesses casos, há a proibição de regresso à conduta daquele que se comportou de acordo com a norma, cumprindo, portanto, o seu papel, não sendo, assim, garantidor do resultado. Aqui Jakobs exemplifica com as equipes cirúrgicas, equipes de serviços e mantimento de aviões, de ônibus, fabricação mediante divisão de trabalho e o tráfego viário. Em todos esses casos não há como controlar a conduta de cada um que faz parte do grupo, de modo que é permitido que se confie que cada um a desempenhou de acordo com as normas estabelecidas, cumprindo o seu papel.⁵

Pensemos na equipe que irá auxiliar um médico na cirurgia. Ao alcançar para o médico os equipamentos a serem utilizados, o mesmo confia que a equipe agiu de forma correta realizando a esterilização dos equipamentos, de modo que os utiliza na paciente. Assim, se a equipe não cumpriu o seu papel, não esterilizando os equipamentos, não deve o médico ser imputado

⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997. p. 255.

caso advenha um resultado decorrente da não esterilização do equipamento, uma vez que dele não era exigido que fosse conferir se a equipe de fato cumpriu o seu papel, pois ele confiava que os mesmos haviam agido de acordo com a norma.

Para Jakobs, a sociedade funciona através de nexos de expectativas: “cada qual espera dos demais que se comportem de determinada maneira e orienta seu comportamento segundo essas expectativas”.⁶ As normas são, portanto, “expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente”.⁷ Assim, o que constitui um papel são as expectativas ligadas a determinado sujeito, de modo que o autor somente será responsável pelo resultado que advenha de um risco que ele tinha como obrigação evitar. O direito penal seria, portanto, um instrumento que garantiria que cada um desempenhará o seu papel da forma correta dentro de uma sociedade, de modo a viabilizar uma vida estável em comunidade.⁸

Com o intuito de delimitar a responsabilidade, alguns doutrinadores recorrerem ao princípio da confiança, o qual excluiria a imputação do resultado no âmbito da tipicidade objetiva. No entanto, parte da doutrina entende que em determinados casos não seria possível a aplicação do princípio da confiança, uma vez que o mesmo, em que pese desempenhe um papel importante na sociedade do risco, não é absoluto, devendo ser limitado, de modo que um dos seus limitadores seria a posição ocupada pelo agente dentro da empresa. Haveria, portanto, uma diferença no tratamento das situações que envolvam a divisão vertical do trabalho e as que envolvam a divisão horizontal, na qual haveria uma relação de igualdade, o que não ocorreria nas relações verticais, onde, por conseguinte, o princípio da confiança teria um alcance muito mais limitado. Nessa linha, o princípio da confiança

⁶ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123.

⁷ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123.

⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. A teoria da imputação objetiva e o código penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. p.217.

não pode ser aplicado, por exemplo, aos membros dos setores de *compliance*, uma vez que estes tem como função *desconfiar para melhor controlar e supervisionar*.⁹

Assim, o princípio da confiança surge como uma forma de delimitar a imputação do resultado nesses casos, pois, de acordo com ele, é permitido que se confie que cada um desempenhou seu papel da forma correta. Dessa forma, o agente não tem o dever de verificar se a pessoa anterior agiu de acordo com a norma, ele apenas confia, acredita, que ela agiu corretamente, assim, se ela não agiu segundo os parâmetros do risco permitido, ele não poderá ser imputado na hipótese de superveniência de um resultado lesivo, o qual deverá ser atribuído aquele que não observou a norma.

REFERÊNCIAS

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. *Fronteiras de Responsabilização Penal de Agentes Financeiros na Lavagem de Dinheiro*. 2012. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa da Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. A teoria da imputação objetiva e o código penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*.

⁹ ARELLANO, Luis Felipe Vidal. *Fronteiras de Responsabilização Penal de Agentes Financeiros na Lavagem de Dinheiro*. 2012. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa da Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 135.

O PAPEL DO RESULTADO NOS CRIMES CULPOSOS

Laura Girardi Hypolito¹

Letícia Burge²

Pedro Henrique Pavanatto de Freitas³

Fabio Roberto D'Avila (orientador)⁴

Por muito tempo, os delitos culposos ocuparam um lugar secundário na dogmática penal, ocasião em que os crimes dolosos eram vistos com mais importância, uma vez que correspondiam aos delitos mais graves.⁵ Contudo, com a revolução industrial, as relações existentes entre a sociedade sofrem uma mudança drástica. As máquinas e a tecnologia começam a integrar a vida dos cidadãos, o mundo se torna menor, e a informação cada vez mais rápida. Essa revolução, no entanto, traz consigo fatores acessórios que derivam da utilização de suas máquinas e tecnologias. Traz consigo riscos. Riscos até então desconhecidos pelos homens, e que, se não controlados, podem trazer inúmeros prejuízos para a

¹ Advogada, Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: laura.hypolito@yahoo.com.br.

² Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Membro do Corpo Editorial da Revista de Estudos Criminais. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila. Pesquisadora integrante da linha de Sistemas jurídico-penais contemporâneos. E-mail: leburgel_@hotmail.com.

³ Advogado, Especialista em Ciências Penais da PUCRS e Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: pavanatto.pedrohenrique@gmail.com.

⁴ Pós-doutor em Ciências Criminais pela Johann Wolfgang Goethe Universität, Frankfurt am Main, Alemanha. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. Presidente do Instituto Eduardo Correia (IEC). Advogado criminal em Porto Alegre.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; ARAN, Mercedes Garcia. *Derecho Penal*. Parte general. 2. ed. Revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 297.

vida em sociedade Assim, a fim de conciliar a vida em sociedade com a evolução tecnológica da mesma, criam-se normas de cuidado e *legis artis*, de modo a regulamentar as atividades que possam gerar algum dano à sociedade.

É nesse momento, que os crimes culposos passam a ter um novo papel. De modo que podemos dizer que os delitos culposos ocupam, na sociedade contemporânea, um papel de destaque, uma vez que vivemos em uma sociedade cercada de riscos, aos quais nos expomos diariamente. Dessa forma, o delito culposo passa a ocupar papel não mais secundário, mas sim primário, na medida em que o mesmo se torna um dos maiores objetos de discussão da dogmática penal contemporânea, seja no âmbito dos delitos de trânsito, nos delitos médicos e nos delitos que envolvem o ambiente de trabalho.

O conteúdo do injusto nos delitos culposos é determinado pela coexistência do *desvalor* da ação e do *desvalor* do resultado.⁶ Assim, não basta apenas a existência de uma conduta descuidada e um dano, é necessário que exista, para além disso, um vínculo interno entre eles, de modo que o resultado deve ser consequência da inobservância do dever de cuidado do agente.⁷ Dessa forma, nos delitos negligentes, deve haver uma relação de causalidade entre a ação e o resultado que permita imputar, no plano objetivo, a lesão ao autor da conduta negligentemente realizada.⁸

No entanto, o resultado é visto, por parte da doutrina, como apenas um “elemento de azar”,⁹ não sendo considerado

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 336.

⁷ CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos S.A., 1997. p. 175.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988. p. 75.

⁹ Muñoz Conde compartilha deste entendimento, contudo, o autor refere que o fato do resultado ser tido como um “elemento de azar” no âmbito dos delitos culposos, não significa dizer que ele seja apenas uma condição objetiva de punibilidade, pois para que o resultado seja imputado ao autor deve haver uma determinada relação entre eles, em que o resultado nada mais é do que uma consequência lógica do perigo inerente criado pela conduta do agente. Segundo ele, “pode-se dizer que a ação objetivamente imprudente, é dizer, realizada sem a diligência devida que incrementa de forma ilegítima o perigo de que um resultado seja produzido é, junto com a relação de causalidade, a base

como uma parte essencial dos delitos culposos.¹⁰ Essa posição doutrinária tem como um de seus maiores defensores Kaufmann, o qual não considera o resultado como sendo parte do injusto, nem mesmo do injusto doloso. Para o autor, o injusto do delito se esgota na ação, a qual, após realizada, encontrará a sua concretização com o resultado pretendido (no caso dos crimes dolosos).¹¹

Contudo, na concepção de Tavares, nos delitos de dano, o resultado integra o tipo como seu elemento essencial, não podendo ser visto apenas como um elemento referencial da punibilidade. Segundo o autor, o correto é “fundar-se o tipo tanto na infração à norma de cuidado quanto na imputação do resultado”.¹² Para Costa Junior, o resultado é mais do que uma condição de punibilidade em razão da conexão específica que ele possui com a ação,¹³ de modo que não se pode dizer que um se sobrepõe ao outro em face da importância de sua vinculação.¹⁴

Nesse mesmo sentido advoga Correia. Para o catedrático português, “o resultado é o elemento mais importante – quando não mesmo o único – da ilicitude, quer nas ações negligentes quer nas dolosas”.¹⁵ Essa tentativa, por parte da doutrina, de excluir o resultado do âmbito da tipicidade culposa, atribuindo-lhe uma

e fundamento da imputação objetiva do resultado, que pertence, portanto, à própria essência da imprudência”. (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 305s.)

¹⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. Ed. rev. e ampl. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 104. Nesse mesmo sentido também se posicionam: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988. p. 75. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. Parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 440.

¹¹ HIRSCH, Hans Joachim. Sobre lo injusto del delito imprudente. In: *Revista de derecho penal y criminología*. n. 16, 2ª época, 2005. p. 213.

¹² TAVARES, Juez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 303.

¹³ COSTA JUNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988. p. 68.

¹⁴ TAVARES, Juez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 303.

¹⁵ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1997. p. 253. p. 265.

função meramente limitadora, incorre em um erro, na medida em que desconhece a função do *Tatbestand*,¹⁶ o qual procura “definir e caracterizar com maior precisão possível o delito, a fim de impedir o império da discricionariedade no direito penal.”¹⁷ Nota-se, assim, o importante papel que o resultado desempenha nos crimes culposos ao passo que se este não ocorre, não há culpa punível, em que pese o grau que seja esta culpa, podendo, inclusive, tratar-se de culpa gravíssima.¹⁸ Diante disso, o resultado deve ser

¹⁶ “A expressão *Tatbestand* surge no jargão jurídico alemão em fins do século XVIII e princípios do século XIX, no campo do processo criminal, onde é mais sentida a necessidade de dar contornos e precisos ao fato delituoso. Com ela se traduz para o idioma teuto, a locução latina *corpus delicti*, compreendida esta como a ação punível, isto é, o fato objetivo. Como categoria conceitual do direito penal substantivo, no entanto, o vocábulo *Tatbestand* aparece pela primeira vez na obra de L. Von FEUERBACH, ‘que propõe em relevo a sua origem política vinculada a uma concepção liberal de Estado de Direito’. (...) Todavia, embora com algumas discrepâncias nos detalhes, o *Tatbestand* se confunde, para todos os penalistas alemães da centúria passada, com a totalidade do delito, pois é concebido como integrado por todos os elementos objetivos e subjetivos necessários para a existência do crime. Não há, dentro deste entendimento, como diferenciar *Tatbestand* do delito, pois este nada mais é que algo constituído por todos os componentes daquele. (...) Todavia, em 1906, com a publicação de *Die Lehre vom Verbrechen*, ERNST BELING revisa profundamente o conceito de *Tatbestand*, dando-lhe um novo sentido, já que o concebe não mais como composto da totalidade dos elementos do delito, mas tão-somente como um dos elementos constitutivos do crime. (...) ERNST BELING, cioso de bem caracterizar o *Tatbestand*, enfatiza que o mesmo não se deve confundir com a sua realização objetiva, ou mesmo com a sua concreção psicológica. O *Tatbestand* é a representação conceitual que se distingue da realidade material, isto é, da sua realização concreta. É apenas uma imagem representativa que tem precedência lógica relativamente às figuras delitivas, exercendo, com respeito a estas, uma função intelectualmente condicionante e meramente reguladora.” (LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1987. p. 102.)

¹⁷ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1987. p. 13s.

¹⁸ A fim de demonstrar a importância do resultado nos delitos culposos, D’Avila refere o seguinte exemplo: “Comparando-se duas ações descuidadas idênticas como, por exemplo, um racha em que dois veículos percorrem lado a lado uma via movimentada, defrontando-se, ao passarem o semáforo fechado, com um transeunte que atravessa a rua, apenas um dos veículos irá atingi-lo e, por sua vez, responder, a priori, por homicídio culposo, enquanto o outro não restará punido. Ocorre que, embora ambas as condutas sejam idênticas e desvaliosas, apenas uma é típica pela produção do resultado morte, o que faz com que o resultado, e, portanto, a análise de seu desvalor, seja considerado elemento limitador do tipo: caso não ocorra a morte, mas apenas lesões, embora o desvalor da conduta não se altere, o delito cometido será o de lesões culposas, punido de forma menos severa.” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Lineamentos estruturais da negligência em direito penal*. Porto Alegre, 1999. p. 76.)

considerado como elemento constitutivo do delito culposo, e não apenas como uma condição objetiva de punibilidade.¹⁹

Ao afirmarmos a necessidade da existência de uma relação de determinação entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado, não significa que essa relação de determinação seja constituída apenas pela causalidade física. O que aqui se pretende dizer é que o resultado dever ser determinado exatamente pela violação do dever de cuidado, decorrente da conduta do agente. Zaffaroni afirma que para estabelecermos essa relação de determinação entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado.²⁰

Para Luzón Peña, a consumação, nos delitos culposos, se dá a partir de dois tipos de relações, uma de causalidade, que será apurada com base nos critérios da teoria da equivalência das condições, mediante a análise da relação causal (material ou lógico) da ação e do resultado; e uma de imputação objetiva, a qual visa constatar se o dano é consequência da conduta descuidada do agente, e não apenas do azar.²¹ A constatação desta segunda relação (de imputação objetiva) é essencial para a existência do ilícito típico negligente, na medida em que o agente somente poderá responder pelos resultados que advenham da sua ação perigosa quando estes foram o fim de proteção da norma de cuidado infringida.²²

Segundo Aníbal Bruno, “o resultado deve estar preso ao atuar do agente por um nexo de causalidade necessário”, na medida em que ele é um elemento integrante do tipo, de modo que, sem ele, o crime deixa de existir, tornando-se um nada para o Direito Penal. De acordo com o autor, não podemos falar em homicídio culposo sem o resultado da morte da vítima, muito menos em lesões corporais culposas sem a efetiva violação da

¹⁹ GUALLART Y DE VIALA, Afonso. La significación del resultado em los delitos culposos, en el derecho penal español. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*. p. 625.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. Parte geral. 8. ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 443.

²¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal: parte general*. Madrid: Universitas, 1996. p. 513.

²² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal: parte general*. Madrid: Universitas, 1996. p. 513.

integridade corporal de alguém. Assim, nota-se que é exatamente o resultado que irá ajustar o tipo penal, trazendo para o âmbito do Direito Penal uma conduta que, antes do advento do dano, não possuía relevância jurídico-penal.²³

Como já afirmamos, não se mostra suficiente para a imputação a existência apenas de um nexó físico-causal entre a ação e o resultado. É necessário algo para além disso. Para que possamos atribuir o resultado à conduta negligente praticada pelo autor é preciso que se verifique, também, a existência de um nexó normativo entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado. Segundo Muñoz Conde, “causalidade natural deve ser limitada com ajuda de critérios jurídicos, de tal forma que o problema causal se converta em um problema jurídico a incluir dentro da categoria do injusto”.²⁴

Assim, embora o nexó de causalidade assuma um papel de suma importância no âmbito dos delitos em que há um resultado naturalístico, nem toda a causação terá relevância para o direito penal, afinal, para falarmos em imputação deve estar presente uma série de outros requisitos de ordem normativa.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Tomo II: fato punível. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos S.A., 1997.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1997.

²³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Tomo II: fato punível. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 57.

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; ARAN, Mercedes Garcia. *Derecho Penal*. Parte general. 2. ed. Revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 244.

COSTA JUNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Lineamentos estruturais da negligência em direito penal*. Porto Alegre, 1999.

GUALLART Y DE VIALA, Afonso. La significación del resultado em los delitos culposos, en el derecho penal español. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*.

HIRSCH, Hans Joachim. Sobre lo injusto del delito imprudente. In: *Revista de derecho penal y criminología*. n. 16, 2ª época, 2005.

LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARAN, Mercedes García. *Derecho Penal*. Parte general. 2. ed. Revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Primera reimpression. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951. v. 1.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. Ed. rev. e ampl. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. Parte geral. 8. ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TERRORISMO: ANÁLISE E CRÍTICA A LEI Nº 13.260/16

Pedro Henrique Pavanatto¹

Laura Girardi Hypolito²

Letícia Burge³

1. Introdução: Algo sobre Terrorismo e os Estados Unidos da América

Busca-se, em princípio, uma definição para o termo terrorismo, o qual é muito debatido e uma definição para ele ainda está longe de surgir, mas não só o conceito de terrorismo representa a grande dúvida, como todo o caos que o fenômeno do terrorismo provoca na nossa ordem jurídica. É terrorista quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem⁴. Essa definição não é única e Zaffaroni já contra argumenta afirmando que o correto seria crimes de destruição maciça e indiscriminada. O termo terrorismo a priori configura uma expressão juridicamente

¹Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais da PUCRS. Membro do Grupo de Pesquisa Linguagem, Cognição e Processo Penal, sob a coordenação da Prof.^a Clarice Beatriz da Costa Söhngen. Advogado Criminalista. Bolsista CAPES. E-mail: pavanatto.pedrohenrique@gmail.com

²Advogada, Especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC). E-mail: laura.hypolito@yahoo.com.br. Telefone: 054 99749780. Orientador: Professor Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

³ Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Membro do Corpo Editorial da Revista de Estudos Criminais. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila. Pesquisadora integrante da linha de Sistemas jurídico-penais contemporâneos. E-mail: leburgel_@hotmail.com.

⁴JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo** – Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Org./Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, 2009, 36 p.

nebulosa⁵. Mesmo assim combatê-lo tornou-se obsessão dos Estados Ocidentais.

Em verdade, o fenômeno terrorista mereceu destaque mundial, como prática de atos nefastos onde as vítimas não eram especificadas, ou seja, cuja ideia era lesar de forma aleatória e indiscriminada os cidadãos de um determinado país. Então, importa salientar que o verdadeiro clímax deste fenômeno deu-se a partir do 11 de setembro de 2001, com o 11 de março em 2004 e o 7 de julho de 2005⁶, depois destes atos terroristas o fenômeno nunca mais perdeu a primazia devido a todas as guerras que o seguiram e ainda estão em curso, bem como os atentados praticados pelo grupo paramilitar Estado Islâmico.

A percepção do terrorismo se dá de diversas maneiras, e irá partir-se do modo adotado pelos Estados Unidos da América como padrão para uma posterior análise do modo em que o Brasil editou sua legislação de combate ao terror.

A partir do 11 de setembro de 2001, o sistema penal estadunidense encontrou um inimigo de certa substância no terrorismo. Ao mesmo tempo, tomou emprestada a prevenção do discurso penal legitimante e pretendeu apresentar a guerra contra o Iraque como preventiva. Como nunca antes, fica evidente a identidade do poder bélico com o poder punitivo na busca desesperada do inimigo. Apropriou-se, então, da nebulosa ideia de terrorismo, que não alcança definição clara e, por conseguinte, abarca condutas de gravidade muito diferentes, porém justifica medidas repressivas que permitem revigorar a velha estrutura inquisitorial⁷. Ressalta-se aqui que antes de enviar tropas ao Iraque, Donald Rumsfeld declarou que a “guerra será vencida quando os norte-americanos voltarem a se sentir seguros”, entretanto o que

⁵ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: REVAN, 2007. 16 p.

⁶FERNANDES, Hélène Marine Serra. **O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto, 2011.

⁷ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: REVAN, 2007. 65 p.

aconteceu foi o oposto, pois enviar tropas ao Iraque elevou a sensação de insegurança nos EUA e no restante do mundo⁸.

A percepção do perigo terrorista, como dada pelos EUA, intensificando as ameaças predispõe a sociedade um medo, que sem dúvida é o desencadeador de uma diminuição das garantias constitucionais e penais sendo que este fato as condiciona a aceitar medidas que contradizem os valores sociais fundamentais, corroem liberdades civis e restringem direitos humanos⁹. Quando isso ocorre, a perda para a sociedade é muitas vezes maior que as ameaças das quais estão diante. Nesses casos, os terroristas obtêm uma vitória moral somente porque esses governos perderam a mais alta razão moral pela qual foi formado todo o pensamento democrático liberal do ocidente¹⁰.

A partir deste cenário de guerra ao terror, fica claro que esta apresenta traços de estado de exceção, buscando solucionar o problema cria-se um estado de guerra permanente com um significado biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão¹¹.

Logo, as políticas adotadas pelos EUA, tornam-se a práxis e pretendem-se como exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal de exceção em todos os países. A necessidade de defender-se, por certo não mais de atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados, mas sim do nebuloso terrorismo.

2. Contraterrorismo à Brasileira: Comentários à Lei nº 13.260/2016

Trazendo para o contexto brasileiro vemos que houve uma necessidade de respostas às exigências internacionais, capitaneadas

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro : Zahar, 2008. 133p.

⁹BASSIOUNI, M. Cherif. Terrorismo: O persistente dilema da legitimidade. **Revista Liberdades**. São Paulo, nº 6, Abril, 2011.

¹⁰BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**: diálogos com Habermas e Derrida. Trad. Roberto Muggiati. Zahar : Rio de Janeiro.

¹¹AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II, I. São Paulo: Boitempo, 2004. 20 p.

pelos EUA, e o Brasil, principalmente a partir dos eventos globais que sediou e sediará preocupou-se em regulamentar o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, através da Lei nº 13.260/16.

Aqui também importa salientar, como fator desencadeador de uma nova legislação, os movimentos reivindicatórios de 2013 - envolvendo inicialmente o transporte público e culminando no combate a corrupção, com uma difusão gigantesca das pautas iniciais - estes grupos sociais adotaram muitas vezes instrumentos de combate, muito como resposta à falta de preparo e a clara violência institucional traço e prática da polícia militar, além disso, a ausência de uma regulação, já que a famigerada Lei de Segurança Nacional não cabia dentro de um Estado que se pretende Democrático e de Direito, foram os impulsos desta nova legislação. Sem dúvida esse fenômeno foi responsável por uma rápida produção legislativa a exemplo do crime de corrupção ser equiparado a hediondo, a nova Lei das organizações criminosas, e nesse bojo a Lei nº 13.260/16 que busca tipificar atos terroristas.

O artigo, agora, pretende tecer uma breve análise dogmática da lei em questão. Vê-se que o conceito dá-se no Art. 2º da Lei, adotando “O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública”.

Importante perceber, as razões como sendo de discriminação, xenofobia, preconceito e as finalidades terror social ou generalizado, vemos que essas finalidades estão totalmente ligadas ao medo, sendo demasiadamente abstratas e abertas.

Logo, podemos extrair do texto legal que se trata de crime de perigo concreto com os bens jurídicos pessoa (vida e integridade corporal), patrimônio, paz pública ou a incolumidade pública (sentimento de segurança = famosa paz publica) que deve ser ancorada no próprio princípio da liberdade e da democracia, algo complexo na teoria do bem jurídico que ainda carece de estudos mais aprofundados. Além disso, o Art. 2º faz

expressamente menção à palavra perigo, tratando-se, portanto, de Crime de Perigo Concreto e, não de Perigo Abstrato. Ainda se considerarmos perigo como uma coisa só a diferenciação entre perigo concreto e perigo abstrato é pertinente. Essa pertinência se dá em função de toda crítica acadêmica despendida aos crimes de perigo abstrato (considerados crimes formais ou de mera conduta), mas também do ponto de vista pragmático, com o perigo como elemento típico faz com que a análise do perigo seja feita *ex post*, ou seja, cabe a verificação se a conduta gerou ou não um perigo de dano no caso concreto. Processualmente, isso gera um ônus para o Ministério Público nesse particular.

Outro ponto é quanto a pena, quando aponta a punição de 12 a 30 anos além das sanções da ameaça e a violência. Aqui, são violadas as garantias dos *ne bis in idem* e o princípio da consunção, pois, os crimes-meios (violência ou ameaça) são ritos de passagem para o crime fim (terrorismo). Ademais, se ausente o dolo específico remanescerá a punição pela conduta criminosa simples.

Além disso, pelos tipos penais incriminadores estarem todos ligados aos art. 2º (Crimes do art. 3º, 5º e 6º) penso ser errônea e muito perigosa à leitura dos crimes desta lei como de perigo abstrato.

Por outro lado é muito importante o §2º do art. 2º que afirma:

O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.¹²

Este parágrafo assume uma distinção importante, pois retira dos atos apontados como terroristas os movimentos sociais, reafirmando a Constituição Federal o exercício da democracia, alicerçada no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que trata dos

¹²BRASIL. Lei nº 13.260/2016, de 16 de março de 2016.

direitos e deveres individuais e coletivos, com destaque para os incisos II, IV, XVI e XVII.

3.Outra abordagem ou tentativa racional de diminuição do fenômeno terrorista: Reflexões conclusivas

A algumas respostas poderiam ser dadas de forma mais efetiva no combate ao terrorismo. Entre elas é a de que os governantes nunca devem aumentar o medo da sociedade e a espera por um ataque. Isso não quer dizer renunciar a quaisquer medidas de prevenção e controle, porém, quando um líder eleva o medo na sociedade, ele faz o que o terrorista deseja, pois aceita a vulnerabilidade social e também aumenta a reputação do grupo terrorista¹³.

No entanto, isso não pode ser entendido como uma restrição ao uso de todos os meios disponíveis permitidos em lei para proteger, prevenir, controlar o terrorismo. Nem se deve entender que, no que se refere à atividade de confronto criminal, não haja lugar para regras militares e estratégias de inteligência. Todas as forças da sociedade devem ser reunidas para assegurar os objetivos de proteção e prevenção¹⁴.

Como visto, é evidente que a proclamada “guerra ao terror” está sendo falha. Pois, não está aumentando a sensação de segurança dos cidadãos de determinados países mais visados pelos grupos terroristas, como também, não vem diminuindo o número de adeptos às práticas violentas contra o sistema estabelecido. A Lei brasileira tem clara inspiração no direito penal do inimigo do alemão Jakobs e já nasce com um potencial de quebra de garantias imenso.

Deve-se evitar que o tratamento penal dado ao indivíduo terrorista ultrapasse os limites do ordenamento político criminal, da constituição e da política de estado, pois o desprezo a tais limites na crença que está Lei será aplicada apenas e exclusivamente a

¹³BASSIOUNI, M. Cherif. Terrorismo: O persistente dilema da legitimidade. **Revista Liberdades**. São Paulo, n° 6, Abril, 2011.

¹⁴BASSIOUNI, M. Cherif. Terrorismo: O persistente dilema da legitimidade. **Revista Liberdades**. São Paulo, n° 6, Abril, 2011.

terroristas nos levará a atentados graves aos Direitos Humanos e aos ideais que formam nosso país, pois, sabe-se que existem inúmeras possibilidades de erro que estão sujeitos os operadores da estrutura coercitiva estatal. Um direito penal do inimigo, posto em praticas contra terroristas, irá justamente aniquilar aquilo que o terrorista busca com seus atos, i.e., o próprio estado democrático de direito é abalado quando leis antiterroristas violam o que é o núcleo da nossa sociedade que busca a justiça através da democracia e o direito¹⁵.

Finalmente, cumpre a devida lembrança, de que o que é terrorismo para alguns é heroísmo para outros. Por mais que a máxima possa parecer banal, ela representa os pontos de vista contrastantes sobre o fundamento de legitimidade daqueles que recorrem à violência como meio de atingir um resultado de poder¹⁶.

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II, I. São Paulo: Boitempo, 2004.

BASSIOUNI, M. Cherif. Terrorismo: O persistente dilema da legitimidade. **Revista Liberdades**. São Paulo, nº 6, Abril, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**: diálogos com Habermas e Derrida. Trad. Roberto Muggiati. Zahar: Rio de Janeiro.

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

BRASIL. Lei nº 13.260/2016, de 16 de março de 2016.

¹⁵ CALLEGARI, André Luís... [ET AL.]. **O Crime de Terrorismo**: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo: de acordo com a Lei nº 13.260/16. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2016. P. 121.

¹⁶BASSIOUNI, M. Cherif. Terrorismo: O persistente dilema da legitimidade. **Revista Liberdades**. São Paulo, nº 6, Abril, 2011.

CALLEGARI, André Luís... [ET AL.]. **O Crime de Terrorismo**: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo: de acordo com a Lei nº 13.260/16. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2016.

FERNANDES, Hélène Marine Serra. **O Direito Penal do Inimigo**: Reconfiguração do Estado de Direito. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto, 2011.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo** – Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Org./Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E SEUS DESDOBRAMENTOS EM FACE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 548.181/PR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Matheus Gonçalves dos Santos Trindade

Rafael Ladwig Rodrigues.

Prof. Dr. Daniel Martini (orientador)

Objetivo da pesquisa: análise crítica da responsabilidade penal da pessoa jurídica, levando em consideração o julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 548.181/PR, o qual afastou a teoria da dupla imputação na responsabilização criminal do ente coletivo.

Metodologia: análise de decisões judiciais sobre a questão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, à luz dos posicionamentos havidos na doutrina brasileira.

Fundamentação: É presente no contexto jurídico brasileiro atual a discussão relativa à responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma vez que o Supremo Tribunal Federal admitiu o processamento individual do ente coletivo, independentemente da responsabilização criminal da pessoa física. Neste caso paradigmático, teceu-se uma discussão no que concerne à constitucionalidade da aplicação da teoria da dupla imputação como meio de processamento do ente abstrato. A teoria da dupla imputação, também chamada de teoria do ricochete, consiste na inculpação em segundo plano do ente coletivo, sendo, destarte, imprescindível a comprovação de conduta criminoso de pessoa física (*nullum crimen sine actione humana*) para imputar-lhe o delito. Argumentou-se, no referido julgado, que a dificuldade para a aferição da responsabilidade individual da pessoa humana obstaculizava a efetividade do mandamento constitucional oriundo do artigo 225, §3º, da Constituição Federal, pelo qual “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, à sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Isso, pois, as responsabilidades

internas estariam diluídas ou parcializadas de modo a não permitir a imputação e responsabilização penal. Outrossim, fundamentou-se o acórdão no fato de que o dispositivo constitucional não criou o condicionamento de responsabilização penal da pessoa jurídica à pessoa física, como quer a teoria do ricochete, motivo pelo qual deve a doutrina e a jurisprudência estipular critérios de imputação do ente moral sem que haja esvaziamento do *mandamus* supramencionado. Visto isso, percebe-se que, desde os primórdios punitivos da pessoa jurídica no Brasil, não houve redução da criminalidade ambiental, mas sim uma exacerbada utilização de um instrumento meramente simbólico de legitimação do poder (Direito Penal), quando poderia o legislador ter lançado mão de uma maior aplicabilidade do direito administrativo sancionador, do direito de intervenção ou até mesmo do próprio direito civil. Destarte, cumpre o seguinte questionamento: a cisão efetuada pela Suprema Corte se mostra como figura ideal à dogmática penal ambiental no sentido de, melhormente, proteger este direito fundamental? A resposta a essa pergunta exige que se analisem as consequências deste desdobramento na imputação penal do ente moral em casos de dano ambiental, assim como os reflexos oriundos desta nova forma de apuração no processo de penalização. Na formulação de um possível panorama, se vislumbra que o afastamento da conduta da pessoa física para incriminação ambiental da pessoa jurídica acarreta em uma espécie de responsabilização penal objetiva, visto que não se apurará o dolo ou culpa oriundos da conduta humana na inculpação do ente abstrato. Outrossim, verifica-se que o processo penal do ente moral perde seu sentido, tornando-se apenas um ato formal, tendo em vista que, muito embora vá se garantir a ampla defesa e contraditório deste, por serem garantias constitucionais, tais institutos restarão esvaziados pelo afastamento da apuração efetiva da conduta humana e pela sua dificuldade de definição nos crimes corporativos, distanciando-se da verificação dos requisitos necessários para incriminação do ente coletivo, decorrentes da comprovação de atuação omissiva ou deliberativa conjunta dos gestores e/ou administradores da empresa para o cometimento de um ilícito ambiental.

Conclusões obtidas: A cumulação dos artigos 225, §3º, da Constituição Federal, e 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9605/98, não conduz à conclusão aventada pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, não possibilita o processamento da pessoa jurídica sem a presença da pessoa física no polo passivo da ação penal. Ademais, conduzir a responsabilidade penal do ente moral desta forma implica na aproximação da imputação penal objetiva, o que não encontra respaldo na dogmática desta seara do direito, tampouco no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, analisando o contexto atual, poderíamos concluir que, possuindo a pessoa abstrata um plano efetivo de *compliance*, em que estejam delimitadas as atividades e responsabilidades de cada funcionário, bem como seja instituído o devido treinamento e orientação na prevenção delitiva, deve ser excluída sua responsabilidade penal, por quebra do nexo de causalidade.

A LEGITIMIDADE MATERIAL DO DIREITO PENAL SUBJETIVO

Tiago Lorenzini Cunha¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade apresentar os fundamentos materiais (dogmáticos) à legitimação do *ius puniendi* do Estado (direito penal subjetivo), frente à ideia de que um Estado democrático e social de Direito só teria validade formal na conformação das demandas e dos interesses sociais.

Trata-se de uma discussão relevante no cenário dogmático atual de modo a refletir sobre os limites da intervenção jurídico-penal e de criticar a premissa que assevera a utilização do direito penal material como uma racionalidade contra tudo e contra todos. Nesse sentido, a violência, como fenômeno complexo, não é apenas um problema que deve ser combatido pela dogmática penal mas analisada essa problemática respeitando a sua complexidade, ou seja, é afetada também pela sociologia, pela filosofia e pela ciências criminais.

Diante desse contexto, deve-se questionar: de que forma o Estado democrático e social de Direito poderia justificar o seu *ius puniendi* a partir da dogmática jurídico-penal? Isso porque, a interdisciplinaridade que desenvolve Roxin, principalmente nos anos de 1970, procura tentar delimitar através de um metodologia teleológico-funcional, como a introdução de determinadas considerações político-criminais possam adentrar ao sistema do direito penal e, assim, na própria teoria geral do crime.

Essa nova possibilidade em relação a abertura metodológica de Roxin permite-nos procurar uma racionalidade não assentada em sistemas dogmáticos perfeitos ou fechados, mas desenvolver um direito penal mínimo (tutela subsidiária de bens jurídicos), o qual deve ser utilizado segundo uma lógica que tenta

¹ Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS, na linha de pesquisa sistemas jurídico-penais contemporâneos. Pós-Graduado no curso de especialização em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS. Advogado criminalista. Lattes: lattes.cnpq.br/1150674172857468. Email: tiagolorenzini@hotmail.com

legitimar o poder coercitivo do Estado mediante determinados fins do direito penal.

Para a concreção dessa ideia, de uma legitimidade material do *ius puniendi* do Estado que possa ir além da justificação formal, isto é, que demonstre quais os bens que merecem proteção de tutela jurídico-penal, de um lado, e de um direito penal que não pode estar presente em todos os segmentos da sociedade, de outro; é que, passamos a expor as considerações teóricas deste estudo.

A JUSTIFICAÇÃO FORMAL E MATERIAL DO IUS PUNIENDI DO ESTADO FRENTE A MISSÃO DOS FINS DO DIREITO PENAL

As fronteiras entre o direito penal e a política criminal não é uma questão recente da dogmática penal, a história do direito penal é marcada por diversas tentativas de questionar como conceber uma dimensão real ou prática (social) ao direito penal enquanto uma estrutura fixa e pré-determinada positivamente com um dos ramos da ciência jurídica.

No entanto, foi somente a partir do trabalho paradigmático de Roxin, a partir dos anos de 1970, que possibilitou-se dizer que estamos em uma nova era do direito penal, justamente pela força ou pressão que é exercida na atualidade sobre essa dogmática em relação à política-criminal. Se por certo, vivemos "em tempos de política criminal" (Figueiredo Dias, 1999, p. 21), isto é, que dificilmente alguém se mostrará empenhado em rejeitar "a conveniência de integrar considerações político-criminais" à construção do sistema do delito (Silva Sánchez, 1997, p. 100); é por meio de princípios político-criminais reitores que o direito pode compreender-se enquanto um sistema teleológico a cumprir determinadas finalidades político-criminais. Uma adequada correção dos fins do direito penal, segundo Roxin, deve ser baseada em critérios ou funções político-criminais que consigam (Roxin, 2012, p. 20; 90-99) superar a contraposição tradicional daquilo que é dogmaticamente correto e o que é político-criminalmente satisfatório (Silva Sánchez, 2011a, p. 123).

É oportuno, pois, mencionar que o desenvolvimento das ciências naturais, sociais e a evolução da biotecnologia, bem como

do próprio fenômeno da globalização, fez com que os mais tradicionais institutos do Direito Penal: a teoria do bem jurídico, princípios em geral, a teoria do delito, entre outros, ganhassem complexidade. Ademais, novas problemáticas estão em pauta, podemos citar a sociedade do risco (Beck, 2013, p. 55) e a forma com que a dogmática jurídico-penal lida com esse cenário (Souza, 2004, p. 114). Nesse contexto, à época da filosofia da linguagem (hermenêutica), o Direito recebe um reforço, passando a ter caráter multidisciplinar, visualizando determinadas demandas em interface com disciplinas como a filosofia e a sociologia.

Diante dessas indagações é que mais do que a difícil missão do Estado em proteger todos os indivíduos e assegurar a proteção de bens jurídicos, não raras vezes, por meio da punição, é preciso reorganizar as premissas teóricas que estão ausentes nessas indagações, ou seja, apontar qual a classe de bens jurídicos que devem ser protegidos pelo direito penal, qual o limite da intervenção jurídico-penal e qual deve ser a função de nossa dogmática jurídico-penal nesse sentido. Em outras palavras, é importante destacar que a discussão acerca da legitimidade *ius puniendi* do Estado é uma reflexão não somente sobre o limite, a justificação e a fundamentação sobre a faculdade do Estado (Luzón Peña, 2012, p. 21 e ss.) em auferir ou impor uma punição em sentido *lato sensu* mas sobre a função do direito penal substantivo.

De acordo com Luzón Peña, tendo a dogmática jurídico-penal a finalidade de desenvolver-se de forma crítica, isto é, construir a legitimidade material em virtude de uma aproximação entre o direito penal e a política criminal, não se pode tencionar ou separar o "fundamento funcional e o fundamento político-constitucional" do *ius puniendi* ou, ainda, a justificação e a fundamentação do direito penal vigente, a não ser que façamos a consciente opção de que o direito penal deva legitimar-se "como instrumento de controle e dominação política, social, religiosa, étnica, etc." (2012, p. 21-26-37).

Assim sendo, para Luzón Peña (2012, p. 22-29-37) e Muñoz Conde (1996, p. 67 e ss.), o princípio da subsidiariedade (ou princípio da intervenção mínima), é materializado como um

dos princípios fundamentadores da política criminal, derivado diretamente da necessidade do direito penal de tornar-se a *ultima ratio* do ordenamento jurídico penal, o último recurso à falta de outros meios menos lesivos e graves de natureza extrajurídicos. Contudo, quanto à limitação do princípio da subsidiariedade, esse deve operar-se não somente para a *de lege ferenda* (a lei ainda não aprovada, criada) "como exigência e orientação do legislador penal, senão também para a *de lege lata* (lei criada, lei que existe em sentido amplo) na fase de aplicação, interpretação e sistematização do Direito".

Dessa forma, é preciso reconhecer que não só o princípio da subsidiariedade mas também o princípio da legalidade, o princípio da insignificância e o princípio da fragmentariedade, por exemplo, são capazes de exercerem uma função específica dentro do Estado social e democrático de Direito: a de limitarem o poder de punir do Estado não apenas formalmente, mas ao exigir uma justificação material do legislador e do magistrado no plano intrassistemático – fortalecendo os pressupostos do direito material substantivo – e utilizados como fundamento para uma adequada política criminal.

Do contrário, seria pouco útil a ciência do direito penal enquanto uma ciência crítica, mas nos renderíamos ao dogmatismo, isto é, a ideia de uma "acepção acrítica de um verdade absoluta e imutável". A expressão "dogma", por outro lado, é um "postulado" que serve somente como "ponto de partida" e "nada mais" (Luzón Peña, 2012, p. 21 e ss.); é um "saber parcial que tem que ser completado com outros tipos de saberes, e não como um saber absoluto que se justifica por si mesmo" (Muñoz Conde, 1996, p. 200-203; 206).

A função da dogmática jurídico-penal, nesse sentido, deve ser de garantir os direitos fundamentais do indivíduo perante o poder do Estado, um limite à intervenção penal e uma conquista irreversível do pensamento democrático (Muñoz Conde, 1975, p. 136-187). Ademais, de fato, é direito do legislador "estabelecer penas", desde que haja uma conduta penalmente relevante a ser tutelada ou penalizada pelo Estado. Contudo, essa opção legislativa, segundo Roxin, deriva-se de um critério ou orientação

político criminal, no qual o conceito material de crime – segundo a proposta de Roxin (1997, p. 51-53) e Figueiredo Dias –, dá-se em razão da "proteção subsidiária de bens jurídicos" ou ainda, dito de outra forma: "de bens jurídicos cuja lesão se revela digna de pena" (Figueiredo Dias, 2004, p. 102-109-115 e ss.).

Finalmente, cabe ressaltar que mesmo a sociedade atual não pareça querer admitir um "direito penal mínimo"; contudo, isso não significa que a solução, portanto, seja a de um "direito penal máximo" (Silva Sánchez, 2011b, p. 11 e ss.; 121 e ss.; 124; 169; 179; 181-182; 208). Em outras palavras, segundo Silva Sánchez: "o cumprimento do fim de prevenção é condição necessária, mas não suficiente, para a legitimação do Direito Penal. O Direito Penal, que deve cumprir a finalidade de reduzir a violência social, deve assumir também, em sua configuração moderna, o fim de reduzir a própria violência punitiva do Estado". Isso deve acontecer, então, por "duas vias: com base no princípio utilitarista da intervenção mínima e com base em princípios garantistas individuais" (2011a, p. 331).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aproximação racional entre a dogmática penal e a política criminal constitui um novo caminho racional dos novos tempos dogmáticos e político-criminais, bem como o fundamento racional capaz de justificar materialmente o *ius puniendi* estatal a partir de determinados princípios político-criminais reitores dentro do sistema do direito penal.

Nesse sentido, a utilização dos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da intervenção mínima, entre outros, são fundamentos materiais da opção político-criminal do legislador para o complexo processo de criminalização de condutas que sejam dignas de punição. Dessa forma, acentuam-se as condições materiais necessárias para refletir sobre os limites da intervenção penal, isto é, sendo possível recuar ou frear a punição em favor de um direito penal mínimo, consciente e racional. Em outros termos, uma reflexão que somente pode ser pensada quando recuado o poder punitivo do Estado.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. **A Europa alemã: de Maquiavel a «Merkievel»: estratégias de poder na crise do euro**. Lisboa: Edições 70, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Coimbra: Coimbra, 2004. t.1.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Lecciones de derecho penal, parte general**. 2.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.
- _____.; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 2.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- _____. **Derecho Penal: parte geral: fundamentos: la estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997. t.1.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). **Política criminal y nuevo derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)**. Barcelona: Bosch, 1997.
- _____. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.
- _____. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 3ª ed. Madrid: EDISOFER S.L., 2011b.
- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A SOCIOLOGIA DE PIERRE BOURDIEU E A LEGITIMIDADE SIMBÓLICA DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

Álvaro Filipe Oxley da Rocha¹

Tiago Lorenzini Cunha²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade apresentar a contribuição do sociológico Pierre Bourdieu para a criminologia. De forma delimitada, a intenção é justamente estabelecer uma relação entre o Estado e a sua legitimação (poder simbólico) a partir de uma análise, principalmente, sociológica tendo em vista como determinadas expectativas sociais dos indivíduos podem correspondem com as finalidades do direito e de um regramento pré-estabelecido como forma de controle e manutenção social.

Tais considerações, utilizando as noções de *habitus*, *illusio* e poder simbólico de Bourdieu, têm a pretensão de evidenciar como a estrutura social e o controle da dinâmica dos campos em geral (econômico, científico, política, etc.) influenciam o direito como campo social.

Nesse sentido, a lógica que é difundida sobre a violência, especialmente no Brasil, não está à par de um estudo em sua dimensão social, mas em virtude de argumentos do senso-comum midiático, isto é, um discurso de massas que se manifestam pela

¹ Pós-doutorado em Criminologia pela Kent University - UK (Inglaterra) em 2010. Doutorado em Direito do Estado (Sociologia do Direito) pela UFPR em 2002. Mestrado em Ciência Política pela UFRGS em 1999 e Graduado em Direito (Ciências Jurídicas e Sociais) pela PUCRS em 1991. Professor titular do Programa de Pós-graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e pesquisador-líder do GEPCRIM - Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1994035197960346>. Email: oxleyalvaro37@gmail.com

² Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS, na linha de pesquisa sistemas jurídico-penais contemporâneos. Pós-Graduado no curso de especialização em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS. Advogado criminalista. Lattes: lattes.cnpq.br/1150674172857468. Email: tiagolorenzini@hotmail.com

preservação do visual sobre o conceitual; sobre o que se pode ver (visual), mas não provar (conceitual, científico).

O discurso de ódio propagado por determinados setores sociais, diante de um viés sociológico, apenas se interessam em manter as suas posições dentro do grupo, caso esse dos setores mais nobres e burgueses (condição patrimonial mais elevada) que tentam excluir as camadas mais baixas da sociedade. Diante disso, é que Bourdieu adverte que a lógica do Estado não pode ser a mesma lógica do indivíduo, pois o poder simbólico do Estado não pode depender exclusivamente do *stautus* ou do interesse de alguns sobre outros, a manutenção dos campos precisa também estar vinculada com uma cultura unificadora que tenta traduzir esse capital cultural para o direito.

Assim, passamos a expor as razões teóricas que corroboram a concreção da análise sociológica de Bourdieu em relação a manutenção da dinâmica dos campos, do *habitus* que constitui cada setor social (campo); e como essas questões estão interligadas com a lógica do direito que é também a lógica do Estado.

A DINÂMICA SOCIAL DOS CAMPOS EM RELAÇÃO AO DIREITO E A LEGITIMIDADE SIMBÓLICA DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

A dinâmica social construída através de um determinado *habitus* adquirido dentro do campo social, caracteriza-se como a luta simbólica pela dominação do sentido e da posição que àquele indivíduo tem o interesse em consolidar-se diante dessa relação social. O acúmulo de diversos capitais, assim, o cultural, o simbólico, o financeiro e o social asseguram – apesar de não terem facilmente trocáveis entre si – o interesse dos sujeitos dominantes nessa lógica (que dominam o *habitus*) de manipular e estabelecer as estratégias para a solução de determinadas controvérsias dentro e fora do grupo social ao qual estão vinculados.

Assim sendo, é o que o sociológico Bourdieu adverte quando trata dessa questão a partir da *illusio*, do interesse dos indivíduos, do ponto de vista social, em jogar um jogo que jamais poderá ser desinteressado, isto é, a legitimidade do poder

simbólico do Estado é o que gera, por parte de seus agentes sociais, o crescente interesse de estar-dentro-do-jogo, isto é, só estamos presos no jogo “que vale a pena” ser jogado. Nesse sentido, esses agentes “não são loucos”, “não fazem coisas sem sentido”, mas também não são puramente racionais, agem sob “o que os filósofos clássicos chamam de princípio da razão suficiente”; devem aparentar, por tanto, uma certa racionalidade.

Nas visão do autor, “eles podem ter condutas razoáveis sem serem racionais; podem ter condutas às quais podemos dar razão, como dizem os clássicos, a partir da hipótese de racionalidade” sem que essas condutas, todavia, “tenham tido a razão como princípio”, mas somente tenham a razão como “o cálculo de probabilidades” que tenha sido “o princípio das escolhas que fizeram” (2008, p. 138-139). Entretanto, do ponto de vista filosófico, é importante ressaltar a importância de Heidegger quando trata de um sujeito que não está preso a uma só estrutura – em um só mundo –, mas um ser-no-mundo que deve compreender previamente outras realidades – outros mundos – que impactam a sua racionalidade (2005, p. 7; 256).

Para além disso, não podemos deixar de lado que, segundo Bourdieu, a tarefa do sociólogo é sempre “dar armas” para compreender a realidade que ele deve interpretar e não “dar lições” (1983, p. 75). Nesse sentido, tanto o jurista quanto o sociólogo sofrem da mesma limitação, isto é, da mesma forma que o jurista não pode se deixar ser seduzido apenas pela lei ou por uma estrutura imanente; também o sociológico, como fala Bourdieu, não pode deixar tentar-se pelo “sociologismo”, “a tentação de transformar as leis ou as regularidades históricas em leis eternas”, haja vista “que o conhecimento das realidades leva ao realismo” (1983, p. 75).

Por outro lado, segundo Bourdieu, “todo o campo social”, seja o científico, artístico ou burocrático tende a realizar a projeção de uma ilusão, de um interesse dos agentes em que ao investirem em “relações de força no campo”, estabelecem também os seus “alvos” sem, no entanto, serem indiferentes aos seus objetivos (2008, p. 140 e ss.).

Sobre o poder investido nesses interesses é que o sujeito está sempre inclinado a ser controlado por uma estrutura simbólica pré-determinada, ou seja, o poder punitivo do Estado em sua legitimidade simbólica, não deixar de ser uma manifestação da violência simbólica das regras ou normas legítimas em uma dimensão social e jurídica, encarnada “tanto na objetividade, sob a forma de estruturas e de mecanismos específicos”, quanto na subjetividade, diz o autor, “nas mentes, sob forma de estruturas mentais, de esquemas de percepção e de pensamento”, tentando aparentar, de toda sorte, um processo de atos naturais e não uma série de atos estratégicos e manipuladores em favor do Estado (2008, p. 98 e ss.).

Todavia, essa violência simbólica e legítima que o Estado é competente a exercer não pode confundir-se com a violência ou a aceitação de um Estado totalitário e violento, isto é, desregrado que ilegitimamente tem a intenção de controlar a sociedade mediante um poder coercitivo e ilimitado. É isso que adverte Bourdieu sobre a noção de uma cultura unificadora, “o Estado contribui para a unificação do mercado cultural ao unificar todos os códigos – jurídico, lingüístico, métrico – e ao realizar a homogeneização das formas de comunicação, especialmente a burocrática” como, por exemplo, os formulários impressos, etc. para a construção de uma sociedade nacional que acompanhe “a afirmação da possibilidade da educação universal” e para que também todos os indivíduos possam ser tratados de maneira igual pela lei, no sentido de que o “Estado tem o dever de fazer deles cidadãos, dotados dos meios culturais de exercer ativamente seus direitos civis” (2008, p. 105-106).

De qualquer sorte, outras questões como a autonomia e o sentido do direito são apenas formas alternativas de disputa pelo controle do sentido de um texto ou da estrutura ao qual o sujeito deve responder. Para Bourdieu, esses “intérpretes autorizados” estão interessados em manter as suas posições dentro do campo ao qual estão vinculados e atender também aos “interesses de algumas categorias da sua clientela”, tecendo, “as inúmeras estratégias graças às quais as famílias ou as empresas podem anular os efeitos da lei” (1989, p. 212-213; 217-218). De acordo com o

autor, “o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito”, no qual motiva os “agentes investidos de competência” a interpretar um “*corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social” (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Diante disso, ironicamente, a criminologia no Brasil ainda é compreendida de maneira simplificada e desconexa com a sociologia, isso porque a grande mídia ainda faz refêns, sujeitos escravizados por um diálogo isolado e acientífico dos vários fatores complexos que afetam a violência. Segundo Carvalho, ainda se acredita que a criminologia deve apenas reformar as classes perigosas e, a política criminal, de prevenir a delinquência, um entendimento como esse, reforça "a concepção essencialista e metafísica que transformou a questão dos direitos humanos em cenário de ficção científica" (2009, p. 139). Ademais, a intromissão de pressões externas no campo jurídico, especialmente do campo político, frequentemente veiculado pela mídia, tende a ser ignorada “por seus agentes, os juristas, pois o acesso ao campo não deve estar disponível, em princípio, para agentes que não disponham das condições exigidas pela lógica interna do mesmo” (2010, p. 46-47). Dessa forma, as pressões externas no campo político são legítimas e encorajáveis, pois seus agentes (os políticos) precisam da crença da população que é, culturalmente, construída através de um senso comum chamado de opinião pública (OXLEY DA ROCHA, 2010, p. 46-47).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contribuição de Bourdieu para a criminologia deve ser analisada não só do ponto vista jurídico, mas social no sentido de compreender as razões as quais levam ou culminam na ideia de legitimidade do poder simbólica do Estado, isto é, um estrutura social que afeta o âmbito estatal através de noções como a de *habitus*, *illusio* que, de toda sorte, tiveram a pretensão, nesse sentido, de questionar os limites da intervenção jurídico-estatal para além dos discursos midiáticos e do senso-comum.

De fato, a sociologia fornece as armas para serem compreendidas as diversas dinâmicas sociais presentes em determinados grupos ou segmentos sociais. Contudo, os interesses dos juristas não podem ser os mesmos interesses dos agentes sociais, já que o agente social se insere em um *habitus* diferente daquele construído no campo jurídico. Em outras palavras, ao agente social cabe compreender e estabelecer uma dinâmica a partir dos interesses das massas; já, os juristas, não podem se deixarem seduzir pelas demandas sociais, mas por um regramento constitucionalmente pré-constituído.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. 9^a ed. São Paulo: Papirus, 2008.

_____. **Questões de Sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero Limitada, 1983.

_____. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

CARVALHO, Salo de. Garantismo e teoria crítica dos direitos humanos: aportes iniciais. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 127-148, ISSN 1678-1864.

HEIDEGGER, Martin. Tempo e Ser. **Conferências e Escritos Filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultura, 2005.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e Teoria Social: Sistema Penal e Mídia em luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e Sistemas Jurídico-penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EdUPUCRS, 2010.

O CASO DA PRISÃO TEMPORÁRIA DECRETADA DE OFÍCIO: A OPERAÇÃO “LAVA JATO” E A CRISE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Tiago Lorenzini Cunha¹
Paulo Thiago Fernandes Dias²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal a análise da dogmática do devido processo constitucional, a partir da decisão proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, nos autos processuais de nº 5035133-59.2016.4.04.7000/PR, especialmente no ponto em se decretou a prisão temporária de algumas pessoas, a despeito do pedido de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público Federal³.

Trata-se de discussão de extremas relevância e atualidade, haja vista a preocupação de que, sob a falsa premissa de combate à criminalidade, o processo penal se afaste dos preceitos constitucionais e convencionais (em referência à Convenção Americana sobre Direitos Humanos) que o informam e que sinalizam o nível de civilidade do país.

Dessa forma, a abordagem que se exercerá a seguir é meramente de direito, isto é, dogmática, não se lançando qualquer comentário ou observação sobre os fatos, e as pessoas, investigados e envolvidos na referida operação jurídico-policial. Da mesma forma, não se busca aqui a elaboração de qualquer

¹ Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS, na linha de pesquisa sistemas jurídico-penais contemporâneos. Pós-Graduado no curso de especialização em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS. Advogado criminalista. Lattes: lattes.cnpq.br/1150674172857468. Email: tiagolorenzini@hotmail.com

² Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS, na linha de pesquisa sistemas jurídico-penais contemporâneos. Pós-Graduado no curso de especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UGF. Ex-professor da FACIMP, FEST e IESMA/UNISULMA, todas de Imperatriz/MA. Advogado. Lattes: lattes.cnpq.br/424735323466382. Email: paulothiagofernandes@hotmail.com

³ A decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/09/mantega-Evento-3-DESPADEC1.pdf>

crítica de natureza personalíssima, mas sim o enfrentamento de questões caras ao Estado Democrático de Direito, a exemplo da preservação de garantias fundamentais via processo penal e Poder Judiciário.

Passa-se, assim, ao estudo da prisão temporária e da necessidade de que o processo penal não seja descaracterizado constitucionalmente, por operações ou procedimentos espetacularizados e excepcionais.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DE PRISÃO TEMPORÁRIA DECRETA DE OFÍCIO

Nos termos da decisão aludida no introito deste trabalho, ao analisar pedido de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público Federal, o Juízo decretou a prisão temporária de algumas pessoas com fundamento na defesa da ordem pública.

De plano, dois equívocos graves e básicos podem ser apontados: a) a decretação de ofício da prisão temporária; b) a fundamentação equivocada do decreto prisional.

Sobre esses dois pontos vale observar que se vive uma verdadeira crise no que tange à atuação jurisdicional em parcela considerável do Judiciário. Essa instabilidade ocorre muito em virtude da resistência de parcela dos julgadores de adequar-se à normatividade, buscando a solução das demandas via decisionismo (STRECK, 2016).

Essa situação se reveste de muita gravidade, notadamente, no campo do processo penal em que, normalmente, os bens jurídicos discutidos são indisponíveis e o Estado, seja ele investigador, acusador ou julgador, possui um inequívoco agigantamento em relação à pessoa investigada ou processada.

Logo, os integrante do Poder Judiciário não podem descambar para a discricionariedade, haja vista que o ordenamento jurídico, fundamentalmente em matéria processual penal, impõe limites à atuação estatal (na qual também se inclui a autoridade julgadora).

Voltando aos pontos questionados na decisão judicial sob análise, quanto ao primeiro, observa-se que o magistrado se valeu

de uma espécie de fungibilidade entre as espécies de decisão cautelar, quais sejam, a preventiva e a temporária. Entretanto, essas modalidades prisionais são inconfundíveis e, portanto, infungíveis.

A prisão temporária, cuja compatibilidade com a Constituição da República é deveras discutível, tem previsão legal na Lei de nº 7.960/89, que estabelece seu cabimento nos casos de imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, quando o investigado não possuir residência fixa ou não colaborar para a sua identificação e no caso de fundadas razões, por meio de provas, de o investigado ter participado ou praticado os crimes elencados de forma taxativa por essa lei.

A prisão temporária, diante da sua natureza cautelar, está regida pelo princípio da jurisdicionalidade, por meio do qual, esse decreto prisional só pode ser imposto via decisão de juiz competente. Ademais, o texto legal é expresso quando exige representação da autoridade policial ou requerimento do representante do Ministério Público para que a prisão temporária seja decretada. Noutras palavras, não se admite a decretação de ofício dessa espécie de prisão cautelar.

Considerando que nos autos acima mencionados não houve pedido de prisão temporária, mas de prisão preventiva, evidencia-se a atuação de ofício do magistrado, incidindo em grave ilegalidade.

Na fase investigatória, é vedada a decretação de medidas cautelares pelo juiz de ofício, sob pena de evidente violação ao sistema acusatório. Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*). Destarte, antes do início do processo, deve o juiz se abster de promover atos de ofício. Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício na fase pré-processual, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei (LIMA, p. 633).

Verifica-se no julgado em comento que o magistrado decretou a prisão temporária, a despeito da ausência de pedido

específico, por entender que referida medida possui natureza menos gravosa. Trata-se de um fundamento não jurídico, o qual também não autoriza a fungibilidade entre esses tipos de prisão processual.

Quanto ao segundo ponto deste estudo, que se relaciona com o parágrafo anterior, verifica-se que o julgador esteou sua decisão na necessidade de que o recolhimento de cunho processual dos investigados à prisão se justificaria em decorrência da necessidade de evitar-se riscos à ordem pública (que se sabe não possui definição jurídica).

Ocorre que ao assim proceder, o julgador invocou requisitos da prisão preventiva como fundamento para a decretação da prisão temporária, noutras palavras, ainda que totalmente diferentes, o magistrado promoveu uma verdadeira confusão entre esses decretos prisionais.

Há claro e manifesto vício de fundamento no decreto prisional em comento, o qual não apenas cria embaraços à imparcialidade do julgador, mas inquina sua decisão do vício da nulidade. A fundamentação das decisões judiciais, nos termos da Constituição da República, é ao mesmo tempo direito fundamental do acusado (ou investigado, conforme o caso), mas também interesse público de toda a sociedade, interessada que é na forma como a prestação jurisdicional é realizada no país.

Para entender-se a importância do adequado fundamento de uma decisão, principalmente quando ela impõe restrições a direitos fundamentais, verifica-se em ABBAGNANO (2000, p. 476) que:

Fundamento é o que explica uma preferência, uma escolha, a realização de uma alternativa e não de outra. Fala-se em fundamento todas as vezes em que a preferência ou a escolha é justificada ou quando a realização da alternativa é explicável.

Ao julgador não é dado fundamentar suas decisões de forma discricionária ou mesmo não fundamentá-las. Para que realmente cumpra com o artigo 93 da Constituição da República (e com os Tratados Internacionais sobre direitos humanos, a

exemplo da Convenção Americana⁴), o julgador deve ater-se aos limites que lhe são impostos, sob pena de que o exercício do poder de julgar descambe para o arbítrio.

Ainda que o interesse supostamente perseguido pela referida “operação lava jato” seja nobre, não há que se distorcer a natureza do processo penal, tornando-o utilitarista e o deixando à feição fascista, principalmente, se se lembrar da inspiração do CPP brasileiro de 1941 (leia-se a exposição de motivos).

No processo penal, fruto dessa concepção de que o juiz é o sujeito com poderes absolutos, o centro do universo processual, representante da ordem instituída, é que continua, apesar da CF e dos Diplomas Internacionais, o julgador sendo o garantidor da ordem pública, ultrapassando os limites legais (art. 212, v.g.), não fundamentando as decisões (art. 93, IX, CF) e suprimindo a atuação do Estado-acusação. Essa concepção medieval permite que o magistrado decrete a prisão de ofício, que busque provas para condenar o acusado, determinando ao Estado-acusador que promova o aditamento porque deseja condenar por um fato mais grave daquele descrito na acusação (art. 384 do CPP). Isso sem se referir à própria disposição ritualística e formalizada dos ambientes forenses, os quais se refletem no processo penal. Observe-se o destaque de alguns sujeitos e o segundo plano ou a inexistência de qualquer plano, de outros (há salas nas sessões nos Tribunais onde a defesa não dispõe nem de lugar para sentar, diferentemente da acusação, que ocupa o lado direito do presidente da sessão (GIACOMOLLI, 2014, p. 14).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Juiz é um *ser* como qualquer outro, dotado de mortalidade (falibilidade), porém isso não o isenta ou permite que ele atribua à lei uma interpretação jurídica a partir de um ato de vontade, ou ainda, que ele faça da interpretação jurídica o instrumento de acordo com sua vontade, de modo que somente esse mesmo sujeito saberia fundamentá-la.

⁴ Sobre o tema, considerando-se a impossibilidade de tal abordagem neste espaço, recomenda-se a leitura de MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. – 3. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Dessa forma, é preciso que o sujeito esteja engajado na busca *por* conhecimento e não *pelo* conhecimento, não existindo um ideal de justiça ou de verdade absoluta que possa adentrar os limites que a Constituição e o Estado democrático e social de direito impõem ao magistrado.

Concluindo, há que se reforçar a necessidade de que o processo penal não sirva de espaço (e nem de instrumento) para violações a direitos fundamentais, notadamente, pela determinação de decretos prisionais ao arrepio da constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1. ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. – 4. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2000
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A linguagem nos Tribunais (a linguagem dos juízes e advogados). In: ROSA, Alexandre Morais da; COUTINHO, Aldacy Rachid. (orgs.). **Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2009.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. – São Paulo: Atlas, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. São Paulo: Loyola, 2004.
- HEIDEGGER, Martin. Tempo e Ser. **Conferências e Escritos Filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultura, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. – 2. ed., rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Em HC, TJ-SP mostra os maribondos “Direito” e “Moral” se autodevorando. Publicado na Revista **Consultor Jurídico**, 16 de jun. de 2016, 8h00. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-16/senso-incomum-tj-sp-mostra-maribondos-direito-moral-autodevorando>.

A SEXUALIDADE NO DIREITO PENAL INDIANO: DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE À DIVINDADE ÀS TRANSEXUAIS

Otávio Amaral da Silva Corrêa
Luis Antonio Bogo Chies (orientador)

Introdução:

O trabalho em questão visa dar conhecimento às normas de direito penal indiano, oriunda – ainda – da Índia Britânica de 1890, as quais criminalizam as relações homoafetivas, em especial a relação entre dois homens e a sodomia, apropriando-se de um caráter religioso, ao mesmo tempo que a cultura confere às transexuais um – suposto – terceiro sexo que acaba por ser visto como símbolo de divindade e retomada aos deuses hindus (sendo o hinduísmo a religião de maior predominância no país). Desse modo, a pesquisa tem como objetivo principal demonstrar o caráter da cultura milenar indiana, enraizada em preceitos religiosos, e a sua presença na legislação vigente no país, a qual acaba por estar em descompasso com a realidade contemporânea globalizada e com os Princípios de Yogyakarta (Indonésia\2006).

Metodologia:

A pesquisa começa a se dar com uma experiência, de 2 meses, de voluntariado por parte do pesquisador em uma fundação contra o trabalho infantil (SCEAD Foundation India), na cidade de Bangalore, estado de Karnataka, sul da Índia. Em consequência da imersão à cultura e trabalho, foi decidido colher relatos da comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais), bem como da visão dos indianos sobre o círculo social sobre o qual a pesquisa versa. Logo, forma-se a pesquisa através dos relatos colhidos tanto de alunos do ensino fundamental, como de professores, cidadãos em geral e população LGBT.

Adota-se, assim, uma metodologia de análise de documentos jurídicos indianos e internacionais com o objetivo de

reflexão ante ao exposto pelos órgãos competentes, ademais a notícias de jornais de grande circulação e bibliografia disponível, tais como livros e artigo científicos internacionais.

Resultados e Discussões:

Conclui-se, através de reflexões acerca do que fora dito e de análise da legislação, além de notícias de jornais (como “The Times of India”), o notório descontentamento com as camadas de maior intelectualidade na sociedade indiana. Além disso, possível é ver a ineficácia de tais dispositivos legais (vide seção 377 Código Penal Indiano) e corrupção por parte dos agentes policiais no que diz respeito ao cumprimento da pena de reclusão por 10 anos prescrita no Código. Sendo assim, apesar de se notar uma maior abertura perante a população – realização de Paradas do Orgulho Gay em metrópoles e lançamento de filmes sobre o tema – é perceptível o caráter positivista e retrógrado do parlamento que, mesmo com a revogação da seção em questão do Código Penal – em 2009 –, acabou por entrar com um recurso na Suprema Corte para que este voltasse a ter vigor, o que ocorreu no ano de 2013.

Referências Bibliográficas:

REPUBLIC OF INDIA. The Constitution of India. Bangalore: Karnataka Law Journal Publications, 2016.

SARKAR, P C. Criminal Major Acts. 8th Edition. Haryana: Lexis Nexis, 2015.

PARASAR, Anuradha. Homosexuality in India – The Invisible Conflict. Disponível em: <<http://www.delhihighcourt.nic.in/library/articles/legal%20education/Homosexuality%20in%20India%20-%20The%20invisible%20conflict.pdf>>.

SHEIKH, Danish. The Road to Decriminalization: Ligiating India’s Anti-Sodomy Law. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1117&context=yhrdlj>>

BAIRAGI. Homosexuality in India: Socio Legal Study. Disponível em: <
[http://www.delhihighcourt.nic.in/library/articles/legal%20education/
Homosexuality%20in%20India%20-
%20The%20invisible%20conflict.pdf](http://www.delhihighcourt.nic.in/library/articles/legal%20education/Homosexuality%20in%20India%20-%20The%20invisible%20conflict.pdf)>

NARRAIN. Arvind. Brasil, Índia, África do Sul: Constituições Transformadoras e seu Papel nas Lutas LGBT. Disponível em: <
http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/90690/brasil_india_afrika_narrain.pdf>

PEOPLE'S UNION FOR CIVIL LIBERTIES. Human Rights Violations against the Transgender Community: A Study of Kothi and Hijra Sex in Bangalore. Disponível em: <
<http://ai.eecs.umich.edu/people/conway/TS/PUCL/PUCL%20Report.pdf>>

SOUTH ASIA HUMAN RIGHTS DOCUMENTATION CENTRE. Introducing Human Rights. New Delhi: Oxford University Press, 2006.

AGNES, Flavia. Law and Gender Inequality: The Politics of Women's Right in India. 10th Impression. New Delhi: Oxford University. 2014.

SENGUPTA, Hindol. Being Hindu.. Old Faith, New World and You. Haryana: Penguin Books, 2015.

EDWARDS, Michael. British India. 6th Impression. New Delhi: Rupa, 2011.

BUTLER, Judith. Undoing Gender. Disponível em <
[http://api.rue89.nouvelobs.com/sites/news/files/assets/document/
2014/02/butler-undoing_gender.pdf](http://api.rue89.nouvelobs.com/sites/news/files/assets/document/2014/02/butler-undoing_gender.pdf)>

THE TIMES OF INDIA. Supreme Court makes homosexuality a crime again. The Times of India. 12 December, 2013. Disponível em: <http://timesofindia.indiatimes.com/india/Supreme-Court-makes-homosexuality-a-crime-again/articleshow/27230690.cms>>

CONSTITUTIONAL COURT. National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Ministry for Justice. 1998. Disponível em: <
<http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/clinics/sequality-gender/files/SG19.pdf>>

O APARATO PENAL ESTATAL BRASILEIRO COMO FERRAMENTA DE SEGREGAÇÃO DO IMIGRANTE

Thais Garcia Jeske¹;

Filipe Blank Uarthe²

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (orientadora)³

Senhor cidadão
Senhor cidadão
Eu e você
Eu e você
Temos coisas até parecidas
parecidas:
Por exemplo, nossos dentes
Senhor cidadão
da mesma cor, do mesmo barro
senhor cidadão
enquanto os meus guardam sorrisos
Senhor cidadão
os teus não sabem senão morder
que vida amarga”

(Tom Zé)

1. INTRODUÇÃO

A partir do contexto da globalização e do crescente movimento migratório com destino ao Brasil, busca o presente trabalho relacionar a invisibilidade social – seja ela política ou

¹Advogada 100.194 OAB/RS. Mestranda em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande, integrante do grupo de pesquisa IMIGRAcidania. Endereço de e-mail: jeske.thais@gmail.com

²Graduando do curso de Direito da Universidade Católica de Pelotas, bolsista de iniciação científica pela FAPERGS e integrante do GITEP. Endereço de e-mail: fuarthe@gmail.com

³Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFRP. Mestre em Direito pela UFRP. Professora adjunta da Universidade Federal do Rio Grande - FURG dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP.

econômica – enfrentada por esses atores no país e a adoção de uma política de criminalização da imigração. Para tal pesquisa a metodologia de análise empregada será majoritariamente bibliográfica/documental. Além disso, de acordo com o objeto de estudo eleito, utilizar-se-á o método dialético-descritivo a fim de analisar possíveis divergências doutrinárias e buscar contextualizar a discussão no cenário internacional atual.

2.DESENVOLVIMENTO

Hodiernamente, a propagação pelas mídias de comunicação do aumento da imigração relacionado aos altos índices de criminalidade, tem levado cada vez mais ao que foi definido e fomentado, segundo Maria João Guia, na Europa como “Crimigração”, relacionando a imigração e criminalidade. Desta forma, o que se estabelece é uma nova técnica de controle migratório diante do que Bauman chamou de criação de “cidadãos supérfluos”, pessoas sem trabalho, sem lugar originados no centro do sistema capitalista.

A sociedade contemporânea tem-se apresentado de maneira hostil, devido esse preconceito dissipado entre a população, inserindo essas pessoas em condição de marginalidade, uma vez que quanto mais a margem esses imigrantes são postos mais vulneráveis e vítimas do sistema se tornam. Nessa perspectiva, apesar de tal falácia ser difundida não se tem estudos que comprovem tal ligação entre imigração e criminalidade.

Os discursos em defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos em geral não impedem que se coloque o estrangeiro na condição de elemento de risco. Assim, não demorou muito para que se espalhasse pelo inconsciente coletivo a desconfiança frente ao outro, o desconhecido. Declarou-se guerra a esses que representam uma potencial ameaça, sob a égide do “Direito Penal do Inimigo” de Günter Jakobs, gerando um processo criminógeno. O qual prega uma norma para os inimigos (os indesejados) e outra para os nativos.

Portanto, nesse contexto de crise econômica no Brasil, pretende-se analisar o processo de imputação do estigma de

criminoso ao estrangeiro suas formas e técnicas de exclusão social.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, permitiu-se identificar a partir dos resultados parciais uma crise penal e midiática, conseqüentemente gerou por parte do Estado adoção de um discurso punitivista destinado aos imigrantes tendo em vista a imagem propagada destes atores enquanto inimigo. Assim não se deve tratar apenas como uma questão penal isolada, mas para além, pois essa situação representa uma violação de direitos humanos.

Conclui-se, sucintamente, frente as reflexões realizadas até o momento, que a temática vem sendo discutida internacionalmente haja vista a situação da criminalização do imigrante, propondo elementos para a proteção dessa população. Todavia, por se tratar de tema correlacionado a soberania de cada Estado-nação a referida temática tem se demonstrado desafiadora ao direito, bem como ao corpo social como um todo.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

GUIA, Maria João. *Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante*. Liberdades, São Paulo, n.11, p.90-120, 2012.

TUCCI, Raffaella. Os crimes criados para isolar o imigrante versus os crimes destinados a punir quem lucra com a condição de irregularidade. In: MORAES, José Luís Bolzan de et al.(orgs). *Direito dos migrantes*. São Leopoldo, Ed. Unisinos, 2015. p. 85-110.

O INÍCIO DO ABOLICIONISMO PENAL: FOUCAULT E AS ESTRUTURAS DE PODER

Lucas Braunstein da Cunha.¹

Bruno Bandeira Bandeira.²

Dandara Trentin Demiranda.³

Paula Corrêa Henning.⁴

Introdução

O direito penal é uma das áreas jurídicas que mais reúne estudiosos e tem seu local garantido nos holofotes da sociedade, no entanto, as premissas mais fundamentais da área são pouco questionadas. Segundo Passeti (2004, p.19): “(...) vivemos, no Ocidente, a história da continuidade dos castigos; uma história que exige reformas, atualização de mitos, alternativas, mas que não admite ruptura com o imperativo: é castigando que se educa.”

O Abolicionismo Penal vai na contramão do exposto e encontra as bases de seu pensamento nas ideias do filósofo francês Michel Foucault. A crítica Foucaultiana que é encontrada no Abolicionismo Penal será trabalhada no presente artigo, a fim de que possamos compreender melhor o pensamento de uma das mentes mais influentes do século XX juntamente com uma ideia criminológica que perdura até hoje.

Desenvolvimento

O Abolicionismo Penal defende a substituição do sistema penal por outras instâncias de resolução de situações

¹ - Autor., graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. bc_lucas@live.com

² - Coautor., graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. bfbandeira@gmail.com

³ - Coautora., graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. dandararentin@hotmail.com

⁴ - Orientadora., Doutora em Educação pela UNISINOS/RS. Professora da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Líder do Grupo de Pesquisa Educação, Cultura, Ambiente e Filosofia. paula.c.henning@gmail.com

problemáticas. Pretende isto por desacreditar nesse sistema e em suas justificativas, considera-o injusto, retrógrado e ineficaz, servindo apenas como manifestação de poder. Difere-se de outras teorias pelo fato de não partir da resposta positiva para a pergunta “punir ou não punir o infrator”. A punição é problematizada, retirada de seu pedestal de verdade absoluta e/ou “mal necessário”. Nega, também, as reformas por crer que elas servem somente para revigorar um círculo viciado de justiça penal, o qual não suporta o que foge da padronização político-cultural.

Se o Abolicionismo Penal é o questionamento daquilo tomado por verdade absoluta, as bases para este pensamento encontram-se naquele que durante o século XX mais questionou as coisas que estavam postas. Michel Foucault não pode ser considerado propriamente um abolicionista como outros autores, todavia o abolicionismo não pode ser considerado desta forma sem perpassar pelas discussões foucaultianas de estruturas de poder, destrinchando a mesma a ponto de questionar tudo o que está posto no que tange um “sistema” penal e, sobretudo, o real papel das prisões na sociedade contemporânea.

A prisão é o resultado último de técnicas de controle, vigilância, identificação de indivíduos, enquadramento de seus gestos, de sua atividade e de sua eficácia. Sendo que, ao longo dos séculos XVI e XVII foram desenvolvidas e aperfeiçoadas por outras instituições de poder sobre os corpos como escolas, hospitais e exército.

Diante disto, a instituição-prisão “torna os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo” (FOUCAULT, 1999, p.260), cumprindo um papel muito mais político que qualquer que seja a justificativa apresentada pela grande maioria de juristas e legisladores.

Em outro *front*, a crítica foucaultiana atinge o “sistema” penal em seu cerne quando afirma que sequer poderia se falar em *sistema* punitivo. Para o francês, as relações de poder não são possíveis de serem observadas em níveis macroscópicos, visto que ocorrem de forma complexa em níveis quase imperceptíveis por meio de manobras e táticas que estão além da percepção do objeto por parte do investigador, não há, portanto, um possuidor do

poder, pois “onde há poder ele se exerce” (FOUCAULT, 2007, p.75).

Considerações Finais

Foucault muda radicalmente o discurso da criminologia crítica, tendo, suas discussões, aberto caminho para diversos novos modos de pensar, dentre eles o abolicionismo penal que abraçou muitas das contribuições do francês e até hoje faz-se leitura indispensável na área.

Referências bibliográficas:

PASSETI, Edson (org.) – **Curso livre de abolicionismo penal** – Rio de Janeiro: Revan, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história das violências nas prisões. 20ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 4ª Ed. Graal, 2007.

DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO PARA SOCORRO DE ANIMAIS VÍTIMAS DE MAUS-TRATOS

*Fabiola Weisshahn*¹

*Fernando Sampaio*²

*Igor Alves*³

*Adriano Pitano*⁴

*Marina Portella Ghiggi*⁵

1. INTRODUÇÃO

A residência de um indivíduo, por mais singela que seja, possui proteção estatal, adquirindo status de direito fundamental, embora constitua ponto doutrinariamente controverso.

Por serem os crimes cometidos contra animais causadores de comoção popular e ínfimo desejo de “justiça com as próprias mãos”, cada vez se torna mais popular em páginas de redes sociais, sites de notícias pretenciosos e afins, a divulgação de notícias de maus tratos a animais e algumas medidas a serem tomadas pela população em geral, principalmente na cidade de Pelotas, onde existem grupos e ONG’s visando o ilustre objetivo de protecionismo animal, tornando então corriqueiro a invasão de domicílio para liberação, tratamento e encaminhamento à um tutor responsável dos animais submetidos à maus tratos, tanto por violência praticado aos mesmos como por omissão de cuidados por parte de seus guardiões, tendo por embasamento somente a ineficácia das denúncias ao órgão ambiental local e nas ditas notícias de sites duvidosos, ocasionando a violação de preceitos fundamentais.

Com este escopo, buscou-se neste artigo, amparo legal e jurisprudencial para a conduta de violação de domicílio para socorro de animal doméstico em estado de vulnerabilidade.

¹ fabimv@gmail.com

² fsampaio@outlook.com.br

³ saiçor@gmail.com

⁴ adrianopitano@gmail.com

⁵ marinaghiggi@yahoo.com.br

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a elaboração do presente artigo seguirá o método indutivo, por meio de dados qualitativos, utilizando análises descritivas do referencial teórico, pela pesquisa bibliográfica e documental, por meio da doutrina, publicações em periódicos, artigos científicos e a jurisprudência atual sobre o tema.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A inviolabilidade domiciliar constitui direito fundamental em nosso ordenamento, no entanto, até mesmo os direitos fundamentais mais básicos podem ser relativados. O próprio inciso XI, do art. 5º, da Constituição Federal, já traz expressamente as possibilidades de invasão domiciliar, quando trata das exceções de flagrante delito ou desastre, prestart socorro ou, durante o dia, por determinação judicial.

Para o flagrante delito, é necessário a certeza visual de um crime, com ocorrência no interior de uma residência, onde um policial ou qualquer cidadão pode nela adentrar e evitar sua perpetuação, até mesmo restringindo temporariamente a liberdade do agente. As possibilidades de desastre e prestação de socorro por possuírem apenas aplicação no caso concreto, se tornam de difícil definição, pois não há parâmetros legais para sua delimitação.

No tocante aos animais, a cada dia nos encaminhamos para a constante consideração do meio ambiente ao status de humanização. Para tal, a doutrina tem atribuído aos animais natureza jurídica de sujeitos de direitos, com a fundamentação, dentre várias, que a CF/88, ao determinar a proteção da fauna contra qualquer atitude a ela lesiva, determina a representação dos seus interesses pelo Ministério Público, coisa que só sujeitos aproveitam. Até mesmo se discute que tanto o art. 225, CF, como a anterior ratificação do Brasil à Convenção para o Direito dos Animais, de 1978, atribuiu a estes direitos fundamentais, iniciando uma nova era desses direitos. Cabe entender que não se busca a igualdade no sentido literal da palavra, mas sim do reconhecimento

de sua ética e dignidade,. Assim, cabe a coletividade e ao Poder Público representar seus direitos em juízo, já que seria impossível aos animais não humanos o fazerem por contra própria, visto não possuírem personalidade jurídica e, por consequência, capacidade jurídica.

Dentre das várias proteções à fauna em nosso ordenamento, o maior destaque encontra-se no art. 32, da Lei 9605/98, relativos à prática de abusos e maus-tratos acometidos a animais. No entanto, este dispositivo deixa em branco a definição de maus tratos e sua aplicação fática, visto que soma várias condutas no mesmo tipo. Mesmo analisando tais condutas por um viés garantista, utilizando-se do Direito Penal como *ultima ratio* é difícil fazer sua delimitação. Aqui, fica a cargo da doutrina e da jurisprudência trazer uma definição do que seriam considerados maus tratos.

Este tipo nada obsta sobre a modalidade culposa, logo, se entende que somente é possível configurá-lo com a análise do elemento subjetivo, qual seja, o dolo. Ainda faz-se mister a comprovação do nexos de causalidade.

Cabe ressaltar a possibilidade de participação no crime por omissão, se o agente tomou conhecimento do crime, querendo ou aceitando a propagação do dano, de forma dolosa, ou se assumiu o risco e podendo, não evitou o dano.

Segue julgado de fato ocorrido na cidade de Pelotas, tratando de assunto corriqueiro, qual seja o uso desenfreado de tração animal para servir fins humanos, seja para frete ou outra função desempenhada por seu tutor, evidenciando a possibilidade de responsabilização por omissão, servindo de escopo legal para aqueles que agem como “protetores de animais” para violar domicílio e prestar socorro, tratamento e a provisão de liberdade para os animais maus-tratados.

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAL. ART. 32, CAPUT E PARÁGRAFO 2º, DA LEI N.º 9.605/98. PRELIMINARES AFASTADAS. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. Legitimidade do Ministério Público para ofertar denúncia, no caso, embasada em termo circunstanciado ambiental. Comprovado que o réu praticou

maus-tratos contra égua de sua propriedade, ao não lhe prover alimentação e água, bem como deixar de tratar doença do animal, o que o levou a morte. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71004549853, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 31/03/2014)

Sendo assim, fica evidente que maus tratos abrangem não somente a violência praticada contra animais, mas também não lhe prover o necessário para uma vida digna. Ao presenciar então, situações como esta, é possível à liberação do animal mau-tratado para seu tratamento ou liberdade definitiva, retirada do animal de seu atual tutor e posterior encaminhamento à outro guardião que realmente exerça a guarda responsável? Após a análise, não pode se concluir o contrário, sabendo que na maior parte dos casos, este é o único meio de garantir uma vida digna ao animal sofredor, portanto, constitui a atitude de adentrar em imóvel alheio para salvaguarda de animal em situação de vulnerabilidade um ato lícito, além de que não podemos esperar outra atitude de quem observa tal situação, de quem podendo evitar o mal se omite de fazê-lo.

4. CONCLUSÕES

Conclui-se ser lícito à invasão de domicílio para socorro de animais em situação de maus-tratos, se outra solução não existir para evitar a consumação ou a perpetuação do crime, já que, podemos tratar aqui, de crime permanente. Visto que, mesmo num contexto fático a situação não se enquadrar como socorro, a exceção do art. 5º, XI, ainda teríamos a situação do flagrante delito, ensejando a entrada em domicílio.

Visando atingir a igualdade animal, o reconhecimento dos preceitos éticos e morais envolvidos no tratamento com animais, meneados não do conceito de igualdade literal, mas sim, buscando preceitos éticos e morais que visem diminuir as diferenças entre espécies, pois, entre o reino animal, ambos sentem dor, sofrem, assim, o reconhecimento de que uma vida digna não é apenas inerente ao ser humano, simplesmente por este ser um animal diferente em função de sua capacidade de linguagem e razão,

reconhecendo direitos e garantias que antes eram privadas somente ao animal humano, eivado de conceitos antropocêntricos.

Sendo assim, não resta dúvida quanto à possibilidade de invasão de domicílio para socorro de animais, apesar de não haver amparo jurisprudencial e legal, visto que a lei se omite quanto aos animais, ao utilizar do vocábulo “socorro de alguém”, pela análise doutrinária e pelo atual status dos animais na doutrina, levando em conta toda a filosofia e dignidade animal, não se pode entender o contrário. Assim, constitui atitude legal a invasão de domicílio para socorro de animais em estado de vulnerabilidade, levando em conta que essa seria a atitude do homem médio, que não se omitiria perante tal atrocidade. Em suma, protetores de animais domésticos fazem o possível para o socorro dos mesmos, companheiros e legítimos amigos do ser humano desde os primórdios da humanidade, e muito devemos agradecer a tais pessoas, por fazerem o que deveria ser responsabilidade de todo cidadão. Concluindo, as notícias existentes na internet sobre o tema, mostram-se verdadeiras, embora seu referencial teórico está ultrapassado ou até mesmo inexistente, com base em decreto a muito ultrapassado, apenas cumprindo seu papel de informação à população.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **DECRETO Nº 6.099, DE 26 DE ABRIL DE 2007.** Cria os cargos e determinações do IBAMA, ANEXO II. Diário Oficial, Brasília, DF, 26 abril 2007.

SCARLET, I, MARINONI, L.G., MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª edição. Saraiva, 7/2015.

NUCCI, G.S.. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** - Vol. 2, 8ª edição. Forense, 06/2014.

MARCÃO, R. **Crimes Ambientais - anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.605, de 12-02-1998**, 3ª edição.. Saraiva, 1/2015.

CAVALCANTE F, J.T. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticia/anoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2016

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, vol. 4, 10º Ed., São Paulo, Saraiva. 2015.

MORAES, A. **Direito constitucional**, 30ª edição. Atlas, 02/2014.

PAULO, V, ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**, 3ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

SCARLET, I., NETO, J. **A Inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito.** Disponível em: <revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/470/358>. Acesso em: 23 de maio de 2016

ANTUNES, P.B. **Direito Ambiental**. 15ª edição. Atlas, 04/2013.

BARROS, W.P. **Curso de direito ambiental**. 2. Ed. São Paulo, Atlas, 2008.

Apelação Crime N° 70064558430, Turma Recursal Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 31/03/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em 01/06/2016.

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A PRESCRIÇÃO

*Matheus Gonçalves dos Santos Trindade*¹

*Daniel Martini (orientador)*²

Há muito tempo se discute no direito global alguma forma de combater um novo ramo da criminalidade moderna, denominada, pela ciência penal, de criminalidade não convencional ou empresarial³. O legislador constituinte brasileiro, em 1988, concentrado nos debates travados especialmente nos Estados Unidos e na União Europeia acerca do tema instituiu, pela primeira vez no Brasil, comandos constitucionais que abririam, em tese, a possibilidade de responsabilização penal do ente moral.

Todavia, por omissão ou falta de técnica legislativa, a inculpação penal da pessoa jurídica não observou, no âmbito normativo, a dogmática da ciência penal existente no país, especialmente no que concerne à teoria do delito, que no país era aplicada até então à pessoa física, demorando anos para chegar ao patamar que se encontra. Vê-se, no caso em tela, uma tentativa de punição dos entes coletivos através do recurso ao direito penal como mecanismo eficaz e simbólico⁴.

Com isso, os legisladores constituinte e ordinário não trouxeram à baila inúmeros institutos que devem ser previstos em uma lei penalizadora, ainda mais quando esta vem com o condão de romper o direito penal clássico – entendido como aquele pensado ao homem – e o axioma *societas delinquere non potest*, até então vigente. Como exemplo da ausência de destreza legislativa, principalmente no que tange à Lei 9.608/98, que analisaremos de forma cristalina adiante, podemos apontar a ausência de pena cominada em abstrato para o ente moral, ausência de critérios balisadores para a dosimetria da pena e, o cerne da presente

¹ Bacharel em Direito pela FMP, Especializando em Direito Penal Militar pela Verbo Jurídico. E-mail: matheus.trindade@hotmail.com

² Doutor pela Universidade de Roma TRE - Tullio Ascarelli (Itália)

³ WUNDERLICH, 2015, p. 204.

⁴ PRADO, 2011, p. 152.

dissertação, os prazos e a forma de cálculo para a extinção do *ius puniendi* estatal.

Passamos à análise do problema, dissertando, em um primeiro momento, da problemática constitucional de criminalização da pessoa abstrata, e, após, analisando alguns defeitos na legislação ordinária vigente, especialmente no que tange à forma de processamento da pessoa jurídica e o cálculo da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

A Constituição brasileira ostentou, no seu artigo 173, § 5º, que a lei estabelecerá a culpabilidade da pessoa jurídica, sem detrimento da responsabilidade individual dos seus dirigentes, sujeitando-a a punições condizentes com a sua natureza no que tange aos atos praticados contra a ordem econômica e financeira, bem como em prejuízo à economia popular. No que concerne a este dispositivo, é imperioso destacar que ainda não houve regulamentação acerca da imputação penal do ente moral. Importante frisar, outrossim, que se sustenta na doutrina que o texto legal suprarreferido não nos conduz à conclusão de que é possível a empresa responder penalmente pelos seus atos, visto que o termo *responsabilidade* deve ser lido sem adjetivos, sendo este um conceito jurídico geral, e não especial, como seria se fosse redigido com *responsabilidade penal*⁵.

Estabeleceu a Carta Magna, de igual forma, no artigo 225, § 3º, que os comportamentos nocivos ao meio ambiente sujeitarão as pessoas físicas ou morais às punições penais e administrativas, independente da obrigação de reparação do dano causado.

Com a vigência da Lei 9.608/98 temos, no seu artigo 3º, com efeito, a imputação criminal da pessoa jurídica no que tange aos crimes ambientais, podendo essa ser condenada à pena restritiva de direitos, visto que ela não possui condições de cumprir pena privativa de liberdade. Desde então, vem se travando, na doutrina e na jurisprudência, incessantes batalhas acerca da constitucionalidade da responsabilização criminal do ente abstrato em delitos ambientais, sustentando-se que, através da aplicação da interpretação constitucional sistemática, não seria possível tal

⁵ CIRINO DOS SANTOS, 2011, p. 276 e 277.

imputação frente às garantias constitucionais voltadas para a definição de crime, capacidade delitiva e aplicação da pena⁶.

Em que pese doutrinariamente o cabimento da responsabilização criminal da pessoa jurídica ainda ser bastante discutido na atualidade, temos no Poder Judiciário brasileiro a superação do embate acima referido, local onde se firmou, em um primeiro momento, a premissa de que é possível a inculpação penal da pessoa jurídica, em segundo plano, sendo imprescindível, para tanto, a comprovação e a imputação de conduta criminosa à pessoa física – *nullum crimen sine actione humana*. Esta teoria de responsabilização penal foi denominada pela doutrina como Teoria da Dupla Imputação ou Teoria do Ricochete.

O posicionamento acima mencionado foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, prevalecendo até o ano de 2013, quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 548.181/PR, debruçou-se sobre a questão, definindo que a Teoria da Dupla Imputação seria inconstitucional, pois faz um condicionamento de incriminação que o *mandamus* constitucional não fez.

Vejamus que o legislador pátrio se preocupou em incriminar a pessoa jurídica, entendendo ser esta um órgão que, através dos seus membros, possui intenção de benefício, cultura própria com possibilidade de desvio e vinculação direta com a pessoa física que realiza o ato. No entanto, não observou a compatibilidade da inculpação criminal do ente abstrato com a teoria do delito clássica, que levou décadas para chegar ao estágio de consolidação de garantias em que se encontra⁷.

Até o posicionamento abordado, enquanto vigia a Teoria do Ricochete, verificamos que o Poder Judiciário tomava como base, majoritariamente, para o cálculo da prescrição dos delitos ambientais cometidos em concurso de agentes de natureza física e jurídica, a pena cominada da infração imputada, utilizando-se o art. 109 do CP. Ocorre que, após a decisão do recurso supramencionado, surge a seguinte questão: se a pessoa moral

⁶ REALE JÚNIOR, 2011, p. 354.

⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 9.

somente pode ser condenada à pena restritiva de direitos, pode a prescrição do delito ser calculada com base na pena privativa de liberdade abstratamente cominada no delito – que jamais será aplicada ao ente moral –, ou deve-se aplicar a prescrição disposta no art. 114, I, do CP, que diz respeito à pena de multa?

Primeiramente, devemos observar que os tipos de sanções aplicáveis à pessoa jurídica, conforme o art. 21 da Lei 9.605/98, são: multa, restrição de direitos e prestação de serviço à comunidade. É importante frisar que, mesmo a Lei Ambiental tendo na sua parte geral estipulado a incriminação do ente coletivo e as suas penas aplicáveis, ela não estipulou, na parte especial, o lapso temporal de aplicação da referida aflição penal.

Observamos, destarte, que as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, ainda que determinadas pelo juízo criminal, não possuem a natureza da referida seara, sendo, portanto, incompatíveis com o cálculo prescricional pelo lapso temporal abstrato dos delitos. Neste ínterim, sendo a prescrição disposta no art. 109 do CP um instituto onde é imprescindível a observância da pena legalmente cominada, entendemos que ele é inaplicável aos entes morais.

Além do mais, ante a referida lacuna preconizada pelo legislador, cabe a nós, interpretes, preenche-la através da analogia, que no direito penal pátrio só cabe *in bonam partem*, motivo pelo qual devemos, lançando mão de uma interpretação sistêmica, aplicar a prescrição concernente à pena de multa, pois é mais benéfica ao réu⁸.

De outra banda, na medida em que constatamos a incompatibilidade supramencionada, criamos outro problema, agora de esfera prática, pois a prescrição do delito ambiental cometido por ente moral, à luz do art. 114, I, do CP, seria de 02 anos. Considerando este exíguo lapso temporal, bem como a dificuldade de apuração de um delito corporativo combinada com a mora no início ou curso de uma ação penal, tal posicionamento esvaziaria o *mandamus* constitucional de responsabilização criminal da pessoa jurídica, o que foi o principal argumento utilizado pelo STF para a quebra da Teoria da Dupla Imputação.

⁸ MUNIZ SANTOS, 2011, p. 320.

Diante do exposto nesta breve abordagem, podemos concluir que o Brasil importou o instituto da imputação criminal da pessoa jurídica de forma equivocada, não observando a necessária mudança na dogmática penal clássica, através da utilização de regras materiais e processuais próprias para os entes morais. Com isso, no que tange ao tema então abordado, devemos aplicar a prescrição disposta no art. 114, I, do CP, até que seja suprida a lacuna legislativa, oportunidade em que não necessitaremos lançar mão de analogia.

BIBLIOGRAFIA

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de auto-responsabilidade à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MUNIZ SANTOS, Rodrigo. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e Prescrição. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luis Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais: do cenário atual à avaliação crítica ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela lei 9.608/1995 no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.23, n.114, maio/jun. 2015.

DA VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS DO ADOLESCENTE ACUSADO DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL PELO NÃO RECONHECIMENTO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

Autora: Karina Mombelli Sant' Anna¹

Ms. Prof. Afonso Armando Konzen (orientador)²

O presente artigo tem como finalidade analisar em que medida as garantias conferidas aos adolescentes são violadas quando não há o reconhecimento do princípio da insignificância no processo de apuração e responsabilização pela prática de ato infracional. O motivo que ensejou a realização dessa pesquisa se deu em virtude de que, diante dos resultados provenientes de uma pesquisa jurisprudencial nas recentes decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, percebeu-se que a Corte Estadual não vem reconhecendo a aplicação do princípio no âmbito do Direito Penal Juvenil por diversos argumentos que vão de encontro à Doutrina da Proteção Integral³.

Antes de ingressar no cerne da questão, é de notória importância que o leitor tenha conhecimento acerca do que representa o princípio da insignificância no ordenamento jurídico que, de modo muito sucinto, se destina a tornar atípicas as condutas que, por lesarem intimamente o bem jurídico tutelado pelo legislador, não devem receber resposta penal estatal⁴. Ou seja, a sua finalidade é preservação da real intenção do legislador na criação de um tipo penal incriminador, pois ele mensura a

¹ Bacharela em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: kamombelli@hotmail.com

² Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

³ A Doutrina da Proteção Integral é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do conhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar, das pessoas desse grupo etário (zero a 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto sujeitos de direitos. Crianças e adolescentes, a partir de então, ainda que no texto normativo, foram reconhecidos em sua dignidade, pessoas em desenvolvimento, que necessitam de especial proteção e garantia dos seus direitos por parte dos adultos: Estado, família e sociedade. (COSTA, 2012)

⁴ MANÃS,1994.

tipicidade material do fato, resultando na correta aplicação de um direito justo para apenas aqueles que, realmente, dele necessitem.

Doutrinariamente, é pacífico que apenas no ano de 1964 o princípio supra foi realmente introduzido no Direito Penal pelo jurista alemão Claus Roxin, que é reconhecido internacionalmente pelas suas importantíssimas contribuições no tema⁵. Já no cenário pátrio, apenas em 1988, no julgado HC 66869, é que a Corte Suprema do país começou a aplicar o princípio da insignificância nos casos concretos⁶, o que não minimiza a importância dele no Direito Penal Brasileiro moderno, pois ainda que ele seja recente, o seu estudo e sua aplicabilidade no ordenamento consagram os fundamentos básicos do princípio da igualdade, princípio da liberdade, fragmentariedade e proporcionalidade.

Muito embora não haja uma expressa previsão legal no ordenamento jurídico quanto ao referido princípio, ele deve ser reconhecido, uma vez que se origina da elaboração exclusiva da doutrina e da jurisprudência, que são autênticas fontes do Direito⁷. Além disso, nos termos do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, o regime de princípios e suas decorrentes garantias são reconhecidas.

Como já visto, esse preceito visa descriminalizar comportamentos que, apesar de formalmente típicos, não ferem de forma socialmente relevante os bens juridicamente protegidos pelo Direito Penal. Desse modo, ele mensura a tipicidade material do fato, remetendo o intérprete, de pronto, a um conhecimento prévio das Teorias que tratam do conceito analítico de crime que, embora importantes, não merecem abordagem profunda nesse artigo científico⁸. Ocorre que, independentemente da postura doutrinária que se adote, é unânime que para a configuração de um delito, a conduta deve ser, ao menos, típica e ilícita.

⁵ SANGUINÉ, 1990.

⁶ GOMES, 2009.

⁷ LOPES, 2000.

⁸ Para doutrinadores como Luiz Flávio Gomes, Fernando Capez, Júlio Fabbrini Mirabete, Damásio Evangelista de Jesus, a conduta deve ser típica e lícita para ser considerada como crime. Enquanto para Eugênio Raúl Zaffaroni, José Enrique Pierangeli, Luis Régis Prado, Rogério Greco, deve ser típica, lícita e culpável.

Portanto, é preciso dar maior ênfase ao elemento tipicidade, uma vez que o princípio incide em uma das suas espécies, sendo elas: a tipicidade formal e a conglobante. De forma breve, conclui-se que, se por um lado a formal resulta da subsunção perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato, por outro, a conglobante busca analisar dois aspectos: ser conduta antinormativa no globo e, também, materialmente típica⁹.

Assim, além de ocorrer a subsunção perfeita da ação do agente ao tipo (tipicidade formal), a conduta do agente deverá igualmente ser proibida pelo ordenamento jurídico como um todo na esfera global (administrativa, cível, trabalhista, penal) e deverá produzir resultados materialmente significativos. E é justamente nesse ponto que se apresenta o princípio da insignificância, pois, segundo sua orientação, uma ação que não lesou significativamente um ou mais bens jurídicos tutelados não deve receber qualquer sanção de natureza penal do Estado, posto que, por não conter o elemento típico material, não é considerada como crime.

No âmbito do Direito Penal do Adulto, com base em recente pesquisa jurisprudencial nas decisões¹⁰ da Corte Estadual de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, observa-se que a utilização desse princípio nos casos concretos não ocorre de modo tão frequente, porém a sua aplicação extraordinária não se dá pelo fato de que o Tribunal não o reconhece, mas sim, pelo fato de que as peculiaridades dos delitos apresentados não se adaptam aos vetores limitadores do princípio¹¹.

⁹ GRECO, 2014

¹⁰ Vide decisões nas Referências Bibliográficas

¹¹ Conceito retirada do glossário do Supremo Tribunal Federal: O princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens

Entretanto, esse reconhecimento não ocorre, de forma igual, na esfera do Direito Penal do Adolescente, o que merece atenção, posto que, à luz da melhor doutrina, o procedimento de apuração da prática de ato infracional é familiar ao do adulto e nele devem ser assegurados, no mínimo, os mesmos direitos e garantias concedidos aos imputáveis. Portanto, é nesse contexto que se encontra o objeto central do trabalho, pois se busca demonstrar a violação às garantias dos adolescentes pelas decisões estaduais que não seguem o paradigma atual de proteção aos direitos e garantias do adolescente.

Para compreensão da temática desse trabalho, é necessário que se entenda, preliminarmente, o atual sistema de responsabilização decorrente da prática de ato infracional, para que então, seja possível visualizar a existência de afronta.

No Brasil, existe atualmente um sistema de responsabilização penal juvenil. Ainda que ele tenha suas peculiaridades, posto que se destina a um grupo especial de sujeitos que estão em uma condição diferenciada de desenvolvimento, contempla instrumentos¹² de responsabilização pela prática de conduta ilícita realizada por adolescentes, considerando-os, assim, sujeitos não só de direitos, mas também de deveres¹³.

Ainda que se dispense tratamento diferenciado aos adolescentes, a aproximação do Direito Penal deles com os demais ramos, como o Direito Penal e Processual do Adulto, ocorre, porque todas as disciplinas fazem parte da mesma família-cultural ou faixa-normativa¹⁴. Tanto é assim que, nos termos do art. 103 do ECA, considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal do adulto. Ou seja, ato infracional, pela lei, é toda conduta praticada pelo adolescente que seja, no mínimo, típica e ilícita.

Desse modo, é necessário concluir que: 1) os adolescentes, ainda que inimputáveis sofrem responsabilização pela prática de

jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social

¹² Art. 112, ECA.

¹³ KONZEN, 2007.

¹⁴ KONZEN, 2007

conduta delitiva. 2) essa resposta estatal advém de um procedimento jurídico específico, definido pelo ECA que é uma legislação especial e respeita as condições de sujeitos em desenvolvimento e 3) embora haja nela peculiaridades, o processo de apuração e responsabilização pela prática de ato infracional está intimamente ligado aos ramos do Direito Penal e Processual Adulto, pois compõem a mesma familiaridade-cultural existente.

Ressalta-se que a legitimação da aplicação das sanções retributivas¹⁵ penais ao ato infracional só ocorrerá se ação ilícita praticada pelo adolescente for previamente pensada pelo legislador, assim como no crime dos adultos, no termos do artigo 189, I, do ECA. Inclusive, a ação deverá, também, se moldar perfeitamente à tipicidade formal e à conglobante já vistas.

O permite concluir que, diante de todo esse contexto, não há como sustentar pelo não reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância no processo penal juvenil, uma vez que o elemento tipicidade também deve estar presente para configuração de um ato infracional. Isto porque não parece lógica e justa a aplicação de uma medida sócio-educativa, que tem caráter retributivo penal, por um fato que sequer poderá ser considerado “crime”.

Há no âmbito doutrinário calorosa discussão acerca da natureza jurídica das medidas sócio-educativas, o que, para aqueles que as visualizam como de natureza pedagógica, justificaria a aplicação delas às condutas atípicas. Contudo, a melhor doutrina¹⁶ orienta no sentido de que elas têm natureza penal, pois resultam numa limitação aos direitos do adolescente supostamente infratores, como também é assim definida pela maneira como ele sente a aplicação da medida em sua vida.

Em uma análise dos argumentos utilizados pelo TJ/RS nos recentes julgados¹⁷ que sequer analisam a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, por entender que esse institui não é compatível com o Direito Penal Juvenil,

¹⁵ COSTA, 2012.

¹⁶ KONZEN, 2005

¹⁷ Vide julgados nas referências bibliográficas.

encontraram-se diversos argumentos que, em tese, sustentariam a sua inaplicabilidade.

Argumentos como o da inaplicabilidade do Direito Penal e Processual Penal ao procedimento penal juvenil, a tese de que a natureza jurídica das medidas sócio-educativas é pedagógica e não penal e o fato do reconhecimento do princípio da bagatela no processo penal juvenil poder estimulara prática criminosa, pois cria a malfadada sensação de impunidade estão presentes como base argumentativa dos julgadores, que, por sua vez, se solidifica em argumentos externos, sem o devido olhar às condições do fato e às garantias dos adolescentes.

Assim, percebe-se que a violação das garantias dos adolescentes se dá, principalmente, em decorrência de que aos adolescentes estão: a) recebendo aplicação de medidas socioeducativas, que tem caráter penal, sem ao menos estar tipificado materialmente, o ato infracional e b) recebendo tratamento mais gravoso aos adolescentes daquele conferido aos adultos, pois o Tribunal do Estado, a esses, reconhece a aplicação do princípio e aos jovens não.

Assim sendo, esse tratamento ilegal e diferencialmente mais severo enseja, por si só, a conclusão de que há violação ao direito à liberdade e garantias dos adolescentes, como também, há afronta à garantia da discriminação positiva, da brevidade, da excepcionalidade, do devido processo legal, da proporcionalidade, da mínima intervenção, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, que são asseguradas pela Doutrina da Proteção Integral.

Em tempo, acha-se meritório frisar que o principal direito violado nas decisões é o da liberdade do adolescente autor de ato infracional, motivo pelo é, de extrema importância a pesquisa e a reflexão, pois se trata de uma limitação a um direito constitucionalmente fundamental.

Portanto, tendo em vista que a Corte Estadual não vem reconhecendo o princípio da insignificância nesse tipo procedimento, está a mesma a violar as garantias basilares do adolescente, o que não merece, de forma alguma, prosperar no cenário jurídico por todos os fundamentos acima delineados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APELAÇÃO CÍVEL Nº 70069695963, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 08/09/2016;
- APELAÇÃO CÍVEL Nº 70069614279, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 25/08/2016;
- APELAÇÃO CÍVEL Nº 70069798916, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 27/07/2016;
- APELAÇÃO CÍVEL Nº 70068991751, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 30/06/2016;
- APELAÇÃO CÍVEL Nº 70068510734, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 30/06/2016;
- APELAÇÃO CÍVEL Nº 70069071769, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 30/06/2016
- APELAÇÃO CÍVEL Nº 70068581065, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 30/06/2016
- APELAÇÃO CÍVEL Nº 70068727825, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 30/06/2016
- APELAÇÃO CÍVEL Nº 70068600071, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/06/2016
- APELAÇÃO CÍVEL Nº 70068554617, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 19/05/2016

APELAÇÃO CRIME Nº 70066923418, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em 15/09/2016

APELAÇÃO CRIME Nº 70070477203, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 15/09/2016

APELAÇÃO CRIME Nº 70070407598, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 14/09/2016

APELAÇÃO CRIME Nº 70070368881, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 14/09/2016

APELAÇÃO CRIME Nº 70070184759, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 14/09/2016

APELAÇÃO CRIME Nº 70066440967, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 14/09/2016

COSTA, Ana Paula Motta. Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 16. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2014;

KONZEN, Afonso Armando. Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

KONZEN, Afonso Armando. A discriminação positiva do adolescente autor de ato infracional. In: Revista do Juizado da Infância e da Juventude. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, Ano VIII, nº 22, 10.2014;

KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2ª edição, São Paulo: RT, 2000;

MAÑAS, Carlo Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994;

SANGUINÉ, Odone. *Observações sobre o princípio da insignificância*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, ano 1990, v.3, n.1;

A SÚMULA 533 STJ E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL

*Dandara Trentin Demiranda*¹

*Bruno Bandeira Fonseca*²

*Lucas Braunstein da Cunha*³

*Orientador: Lucas Gonçalves Conceição*⁴

Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo analisar e suscitar a discussão acerca da Súmula 533 STJ e sua aplicabilidade no âmbito da execução penal, em contraponto com o disposto no Decreto Estadual nº 47.594/2010 (Regimento Disciplinar Penitenciário – RDP), em seu art. 22. A metodologia empregada neste estudo é a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Desenvolvimento

A Lei de Execução Penal, em seu art. 1º, dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Logo, percebe-se que a execução penal visa tornar efetiva a decisão judicial decorrente de sentença penal, a qual impõe ao condenado uma pena ou mesmo medida de segurança.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Email: dandararentin@hotmail.com

² Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Email: bfbandeira@gmail.com

³ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Email: bc_lucas@live.com

⁴ Professor Substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande nas disciplinas de Direito Processual Penal I e II, Oficina de Prática Jurídica I e II, Estágio Supervisionado e Prática Jurídica Social. Mestre em Direito e Justiça Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Graduado em Direito pela mesma Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Email: lucasgoncon@hotmail.com

O Decreto Estadual nº 47.594/2010, popularmente conhecido como RDP, visa estabelecer princípios, direitos e deveres dos apenados que se encontram inseridos no sistema penitenciário estadual. O RDP dispõe, entre outras medidas, quais condutas são passíveis de reconhecimento de faltas, sejam elas leves, médias ou graves.

A Súmula 533 do STJ dispõe acerca da necessidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) dentro do ambiente prisional para o reconhecimento de falta grave. A instauração de PAD visa garantir o contraditório e ampla defesa aos apenados, sob pena de nulidade da punição eventualmente aplicada.

Todavia, discute-se a aplicabilidade da referida súmula nos casos de evasão do ambiente prisional, visto que acarreta demora na conclusão do procedimento, implicando em atraso na análise dos benefícios inerentes à execução da pena. A doutrina moderna e jurisprudência discutem acerca da necessidade de instauração de PAD em casos de evasão do ambiente prisional ou se a oitiva do apenado em audiência de justificação já é suficiente para garantir-lhe o direito ao contraditório e ampla defesa (AVENA, 2015, p. 83).

A Súmula 533 STJ disserta sobre a necessidade de instauração de PAD para averiguar quaisquer ocorrências dentro do ambiente prisional, sem fazer qualquer espécie de distinção. O RDP, em seu art. 22, inciso III, em sentido contrário, estabelece que nos casos de fuga e cometimento de fato previsto como crime doloso na lei penal vigente, o diretor da casa prisional comunicará ao juízo da Vara de Execuções Criminais para que proceda a oitiva do apenado, prejudicando a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar.

O entendimento adotado por parte dos Tribunais do Estado do Rio Grande do Sul, tem sido no sentido de que, inobstante o enunciado da referida Súmula, desde que observados os direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório, através da prévia oitiva judicial do apenado na presença de seu Defensor e manifestação prévia deste à decisão, a instauração de PAD somente acarretaria o atraso na concessão de benefícios aos

apenados, em evidente prejuízo destes, que terão que aguardar a conclusão da tramitação para análise de outras benesses. Assim, entende-se que a instauração de PAD é prescindível em prol da celeridade processual.

Nesse sentido, destacamos:

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO (ARTIGO 197, DA LEP). FALTA GRAVE (NOVO CRIME). PRELIMINAR DE NULIDADE. INCONFORMISMO DEFENSIVO. Quanto à prefacial de nulidade da decisão agravada, por ausência de instauração de PAD, não merece prosperar, pois, conforme entendimento jurisprudencial, o PAD é prescindível para a apuração da falta grave na esfera judicial, bastando que seja garantido, nesta, o direito à ampla defesa, o que foi observado no presente caso. Além disso, o Decreto nº 47.594/10 introduziu o inciso III no artigo 22, do Regimento Disciplinar Penitenciário do RS, dispensando a instauração de PAD em caso de fuga ou de cometimento de crime doloso durante a execução da pena [...]. (Agravo Nº 70065928095, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 05/11/2015).

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. FUGA. RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE. POSSIBILIDADE. É dispensável a instauração do procedimento administrativo disciplinar - PAD - para o reconhecimento da falta grave. A judicialização do procedimento impõe ao magistrado da execução penal, independentemente da instauração, nulidade ou ausência do PAD, a abertura de procedimento para averiguar a prática da falta, devendo ser assegurada a ampla defesa e o contraditório [...]. (Agravo Nº 70052831740, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 18/04/2013)

Todavia, tal entendimento não é pacífico, sendo possível encontrar na jurisprudência decisões reconhecendo a prescrição da falta grave em razão de o PAD não ter sido instaurado no prazo de 30 dias, conforme dispõe o artigo 36 do RDP. Nesse sentido, destacamos:

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Para a análise da ocorrência de falta grave é necessária a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, o qual deve

ser remetido ao Juízo de Execução, que determinará a audiência de justificação prevista no artigo 118, § 2º, da LEP. No caso dos autos, o Magistrado Singular se manifestou a respeito da falta grave sem a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar. Assim, impositiva a desconstituição da decisão. PRESCRIÇÃO DA FALTA GRAVE. RDP ARTIGO 36. Ressalvado entendimento pessoal deste Relator, que se filia à orientação dominante do STJ, vão aplicadas as disposições a respeito da prescrição administrativa previstas no Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. Tendo em vista o lapso temporal transcorrido entre o conhecimento da prática de suposto crime doloso e a instauração do PAD, vai declarada extinta a punibilidade do agravante em face da prescrição administrativa. DECISÃO ANULADA DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. (Agravamento Nº 70068929074, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 08/06/2016)

Percebe-se, pois, que a questão não é pacífica, existindo divergências na jurisprudência.

Considerações Finais

Este trabalho visou explorar a Súmula 533 STJ e sua aplicabilidade no âmbito da execução penal. Inobstante a existência da referida súmula, percebe-se que ainda existe muita divergência sobre a temática, que não é pacífica na doutrina ou mesmo na jurisprudência, necessitando de maiores estudos a fim de garantir celeridade processual e respeito as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Pessoalmente, entende-se que, inobstante a tese firmada no sentido da imprescindibilidade da instauração de PAD para o reconhecimento de falta disciplinar, tal entendimento deve ser relativizado em casos de evasão do ambiente prisional, sob pena de morosidade na análise dos benefícios da execução da pena.

Ressalta-se que se trata de opinião pessoal e que não reflete, necessariamente, o posicionamento dos Tribunais pelo país.

Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal esquematizado**. 2º ed. São Paulo: Método, 2015.

O ATENDIMENTO REALIZADO PELA 2ª VARA DE EXECUÇÃO CRIMINAL DE PORTO ALEGRE, DIRIGIDO AOS FAMILIARES DOS PRESOS DO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE

Mariângela Alves Gonzales¹

Prof. Dr. Luiz Antônio Bogo Chies (Orientador)²

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa é de nível qualitativo e se coloca na temática Proteção Social e Acesso à Justiça. O tema está centrado no âmbito do enfrentamento da Questão Penitenciária, a qual conforme Luiz Antônio Bogo Chies:

[...] se constitui e se manifesta por meio de expressões teóricas e concretas (políticas, institucionais e práticas) dos paradoxos e das contradições entre os discursos e as promessas acerca do castigo penal pretensamente civilizado (a privação da liberdade) e a realidade de sua execução pelos Estados modernos – evidenciam-se contemporaneamente nas intersecções das esferas da política penal, criminal e social e por meio de dinâmicas de complementaridade e/ou substituições. (2013, p.16)

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015), o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos (2,2 milhões), da China (1,7 milhão) e da Rússia (676 mil). Se contabilizadas as pessoas em prisão domiciliar, o Brasil passa a terceiro país com maior número de presos.

Em nosso Estado, segundo a Superintendência de Serviços Penitenciários (SUSEPE, 2016), em março de 2016, o Presídio Central de Porto Alegre - PCPA, com capacidade de Engenharia para 1.824 presos possuía uma população carcerária de 4.632 presos, um exemplo de sistema prisional desumanizado, insalubre e deturpador do que resta da dignidade humana, cujos efeitos do

¹ E-mail: mariangela.gonzales@hotmail.com

² E-mail: labchies@uol.com.br

aprisionamento são socializados com todos os cidadãos, dentre eles: o aumento significativo da violência.

Atualmente, a 2ª Vara de Execução Criminal de Porto Alegre jurisdiciona os processos de 4,6 mil detentos do Presídio Central: número correspondente ao de presos (SUSEPE, 2016). Nesse contexto prisional, a referida VEC, desenvolve um atendimento aos familiares dos presos, aproveitando o mesmo espaço da Sala de Audiência do PCPA. Tal atendimento é realizado diretamente pelo magistrado e sua equipe de servidores, de modo informal, sempre na última semana do mês, nos dias e horários de visita dos presos, sem a necessidade de agendamento.

2 DESENVOLVIMENTO

De acordo com o objeto desta pesquisa, é de suma importância demonstrar o perfil das pessoas presas, que conforme os dados do Infopen³ (2014), tal perfil é composto, em sua maioria, por jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda. O agravamento dos problemas do sistema penitenciário brasileiro demonstra a discrepância da desigualdade entre as classes sociais, sendo isto um dos principais fomentadores da violência.

Todavia, nesta realidade prisional, múltiplos atores estão inseridos, com isto, são identificadas algumas iniciativas, as quais buscam enfrentar esse contexto punitivo e de segregação social, assim como as iniciativas de atendimento da 2ª VEC aos familiares dos presos, a fim de dar transparência sob a ótica de “boas práticas”, que segundo o Relatório Anual 2015/2016 do Mecanismo Nacional de Combate à Tortura, compreendem-se como:

Aquelas medidas, rotinas, normas, regulamentos e políticas públicas adotadas por agentes públicos com vistas a garantir dignidades às pessoas privadas de liberdade e seus familiares, a fortalecer o exercício de direitos humanos e a reduzir a aplicação de medidas de privação de liberdade. (RAMNPCT, 2016, p.70)

³ Um aparelho de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, ferramenta do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

Vale ressaltar que o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate a Tortura (MNPCT) foi criado pela Lei Federal 12.847/13, é o órgão responsável pela prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, nos termos do Artigo 3º do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Este projeto de pesquisa adota como objeto uma iniciativa que pode ser considerada, *a priori*, uma atividade correspondente à noção de “Boas práticas”. Dentro da perspectiva de pensar experiências sociais transformadoras da realidade prisional, cabe questionar se as Boas práticas aplicadas pela 2ª Vara de Execução Criminal no Presídio Central de Porto Alegre são realmente mecanismos capazes de enfrentar a questão penitenciária?

3.1 OBJETIVOS

3.1.1 Objetivo geral

Identificar se há a concretização de “Boas Práticas” no atendimento realizado pela 2ª Vara de Execução Criminal.

3.1.2 Objetivo Específico

- Conhecer o que o Poder Judiciário – magistrado e servidores, buscam no atendimento com os familiares e vice versa;
- Identificar os pontos considerados relevantes durante o atendimento dos familiares;
- Analisar se o atendimento pode ser considerado um mecanismo de garantia da dignidade humana no contexto prisional;
- Identificar o ponto de vista dos familiares sobre o Poder Judiciário;

3.2 REFERENCIAL TEÓRICO

A proposta do referencial teórico que será utilizado para a análise dos dados da pesquisa qualitativa será a perspectiva crítica

e será sob pontos de vistas criminológicos, políticos e sociológicos balizados, principalmente, pelos seguintes autores e obras.

- ✓ Boaventura De Sousa Santos - Transição Paradigmática: Da Regulação a Emancipação (1991)
- ✓ Camila Nunes Dias e Sérgio Adorno – A “Articulação entre o mundo interno e o mundo externo às instituições prisionais: questões para a construção de um novo paradigma no domínio da sociologia das prisões” .(2013)
- ✓ Fabio de Sá e Silva, .”Nem isto,nem aquilo”:. trajetórias e características da política nacional de segurança pública(2000-2012). (2012)
- ✓ Loïc Wacquant (2003), em seu livro - Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos
- ✓ Luiz Antônio Bogo Chies (2013) - Na análise da “Questão Penitenciária” Michel Foucault (2009) - Vigiar e Punir: nascimento da prisão
- ✓ Para Regina Célia Pedroso (1997) - Utopias Penitenciárias Projetos Jurídicos e realidade carcerária no Brasil -

A metodologia da pesquisa é do tipo qualitativa, de nível exploratório, utilizando o método de estudo de caso, sendo que, também poderá ser utilizado alguns dados quantitativos de forma complementar.

Quanto aos aspectos éticos, a pesquisa observará no que se aplica à área das Ciências Humanas e Sociais, ao objeto da pesquisa e à metodologia proposta, o disposto na Resolução 446/12 do CNS.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema prisional é um exemplo evidente da desigualdade social, sua população constituída de pobres e de negros, desfaz o discurso reproduzido hegemonicamente de que todos são iguais perante a lei. O desafio de transformação dessa

realidade necessita de alternativas que transponham a pobreza e a indigência, para isso, depende da intervenção do Estado através das políticas públicas, construídas de forma compartilhada com a sociedade civil.

A questão penitenciária é histórica, isso é comprovado através dos dados do Infopen (2014), mostrando o quanto a exclusão social nega possibilidades para quem está na pobreza, e mais que isso, a necessidade do Estado brasileiro ser responsável de forma concreta na implementação de políticas sociais inclusivas de proteção social aos mais vulnerabilizados socialmente, a fim de reduzir a desigualdade social e romper com este ciclo geracional de pobreza e indigência dessa população.

5.REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio e DIAS, Camila Nunes. Articulação entre o mundo interno e o mundo externo às instituições prisionais: questões para a construção de um novo paradigma no domínio da sociologia das prisões. 37º Encontro Anual da ANPOCS. Águas de Lindóia. São Paulo. P. 01- 23, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório anual 2015-2016**/Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016. Organização: Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Brasília, 2015. 96p.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – INFOPEN – Junho de 2014. Organização: Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Brasília, 2015. 148p.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. A questão penitenciária. **Revista Tempo Social**. Brasil, p. 01-22, 2013.

_____. **Verbete – Direitos das Pessoas Presas**: Universidade Católica de Pelotas. Brasil, 2016 (em fase de pré-publicação)

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramalhete. Ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009. 291p.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. - 14. ed.- São Paulo: Hucitec, 2014. 407p.

MORAES, Roque e GALIAZZI, Maria do Carmo. **Análise textual discursiva**. – Ijuí: ed. UNIJUI, 2007. 227 p.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU promove debate sobre drogas e superpopulação carcerária no Brasil**. Brasil. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, Abr, 2015. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/onu-promove-debate-sobre-drogas-e-superpopulacao-carceraria-no-brasil/>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

PEDROSO, Regina Célia; **Utopias Penitenciárias Projetos Jurídicos e realidade carcerária no Brasil**, São Paulo: Revista de História. Universidade de São Paulo, v.136, n.01, p.121-137, 1997.

SANTOS, Boaventura De Sousa. **A Transição Paradigmática: Da Regulação a Emancipação**. Oficina do Centro de Estudos Sociais. Coimbra. Oficina 25, p.01-36, março.1991

SILVA, Fabio de Sá e. **”Nem isto, nem aquilo”: trajetórias e características da política nacional de segurança pública(2000-2012)**. Revista Brasileira de Segurança Pública. Brasília. IPEA, v. 06, n.02, p. 412-433, ago/set. 2012.

SUPERINTENDÊNCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS, **10º Delegacia Penitenciária Regional (DPR)**, Secretária de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul (SSP), Junho, 2015. Disponível em<http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=203&cod_conteudo=21>. Acesso em: 02 jul. 2016.

WACQANT, L. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.168p.

OS IMPACTOS DA DECISÃO DO STF NO HC 118.533/MS SOBRE O ENCARCERAMENTO FEMININO

*Dandara Trentin Demiranda*¹

*Bruno Bandeira Fonseca*²

*Lucas Braunstein da Cunha*³

*Orientador: Lucas Gonçalves Conceição*⁴

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar e suscitar a discussão acerca da recente decisão proferida pelo STF durante o julgamento do HC 118.533 MS, no qual o plenário decidiu, por maioria dos votos, afastar a natureza hedionda acerca do crime de tráfico privilegiado. Ainda, será analisado o impacto de tal decisão sobre o encarceramento feminino. A metodologia empregada neste estudo é a pesquisa bibliográfica.

Desenvolvimento

O tráfico de drogas é uma das maiores mazelas da sociedade global. Segundo dados divulgados pelo Relatório Mundial sobre Drogas de 2016, organizado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o número de indivíduos considerados dependentes de drogas é de aproximadamente 29 milhões de pessoas.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Email: dandararentin@hotmail.com

² Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Email: bfbandeira@gmail.com

³ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Email: bc_lucas@live.com

⁴ Professor Substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande nas disciplinas de Direito Processual Penal I e II, Oficina de Prática Jurídica I e II, Estágio Supervisionado e Prática Jurídica Social. Mestre em Direito e Justiça Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Graduado em Direito pela mesma Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Email: lucasgoncon@hotmail.com

O consumo de substâncias psicoativas afeta de maneira profunda amplos aspectos da vida das pessoas que as utilizam e dos grupos nos quais elas estão inseridas. Além do uso recreativo ou ritual, inserido na cultura e na economia dos países, em muitos casos o consumo de drogas se associa a problemas graves como a ocorrência de acidentes, violência, produção ou agravamento de doenças variadas, queda no desempenho escolar ou no trabalho, transtornos mentais e conflitos familiares, entre outros (BRASIL, 2009, p. 345).

A situação é agravada em razão da política de combate às drogas adotada por muitos países, que criminalizam a prática e punem severamente a comercialização de tais produtos ilícitos.

A Lei nº 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas, estabelece quais condutas são criminalizadas pela legislação brasileira. Para que se caracterize a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da referida lei, é necessário que o condenado preencha todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

Assim, atribuir ao tráfico de entorpecentes a que se aplica a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 o mesmo tratamento dado aos crimes hediondos viola o princípio constitucional da proporcionalidade, em sua faceta de proibição de excesso e do princípio devido processo legal, pois o tratamento diferenciado atribuído aos crimes hediondos é incompatível com as consequências penais normalmente impostas a acusado primário e de bons antecedentes.

Considerando os inúmeros requisitos a serem preenchidos e a possibilidade de redução da pena de um sexto a dois terços, a aplicação da hediondez ao referido delito implica em ausência de proporcionalidade, por se tratar de delitos que resultam em penas ínfimas. Destaca-se posicionamento adotado pelo ministro Edson Fachin no julgamento do referido Habeas Corpus, que declarou que se o legislador desejasse incluir o delito de tráfico privilegiado no rol de crimes equiparados a hediondos, o teria feito de forma expressa.

Se a jurisprudência dos Tribunais Superiores já se inclinou no sentido de que o homicídio privilegiado não é hediondo, por

não estar taxativamente previsto o § 1º do art. 121 do Código Penal no rol previsto no art. 1º da Lei 8.072/90, o mesmo entendimento deverá ser adotado quanto ao tráfico privilegiado, sob pena de chancelar evidente contradição no posicionamento das instâncias superiores.

A decisão de não aplicar a hediondez em crimes de tráfico privilegiado afeta principalmente as mulheres, cujo encarceramento registrou alta de 567% entre os anos 2000-2014, conforme dados do Relatório Infopen Mulheres (p. 10). Ainda, destaca-se que 68% da população carcerária feminina nacional encontra-se cumprindo pena em razão do delito de tráfico de drogas, não possuindo, em sua grande maioria, relações com organizações criminosas (p. 29).

Ressalta-se que, inobstante a maior parte da população feminina encontrar-se encarcerada em decorrência de crimes relacionados ao tráfico de drogas, a participação das mesmas costumeiramente é de menor relevância, sendo muitas vezes usadas apenas para o transporte das substâncias ilícitas.

Para essas mulheres, a decisão do STF representa a esperança de deixarem o ambiente prisional mais rapidamente, visto que a descaracterização da natureza hedionda do delito tornará possível a aquisição de benefícios da execução da pena com maior facilidade, sendo possível a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, bem como o livramento condicional após 1/3, em caso de condenada primária, ou 1/2, em caso de reincidente. Ressalte-se que também passam a ser viáveis os benefícios de indulto e comutação, expressamente vedados para os condenados por crimes hediondos.

Considerações Finais

Este trabalho visou explorar a recente decisão do STF no julgamento do HC 118.533 e seus impactos sobre o encarceramento feminino. Verifica-se, pois, o grande impacto que tal decisão terá sobre a população carcerária nacional, em especial sobre as mulheres que se encontram cumprindo pena.

Haja vista que se trata de decisão recente, certamente haverá inúmeros debates sobre o assunto, em especial acerca de sua aplicabilidade nas decisões de 1º grau. Ainda assim, espera-se que possa influenciar positivamente o âmbito da execução penal, impactando principalmente sobre a situação das mulheres que se encontram cumprindo pena.

Referências

- Brasil. Ministério da Justiça. **Relatório Infopen Mulheres**. Junho 2014. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>
- Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Relatório brasileiro sobre drogas**. Brasília: SENAD, 2009.
- United Nations Office on Drugs and Crime. **World Drug Report 2016**. New York: United Nations publication, 2016. Disponível em http://www.unodc.org/doc/wdr2016/WORLD_DRUG_REPORT_2016_web.pdf

RESOLUÇÃO 14, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1994, DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA: REALIDADE OU UTOPIA?

Otávio Amaral da Silva Corrêa
Maria Portella Ghiggi(orientadora)

Introdução:

O artigo tem o objetivo de demonstrar a “não eficácia” dos documentos legais impostos pelo poder público quanto aos direitos dos encarcerados. Ademais, utiliza-se a ideia de Utopia para demonstrar a inaplicabilidade das Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Dessa forma, é possível observar que no Brasil não vivemos em uma realidade socialista, mas sim em um regime econômico liberal onde o Estado é livre para intervir na economia interna da nação. Não obstante, vê-se que quando se trata de legislar os nossos representantes tem se posicionado com ideias e valores que se equiparam muitas vezes a dos pensadores medievais, irrigados de utopia e idealismos banais.

De acordo com a Resolução de número 14, do ano de 1994, formulada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, os delinquentes que vivem em um presídio tem dignidade, bem estar e são tratados como seres humanos. Mas será que na realidade as coisas são tão vigentes desta forma?

Metodologia:

A produção do trabalho começa através de reflexões feitas em sala de aula acerca da dosimetria da pena e de sua consequente aplicação. Deste modo, por meio de uma análise literal morfológica da definição da palavra utopia surge a sua conexão com o chamado Socialismo Utópico, dialética sobre a qual se enquadrava, de acordo com certos estudos, as teorias de Karl Marx e Frederich Engels.

Enfim, utiliza-se de pesquisa bibliográfica e reflexão acerca da própria escrita do documento para a chegada das conclusões expostas. Logo, um método bibliográfico descritivo se faz presente

na metodologia do trabalho.

Resultados e Discussões:

Em suma, através de toda a análise feita em cima da Resolução 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária tendo esta inserida no ordenamento jurídico brasileiro pode-se concluir que esta está mais inserida em um conceito de utopia do que de realidade. Assim, vê-se o caráter formal, todavia não eficaz deste documento lançado em meados da década de 90. Dessa forma, crê-se que a principal maneira de tentar fazer com que isso mude seja a consciência política da população que acaba se utilizando dos votos – muitas vezes – para recompensas individuais, uma vez que a população acaba não crendo mais no Estado Democrático de Direito que deveria ser nossa realidade conforma a Constituição de 1988. Educação e consciência são vistos como os dois métodos de tentar fazer com que a República Federativa do Brasil se transforme em uma nação onde a própria população é de certa forma soberana em caráter de justiça e igualdade. Finaliza-se assim com a seguinte pergunta: Brasil, utopia ou realidade?

A AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANALOGIA AOS CASAIS HOMOAFETIVOS E ÀS TRAVESTIS

Otávio Amaral da Silva Corrêa
Marcelo Maliztia Cabral(orientador)

Introdução:

O artigo objetiva mostrar a possibilidade de aplicação da Ação Penal Pública Incondicionada nos casos de violência doméstica de casais homoafetivos e às travestis. Deste modo, utiliza-se da interpretação do Código de Processo Penal, da lei 11.340\06 e da resolução de número 175 do Conselho Nacional de Justiça como cenário jurídico.

No ano de 2006, a Lei Maria da Penha entrou em vigência no território brasileiro em virtude de uma jogada política, decorrente das sanções estabelecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em defesa do Estado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual fora acionada (caso 12.051) para que o país tomasse alguma medida em razão da conseqüente violência praticada contra Maria da Penha – cidadã brasileira –, pelo seu então cônjuge. A lei veio, destarte, como um modo quebra das relações patriarcais e primitivas, a qual tratam – ainda hoje – a figura feminina como um modo de dominação e hierarquia genotípica.

A Ação Penal condizente a tal reclame, por parte da vítima perante o Estado, era, até o ano de 2012, a Ação Penal Pública Condicionada (vide art. 24, CPP), aquela que necessita de representação para que haja legitimidade do Ministério Público para a quebra da inércia processual e conseqüente devido processo legal. Sendo assim, a vítima necessitava demonstrar o interesse no auxílio do poder judiciário para a feitura da justiça baseada nos dispositivos legais competentes.

Entretanto, em 2012 – 6 anos após a vigência da Lei Maria da Penha –, a Procuradoria Geral da República (órgão superior do Ministério Público, que apresenta competência suprema de defender os direitos e interesses do povo que compõe a nação

brasileira) entrou com a Ação Direita de Inconstitucionalidade 4424, na qual defendia que os inúmeros casos de retratação (mecanismo processual disposto no artigo 35 do CPP que legitima o arrependimento à entrada da ação penal) eram consequência do medo e da submissão presenciadas pelas mulheres decorrentes de seu papel social de inferioridade ao homem.

Discute-se, assim, a possibilidade de extensão de aplicabilidade da lei 11.340, e de sua devida ação penal, aos casais homoafetivos e às travestis – realidade brasileira ignorada pelo poder legislativo no que tange a escrita do ordenamento jurídico.

Metodologia:

Através da análise da obra de Norberto Bobbio, *A Teoria do Ordenamento Jurídico*, pôde-se levar em consideração todo o aparato já existente das decisões do Supremo Tribunal Federal, assim como as próprias leis orgânicas do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, a metodologia aplicada no trabalho aqui exposto foi de referencial bibliográfico seguido de reflexões em cima dos próprios textos oficiais do legislativo e judiciário brasileiro.

Resultados e Discussões:

No ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal julga uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de número 4424, a qual mudou a competência acerca da ação penal condizente aos crimes cometidos em cenário. Passa, assim, para Ação Penal Incondicionada, não necessitando prévia representação da vítima.

Também no ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal votou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, dando procedência, que expandia o direito dos casais homoafetivos à celebração de união estável. Deste modo, acredita-se na extensão desta interpretação de maior garantia aos diretos dos cidadãos LGBT's (Lésbicas, gays, bissexuais e travestis) ao âmbito de matéria penal de crimes de violência doméstica.

Portanto, de acordo com o que foi aqui exposto, necessário

é o uso da analogia como fonte primordial de direito para que se faça com que os direitos aqui expostos tenham efetividade, aplicabilidade e eficácia. Destarte, alega-se a necessidade, também, oxigenação do Poder Judiciário para que ocorra uma maior salvaguarda dos direitos dignamente estabelecidos na Lei Maria da Penha, bem como da vida e integridade física – bens jurídicos indisponíveis ao ser humano.

Referências Bibliográficas:

FRANCO, Alberto Silva; BETANHO, Luiz Carlos; FELTRIN, Sebastião Oscar. Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979. V. 1

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal. 13ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. A Possibilidade de Aplicação da Lei Maria da Penha às Transexuais Femininas Vítimas de Violência Doméstica. 2011. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos>>. Acesso em 17 de abril de 2016.

SILVA, Urbanete de Angliolis; POZZETTI, Valmir César. A Resolução 175 do CNJ e os Requisitos para a Celebração do Casamento. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/16585/13597>> . Acesso em 17 de abril de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 175. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em 17 de abril de 2016.

A PSICOGRAFIA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Ana Claudia Georg Reguly

Jose Olavo Bueno dos Passos (orientador)

O presente trabalho pretende analisar a aceitação da psicografia como fonte de prova no processo penal no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo não é esgotar o tema, porque mesmo este assunto sendo presente na nossa jurisprudência e nos tribunais, é de pouca abordagem acadêmica. A finalidade é justamente trazê-lo à luz das discussões, pois é uma realidade no direito processual penal brasileiro e precisa ser discutida.

Documentos psicografados são textos escritos em um papel pela mão de um médium, através da manifestação de um espírito. Os documentos psicografados possuem caráter mediúnico, de natureza científica e não religiosa.

A autenticidade das “cartas” psicografadas são realizadas por peritos técnicos especialistas em grafoscopia, habilitados no trâmite do processo para examinar a veracidade e legitimidade dos textos.

No âmbito jurídico brasileiro não há nada que proíba sua admissibilidade como fonte de prova no processo penal, não violando nenhuma norma constitucional.

No direito penal esse instrumento de prova está amparado nas que chamamos de inominadas. O rol das provas é exemplificativo, e não taxativo, ou seja, são aceitos meios de provas que não estejam expressos na lei. De prova ilícita e ilegítima não se trata.

O estado democrático de direito brasileiro é laico.

O documento psicografado é de suma importância como meio probatório, pois auxilia na busca da verdade, e é considerado meio de prova inominada, pois não está presente expressamente na legislação, mas deve ser aceito pois é meio lícito e legítimo e não há nada que obste sua aceitação.

O que se busca no conjunto probatório são meios de prova de qualquer natureza para alcançar a verdade dos fatos alegados, assim a psicografia deve ser valorada como as demais provas anexadas aos autos, pois estas serão analisadas pelo juiz, que formará sua decisão de acordo com sua livre convicção.

Há casos concretos em que foram aceitos documentos psicografados como meio prova no Brasil.

O método utilizado na produção deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica.

Referências Bibliográficas:

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci – 2.ed.rev., atual e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006

RIGONATTI, Eliseu. A mediunidade sem lágrimas. Eliseu Rigonatti. Ed. 1ª Editora Pensamento. São Paulo. 1981. Pag. 10,11.

AHMAD, Nemer Psicografia: O novo Olhar da Justiça / Nemer Ahmad 1ª edição – São Paulo: Editora Aliança – 2008. p. 82-161

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, 1933 – Da prova do processo penal / Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. – 5. Ed. Atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1999. p. 48

BASTOS, Orimar / O justo juiz história de uma sentença / editora kelps / Goiânia GO / 2010. P. 29

CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 21ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. Da Prova em Matéria Criminal – Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas – São Paulo – Juarez de Oliveira, 2000. P. 39 - 107

KARDEC, Allan O Livro dos Médiuns / Allan Kardec; tradução de Salvador Gentile, revisão de Elias Barbosa. Araras, SP, IDE, 86ª edição, 2008. P.

PERANDRÉA, Carlos Augusto. A Psicografia a Luz da Grafoscopia. São Paulo: Editora Fé, 1991, p.23

POLÍZIO, Vladimir A psicografia no tribunal / Vladimir Polízio; - São Paulo: Butterfly Editora, 2009. P. 148- 157

TIMPONI, Miguel. A psicografia Ante os Tribunais. 7ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2010. P. 410

KARDEC, Allan. O que é o espiritismo; Allan Kardec. Ed. 25ª. São Paulo. Editora. Lake – 1998.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de Processo Penal / Eugenio Pacelli de Oliveira. – 19º. Ed. Rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO, Filho, Fernando da Costa. Manual de processo penal / Fernando da Costa Tourinho Filho. – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010

O SIGILO EXTERNO NO INQUÉRITO POLICIAL: INDÍCIOS VS. PROVAS

Nasla Sena Soares¹
Marina Portella Ghiggi²

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho representa um recorte de um projeto mais amplo idealizado pela Liga Acadêmica de Ciências Criminais, da Universidade Católica de Pelotas, sobre questões acerca do Inquérito Policial. Optou-se por este assunto por ser uma possibilidade de, em conjunto, abordar os diversos pontos controversos que envolvem o referido procedimento.

O recorte promovido por este trabalho busca demonstrar que a falta de sigilo externo presente no atual inquérito brasileiro é errônea porque danifica a imagem do sujeito (objeto da investigação) por se tratar de um processo administrativo inquisitorial, sem ampla defesa e contraditório. Sendo o Inquérito Policial caracterizado por ser um conjunto de diligências feito pela autoridade policial, a qual busca um juízo de probabilidade da materialidade e da autoria do fato, tratando-se, portanto, de um conjunto de indícios e não de provas. Seguindo o conceito criado por Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, a investigação preliminar não se constitui de provas, mas sim de atos de investigação. Portanto, ao publicar-se as informações do inquérito, que nada mais são do que os indícios ou atos de investigação, publica-se uma probabilidade e não o juízo concreto que está presente no processo penal, o qual, por sua vez, sustenta a condenação através da inexistência de dúvidas, visto que na dúvida se absolve o réu (*in dubio pro reo*), sendo lógico que na fase pré-processual estas existem, tanto que após o inquérito ainda há a possibilidade do Ministério Público não denunciar e arquivá-lo. O debate aqui promovido não busca comprovar os danos que a falta

¹ Acadêmica do curso de Direito, vinculado à Universidade Católica de Pelotas. E-mail: naslasenasoares@hotmail.com

² Professora de Direito Penal vinculada à Universidade Católica de Pelotas. E-mail: marinaghiggi@yahoo.com.br

do sigilo externo podem causar ao suspeito e/ou ao indiciado no Inquérito policial, pois os danos de fato ocorrem e estão presentes no dia a dia social para quem quiser observar, bem como não busca pacificar o conflito constitucional existente entre o direito de imagem, vida privada, intimidade e honra presentes no Art.5º, X da CF com o direito de liberdade de imprensa presente no art.5º, IV e Art.220 da CF.

2. METODOLOGIA

No decorrer do ano, a Liga Acadêmica de Ciências Criminais contou com alguns profissionais do Direito (Delegados, Defensores, Promotores de Justiça) para que apresentassem suas percepções e críticas quanto ao atual modelo investigatório no Brasil, bem como, sua materialização, no Inquérito Policial.

O método utilizado na fase de investigação e na elaboração do produto final da pesquisa foi o indutivo. Acionaram-se as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diferenciar qual é a tarefa do Inquérito Policial da tarefa do Processo Penal é o pontapé inicial para um melhor esclarecimento. Para CARNELUTTI (2015, p.45), “a tarefa do processo penal está no saber se o acusado é culpado ou não”. Já a tarefa do Inquérito policial, de acordo com TOURINHO FILHO (2010, p.109), é “a apuração da existência da infração penal e a respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que autorizem a promovê-la”, ou seja, o inquérito policial atua como um filtro para assegurar ou não a existência do processo, baseando assim a ideia de LOPES Jr.(2014, p.170), ao relatar que “a investigação preliminar não está destinada a um juízo de certeza, pois para isso estão o processo penal e a instrução definitiva”. Ainda seguindo as suas ideias, a investigação preliminar surge com um juízo de possibilidade, sendo necessária a sua evolução para um juízo de probabilidade, que é o predomínio de razões positivas que afirmam a existência do delito e sua autoria,

para a admissão de uma ação penal ou aplicação de uma medida cautelar.

Como pode-se observar, o valor do que foi juntado no inquérito não pode ser admitido como prova, uma vez que faz um mero juízo de probabilidade, ou seja, caracteriza-se como um ato de investigação o qual pode vir a ser prova ou não. De acordo com AVENA (2009), “Considerando a ausência das garantias constitucionais apontadas (ampla defesa e contraditório), há muito tempo consolidaram-se os tribunais pátrios no sentido de que o inquérito policial possui valor probante relativo, ficando sua utilização como instrumento de convicção do juiz condicionada a que as provas nele produzidas sejam renovadas ou ao menos confirmadas pelas provas judicialmente realizadas sob o manto do devido processo legal e dos demais princípios informadores do processo”. Além disso, segundo NUCCI (2016, p.48), “cremos despropositada a corrente de pensamento que sustenta serem válidas todas as provas coletadas pela polícia judiciária, muito embora não sejam elas realmente renovadas diante do juiz”. Este autor, ainda afirma que se confere muita validade e confiabilidade ao que é produzido pela polícia judiciária, mesmo sendo a natureza do inquérito a de um procedimento preparatório.

O art.155, do CPP regula o valor das provas vs. os indícios na hora em que o juiz decide se condena ou não, no seguinte artigo diz:

“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.”

Ao interpretar o artigo acima, vimos que só as informações do inquérito, as quais foram reproduzidas no processo penal com a ampla defesa e o contraditório, é que, de fato, são provas (com exceção aquelas que não podem ser reproduzidas, tal como o exame de corpo de delito) e só com elas pode-se ter a fundamentação da decisão do juiz, embora este possa ser contaminado por meras informações contidas no inquérito. Mas a

situação fica mais crítica no tribunal do júri, onde o jurado não distingue ato de investigação de prova, embora, nas palavras de LOPES Jr.(2014, p.300) “alguma doutrina aponta que os atos do inquérito policial valem até que provem o contrário, estabelecendo uma presunção de veracidade não prevista em lei” quebrando, desse modo, o entendimento de que o ônus da prova é do Estado e não do acusado.

Considerando o delito um pedaço da estrada, cuja quem a percorreu procura destruir, sobre o quesito provas, CARNELUTTI (2015, p.46), escreve: “As provas servem ,exatamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, reconstruir a história”. Portanto, a função das provas é, de fato, constituir a história do delito, sendo cabível aos atos de investigação averiguar a existência e a autoria do delito, agindo como atos informativos, embora possam justificar medidas de natureza endoprocimental.

Outro impasse existente é a falta de uma legislação que trate da comunicação ao sujeito quando este passa a condição de indiciado no Inquérito Policial, ou seja, para informar que está formalmente submetido a este. Nas palavras de LOPES Jr.(2014, p.433) “o CPP não define de forma clara quando uma pessoa passa a ser considerada indiciada, tampouco define claramente que consequências endoprocimentais produzam o indiciamento”.

Quanto ao sigilo de forma geral o CPP através do Art.20 regula:

“Art.20. A autoridade assegurará ao Inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”

Pode-se perceber que nada trata do sigilo externo ou interno de forma direta, sendo o primeiro em relação à sociedade em geral e o segundo em relação à parte indiciada. Ainda no que tange ao sigilo interno Súmula Vinculante 14, diz: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Para LOPES Jr.(2014, ps. 599 e 193) “O sigilo externo assegura o êxito da investigação e preserva o sujeito passivo da estigmatização social prévia de processo penal” defendendo também que “o fato é público. Sigilosas são as atuações do órgão instrutor/investigador”.

4. CONCLUSÕES

Findo este trabalho, através da análise do que é prova e do que é ato de investigação, percebe-se a publicação do inquérito policial pode causar um grave dano ao princípio da presunção de inocência, devido ao fato de que a imprensa usa o fácil acesso a este para se apropriar do drama particular entre vítima e indiciado, fomentando o ódio ao outro, reforçando, dessa forma, uma cultura inquisitiva.

Sobre o sigilo externo, afirma NUCCI (2008, p.118): “O inquérito policial por ser peça de natureza administrativa, inquisitiva, e preliminar à ação penal, deve ser sigiloso, não submetido, pois a publicidade que rege o processo. Não cabe a incursão na delegacia, de qualquer do povo, desejando acesso aos autos do inquérito policial, a pretexto de fiscalizar e acompanhar o trabalho do Estado-investigação, como se poderia quanto ao processo-crime em juízo. As investigações já são acompanhadas e fiscalizadas por órgãos estatais, dispensando-se, pois a publicidade”.

O sigilo externo é responsável pela preservação da pessoa, mantendo assim seu estado de inocência até que se prove o contrário. Por isso, é de vital importância sua obrigatoriedade na fase pré-processual, mantendo não só o sujeito objeto da investigação protegida do julgamento social equivocado, por informações que não se constituem como provas que, portanto, não podem condenar, mas também o juiz, promotor e até mesmo os policiais envolvidos na elucidação do caso de serem pressionados pela mídia, a exemplo da Espanha, onde o segredo externo permanece até o processo, sendo público a partir de então e a Itália que proíbe a publicação das atuações policiais ou do ministério público e seu conteúdo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NUCCI, G. de S. Manual de processo penal e execução penal. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES Jr., A; GLOECKNER, R. J. Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, G. de S. Código de Processo Penal Comentado. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CARNELUTTI, F. As Misérias do Processo Penal. 3ª ed., São Paulo: CL Edijur.

AVENA, N. Processo Penal Esquematizado. 6ª ed., Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014

TOURINHO FILHO, F. C. Manual de Processo Penal. 13ª ed., São Paulo: SAIRVA, 2010.

AZEVEDO, R. G.; VASCONCELLOS, F. B. Revista Sociedade e Estado, v. 26, n 1, p. 59-75, 2011