

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 15, número 3, set./dez. 2020



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 15, número 3, set./dez. 2020

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS
v. 15, n. 3 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – set./dez. 2020



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada pelo Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)
©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura

Diretora Acadêmica: Profa. Ms. Naiara Vieira Silva Ivo

Coordenadora do Curso de Direito: Profa. Ms. Tatiana de Souza Araújo Antunes

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil
Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello

Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: OMNIA VFX

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a: (All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address) Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

v. 15, n. 3 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – set./dez. 2020 – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2020– v. : 19 x 26 cm.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

SUMÁRIO

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. Álisson Thiago de Assis Campos e Deilton Ribeiro Brasil	11
A POLÍTICA CRIMINAL DE PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: LIMITE SUBSTANCIAL DO BEM JURÍDICO E DESAFIOS DOGMÁTICOS. Antônio Carlos da Ponte e Dermeval Farias Gomes Filho	34
DA ACADEMIA AO ADVOCACY: RELATO SOBRE A ATUAÇÃO DA CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA UFPR NA CONSTRUÇÃO CRÍTICA SOBRE A GENÉTICA CRIMINAL NO BRASIL. Taysa Schiocchet, Ana Letícia Manfrim Rohden e Luiza do Carmo Louzada	59
INTERSECCIONALIDADE NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO: O ATENDIMENTO DE ADOLESCENTES DO SEXO FEMININO EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. Vitória Rodrigues da Silva e James Ferreira Moura Junior	79
O FENÔMENO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA E AS LACUNAS JUSTIFICANTES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. Cristiano Ricardo Antunes e Humberto José Lourenção	80
PROTEÇÃO DE DADOS <i>POST MORTEM</i>. Joana de Moraes Souza Machado e Auricélia do Nascimento Melo	
CULTURA DO MEDO, VIGILÂNCIA E PRIVACIDADE: SORRIA! VOCÊ ESTÁ SENDO FILMADO! Mateus Mantovani Sorgatto	108
<i>PLEA BARGAIN</i> NO BRASIL E OS DISCURSOS DE EMERGÊNCIA. Paulo Henrique Campos Leite, Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt e Laura Patrícia Oliveira de Castro Campos	122
O PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO E O DIREITO PENAL: UM ESTUDO SOBRE OS INSTITUTOS DA TRANSAÇÃO PENAL, COLABORAÇÃO PREMIADA, JUSTIÇA RESTAURATIVA E <i>PLEA BARGAIN</i>. Jonas Rodrigo Gonçalves, Cibele Salão Correia e Silva Assunção e Elienay Kadesh Rosa Assunção	138
AS RENÚNCIAS FISCAIS PARA FINS DE DESENVOLVIMENTO DO PAÍS: REFLEXÃO CRÍTICA. Wilson Medeiros Pereira	154

EDITORIAL

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos trilha um belo caminho rumo a sua consolidação nacional e internacional. O presente volume 15, número 3, referente ao quadrimestre de 2020, traz muitos artigos científicos com profundidade e abordagens importantíssimas com muitos dos atuais cenários nacionais e internacionais em discussão. Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, obter permanente exogenia representa a prova de expansão desse valioso periódico em várias partes do Brasil e do mundo. E é o que este volume 15, número 3, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos centros de produção acadêmica e cultural. Para tanto, segue após essa minha fala um pontual um olhar panorâmico escrito pelo Prof. Dr. Gilson Cássio de Oliveira Santos.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Montes Claros, 18 de outubro de 2020.
Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos tem a imensa satisfação de disponibilizar a edição número 3 do volume 15, composta por dez relevantes artigos que externam temas atuais do mundo jurídico. Um deles aborda questões relativas ao direito econômico e tributário, outro faz apontamentos empíricos sobre Direitos Humanos, outro, ainda, avalia o sistema socioeducativo a partir de uma abordagem interseccional e os demais tocam, de algum modo, discussões sensíveis ao direito penal.

A aplicação de práticas restaurativas como forma alternativa de resolução dos conflitos relativos à violência doméstica é apresentada no artigo “A justiça restaurativa como instrumento de garantia dos direitos fundamentais da mulher na resolução de conflitos”, escrito por Álisson Thiago de Assis Campos e Deilton Ribeiro Brasil. Reconhecendo o caráter recente e a dificuldade na resolução de problemas operacionais, os autores defendem que as práticas restaurativas possibilitam soluções democráticas para os conflitos oriundos da violência doméstica.

Já o artigo “A política criminal de proteção da saúde pública no Brasil: limite substancial do bem jurídico e desafios dogmáticos”, apresentado por Antônio Carlos da Ponte e Dermeval Farias Gomes Filho, expõe o panorama da saúde pública no Brasil, tocando nas questões atuais relativas à pandemia provocada pelo coronavírus. Nesta senda, apresenta o caráter imperativo de se proteger a saúde pública com normas penais incriminadoras, não apenas no âmbito individual, mas também na esfera coletiva.

Taysa Schiocchet, Ana Letícia Manfrim Rohden e Luiza do Carmo Louzada discutem, com apresentação de dados empíricos, a experiência da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH|UFPR), no artigo intitulado “Relato sobre a atuação da Clínica de Direitos Humanos da UFPR na construção crítica sobre a genética criminal no Brasil”.

As autoras apresentam uma pesquisa realizada por meio do método indutivo e chamam a atenção para o potencial de inovação no ensino jurídico e efetivação da justiça social evidente nas Clínicas de Direitos Humanos.

O sistema socioeducativo, também, foi avaliado por Vitória Rodrigues da Silva e James Ferreira Moura Junior. Tendo ciência da ausência de estudos interseccionais referentes aos sistemas prisional e socioeducativo, imergem, portanto, no labor de estudar o atendimento socioeducativo de privação de liberdade para adolescentes do sexo feminino através do prisma interseccional. Tais discussões estão postas no artigo “Interseccionalidade no sistema socioeducativo: o atendimento de adolescentes do sexo feminino em privação de liberdade”.

O artigo “O fenômeno da obediência hierárquica e as lacunas justificantes no direito penal brasileiro”, escrito por Cristiano Ricardo Antunes e Humberto José Lourenção, asseverou a relevância de reavaliar a estrutura legal criminal brasileira, de modo a incluir causa excludente de antijuridicidade com foco específico no bom emprego nos casos que evidenciem a responsabilidade exclusiva do autor da ordem, com isenção de culpa daqueles atentos à obediência hierárquica.

Preocupadas com o contexto hodierno do fluxo de dados nas redes *on-line*, Joana de Moraes Souza Machado e Auricélia do Nascimento Melo identificaram a necessidade de uma legislação capaz de efetivar a segurança de dados *post mortem*, com a finalidade de não se configurar a hipótese de dano aos familiares dos indivíduos mortos, já que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil não atende a tal demanda.

Mateus Mantovani Sorgatto, por sua vez, aborda sobre a crescente demanda por segurança privada no artigo “Cultura do medo, vigilância e privacidade: sorria! Você está sendo filmado!”. O estudo, fundamentado em revisão de literatura, destaca a dicotomia existente entre a necessidade da segurança e a exposição à vigilância constante.

Com atenção ao Pacote Anticrime, em sua variante a princípio apresentada pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, Paulo Henrique Campos Leite, Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt e Laura Patrícia Oliveira de Castro Campos advogam a alvorada do *plea bargain* como possibilidade de adiantar a culpa do acusado, abolindo-lhe o *status* de inocente com atenção ao devido processo legal, com a finalidade de se obter agilidade processual.

Extrapolando os estudos sobre o *plea bargain*, Jonas Rodrigo Gonçalves, Cibele Salão Correia e Silva Assunção e Elienay Kadesh Rosa Assunção incumbiram-se de discutir alguns dos modelos consensuais de resolução, como: A Transação Penal, Colaboração Premiada, Justiça Restaurativa. Os autores atentaram para a necessidade de adaptação de tais institutos à realidade brasileira por meio de leis específicas que determinem limites de atuação de cada modelo de negociação.

Por fim, Wilson Medeiros Pereira discute sobre as renúncias fiscais e observa a importância de tal instrumento como programa econômico estratégico para alguns setores produtivos. No artigo “As renúncias fiscais para fins de desenvolvimento do país: reflexão crítica”, o autor avalia o caso da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE)

e outros casos de renúncia fiscal no Brasil.

A presente edição da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos estampa discussões relevantes e atualíssimas vivenciadas no mundo social e jurídico. De tal modo, a equipe editorial da revista congratula-se por disponibilizá-la à apreciação dos leitores. Em nome da referida equipe, desejo boa leitura e bons estudos!

Montes Claros (MG), 18 de outubro de 2020.

Prof. Dr. Gilson Cássio de Oliveira Santos

ARTIGOS

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

THE RESTORATIVE JUSTICE AS A GUARANTEE INSTRUMENT OF WOMEN'S FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONFLICT RESOLUTION

Álison Thiago de Assis Campos ¹
Deilton Ribeiro Brasil ²

RESUMO: O artigo objetiva analisar a aplicação de práticas restaurativas como via alternativa de resolução para os conflitos relativos à violência doméstica e se a utilização da Justiça Restaurativa para a efetivação do direito de participação das mulheres garantindo que suas perspectivas e interesses sejam levados em consideração na construção do provimento final. Como resultados alcançados o processo constitucional democrático forneceu os fundamentos que concluíram pela possibilidade de legitimação da participação feminina na construção da resolução de conflitos. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método dedutivo.

Palavras-chave: Justiça restaurativa; empoderamento feminino; violência doméstica; processo penal democrático; direitos fundamentais.

ABSTRACT: The paper aims to analyze the application of restorative practices as an alternative way of solving conflicts related to domestic violence and whether the use of Restorative Justice for the realization of women's right to participation, ensuring that their perspectives and interests are taken into account in the construction of the final legal provision. As results achieved, the democratic constitutional process provided the foundations that concluded by the possibility of legitimizing women's participation in the construction of conflict resolution. The research is theoretical and bibliographic using the deductive method.

Keywords: Restorative justice; female empowerment; domestic violence; democratic criminal procedure; fundamental rights.

SUMÁRIO: Introdução. 2. A justiça restaurativa e suas proposições teórico-legislativas. 2.1 Noções preliminares acerca da justiça restaurativa. 2.1.2 Conceituação das práticas restaurativas. 2.1.3 Justiça Restaurativa e o empoderamento das vítimas de violência doméstica. 3. Justiça

¹ Doutorando pelo PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna (UIT). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4592-4907>.

² Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho/RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE/AFYA). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7268-8009>.

restaurativa, processo penal democrático e protagonismo da mulher. 3.1 Processo constitucional democrático. 3.2 A participação voluntária da mulher na solução dos conflitos envolvendo violência doméstica e o processo penal democrático. 3.2.1 Ausência de participação da mulher no processo penal: déficit de democraticidade e institucionalização da violência de gênero. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A finalidade da presente artigo é analisar o tratamento dado à mulher pela sistemática de resolução dos conflitos que envolvem violência doméstica, buscando uma possível resposta para o seguinte questionamento: a Justiça Restaurativa pode se apresentar como via alternativa capaz de dar mais voz às vítimas na construção do provimento jurisdicional e, assim, constituir instrumento para efetivação de Direitos Fundamentais?

A problemática se insere em um contexto mais amplo que leva em consideração os estudos da violência simbólica desenvolvidos por Pierre Bourdieu (2018), sendo necessário averiguar, de maneira mais específica, se a ausência de participação direta da mulher na construção do provimento jurisdicional pode ser encarada como uma forma institucionalizada de violência doméstica.

A pesquisa não tem a intenção de substituir o sistema de representação penal exercido pelo Ministério Público em sua completude, mas apenas complementá-lo, permitindo a participação dos interessados na resolução do conflito. É que, além de um aspecto de proteção coletivo, os Direitos Humanos devem atender aos interesses individuais de proteção capazes de proteger a vítima, seus familiares e a comunidade especificamente atingida pelo delito.

Da mesma forma, o objetivo do presente trabalho não é, tampouco, o de obrigar a vítima a se submeter a um procedimento restaurativo, mas apenas facultar essa possibilidade aos interessados, caso seja de interesse dos mesmos. Assim, a relevância da pesquisa ganha contorno no momento em que se analisa o sistema de aplicação da lei penal a partir de uma perspectiva mais democrática, isto é, que concede voz à mulher vítima de violência e permite que seus anseios e perspectivas sejam levados em consideração no momento da construção do provimento jurisdicional.

A metodologia empregada para a estruturação da pesquisa deverá se basear no método dedutivo, de forma que as diversas premissas apresentadas ao longo da dissertação permitirão a conclusão segundo a qual a Justiça Restaurativa pode atuar como via capaz de garantir e efetivar direitos fundamentais das mulheres. Partindo, portanto, de uma revisão de literatura baseada na releitura

da principal literatura que versa sobre o processo constitucional democrático e, ainda, mediante uma análise aprofundada dos documentos que incentivam a implementação da Justiça Restaurativa e a proteção/participação da mulher na resolução dos conflitos, pretende-se realizar um exame conceitual dos aspectos relacionados ao tema.

Em relação aos procedimentos técnicos utilizados quando da coleta dos dados que nortearam a pesquisa, utilizou-se da pesquisa documental e bibliográfica, com enfoque em leituras de textos e normas que abordam a justiça restaurativa, o processo constitucional democrático, a violência de gênero e os direitos das mulheres, de maneira a informar os conceitos de ordem dogmática utilizados. O tema possui relevância teórica porque propõe uma análise em perspectiva transdisciplinar envolvendo o ordenamento jurídico interno, as normas internacionais a sociologia e a filosofia. Assim, pretende-se ultrapassar a mera análise de questões relativas aos efeitos jurídicos ocasionados pela violência doméstica, verificando o fenômeno em uma ótica mais ampla e que envolve a possibilidade de participação da vítima dentro do processo de construção do provimento jurisdicional.

2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUAS PROPOSIÇÕES TEÓRICO LEGISLATIVAS

A burocratização do Estado ocorrida a partir do século XIII acabou produzindo uma modificação substancial nas relações entre “criminoso” e “vítima”, já que o surgimento das ideias de que o Estado seria o principal afetado pelas infrações penais ocasionou um verdadeiro “confisco do conflito à vítima” (ACHUTTI, 2016, p. 49).

Em razão dessas modificações, os procedimentos de apuração criminal foram moldados à luz das necessidades estatais, e a manutenção dessas políticas criminais pode ser verificada até os dias atuais, inclusive no Brasil (BRAITHWAITE, 2002, p. 5).

A sistemática vigente no atual sistema de análise e julgamento de crimes baseia-se em um modelo autocrático de processo, posto que determina a aplicação do Direito a partir da perspectiva estatal, deixando de lado os anseios das pessoas vitimadas pelo conflito. Nessa esteira, há uma tendência mundial que aponta para a necessidade de adoção de técnicas judiciais capazes de satisfazer os interesses de todos que foram atingidos - direta ou indiretamente - pelo fenômeno delitivo.

Não se admite mais a centralização hermética do poder, esse sistema já provou que não é capaz de solucionar a totalidade dos conflitos, pois os cidadãos a ele submetidos não estão retornando à sociedade de maneira esperada, pois o sistema prisional mantém, ou potencializa, a criminalidade.

É por isso que a proposta é diminuir a intervenção estatal, aumentando os espaços comunitários para ampliar as possibilidades de solucionar os conflitos sem as marcas da justiça criminal oficial e, especialmente, do cárcere, ou de qualquer outra forma de punir oficialmente, pois todas elas estigmatizam e criam mortos sociais, porque uma vez inscrito no rol dos culpados, sair de lá é impossível (CORREIA, 2017, p. 90)

Uma das formas de abarcar o ofendido e atribuir-lhe um seu papel relevante na construção consensual e democrática da decisão, é permitir uma aplicação dialógica da norma, de forma a atender aos interesses de todos aqueles que, de uma forma ou de outra, foram afetados pelo conflito e, portanto, serão afetados pelo provimento jurisdicional dele decorrente.

Dessa forma, torna-se importante estabelecer possibilidades de encontro e refazimento de elos entre as partes, sobretudo através da responsabilidade do infrator, da restauração da vítima e da reintegração do réu à sociedade. Dessa forma, podem-se abrir novos caminhos para a comunicação e para o protagonismo das partes, permitindo um maior entendimento entre elas e solução mais eficaz e satisfatória dos conflitos ocasionados pela prática delitiva.

A necessidade de criação de sistemas alternativos e participativos de resolução de conflito se dá porque, atualmente, como bem define Salo de Carvalho ao prefaciar a obra de Daniel Achutti:

Os únicos satisfeitos com as resoluções apresentadas pelo sistema punitivo são os próprios operadores da máquina burocrática judiciária; as pessoas efetivamente envolvidas nas situações problemáticas são desprezadas, seus direitos fundamentais violados e suas expectativas frustradas. Assim, seria possível concluir que uma das únicas virtudes do sistema penal (talvez a sua principal) é a de satisfazer a *vontade de punir* dos seus atores e do seu público consumidor – audiência invariavelmente imune à sua incidência; público que, em decorrência de sua condição socioeconômica, não é vulnerável aos processos de seletividade estigmatizante (ACHUTTI, 2016, p. 23)

Inserida nesse contexto de necessidade de construção de um *locus* participativo para resolução de conflitos e, ainda, buscando viabilizar soluções capazes de atentar para as ambições dos ofendidos, a Justiça Restaurativa se apresenta como uma possibilidade para a democratização do processo penal, na medida em que permite a construção de uma solução participada e democrática do mérito processual.

Nos últimos anos têm surgido, em diversos países, um conjunto de procedimentos judiciais ou extrajudiciais de resolução ou administração de conflitos que se utilizam de mecanismos como a negociação, conciliação, mediação e/ou arbitragem, inclusive no âmbito criminal. Na base da escola encontra-se a autorregulação e a autocomposição de litígios, com ou sem recurso a uma terceira parte com o papel de conselheiro ou informador sobre os direitos das partes. Segue-se a conciliação, depois a mediação, e por último um conjunto de processos particulares de arbitragem e de formas híbridas que se aproximam dos modos jurisdicionais de resolução de conflitos.

Embora exista uma multiplicidade de justificativas para experiências de informalização da justiça, em geral os defensores das formas alternativas de administração de conflitos pretendem promover um novo modelo de justiça, que permita aos indivíduos se reapropriarem da gestão dos conflitos. Estes movimentos desenvolvem sobretudo experiências de mediação em matéria penal, de vizinhança e mesmo escolar e de família, com a formação de mediadores pertencentes a diferentes profissões ou comunidades. Ao lado do modelo adjudicatório ou retributivo tradicional, passa a existir um modelo de

justiça negociada, de compensação, reparadora ou restaurativa.

A proposta de uma justiça restaurativa tem por base um quadro de reflexão sobre os conflitos, os crimes e as respostas aos crimes, mais do que uma teoria ou uma filosofia da justiça. Está na origem de diversos programas, como mediação entre vítimas e acusado e conferências familiares ou comunitárias. Trata-se de uma forma inovadora de lidar, coletivamente, com o dano causado, em conformidade com uma concepção de justiça dialogicamente construída (ACHUTTI, 2016, p. 34-35)

Nota-se, então, que as práticas restaurativas podem auxiliar a melhorar a forma como a vítima encara a solução dos conflitos, possibilitando a satisfação de suas necessidades emocionais e de relacionamento.

2.1 Noções preliminares acerca da justiça restaurativa

Embora ainda seja um paradigma em construção, a Justiça Restaurativa é conceituada por Neemias Moretti Prudente como sendo “uma nova forma de resolução de conflito em que as próprias partes envolvidas numa situação específica (vítima, infrator e comunidade – primária e/ou secundária) se encontram e buscam, por meio do diálogo/consenso, e com a ajuda de um facilitador capacitado, a solução da divergência” (PRUDENTE, 2011, p. 42).

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, o professor Deilton Ribeiro Brasil defende que a Justiça Restaurativa é uma forma de ampliar “o círculo dos interessados no processo (aqueles que foram afetados ou têm uma posição em relação ao evento ou ao caso) para além do Estado e do ofensor, incluindo também as vítimas e os membros da comunidade” (BRASIL, 2014, p. 157).

Leonardo Sica lembra, entretanto, que “mais do que uma teoria em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria” (SICA, 2007, p. 10). Partindo dos pressupostos acima destacados, o Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC), por meio da Resolução nº 12/2002, incentivou a implementação das práticas relativas à Justiça Restaurativa e definiu o processo restaurativo como sendo aquele “no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador” (ONU, 2002).

Atuando ativamente na composição de um conflito, as vítimas acabam ampliando a possibilidade de efetivação de suas pretensões dentro de um processo judicial, legitimando a atuação do Estado e permitindo a implementação de um enfoque mais humanizado e democrático, voltado à proteção do interesse de todos os indivíduos envolvidos com as questões complexas postas à apreciação do Poder Judiciário.

Segundo John Braithwaite, as soluções restaurativas de conflito entre ofensor e ofendido eram o modelo dominante de Justiça Criminal durante a maior parte da história da humanidade. No entanto, este paradigma sofreu grande modificação após a Conquista Normanda da Inglaterra ocorrida no final da Idade Média.

A justiça restaurativa foi o modelo dominante de justiça criminal durante a maior parte da história da humanidade, talvez para todos os povos do mundo. Um passo decisivo para a modificação dessa situação foi ocorrido com a Conquista Normanda que se abateu sobre grande parte da Europa no final da Idade das Trevas (Van Ness 1986, p. 66; Weitekamp 1998). Transformar o crime em uma questão de traição e de felonias contra o rei, em vez de um mal feito a outra pessoa, era uma parte central do programa de dominação do monarca de seu povo (BRAITHWAITE, 2002, p. 5).

Ao tratar sobre as principais contribuições no campo das práticas restaurativas, Howard Zehr destaca que “dois povos fizeram contribuições profundas e muitas específicas às práticas nesse campo: os povos das primeiras nações do Canadá e dos Estados Unidos e os maori da Nova Zelândia”. Essa visão, segundo o referido autor, reforça o entendimento de que a justiça restaurativa encontra reverberação histórica nas tradições indígenas que acabaram sendo desprezadas e reprimidas pelos colonizadores europeus (ZEHR, 2008, p. 256).

2.1.2 *Conceituação das práticas restaurativas*

Historicamente as bases da expressão “Justiça Restaurativa” remontam à década de 1950, quando o psicólogo norte-americano Albert Eglash deu início à implementação de um modelo diferenciado para reabilitação dos criminosos a partir da busca pelo perdão de sua vítima (BIANCHINI, 2012, p. 88). Posteriormente, em 1977, Eglash publicou um ensaio denominado “Beyond Restitution: creative restitution” em que apadrinhou o termo ora analisado e, por essa razão passou a ser considerado como o grande precursor dos ideais restaurativos na forma como hoje é estudada no ambiente acadêmico.

Vale lembrar, entretanto, que muito embora a criação do termo “Justiça Restaurativa seja creditada a Albert Eglash:

[...] a concepção de justiça a que ele se referia não era nova. A justiça restaurativa não é um movimento de "nova onda" à margem da prática jurídica. Suas concepções de justiça têm sido mais ou menos proeminentes durante a maior parte da história. Como diz o criminologista John Braithwaite, "a justiça restaurativa tem sido o modelo dominante da justiça penal em toda a história da humanidade para todos os povos do mundo". As concepções da Justiça Restaurativa reivindicam suas raízes nas tradições ocidentais e não-ocidentais. Assim, um movimento em direção a um modelo restaurador da justiça talvez seja melhor entendido como um retorno às raízes da justiça, e não como uma nova "cura" para um sistema enfermo (LLEWELLYN; HOWSE, 1999, p. 4)

Muito embora o paradigma de Justiça Restaurativa ainda esteja em construção, ela pode ser conceituada como sendo “uma nova forma de resolução de conflito em que as próprias partes envolvidas num conflito específico (vítima, infrator e comunidade – primária e/ou secundária) se encontram e buscam, por meio do diálogo/consenso, e com a ajuda de um facilitador capacitado, a solução da divergência” (PRUDENTE, 2011, p. 42).

Adotando uma perspectiva semelhante, Deilton Ribeiro Brasil assevera que a Justiça Restaurativa trata-se de uma forma de ampliar “o círculo dos interessados no processo (aqueles que foram afetados ou têm uma posição em relação ao evento ou ao caso) para além do Estado e do ofensor, incluindo também as vítimas e os membros da comunidade” (BRASIL, 2014, p. 157).

Atendendo a essa expectativa, a Justiça Restaurativa impõe uma maior participação da vítima dentro da construção do provimento final, sendo que ela deixa de ser mero coadjuvante na sistemática de resolução de conflitos e passa a atuar de maneira ativa, expondo seus interesses e preocupações de maneira a auxiliar na implementação de uma resposta criminal que atenda a seus anseios.

Atuando ativamente dentro da resolução de um conflito, a vítima acaba ampliando a possibilidade de efetivação de suas pretensões dentro de um processo, legitimando a atuação do Estado com um enfoque mais voltado para a relação humana e proteção ao interesse de todos os indivíduos envolvidos com a questão.

Damásio de Jesus ensina que diante da prática de uma infração penal, a Justiça Restaurativa pretende reunir o ofendido, seus familiares, o ofensor e os representantes da sociedade com a intenção de debaterem e encontrarem uma forma de solucionar determinado conflito, de modo a satisfazer a vítima (JESUS, 2006, p. 1). Nesse sentido, algumas alternativas penais, tais como o acordo civil, a transação penal, a mediação e outras opções modernas podem integrar, como instrumentos eficazes, esse meio de evitar os percalços de um processo criminal e a eventual aplicação da prisão como clássica resposta penal.

Justamente por trazerem uma visão mais humanizada da Justiça, as práticas restaurativas buscam auxiliar os sujeitos envolvidos no conflito, assim como os membros da comunidade afetada, propondo uma mudança sensível no procedimento de apuração do ato criminoso. Através de um enfoque multidisciplinar que conta com adesão voluntária das partes desde seu início até a decisão final, a Justiça Restaurativa busca dar fim ao conflito através da efetiva participação das partes atingidas pelo provimento final que ajudam a construir.

2.1.3 *Justiça Restaurativa e o empoderamento das vítimas de violência doméstica*

A participação efetiva das mulheres na resolução de conflitos permite um “lugar de fala” à mulher dentro do processo penal, garantindo a ela a possibilidade de se posicionar e opinar na construção do provimento final. Essa participação pode ter um papel importante para fazer com que os princípios que norteiam o respeito aos direitos femininos sejam introjetados para além do sistema jurídico e político dos Estados. É que, a partir do momento em que vítima tem a possibilidade de chamar o agressor à responsabilidade e participar da construção do provimento jurisdicional que lhe será destinado, torna-se possível conscientizar o agressor acerca dos malefícios de seus atos. Assim, a solução do conflito estará se alicerçando em uma racionalidade dialógica que tende a por fim à violência de gênero.

Um dos objetivos centrais da filosofia da justiça restaurativa é criar a oportunidade para que a pessoa afetada pela violência possa ter a oportunidade de se engajar no diálogo e explicar como foi impactada por ela. Ter um espaço seguro para contar a sua história, ser ouvida e validada pode ser uma experiência poderosa, especialmente quando isso é combinado com a audição do agressor assumindo a responsabilidade por suas ações (DISSEL; NGUBENI, 2003, p. 7-8)

Dessa forma, é preciso garantir às mulheres um acesso à justiça que transcenda a norma e crie a real possibilidade de demandar proteção judicial que seja capaz de atender aos reais anseios das mulheres, o que garante a implementação de um modelo mais humanizado de solução das controvérsias.

É preciso considerar que os preceitos restaurativos estabelecem que cada caso seja analisado de forma particular e individualizada. Outro princípio importante é a atenção às vítimas, a responsabilização do ofensor e a implicação com a comunidade de forma que a decisão tomada seja consensual, isto é, os sujeitos não são meros espectadores à maneira do processo convencional. Além disso, as práticas restaurativas (círculos restaurativos, conferências de grupo familiar e mediação vítima-ofensor) só acontecem se houver voluntariedade na participação dos envolvidos, não havendo coação. Todos esses elementos permitem configurar a Justiça Restaurativa como um mecanismo flexível de resolução de conflitos e que não pretende substituir o processo convencional, mais sim complementá-lo. (CUNHA; LARA, 2015, p. 1264)

A justiça restaurativa permite, então, o empoderamento jurídico das mulheres, na medida em que possibilita que elas tomem conhecimento acerca de seus direitos e deveres estampados na Constituição Federal de 1988 e, então, possam efetivá-los através de uma via complementar de acesso à justiça, capaz de atender a seus anseios e expectativas em relação à demanda.

Embora ainda se trate de um termo em construção, o empoderamento jurídico pode ser definido como:

[...] um processo intencional e contínuo, centrado na comunidade local (...) envolvendo o respeito mútuo, a reflexão crítica, a atenção e a participação, por meio do qual as pessoas a que falta um acesso a uma fatia igual dos recursos obtêm maior acesso e controle sobre tais recursos (...) trata-se, aqui, da constituição de comunidades responsáveis, mediante um processo no qual os indivíduos que as compõem obtêm controle sobre suas vidas, participam democraticamente no cotidiano de diferentes arranjos coletivos e compreendem criticamente seu ambiente. (...) Empoderamento implica muitas vezes ultrapassar os instrumentos clássicos da democracia representativa, tendo por base um aumento da cultura política e do capital social. Criam-se novas institucionalidades (...) dilata-se o componente participativo das políticas públicas, mediante a publicização dos conflitos e dos procedimentos de participação” (HOROCHOVSKI, 2006, p.4-5)

O que se pretende com o empoderamento jurídico propiciado pela justiça restaurativa não é colocar em cheque o modelo clássico de representatividade ou a autonomia do Poder Judiciário. Pelo contrário, o que se pretende aqui é um aperfeiçoamento do sistema, na medida em que se garante às mulheres—enquanto ser humano dotado de direitos e garantias previstos na Constituição e em tratados internacionais - a possibilidade de participar de maneira mais ativa da tomada de decisões relativas a questões criminais envolvendo violência doméstica.

Nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso:

[...] empoderamento jurídico dos pobres e acesso à justiça são instrumentos valiosos para a promoção de direitos humanos, especialmente aqueles que passam despercebidos pelas classes média e alta. Empoderamento jurídico é a possibilidade efetiva de fazer valer os próprios direitos. Tal possibilidade depende de consciência de cidadania, informação e meios de atuação, não necessariamente judiciais. O acesso à justiça, por sua vez, envolve a possibilidade, sobretudo das pessoas mais pobres, de levar sua demanda a um tribunal, mesmo que ela não seja expressiva economicamente, à luz dos padrões usuais. Para tanto, é preciso, além do empoderamento legal, isenção de custos ou custos baixos e assistência judiciária para quem não tem recursos para pagar um advogado privado (BARROSO, 2004, p. 2-3)

Somente a partir do empoderamento jurídico torna-se possível o acesso efetivo das mulheres à Justiça, elemento essencial para o alcance do desenvolvimento dos direitos femininos na nossa sociedade. A justiça restaurativa permite que as vítimas de violência doméstica se tornem protagonistas na luta e na construção pelos direitos das mulheres, exercendo atividades emancipatórias no contexto da proteção de vulneráveis.

A proteção dos direitos das mulheres não pode se dar exclusivamente através da norma. É fundamental a participação feminina na construção dos provimentos jurisdicionais que lhe dizem respeito, os quais devem se amparar na possibilidade exercício da cidadania por parte da mulher.

A democratização do acesso à justiça através da implementação de práticas restaurativas, sobretudo na perspectiva do direito das mulheres, faz com que o mundo jurídico se torne cada vez mais dinâmico, apontando para um processo constante de evolução, descobrimento e (re)fundação. A partir daí pode-se formular melhor um conceito de cidadania feminina ativa, onde a cidadã empoderada torna-se capaz de realizar a reivindicação das normas e dos direitos em prol da sua classe.

Embora a participação racional do indivíduo seja importante no processo de construção de um modelo de respeito aos direitos e garantias das mulheres, não se pode ignorar, também, a importância da atuação direta dos Estados e das Organizações Internacionais. Vale lembrar, inclusive, que no caso de omissão estatal nasce para o cidadão a prerrogativa de lançar mão de toda a estrutura jurídica disponível a fim de compelir o poder público a tomar as medidas adequadas e necessárias para efetivar, no caso concreto, os princípios estampados na Constituição Federal de 1988.

Desta feita, a existência de um arcabouço normativo capaz de sustentar a aplicação de práticas restaurativas na implementação do empoderamento feminino torna-se essencial. Nesse sentido, o próximo tópico buscará, justamente, abordar as questões normativas relativas à justiça restaurativa, tanto no plano internacional quanto no plano interno brasileiro, de forma a propiciar um melhor entendimento acerca de como a legislação pátria e a comunidade internacional vêm encarando a temática restaurativa e se estruturando para aplicação de métodos capazes de possibilitar à vítima uma maior participação dentro da sistemática de resolução de conflitos.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA, PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E PROTAGONISMO DA MULHER

A Justiça restaurativa se utiliza de técnicas dialogais de solução de conflito, possibilitando o encontro das partes envolvidas em uma questão problemática para que juntas possam construir diretamente as formas de reparação do dano ocorrido.

As frustrações experimentadas, tanto pela vítima, como pelo agressor, devem ser levadas em consideração pelo Estado, especialmente quando o delito envolve vítima determinada. Mas ainda quando aquele problema nasce dentro de uma relação que por alguma razão se manterá futuramente, a exemplo de pessoas que tem filhos, que manterão uma relação após a “solução” do seu caso. É por isso que se defende a devolução do conflito às partes envolvidas nele, advogando que a sanção atualmente imposta é extremamente superficial para resolver a totalidade dos conflitos, sempre tão complexos e delicados, podendo, tal intervenção até mesmo fomentar o problema de forma muito mais severa e preocupante, ao invés de solucioná-lo (CORREIA, 2017, p. 85).

Ao tratar do enfrentamento da violência doméstica, Maria Lúcia Karam lembra que, isoladamente, a ampliação das sanções e o recrudescimento das normas penais não são instrumentos eficazes para combater a ideologia patriarcal e a desigualdade entre homens e mulheres.

[...] certamente, o enfrentamento da violência de gênero, a superação dos resquícios patriarcais, o fim desta ou de qualquer outra forma de discriminação não se darão através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal, como equivocadamente crêem mulheres e homens que aplaudem o maior rigor penal introduzido em legislações como a nova Lei brasileira nº 11.340/2006 ou sua inspiradora espanhola Ley Orgánica 1/2004. Esse doloroso e danoso equívoco vem de longe. Já faz tempo que os movimentos feministas, dentre outros movimentos sociais, se fizeram corresponsáveis pela hoje desmedida expansão do poder punitivo. Aderindo à intervenção do sistema penal como pretensa solução para todos os problemas, contribuíram decisivamente para a legitimação do maior rigor penal que, marcando legislações por todo o mundo a partir das últimas décadas do século XX, se faz acompanhar de uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, com a crescente supressão de direitos fundamentais (KARAM, 2006, p. 6).

A autora ainda aponta, inclusive, que a própria legislação que visa a proteção da mulher acaba sendo discriminatória na medida em que contempla institutos que inferiorizam a mulher, impedindo que ela exerça sua vontade de maneira autônoma, independentemente de acompanhamento do Estado. É o caso, por exemplo, da previsão normativa contida no Artigo 16 da Lei 11.340/06, que, nos casos de ação penal pública condicionada à representação, somente permite a retratação da mulher perante o Juiz, em audiência especialmente designada para este fim.

Para atender seus desejos punitivos [os entusiastas do rigor penal] vão além, aplaudindo até mesmo regras que, paradoxalmente, discriminam as próprias mulheres.

Eloquente exemplo da discriminatória superproteção à mulher encontra-se na regra do artigo 16 da Lei nº 11.340/ 2006, que estabelece que a renúncia à representação só poderá se dar perante o juiz, em audiência especialmente designada para tal fim e ouvido o Ministério Público. A mulher passa a ser assim objetivamente inferiorizada, ocupando uma posição passiva e vitimizadora, tratada como alguém incapaz de tomar decisões por si própria (KARAM, 2006, p. 7).

Constata-se, aí, a necessidade de dar maior autonomia à mulher, permitindo que ela se afirme, cada vez mais, enquanto pessoa detentora de direitos humanos e plena capacidade de exercer livremente sua autonomia. Apagar a mulher dos procedimentos de resolução de conflito e reduzir a sua participação à condição de mera expectadora é um ato que reforça o estereótipo de inferioridade feminina, incentivando a manutenção do *status quo*.

Por ora, a participação da mulher no processo penal se limita à prova testemunhal, sendo que sua vontade e suas pretensões são relegadas a um segundo plano, em detrimento do exercício do poder punitivo estatal. Ao tratar a mulher vítima de violência como mero objeto de prova, sem dar atenção a suas expectativas e impedindo-a de exercer suas pretensões de maneira livre e consciente, a sistemática processual vigente reforça o paradigma de dominação masculina.

Desta forma, busca-se defender o uso de métodos restaurativos como forma de possibilitar a construção do provimento jurisdicional através da participação de todos os envolvidos em um problema delituoso, permitindo que a vítima de violência doméstica exerça um papel de maior relevância do que aquele que lhe é atribuído pela sistemática processual vigente atualmente.

3.1 PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

No início da década de 80, José Alfredo de Oliveira Baracho brindou a comunidade acadêmica brasileira com discussões a respeito da temática envolvendo Constituição e Processo. Ainda segundo o autor, o Direito Constitucional Processual surge da aproximação entre Constituição e Processo e “não se trata de um ramo autônomo do Direito processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição” (BARACHO, 1984, p. 125).

Nesse sentido, ele prossegue afirmando que:

Os defensores de um Direito Constitucional Processual afirmam que não se trata de simples jogo, puramente semântico, de palavras. O Direito Processual Constitucional empreende o estudo dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais. O Direito Constitucional Processual detém-se no estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais, consagradas nos dispositivos da Constituição. Essas matérias tratam dos mecanismos processuais de promover a eficácia das normas constitucionais. Além disso, promovem o estudo das normas constitucionais que fixam as bases da organização jurisdicional e suas diversas manifestações (BARACHO, 1984, p. 126-127).

É sempre importante lembrar que estudos semelhantes aos de José Alfredo de Oliveira Baracho já vinham sendo realizados pelo mexicano Hector Fix-Zamudio que dedicou boa parte de suas obras para tratar sobre o tema, conforme lembra Rosemiro Pereira Leal.

Ombreia-se a Baracho, consoante este mesmo reconhece, no estudo pioneiro do tema Constituição e Processo, o jurista mexicano Hector Fix-Zamudio que dedicou várias obras e artigos ao assunto, assinalando que tal aproximação (Constituição e Processo) ocorrera após a Segunda Guerra Mundial. No entanto, só recentemente é que, sob a denominação de modelo constitucional do Processo, ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o Processo, em

seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, da legislação e da jurisdição (LEAL, 2004, p. 93).

Com o passar dos anos e o início do processo de constitucionalização do Direito firmado no Brasil ao final da década de 80, todos os ramos da ciência jurídica passaram a ser interpretados à luz da Constituição Federal. Como bem lembram Cintia Garabini Lages e Lúcio Antônio Chamon Júnior o avanço do constitucionalismo fez com que as Constituições ao redor do mundo passassem a prever “direitos fundamentais processuais, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o princípio do juiz natural, o do acesso à jurisdição, dentre outros” (LAGES; CHAMON JÚNIOR, 2017, p. 294).

Nessa perspectiva, o estudo do Direito Processual sofreu um forte impacto hermenêutico, de forma que os princípios do contraditório e da ampla defesa acabaram sendo alçados ao patamar de garantias fundamentais, legitimando o próprio exercício democrático da jurisdição. Essa legitimação se deve, em parte, porque os direitos fundamentais são uma espécie de patrimônio social e, portanto, não pertencem a ideologias de esquerda, direita, ou de centro. Tratam-se, na verdade, de conquistas civilizatórias inegociáveis, de que todas as pessoas são titulares. É justamente por isso que elas devem ser respeitadas a fim de se garantir a todos, independentemente de qualquer condição ou opção, um julgamento imparcial e calcado em princípios democráticos.

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe uma proposta teórica que rompe drasticamente com a visão tradicional do processo até então vigente em território brasileiro, apresentando-o como uma verdadeira garantia do jurisdicionado frente à possibilidade de opressão estatal.

Se nos regimes ditatoriais que antecederam a Constituição de 1988 o processo era visto como um mero “instrumento do juiz” para a aplicação do direito material (seguindo os ensinamentos de Enrico Tulio Liebman e Oscar Büllow), o advento da nova ordem constitucional fez com que os direitos e as garantias fundamentais passassem a exercer uma função de protagonismo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o que acabou se irradiando para a sistemática processual.

A Constituição da República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, III), regendo-se, inclusive nas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos (Artigo 4º, II) e assegurando direitos e garantias individuais a todos os cidadãos em igualdade e sem distinção, de modo que ninguém será submetido a tortura ou tratamento

desumano ou degradante (Artigo 5º, III); que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (Artigo 5º IX); que é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas com as exceções expressas (Artigo 5º, XII); que não haverá juízo ou tribunal de exceção (Artigo 5º, XXXVII); que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (Artigo 5º, LIII); que aos acusados são assegurados o contraditório e ampla defesa com os recursos inerentes (Artigo 5º, LV); que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Artigo 5º, LVII); assegurados ainda os direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que seja parte a República do Brasil (Artigo 5º §2º) (CASTILHO, 2017, p. 107).

Em uma concepção democrática de Direito, torna-se fundamental que o sistema de tomada de decisões - nas mais diferentes esferas - se estabeleça de forma a permitir a construção do provimento final pelas partes, permitindo, inclusive, que se faça a contestação aos argumentos utilizados na tomada de decisão através de mecanismos de revisão próprios.

O respeito ao contraditório e à ampla defesa, aliado à possibilidade de se recorrer de decisões tomadas no âmbito judicial (ou até mesmo fora dele), é consectário lógico da democracia participativa, posto que a legitimação do provimento jurisdicional somente se dá mediante a efetivação dos preceitos processuais insculpidos na norma constitucional.

O provimento final deverá ser reflexo da ampla discursividade das questões de fato e de direito que integram o mérito processual, cuja construção deverá decorrer do exercício do contraditório, da ampla defesa, da isonomia processual, do devido processo legal e da obrigatoriedade de fundamentação jurídica coerente com a pretensão deduzida (COSTA, 2017, p. 39)

Assim sendo, quem norteia o provimento jurisdicional é a ampla discursividade e quem garante a sua legitimidade é a obediência irrestrita ao processo judicial, sobretudo ao princípio do contraditório, que deixa ele de significar uma mera formalidade - a simples oitiva das partes interessadas - passando a configurar garantia de participação das partes, em simétrica paridade.

O contraditório não é apenas a “participação dos sujeitos do processo”. (...) O contraditório é garantia de participação em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor (GONÇALVES, 1992, p. 120)

Na mesma esteira, são sempre oportunos os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, para quem “a legitimação democrática do Poder Judiciário é estruturalmente diversa da dos demais poderes do Estado, não tendo nada que ver com a vontade nem com a opinião da maioria” (FERRAJOLI, 1988, p. 5). Nesse sentido, o referido autor defende que as fontes de legitimação do Poder Judiciário são duas: uma de ordem formal, que é assegurada pela sujeição do juiz à lei e outra de

ordem substancial, que consiste na capacidade de tutelar os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Em uma democracia, só há lugar para provimentos jurisdicionais que garantam direitos fundamentais, dentre eles o de participação. Dessa forma, somente são legítimas as decisões construídas por seus interessados – destinatários, e que se submetam à constante fiscalização dentro de um espaço procedimental constitucionalizado (PENNA, 2011, p. 57).

Nessa esteira, o ato judicial só se legitima pela via discursiva exercida através de um procedimento aberto a todos os interessados no provimento final, posto que “a decisão no direito democrático é processualmente procedimental e construída a partir da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teórico-jurídicos do discurso democrático nela contidos” (LEAL, 2002, p. 101-102).

3.2 A PARTICIPAÇÃO VOLUNTÁRIA DA MULHER NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

A Justiça Restaurativa enxerga o conflito como sendo uma situação envolvendo as partes direta ou indiretamente atingidas pelo delito, de forma que possibilita, prioritariamente, que os envolvidos resolvam pessoalmente a questão de maneira democrática, sem imposições estatais.

Isto porque constata-se que os órgãos oficiais que tratam destes eventos não fazem uma leitura do contexto em que tais comportamentos ocorreram, pois apenas se apropriam do caso penal, a fim de verificar se foram preenchidos os requisitos para a configuração do crime como tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, e qual a sanção correspondente será dosada, aplicada e executada.

Deixa-se de considerar o impacto que aquela conduta causou na vida da vítima e do suposto agressor. Não se auferem as necessidades das partes que participaram do episódio, que sentiram o delito de maneira própria (CORREIA, 2017, p. 85)

Francisco Amado Ferreira aponta o voluntarismo como sendo um dos principais vetores regentes da Justiça Restaurativa (FERREIRA, 2006, p. 30-31). Por evidente, esse requisito é indispensável para o sucesso das práticas restaurativas, já que há situações extremas em que as vítimas não desejam rever seus agressores ou sentar-se à mesa com eles para traçar caminhos para a reparação do dano ocasionado. Desta forma, defende-se que a Justiça Restaurativa no caso de violência contra as mulheres seja uma possibilidade democrática, e não uma imposição autoritária a todo e qualquer caso.

Quando se propõe uma construção dialógica entre vítima e agressor, encara-se este último como um cidadão capaz de agir de forma diferente, melhor que a anteriormente eleita, não tem outro caminho quando se defende esta espécie de resposta circular aos problemas taxados como delituosos. A valoração axiológica do ser humano precisa ser pontuada, pois aqueles que não acreditam que alguém que praticou uma conduta descrita como criminosa pode optar por fazer diferente no futuro, não é um receptor da proposta ora apresentada (CORREIA, 2017, p. 84).

No mesmo sentido é o entendimento de Deilton Ribeiro Brasil, que ao defender a utilização voluntária das práticas restaurativas, assevera que:

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator (BRASIL, 2016, p. 55).

A proposta de utilização da Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica somente deve ser aplicada de maneira voluntária por quem acredita na possibilidade de conscientização do agressor e na possibilidade de restauração dos elos rompidos pelo evento criminoso.

Dessa forma, não se está a falar aqui, obviamente, do necessário retorno de relações afetivas anteriormente existentes, mas da possibilidade de construção de um caminho harmonioso. Parte-se, pois, da premissa de que “se pode defender uma forma negocial de solução de conflitos, qual seja, de que a maioria das pessoas pode conviver em sociedade sem a atuação exclusiva por parte do Estado, podendo o evento danoso ser enfrentado de uma maneira diversa da atual” (CORREIA, 2017, p. 84).

A voluntariedade na utilização de práticas restaurativas implica, necessariamente, no esclarecimento dos sujeitos envolvidos na questão delituosa acerca dos procedimentos e dos objetivos das técnicas implementadas, permitindo que eles atuem com plena consciência no sistema de resolução de conflitos, amparados pelos limites impostos pelas regras constitucionais democráticas. Esta voluntariedade é o meio pelo qual se propicie o “desenvolvimento de uma maior compreensão, internalização e responsabilidade do agressor frente às consequências de sua conduta” (CORREIA, 2017, p. 86).

Independentemente de ser utilizada ou não dentro da sistemática do Poder Judiciário, ao que tudo indica, a Justiça Restaurativa criaria uma possibilidade para que haja uma verdadeira reformulação da persecução penal, a qual poderia viabilizar o fortalecimento dos direitos da

vítima, aqui compreendidos como uma questão de Direitos Humanos, incentivando a obtenção de soluções democráticas a partir de um consenso que também atenda aos interesses do ofendido e da comunidade.

3.2.1 *Ausência de participação da mulher no processo penal: déficit de democraticidade e institucionalização da violência de gênero*

A ausência de efetiva participação das mulheres vítimas de violência doméstica na resolução dos conflitos penais ofende o processo penal democrático e se caracteriza como uma possível forma de institucionalização da violência de gênero.

Conforme se verificou até aqui, em uma sistemática processual democrática é o respeito ao contraditório que garante a legitimidade do provimento jurisdicional, até porque ele permite a efetiva possibilidade de argumentação das partes que serão afetadas pela decisão final.

Essa lógica, obviamente, se aplica (ou ao menos deveria se aplicar) aos casos envolvendo violência doméstica, na medida em que o provimento jurisdicional afeta sobremaneira a mulher vítima de agressão, o que recomenda sua participação efetiva na construção do provimento jurisdicional ofertado pelo Estado.

A ausência de participação feminina nos casos envolvendo violência doméstica sugere um reflexo da falta de respeito aos princípios democráticos por parte do processo penal, que nega às partes a possibilidade de atuarem ativamente na construção do provimento final.

Ao negar às partes (aí incluindo a vítima) a possibilidade de participarem da construção da decisão de um caso que lhes digam respeito, o processo penal demonstra sua faceta autocrática, calcada exclusivamente no interesse do Estado de exercer o *ius puniendi* em completa desconsideração às expectativas dos envolvidos, sobretudo das vítimas de violência doméstica.

Não fosse isso, a ausência de participação feminina no processo sugere a existência de uma espécie de institucionalização da violência de gênero, na medida em que o direito reproduz o patriarcalismo e torna a mulher invisível dentro da sistemática processual de solução das controvérsias. O Estado age em completa desconsideração à vontade da mulher e a trata desrespeitosa, na medida em que não se atenta às expectativas e aos anseios da vítima.

Seguindo essa linha de raciocínio, Ana Lucia Sabadell defende a ideia de que a ausência de participação feminina no processo penal é reflexo da cultura patriarcal que se recusa a dar à mulher o papel de protagonista na resolução dos casos de violência doméstica.

Os reflexos da cultura patriarcal podem ser percebidos na lei 11.340 e também na própria atuação do poder judiciário em matéria de violência doméstica. Há muitos anos venho insistindo ser necessário dar “voz” às vítimas. Tanto a definição de violência doméstica como os métodos de intervenção e solução do conflito no âmbito jurídico, necessitam levar em consideração a perspectiva e as necessidades das vítimas. Infelizmente, no que tange às inovações em matéria penal, o legislador optou por silenciar as mulheres (SABADELL, 2008, p. 7).

Essa situação de completo desprezo da sistemática processual pela vítima sugere a existência de uma institucionalização da violência simbólica contra a mulher, na medida em que o Estado não garante à mulher um espaço efetivo de fala na solução dos conflitos e a trata como sendo um ser inferior, incapaz de expor sua vontade e suas próprias ambições. O modelo de resolução judicial dos conflitos de violência atualmente vigente privilegia a discricionariedade judicial e coloca o Ministério Público e a magistratura em uma posição hierarquicamente superior à da vítima, de forma que são eles (e não elas) quem decidem em nome das mulheres quais as soluções são as mais adequadas à questão posta à análise do Poder Judiciário.

Nesse sentido é sempre importante lembrar que a violência doméstica contra a mulher é um dado cultural e, portanto, “não é facilmente substituído por imposição vertical advinda do Congresso Nacional, através da imposição de sanções de natureza penal.” (CORREIA, 2017, p. 95). Torna-se necessário, pois, ampliar a rede de proteção feminina através do empoderamento da mulher, dando a elas a possibilidade de exercerem um papel de maior relevância dentro da sistemática de resolução de conflitos.

Do ponto de vista processual, empoderamento feminino somente é possível a partir do momento em que se permite uma participação mais efetiva da mulher no procedimento de construção do provimento jurisdicional nos casos envolvendo violência doméstica. É que, na condição de maior afetada pelo fato social violento, é a mulher quem tem melhor condição de guiar o Estado e conduzir a resposta ao ato violento de uma maneira que melhor atenda a seus interesses.

É diversificando a forma de responder a essas demandas sociais via Justiça Restaurativa, que se amplia a rede de proteção à mulher, trazendo-a para dentro da discussão que se efetiva o seu papel social possibilitando, de uma vez por todas, que ela seja tratada e encarada de maneira igualitária.

Atendendo à necessidade de encarar de maneira ampla a violência estrutural existente contra a mulher, o Estado, por meio também do Direito Penal, deve entender essa responsabilidade, e adequar o sistema no sentido de empoderar a mulher vítima de violência.

Nesse sentido, o caminho a ser trilhado é trazer a ofendida para debater o problema pessoalmente, entendendo as nuances que o envolvem, participando presencial e largamente do processo de construção da solução, para, enfim, tomar as rédeas da sua vida.

A mudança de perspectiva é nesse sentido. Dentro de uma sociedade que trata globalmente a mulher de maneira discriminatória, é preciso inverter o modo de

encarar e de cuidar dessas mulheres, substituindo a figura paterna (pai, marido, Estado), para oportunizar que ela, mulher, retome (ou tome) a direção de sua vida (CORREIA, 2017, p. 96-97).

A verdade é que a resposta dada pelo Estado aos casos de violência doméstica contra a mulher não necessariamente atende aos anseios das vítimas. “Muitas vezes a solução almejada pela vítima é completamente diferente daquela ofertada pelo Estado” (CORREIA, 2017, p. 97).

Essa situação ocorre porque a vítima é simplesmente alijada do processo de construção da resposta dada ao conflito, sendo simplesmente utilizada como verdadeiro objeto dentro da sistemática probatória que direciona a aplicação das normas previstas pelo Direito Penal. Nesse sentido, “trazer a mulher para o palco da discussão é fundamental no trato com o problema da violência de gênero” (CORREIA, 2017, p. 97).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado alcançado constatou-se que a justiça restaurativa trata-se de um novo modelo que pode ser aplicado ao sistema penal na busca de auxiliar na criação de uma solução adequada aos conflitos decorrentes dos casos de violência doméstica. É que, como visto ao longo da dissertação, o principal objetivo das práticas restaurativas consiste em reestabelecer as relações eventualmente abaladas a partir do evento criminoso possibilitando a criação de um *locus* de discussão mais democrático e facilitador do consenso entre vítima e ofensor.

No caso da violência doméstica, é seguro afirmar que as práticas restaurativas, além de propiciarem o restabelecimento dos laços afetivos entre as partes envolvidas, poderia conceder à mulher um “lugar de fala” dentro do processo penal, possibilitando sua efetiva participação na construção do provimento final. Dessa forma, cria-se a possibilidade para análise e consideração dos interesses das vítimas e demais envolvidos no fenômeno criminoso, facultando às partes a utilização de espaço democrático para a construção participada do provimento jurisdicional.

Dessa forma, a implementação de práticas restaurativas nos casos de violência doméstica afigura-se como sendo uma possibilidade para a criação de espaços normativos dentro da sistemática processual penal (ou até para além dela) numa tentativa de complementação da ordem até então vigente, ampliando e protegendo os interesses fundamentais inerentes às mulheres que figuram como vítimas de um fato criminoso.

Por outro lado, é preciso destacar que essas vias alternativas de resolução de conflitos não implicam, necessariamente, em deixar de lado os direitos e garantias que necessariamente devem

ser assegurados ao ofensor. O que se propõe é a possibilidade de utilização das práticas restaurativas de maneira auxiliar e complementar, ou seja, sem que seja necessário abrir mão totalmente do sistema de representação penal atualmente vigente. Pelo contrário, o que se espera da prática restaurativa é que todos os envolvidos com o caso possam compartilhar entendimentos, perspectivas e motivações de uma maneira mais democrática, buscando um consenso restaurador, capaz de satisfazer a todos de uma maneira mais plena e eficaz.

Dessa forma, além de garantir a um espaço de manifestação voluntária para a mulher, a utilização das práticas restaurativas legitima o provimento jurisdicional, na medida em que permitem a construção participada de uma solução democrática para os conflitos advindos da violência doméstica, possibilitando que as partes compartilhem vivências, necessidades e encontrem um caminho para a pacificação social. Verificou-se, então, uma correlação entre a justiça restaurativa e o processo penal democrático, já que a ausência de participação feminina representa um déficit de democraticidade do processo penal que possibilita, inclusive, a interpretação de que se trata de institucionalização de violência de gênero elaborada pelo próprio Estado.

É importante destacar que o incentivo às práticas restaurativas no cenário do combate à violência doméstica ainda se trata de fenômeno relativamente recente e encontra óbice na dificuldade de resolver problemas de cunho operacional. Por essa razão, há necessidade de se preparar e capacitar os agentes técnicos envolvidos na implementação da Justiça Restaurativa, sobretudo a fim de possibilitar a execução efetiva das medidas eventualmente acordadas pelas partes.

É fundamental que o combate à violência doméstica esteja amparado pelo exercício de uma cidadania feminina capaz de possibilitar a conscientização do agressor acerca do mal ocasionado. Assim sendo, a Justiça Restaurativa pode exercer um papel social de extrema importância, na medida em que possibilita um acesso efetivo das mulheres à justiça e implica na criação de mecanismos capazes de efetivar os seus interesses, contribuindo para o empoderamento feminino e para a construção de uma solução mais adequada à dinamicidade dos casos envolvendo violência doméstica.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e sistema penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro**. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
BARROSO, Luis Roberto. **Justiça, empoderamento jurídico e direitos fundamentais**. 2004. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?p=1062>. Acesso em: 30 set. 2019.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas:

Servanda, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**: a condição feminina e a violência simbólica. Trad.: Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: BestBolso, 2018.

BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. New York: Oxford University Press, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A justiça restaurativa como estratégia de tratamento de conflitos. **Athenas, Revista de Direito Política e Filosofia**, ano 3, vol. 2, 2014. Disponível em: http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano3_vol2_2014_artigo11.pdf. Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A Justiça Restaurativa como possibilidade de acesso à Justiça para a solução dos atos infracionais. **Conpedi Law Review**, v. 2, n. 1, p. 53-71. Oñati, Jan/Jun. 2016. Disponível em: www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3595/3100. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 8 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Direito Fundamental ao processo justo. In: MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael [coord.] **O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

CORREIA, Thaize de Carvalho. A Justiça restaurativa aplicada à violência doméstica contra a mulher. In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPÍNEIRA, Bruno [org.] **Justiça Restaurativa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

COSTA, Fabrício Veiga. A consciência do julgador no ato de decidir: um estudo crítico sob a ótica da processualidade democrática. In: NEVES, Isabela Dias; COSTA, Fabrício Veiga [org.] **Pesquisa Jurídica no Estado Democrático: I Encontro Interinstitucional de Iniciação Científica em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

CUNHA, Lorena Rodrigues Belo da; LARA, Caio Augusto Souza. Lei Maria da Penha à luz da Justiça Restaurativa: uma alternativa que amplia o acesso à justiça às vítimas de violência doméstica. In: **Anais do III Congresso Nacional da FEPODI**. 1. ed. São Paulo: Clássica Editora, 2015.

DISSEL, Amanda; NGUBENI, Kindiza. **Giving women their voice: domestic violence and restorative justice in South Africa**. Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia: el contexto extra-procesal. **Jueces para la Democracia**, n. 4, Madrid, set. 1988. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530059>. Acesso em: 08 set. 2019.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi. **Empoderamento: definições e Aplicações**. Publicado no 30º encontro anual da ANPOCS, out 2006. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=3405&Itemid=232. Acesso em: 10 maio 2019.

JESUS, Damásio de. **Organização das Nações Unidas (ONU) recomenda a adoção da Justiça Restaurativa**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, maio 2006. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/organiza%C3%A7%C3%A3o-das-na%C3%A7%C3%B5es-unidas-onu-recomenda-ado%C3%A7%C3%A3o-da-justi%C3%A7-restaurativa>. Acesso em: 21 abr. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do IBCCRIM**, v. 14, n. 168, p. 6-7, 2006.

LAGES, Cintia Garabini; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Acerca da segurança jurídica e da uniformidade das decisões a partir do novo Código de Processo Civil à luz do modelo constitucional do processo brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4797>. Acesso em: 24 set. 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual: processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari**. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 5.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LLEWELLYN, Jennifer; HOWSE, Robert. **Restorative justice: a conceptual framework** (1999). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2114291. Acesso em: 18 ago. 2019.

ONU. **ECOSOC Resolution 2002/12**. Disponível em: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em: 16 maio 2019.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa e experiências brasileiras. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar [org.] **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Editora Ijuí, 2011.

SABADELL, Ana Lucia. Violência doméstica: críticas e limites da Lei Maria da Penha. **Boletim do Instituto de Ciências Penais**. Belo Horizonte, v.7, n. 85, mar. 2018.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

**A POLÍTICA CRIMINAL DE PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL:
LIMITE SUBSTANCIAL DO BEM JURÍDICO E DESAFIOS DOGMÁTICOS**

**THE CRIMINAL POLICY OF PROTECTING PUBLIC HEALTH IN BRAZIL:
A SUBSTANTIAL LIMIT TO LEGAL INTEREST AND DOGMATIC CHALLENGES**

Antônio Carlos da Ponte ¹
Dermeval Farias Gomes Filho²

RESUMO: A escolha político-criminal de tutela da saúde pública ainda se sujeita à problematização no campo da ciência jurídico-penal e depende de novas ferramentas dogmáticas. O artigo demonstra como função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos principais, individuais ou coletivos. Sustenta a constitucionalidade da proteção penal da saúde pública. Com o uso de procedimentos técnicos bibliográfico e documental, do método hipotético-dedutivo e da análise do contexto da pandemia do Covid-19, aponta a fragilidade da dogmática atual no que concerne ao exame do crime descrito no artigo 268 do Código Penal.

Palavras-Chave: Política Criminal. Saúde Pública. Dogmática.

ABSTRACT: The political-criminal choice of protection of public health is still subject to problematization in the field of legal-criminal science and depends on new dogmatic tools. The article demonstrates as a function of criminal law the protection of main legal interests, individual or collective. It supports the constitutionality of the penal protection of public health. With the use of bibliographic and documentary technical procedures, the hypothetical-deductive method and the analysis of the context of the Covid-19 pandemic, it points out the fragility of the current dogmatic regarding the examination of the crime described in article 268 of the Penal Code.

Keywords: Criminal Policy. Public Health. Dogmatic.

¹ Graduado em Direito, Mestre e Doutor em Direito Processual Penal, Livre Docente em Direito Penal, todos títulos obtidos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo – MPSP. Professor concursado dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da PUC-SP.

² Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito e Política Pública, Processo e controle Penal pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Pós-graduado em Direito Processual civil pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor de Direito Penal dos cursos de Pós-Graduação *lato sensu* do COGEAE – PUC/SP e da Fundação Escola Superior do MPDFT – FESMPDFT. Promotor de Justiça no Distrito Federal – MPDFT.

INTRODUÇÃO

A proteção penal do bem jurídico denominado saúde pública, como uma das espécies de bens jurídicos coletivos, ainda está a mercê de problematização e de alternativas no âmbito da ciência jurídico-penal (KELSEN, 2019, p. 82-83; ROSS, 2000, p.204), que possam contribuir com o debate político-criminal e apontar novas soluções dogmáticas, com o escopo de auxiliar na interpretação dos tipos penais relativos à saúde pública.

As propostas presentes no debate atual ainda são dissonantes quanto à possibilidade e aos limites da proteção penal de bens jurídicos coletivos e ao uso das ferramentas dogmáticas adequadas. Conquanto exista divergência, há um entendimento maior a cada dia contra a proibição completa da proteção penal de bens jurídicos coletivos, seja em razão de mandados de criminalização no âmbito da Constituição brasileira (CFRB), seja por conta da necessidade de proteção penal ante a complexidade, dinâmica e velocidade do desenvolvimento da sociedade moderna.

No que concerne à saúde pública, seu reconhecimento como bem essencial à vida humana, objeto de proteção jurídica internacional e interna, que possui destinação vinculada de recursos para a sua promoção por parte do Estado no cenário brasileiro, que integra, na concepção do Sistema Único de Saúde (SUS), um rol restrito de política pública expressa no texto constitucional, há argumentos favoráveis e contrários quanto à sua proteção jurídica exercida pelo Direito Penal.

Não se desconhece que a atuação na promoção da saúde pública, como bem jurídico constitucional, como objeto da política pública, envolve um constante diálogo institucional entre o Executivo, o Legislativo, bem como o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, além da sociedade civil organizada. Não há possibilidade de sucesso na concretização de política pública sem arranjo institucional, deixando de lado, portanto, atuações individualizadas.

Como bem jurídico constitucional, a saúde é protegida tanto no aspecto individual quanto no coletivo, bem como nas esferas cível, administrativa, no alcance da improbidade e, ainda, na esfera penal. O recorte do presente artigo implica na análise quanto à possibilidade da proteção penal da saúde pública, na relação entre política criminal e proteção do mencionado bem jurídico no Brasil, bem como dos desafios da dogmática na construção e interpretação dos tipos penais.

Para tanto, será necessário apontar as razões de eventual escolha da saúde pública como bem jurídico objeto de proteção penal, realizada pela política criminal, ancorada na orientação constitucional e na colheita dos dados criminológicos, para, em seguida, orientar a construção de uma dogmática equilibrada e adequada à sua proteção. Isso revela que a política criminal vem

antes da dogmática. (PONTE, 2016, p. 53).

Por conseguinte, parte-se da premissa de uma política criminal racional, que almeja um equilíbrio entre a modernidade e o conservadorismo em matéria penal (HASSEMER, 2005, p. 337), de modo a não esquecer os avanços dogmáticos do passado na construção dos institutos penais de proteção e de interpretação no cenário da tutela dos bens jurídicos individuais, mas, por outro lado, sem abrir mão do desenvolvimento de novos institutos dogmáticos, na concepção de um Direito Penal contemporâneo, que protege também os bens jurídicos coletivos.

As questões sobre a possibilidade de a saúde pública ser tutelada pelo Direito Penal e sobre quais são os limites impostos pela teoria do bem jurídico com o seu conjunto de funções, bem como as consequências dogmáticas dessa escolha, de modo a favorecer tanto a proteção do bem jurídico com o *ius puniendi* estatal quanto a liberdade individual, são relevantes em um cenário de uma sociedade pós-moderna, que convive com a velocidade do desenvolvimento e com as crescentes atividades de risco aos bens jurídicos coletivos.

Para tanto, serão examinadas nas linhas a seguir, com o uso de procedimentos técnicos bibliográfico e documental, aliados ao método hipotético-dedutivo, a eventual necessidade da tutela penal dos bens jurídicos coletivos, a constitucionalidade da escolha político-criminal quanto à proteção do bem jurídico saúde pública, a sua delimitação como objeto de proteção penal, bem como os desafios dogmáticos relativos tipos penais que cuidam da saúde pública.

1 A POLÍTICA CRIMINAL NA SELEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS

No atual estágio do desenvolvimento da ciência criminal, tem se entendido que a proteção de bens jurídicos individuais como a vida, a liberdade e o patrimônio não preenchem todo o espaço de atuação do Direito Penal. Isso porque os bens jurídicos supraindividuais, também chamados de coletivos e difusos, como a saúde pública, o meio ambiente, as relações de consumo, a ordem econômica e financeira constituem objeto da tutela penal.

Conquanto o Direito Penal Liberal do final do século XVIII e início do século XIX, tenha se dirigido inicialmente à formulação de institutos jurídicos destinados à tipificação de condutas ofensivas aos bens jurídicos individuais, é a partir do século XX que ocorre um crescimento da tipificação penal de condutas ofensivas aos bens jurídicos coletivos, que, até então, eram tratados apenas nas searas cível e administrativa. (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016, p. 378).

O que se discute diz respeito a quais bens jurídicos coletivos poderá o Estado dirigir o seu poder de proteção no âmbito penal, de modo que o Direito Penal não se transforme em um modelo de

prima ratio. Nesse novo cenário da sociedade contemporânea, a política criminal exerce o papel na seleção dos bens jurídicos que serão objeto de proteção penal e, ainda, se relaciona com a dogmática, que, por sua vez, necessita de renovação e de novos institutos para corresponder à realidade dos novos riscos aos bens que, agora, interessam ao Direito Penal. (MUÑOZ CONDE, 2004, p. 236).

1.1 O papel da política criminal na seleção de bens jurídicos

É no campo da política criminal que se discute os limites para a utilização do Direito Penal, as suas finalidades, quais bens jurídicos serão objeto de tutela penal, sempre com o foco de que a intervenção jurídico-penal almeja uma função social do Direito Penal, de forma que possa ser retirado aquilo que esteja fora dessa função.

Constitui função do Direito Penal garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre, segura, quando esses objetivos não puderem ser alcançados com o uso de outras medidas, políticas e/ou jurídicas, que atinjam em menor escala a liberdade dos cidadãos. Essa compreensão de uso subsidiário do Direito Penal faz parte dos Estados Democráticos e advém do período ilustrado ou iluminista. (ROXIN, 2013, p. 16-17).

Aníbal Bruno, já nos anos 50 do século XX, alertava que o Direito Penal constituía um sistema de dupla face, protetor da sociedade contra a agressão do indivíduo e, do mesmo modo, protetor do indivíduo contra possíveis excessos da sociedade constituída em Estado quando da prevenção e repressão dos fatos puníveis. (BRUNO, 1959, t. 1, p. 18-19).

Na seleção dos bens jurídicos que serão objeto de proteção pelo Direito Penal, deve-se levar em conta, como orientação político-criminal, a busca de um equilíbrio entre a liberdade civil e o poder de intervenção estatal, que assegure a cada um a proteção penal necessária e a liberdade individual. (ROXIN, 2013, p. 17).

Essa escolha para se legitimar se condiciona a uma indicação constitucional ancorada na exigência de proteção do bem jurídico, uma vez que é da Constituição que deve ser extraída a política criminal que deve guiar a dogmática no sentido de tipificar condutas que lesionem ou causem perigo de lesão aos bens jurídicos de maior relevância social. (MORAES, 2016, p. 140).

1.2 O bem jurídico como limite substancial à intervenção penal

A principal função do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito reside na proteção dos bens jurídicos principais, daqueles que são os mais relevantes para a sociedade. A partir desse

vínculo entre o Direito Penal e o bem jurídico, surge o problema do real alcance de uma das funções da teoria do bem jurídico penal, qual seja, a de limitar o poder de punir do Estado e, portanto, o próprio Direito Penal.

No atual estágio do desenvolvimento da relação entre bem jurídico e Direito penal, alguns desafios foram superados e outros permanecem, com linhas de argumentos em constante tensão. Foi superada a frágil ideia de que os crimes de perigo abstrato – que não causam lesão concreta ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado– seriam inconstitucionais. Todavia, ainda se discute a existência do papel do bem jurídico como limite ao poder de punir do Estado.

Quanto à tipificação penal de condutas de perigo abstrato, de forma a antecipar o dano, conquanto exista uma pequena celeuma doutrinária no Brasil (BOTTINI, 2010, p. 177; QUEIROZ, 2011, p. 66), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem afirmado: a possibilidade da tipificação do perigo abstrato, principalmente, para a tutela preventiva dos bens jurídicos supraindividuais; que o legislador pode utilizar o recurso da tipificação do perigo abstrato, como forma de tutela preventiva em matéria penal; que a referida escolha não se apresenta como inconstitucional; e que compete ao julgador analisar a proporcionalidade da sanção penal. (BRASIL, 2012).

Na jurisprudência alemã (NEUMANN, 2012, p. 202-211), do mesmo modo que no Brasil, a escolha do bem jurídico e a sua tipificação na forma de perigo no campo da política criminal do legislador não costuma ser taxada de inconstitucional pelo Tribunal Constitucional alemão. No entanto, o recurso ao princípio da proporcionalidade funciona, não raro, como um mitigador de eventual exagero do legislador ao realizar a escolha do bem, de modo a construir uma interpretação limitadora.

No que concerne ao papel de limitar o poder de punir do Estado, observa-se um maior desafio à teoria do bem jurídico. No Brasil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com o uso do princípio da ofensividade, examina-se o grau de ofensa ao bem jurídico no momento da interpretação judicial da conduta do agente. (BRASIL, 2015).

Conforme acentua Luís Greco (2010, p. 172), o debate sobre esse limite tem sido intenso, com celeuma doutrinária e com a sua negação no cenário da Corte Constitucional, diante, principalmente, de algumas das decisões que fizeram uso dos fundamentos do moralismo e da democracia, que permitiriam escolhas político-criminais ao legislador não vinculadas aos limites da teoria do bem jurídico.

A título de ilustração, o Tribunal Constitucional alemão afirmou a constitucionalidade do crime de incesto, dando ao Direito Penal o papel de fortalecimento de convicções morais, na medida em

que determinado comportamento ofende interesses relevantes da sociedade. E, ainda, fez-se uso do ideal de democracia como um segundo argumento, no sentido de que os fins do Direito Penal devem ser fixados pelo legislador democraticamente legitimado, e não pelos penalistas. Desse modo, reconheceu a possibilidade de tipificação de condutas que não causam ofensa ou perigo de ofensa ao conceito de bem jurídico. (GRECO, 2010, p. 172).

A partir do conteúdo do bem jurídico no âmbito penal, surgem os princípios da ofensividade ou lesividade. Apesar do uso como sinônimo por boa parte da doutrina, o primeiro constitui uma exigência de que a conduta criminosa cause uma ofensa ou um perigo de ofensa ao bem jurídico contido na norma penal; o segundo propõe que a lesão oriunda da conduta criminosa atinja um bem jurídico de terceiro, não admitindo a punição da autolesão.

Utilizando a terminologia lesividade, Luigi Ferrajoli (2010, p. 426-428) aponta que o princípio foi difundido na filosofia utilitarista do período iluminista, com o significado de que a intervenção penal só se justifica diante de condutas que cause lesão a terceiros. Dito de outro modo, a necessidade de uma lei penal se condiciona pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos, estabelecendo, por consequência, uma relação entre lesividade, necessidade e bem jurídico.

Importa, de antemão, compreender que a dependência de uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico de terceiro deve ser vista não somente sob a ótica de um Direito Penal que tutela bens jurídicos individuais, como vida, liberdade, patrimônio, mas que, do mesmo modo, se dirige à tutela de bens jurídicos coletivos, como saúde pública, meio ambiente, ordem econômica e relações de consumo. (GOMES FILHO, 2019, p. 174).

De outro lado, ainda constitui corrente minoritária a posição do funcionalismo sistêmico no sentido de que o Direito Penal não tem a função de proteger bens jurídicos. Segundo a referida sistematização, o direito constitui um sistema social composto de normas, as quais geram expectativas quanto ao seu cumprimento. Nega-se, por conseguinte, a função limitadora do bem jurídico. (JAKOBS, 1997, p. 54-56).

Na contramão do funcionalismo sistêmico, ao menos no que concerne ao objeto do qual se cuida nesse momento, partindo da concepção de que o bem jurídico exerce um relevante papel na limitação do poder de punir do Estado, no sentido de que dirige a atividade do legislador, do acusador e do julgador quando do manuseio do Direito Penal, ainda prevalece o entendimento de que não haverá crime sem ofensa ou perigo de ofensa a um bem jurídico protegido pelo Direito Penal.

Reconhece-se, desse modo, que o bem jurídico-penal exerce diversas funções: teleológica ou interpretativa dos tipos penais, que condiciona o sentido e o alcance do tipo penal à proteção do bem jurídico; individualizadora, que auxilia na medição da pena no momento concreto da dosimetria, sob influência do grau de lesão ao bem jurídico; sistemática, visível na classificação e distribuição dos crimes da Parte Especial do Código Penal (CP); limitadora do direito de punir do Estado, que restringe à tarefa do legislador, o qual somente poderá tipificar condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo bens jurídicos que necessitem da proteção penal (PRADO, 2011, p. 60-61); e, ainda, constitui um guia irrenunciável durante a persecução penal. (RUIZ, 2012, p. 71).

Por conseguinte, torna-se imprescindível buscar um conceito de bem. A busca desse conceito leva em conta, conforme a linha doutrinária: os valores culturais, de base neokantista, que se transformam em bens jurídicos; ou, com ancoragem finalista, os valores éticos-sociais como bem vital da comunidade e do indivíduo, no sentido de que a ameaça penal deve contribuir para preservar interesses individuais e coletivos fundamentais. (PRADO, 2011, p. 46-47).

Vale destacar que, fugindo de um conceito meramente patrimonialista ou vinculado unicamente à uma proteção individual, sedimentando a finalidade do direito penal na proteção de bens jurídicos, Ánibal Bruno (1959, t. 1, p. 17) conceituava bem jurídico-penal como “valores de vida individual ou coletiva, valores de cultura, que, na maioria dos casos fazem objeto de preceitos tanto jurídicos quanto morais”.

Dessarte, sob um viés dogmático, o bem jurídico constitui o interesse protegido por determinada norma. Dessa forma, a tutela da integridade física e/ou psíquica está contida no bem jurídico protegido na norma do art. 129 do CP brasileiro; enquanto a saúde pública se apresenta como bem jurídico tutelado pela norma do art. 268 do mesmo Código.

Para o debate sobre os limites do poder estatal de incriminar uma conduta, o conceito dogmático cede espaço, sem perder a dependência, a um conceito político-criminal, que se consubstancia na tarefa de limitar o poder de punir do Estado. (GRECO, 2004, p. 94).

Não obstante a existência de celeuma sobre o real alcance da teoria do bem jurídico, não se olvida de sua função de limitar o poder de punir do Estado, na medida em que, para tipificar crimes, para evitar um Direito Penal autoritário e ilimitado, haverá necessidade de justificar, no campo político-criminal, a escolha do bem jurídico como objeto de proteção penal.

1.3 A seleção constitucional de bens jurídicos penais coletivos na sociedade contemporânea

A proteção penal de bens jurídicos coletivos, denominados supraindividuais e ainda de não individuais, integra o cenário da expansão do direito penal, presente, de forma mais intensa, na segunda metade do século XX, quando novos bens jurídicos foram valorados pela política criminal e passaram a constituir objeto de tipificação no Direito Penal.

Já no século no início do XXI, observa-se um Direito Penal contemporâneo, no qual há uma maior tutela de bens jurídicos individuais e coletivos, bem como a internacionalização e certa harmonização dos sistemas penais, formando-se sistemas globais de proibição, com normas similares encontradas em diversos países. (JAMPIASSÚ, 2012, p. 349-348).

No que se refere à tutela de bens jurídicos coletivos, as causas desse fenômeno são distintas, podendo ser citadas: as novas realidades que antes não existiam, exemplo de instituições de crédito ou de inversão; as realidades abundantes que passaram a constituir bens escassos, exemplo do meio ambiente; e o incremento essencial de valor, ou seja, realidades que existiam, mas que não recebiam o valor de agora, exemplo do patrimônio histórico-artístico (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 33-34).

A sociedade passou por diversas etapas de desenvolvimento: agrícola, industrial e informacional. A atual sociedade da informação, do conhecimento e da comunicação encontra na informação o principal fator gerador de riqueza. Nesse modelo, o desenvolvimento está calcado em bens imateriais consolidados por meio do avanço tecnológico. Por sua vez, “os tipos penais previstos não alcançam a completude das práticas penais possíveis de serem praticadas no mundo da sociedade da informação”. (FULLER; SOARES, 2018, p. 428-429).

Em tal conjuntura, a proteção penal de bens jurídicos coletivos dialoga, em grande medida, com a ideia de risco, com a proibição de condutas perigosas, como forma de uma política criminal dos Estados que almeja mais segurança (MULAS, 2012, p. 125-126), com o uso da técnica de tipificação do perigo abstrato como forma de prevenção do dano, aludida anteriormente em decisão apontada do Supremo Tribunal Federal.

A relevância atribuída pela sociedade a um bem jurídico parece um bom ponto de partida para construir a sua proteção na seara penal. É certo que a referida valoração compete ao legislador no campo político-criminal. Nesse quadro, quando se trata dos bens jurídicos mataindividuais, há necessidade de mudanças profundas no ordenamento jurídico e de transformação da dogmática penal. (MORAES, 2016, p.139).

2 A SAÚDE PÚBLICA COMO UM BEM PROTEGIDO PELA ORDEM JURÍDICA

A saúde constitui um dos bens jurídicos mais importantes para o ser humano, essencial para a vida humana, para o desenvolvimento individual e coletivo, que corresponde ao completo bem-estar físico, mental, social e político, ou seja, que possui relação com a qualidade de vida, e não somente a ausência de doença.

O reconhecimento da saúde como um bem jurídico passível de proteção do Direito se relaciona com o desenvolvimento do próprio conceito de saúde. De início, a saúde foi retratada como ausência manifesta de doenças, que não levava em conta fatores preventivos que possibilitassem uma melhor qualidade de vida.

Após o advento do Estado Liberal no final do século XVIII e, principalmente, depois da Revolução Industrial, no século XIX, um modelo preventivo da saúde com a finalidade de garantir a continuidade do labor dos operários se apresentou como medida estatal, em razão da pressão dos comerciantes e empresários, que não queriam a diminuição dos lucros. A partir do Estado Social, com as contribuições do conhecimento científico, a saúde passa a ser vista como uma necessidade coletiva. (REY FILHO, 2017, p. 25-26).

Na sequência, após a Segunda Guerra Mundial, verifica-se já no Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde um sentido amplo para o conceito de saúde: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

Em seguida, surgem, no plano internacional, dentre outros, vários atos normativos, com reconhecimento da proteção jurídica da saúde, como o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o qual exara que toda pessoa e, de igual modo, a sua família possuem direito à saúde. (REY FILHO, 2017, p. 26-27).

A definição mais ampla do conceito de saúde implica não somente na compreensão do seu conteúdo jurídico no plano teórico, mas é capaz de condicionar a concretização do direito à saúde, das políticas públicas, da construção legislativa e judicial interna para a tutela e garantia do referido direito, conforme a absorção interna dos tratados de direitos humanos, nos termos previstos §2º do art. 5º da CRFB de 1988. (BRASIL, [2020]).

Dito isso, após reconhecer o caráter da saúde como bem jurídico, ainda se faz necessário compreendê-lo no seu contorno constitucional como alvo da tutela subsidiária do Direito Penal,

tanto no aspecto individual quanto coletivo, de modo justificado e delimitado pela teoria do bem jurídico penal.

2.1 A saúde pública como um bem jurídico constitucional

Além do reconhecimento da saúde pública como um bem jurídico objeto de proteção no âmbito internacional, constata-se, na moldura da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a saúde recebeu destaque no plano individual e coletivo, pois constitui um bem jurídico expresso (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2015, p. 1162), um direito de todos e dever do Estado, ao qual compete planejar e executar as políticas públicas, como uma determinação nos termos definidos pelo constituinte no arts. 6º e 196-200 da CRFB. (BRASIL, [2020]).

O constituinte considerou a saúde como direito social no art. 6º, fruto dos debates, uma vez que a redação final não fazia parte do projeto inicial do texto da Constituição (LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013, v. 1, p. 87). E exarou, no seu art. 196, o direito à saúde para todos os cidadãos, de forma ampla e inclusiva (SANT'ANA, 2017, p. 45).

Desse modo, como direito social e como política pública, a saúde pública constitui bem jurídico protegido pela Constituição brasileira. No entanto, a indagação que requer uma resposta da política criminal, ancorada nos fundamentos político e filosófico inerentes a um Estado Social e Democrático de Direito, se dirige à necessidade de se proteger a saúde no campo do Direito Penal, se não seriam suficientes as proteções existentes em outros ramos do Direito.

A resposta, com divergência, a ser encontrada, leva em conta que a escolha da proteção penal de um bem jurídico coletivo deve ser guiada pela necessidade de garantir segurança às condições de vida, desenvolvimento social e paz social, em sintonia com os ideais de uma sociedade democrática, que assume o compromisso de combater ofensas aos seus valores mais relevantes, tal qual a saúde pública.

O fundamento político do bem jurídico tem como premissa a compreensão de que o Direito objetiva atender aos anseios do ser humano, tem como fim o ser humano. Desse modo, a realidade dos bens jurídicos, de titularidade individual ou coletiva, carece do uso do Direito Penal para prevenir condutas que coloquem em perigo as condições necessárias para que o ser humano desenvolva seu projeto de vida de maneira pacífica. (RUIZ, 2012, p. 70).

No que concerne ao fundamento filosófico, o modelo de sociedade democrática é dinâmico, sujeito às modificações em favor do ser humano, da singularidade do indivíduo. A organização

social só se justifica como meio a serviço do ser humano, de modo que a sociedade organizada é um meio e o ser humano é o fim. (RUIZ, 2012, p. 70).

Se, sob o aspecto constitucional, a saúde pública constitui um bem jurídico expresso, sem qualquer celeuma acerca disso, a sua afirmação como bem jurídico penal, presente nas legislações dos países democráticos, ainda está distante de um consenso no arranjo do debate penal, principalmente quando se confronta com as funções e os limites da teoria do bem jurídico.

2.2 A delimitação do conceito de saúde pública como bem jurídico penal

A partir da constatação da proteção jurídico-constitucional da saúde pública, há necessidade de enfrentar a problemática sobre a necessidade de proteção penal da saúde pública. Ademais, caso se adote essa premissa, ainda será preciso discutir os limites dessa tutela, como essa proteção pode ser realizada pelo ordenamento jurídico-penal de maneira adequada às funções e aos limites da teoria do bem jurídico.

As discussões atuais na ciência jurídico-penal são intensas quanto à possibilidade de a saúde pública figurar como bem jurídico que preencha as condições para a devida proteção pelo Direito Penal. Luís Greco, ao mencionar o direito de se drogar na perspectiva da autonomia do cidadão, mesmo reconhecendo a possibilidade de onerar o sistema de saúde pública, repele o uso do Direito Penal para tratar da posse de drogas para consumo pessoal em tais casos e aponta, de maneira crítica, um fundamento unicamente moralista. (GRECO, 2010, p. 178).

De forma semelhante, ao sustentar impossibilidade de o bem jurídico saúde pública apontar um conteúdo material minimamente palpável, por se apresentar como junção de vários bens jurídicos individuais e não como um bem jurídico coletivo, Emília Giuliani (2016, p. 7-8) nega a existência de um bem jurídico penal denominado saúde pública.

De outro lado, conforme lição de Alexandre Moraes (2016, p. 139), após salientar que os interesses de natureza difusa apresentam uma conflituosidade entre grupos, reconhece a necessidade de tutela penal, em razão da previsão constitucional, do meio ambiente, das relações de consumo, saúde pública, economia popular, infância e juventude, idoso e outros.

Nessa mesma direção, entende Regis Prado que a saúde pública, prevista no texto constitucional, constitui um bem jurídico penal de natureza coletiva, que ultrapassa a mera soma de saúde que os membros individuais da sociedade possuem, pois existe uma relação de complementariedade entre saúde individual e saúde pública. (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2015, p. 1163).

Sob a premissa de que o conceito de bem jurídico deve ser extraído da Constituição, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, considerando a possibilidade de tutela penal tanto de bens jurídicos individuais quanto coletivos, bem como a importância dada à saúde pública no plano constitucional brasileiro e no plano dos tratados de direitos humanos, bem como o seu significado para a vida digna do ser humano, não parece justificável que a saúde pública deva ficar de fora da proteção penal.

Essa, por ora, foi a escolha da política criminal no Brasil, após a interpretação constitucional que levou em consideração a significativa importância do referido bem para a vida do ser humano em sociedade. A tarefa ainda não findou, pois compete à política criminal indicar o caminho dogmático para o devido uso de institutos compatíveis com a eficiente proteção do bem jurídico e com a liberdade individual, de modo a equilibrar a referida equação.

A saúde pública constitui um bem jurídico coletivo, não divisível em partes, que se relaciona com a saúde individual, mas que com ela não se confunde. Como direito social (art. 6º da CRFB), a saúde leva em conta a relação do indivíduo com a comunidade; e, como direito coletivo (arts. 196-200 da CRFB), destaca o conceito de grupo social, de forma que a coletividade assume a posição de titular. (SARLET, 2012, p. 217-219). Desse modo, pode-se dizer que a saúde possui uma dimensão individual e coletiva, com proteção penal em ambas as esferas.

2.3 A proteção da saúde pública na legislação penal brasileira

No modelo jurídico-penal brasileiro, a saúde constitui um bem jurídico penal, objeto de tutela individual e coletiva. Sob o aspecto individual, com o objetivo de evitar ofensas concretas e também perigos, observa-se, entre outras formas, a tipificação de crimes de lesão concreta e de perigo, nos arts. 129 a 136, do CP brasileiro.

Com relação à tutela coletiva da saúde, verifica-se a presença de muitos dispositivos, tanto no CP (arts. 267 a 285), quanto na legislação especial, como as Leis: 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas, entre outros, arts. 28, 33 e 35); 7.649, de 25 de janeiro de 1988 (Cadastro e exame de doadores de sangue, art. 9º); 9.263, de 12 de janeiro de 1996 (Planejamento Familiar, arts. 15 a 17); 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Meio Ambiente, arts. 54 e 56); 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, art. 12, III).

Esse contexto legal da saúde pública distribuído em leis que protegem outros bens jurídicos, em tese, não impede o acesso às leis, mas dificulta a compreensão e a interpretação penal dos fatos,

principalmente com a exigência de uso de critérios para combater hipóteses de antinomia. (PONTE; AOKI, 2018, p. 111). Desse modo, a indicação de consolidação da legislação em um setor topográfico do Código Penal poderia constituir uma alternativa para a melhor compreensão da tutela penal da saúde pública.

No entanto, conforme anota Augusto Silva Dias (2008, p. 103-106), não se comprovou, ainda, de maneira empírica, esse papel de maior relevância segundo a localização sistemática das novas áreas de atuação do Direito Penal, embora seja uma convicção difundida. Isso porque a maioria das pessoas não conhecem o Código Penal. Desse modo, a localização de todos os tipos penais que possam se referir à saúde pública em um Código e ou leis avulsas não permite extrair conclusões sobre uma melhor interpretação e, conseqüente, tutela do bem jurídico.

Por outro lado, o a saúde pública, como bem jurídico, exige uma delimitação e precisão no âmbito da norma penal, sem prejuízo de sua proteção ampla em outras esferas legais, que tutelam bens jurídicos complementares. Não seria possível construir um capítulo exaustivo dos crimes contra a saúde pública de modo a esgotar a possibilidade de sua proteção em outras leis extravagantes, uma vez que o referido bem se relaciona com outros de forma muito próxima, como é o caso do meio ambiente e das relações de consumo.

Alerta-se que a compreensão da saúde pública como um bem jurídico penal não transforma toda e qualquer conduta, em tese, ofensiva à saúde pública, como merecedora de uma resposta penal e de uma correspondente tipologia. As condutas de lesão e de perigo de lesão deverão ser narradas de forma clara, precisa, para serem utilizadas em situações necessárias, que exijam a atuação do Direito Penal.

3 OS DESAFIOS DA DOGMÁTICA PENAL NA TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA

A prescrição típica de condutas que ofendem bens jurídicos coletivos enfrenta desafios no âmbito do Direito Positivo. Não é menos complexa a descrição de enunciados dogmáticos no âmbito da doutrina penal que almejam interpretar e apontar alternativas para a solução de casos penais relacionados às condutas ofensivas à saúde pública.

De antemão, cabe ressaltar que o Direito Positivo não se confunde com a dogmática. “O trabalho dogmático requer decisões e posicionamento do jurista, que não cabem na simplicidade da concepção positivista clássica”. (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p. 172).

Entre as funções da moderna dogmática penal, encontram-se: analisar as estruturas implícitas nos sistemas jurídico-penais de normas, fazer considerações ético-normativas ou jurídico políticas,

quando se examina quais condutas humanas são merecedoras de resposta penal; e a função de elaborar e comentar o direito positivo (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p. 178); cumpre tarefas ainda no ensino jurídico, na construção da jurisprudência e da própria legislação. (GOMES FILHO, 2019, p. 231). Verifica-se que a dogmática penal moderna se relaciona e se comunica de maneira intensa com a política criminal.

Tendo em conta que a análise político criminal já fora nos itens anteriores, importa, nessa etapa, fazer uso das ferramentas apregoadas pela demais funções da dogmática, no sentido de elaborar e comentar o Direito Positivo, no que concerne aos crimes contra a saúde de pública, de modo a considerar as prescrições legais e os enunciados dogmáticos da doutrina penal.

De maneira circunscrita à delimitação do presente trabalho, como objeto de análise, em razão da discussão recente sobre o tema em razão da pandemia do Covid-19, com impacto social, destaca-se o art. 268 do Código Penal brasileiro, que oferece desafios à doutrina e à jurisprudência, no que diz respeito ao uso da tutela preventiva cumulada com a narrativa da norma penal em branco, respectivamente.

3.1 O uso da construção tipológica preventiva no artigo 268 do Código Penal

No âmbito legal da tutela penal de bens jurídicos coletivos, observa-se que as ferramentas tradicionais de combate à criminalidade possuem eficácia limitada (PONTE, 2016, p. 53). Por isso, é comum o uso mais intenso de elementares normativas, da normatização penal em branco, dos tipos de perigo abstrato, tanto na forma dolosa quanto na forma culposa, com a ideia de antecipar danos, uma forma de tutela penal preventiva, inerente à uma sociedade de risco. (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016, p. 378).

No capítulo dos crimes contra a saúde pública do Código Penal brasileiro, consta no art. 268, entre outros, o crime intitulado infração de medida sanitária preventiva, que narra a conduta de infringir determinação do poder público, destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa, punido com pena de detenção de um mês a um ano, e multa. (BRASIL, 2019?).

Essa é uma modalidade de conduta presente também em outras legislações como infração penal. O art. 318 do Código Penal chileno pune, com pena de prisão no grau mínimo a médio ou multa, a conduta de quem expõe a perigo a saúde pública ao infringir regras de higiene ou saúde devidamente publicadas pela autoridade, em tempo e catástrofe, epidemia ou contágio. (CHILE, [2020]).

A título de ilustração, a situação de adequação típica da conduta aparentemente simples foi objeto de recusa na recente pandemia Covid-19 no território italiano. De início, a Itália, por meio do Decreto-lei 6 de 23/02/2020, em complemento à mencionada contravenção do art. 650, acolheu o modelo de sanção civil, administrativa e penal para garantir o isolamento social. Mas voltou atrás e eliminou retroativamente o aspecto penal da referida conduta, salvo no caso de pessoas que estavam positivas ao vírus. A própria jurisprudência italiana, medidas consolidadas e específicas quanto ao referido complemento (AMORE; CARDOSO, 2020).

No Brasil, além da previsão legal, o uso da técnica de tutela preventiva, com a tipificação do perigo abstrato, tem o respaldo do Supremo Tribunal Federal, conforme visto anteriormente, ou seja, não recebe a etiqueta de inconstitucionalidade. A análise judicial da conduta é realizada em concreto com base no princípio da proporcionalidade.

Quanto ao art. 268 do CP brasileiro, a norma objetiva impedir a propagação de doença contagiosa e se consuma com mera transgressão da medida ou determinação da autoridade pública. Cuida-se de um crime de perigo presumido, que não exige, portanto, a efetiva propagação da doença. A medida do poder público deve possuir um caráter obrigatório, de modo que não configurará o crime se houver apenas uma recomendação ou conselho do poder público. (HUNGRIA, 1959, p. 103).

A forma de tutela preventiva foi utilizada pelo legislador. Sob o aspecto da tipicidade formal, se houver determinação de quarentena ou de isolamento por parte do poder público, o agente que resolver descumprir a referida norma, mesmo não estando afetado pela doença, incorrerá, com a sua conduta, na figura criminosa do art. 268 do Código Penal. (HUNGRIA, 1959, p. 103).

O mencionado dispositivo possui uma construção na forma de lei penal em branco em sentido estrito, que remete o complemento à norma de fonte diversa, não produzida pelo Congresso Nacional, o que gerou, no cenário da Covid-19, muita discussão e indicativo de fragilidade do arranjo legal e dogmático, com insegurança jurídica.

3.2 A tipologia de incompletude no preceito primário e o rateio de competência para o seu complemento

Quando se trata de norma penal em branco no Direito Penal, compreende-se as normas penais homogêneas ou impróprias ou em sentido amplo (complemento na mesma fonte legal) e heterogêneas ou próprias ou sentido estrito (complemento em fonte diversa da lei). Essa segunda hipótese é a que está presente no art. 268 do CP brasileiro.

Vale destacar que o complemento normal de uma norma penal em branco retroage se for benéfico e, por outro lado, não terá retroatividade se for maléfico. Isso ocorre no caso de complemento normal, permanente, que não possua o caráter excepcional ou temporário, hipótese na qual terá a ultra-atividade prevista no art. 3º do CP.

O uso da técnica da norma penal em branco em sentido estrito não goza de total aceitação no âmbito da doutrina penal, conquanto esteja pacificado na jurisprudência penal brasileira. A título de exemplo, a Portaria Anvisa nº 344, de 12 de maio de 1988, complementa dispositivos da Lei de Drogas (Lei nº 11.343, de 2006).

Do mesmo modo, é comum o uso de complementos em normas administrativas federais, estaduais e municipais para fatos previstos na Lei nº 9.605, de 1998. Ressalte-se que, no Brasil, a tipificação de uma conduta como crime compete ao Congresso Nacional, nos termos do art. 22, I da CRFB. Entretanto o complemento da norma penal em branco pode ser realizado pelos demais entes federados dentro de sua competência regulamentar.

Nesse quadro, indaga-se quem possui competência para complementar a norma do art. 268 do CP, que menciona a elementar “determinação do poder público”? Esse tema foi objeto de recente divergência no Brasil. A resposta não é simples, na medida em que não se pode usar, como fundamento, apenas o paradigma da legislação ambiental, a qual é repleta de complementos normativos nos três entes federativos, amparados em competência explícita e um conjunto de normas administrativas consolidado.

Empós o início de um debate entre União, estados e municípios sobre a competência para dispor sobre quarentena e isolamento social como medida de combate à pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19), o Supremo Tribunal Federal reconheceu uma competência concorrente dos três entes federados em matéria de saúde pública e no combate ao coronavírus, de modo que estados, Distrito Federal e municípios pudessem adotar medidas de isolamento social em proteção da saúde pública. (BRASIL, 2020).

Em seguida, uma outra questão surgiu, qual seja: o descumprimento de norma estadual ou municipal ou distrital caracteriza conduta típica do art. 268 do Código Penal ou configura apenas infrações sancionáveis no âmbito cível e administrativo?

A resposta novamente não parece simples, uma vez que não se trata de um descumprimento de norma fixa e determinada, que regula uma situação de normalidade, como ocorre no funcionamento de um empreendimento, sem o devido licenciamento ambiental municipal e/ou

estadual, com possibilidade de gerar dano ao meio ambiente.

O pensamento tradicional anterior admite o complemento da norma penal em branco do art. 268 com normas administrativas de todos os entes federados, conforme ensina Mirabete (2006, v. 3, p. 108-109): “a determinação do poder público é a que provém de autoridade federal, estadual ou municipal, de qualquer hierarquia, desde que tenha autoridade e competência para elaborá-la”.

Sob o aspecto da tipicidade formal, não parece difícil sustentar a adequação típica da conduta de um agente que descumpra a determinação de quarentena contida em decreto municipal. Por outro lado, a análise conjunta da finalidade político-criminal da norma e da tipicidade material exige melhores argumentos para justificar o tratamento penal de referida conduta.

No caso do descumprimento de norma relativa ao isolamento social com o objetivo de conter a pandemia do Covid-19, a hipótese se apresenta complexa, porque cuida do direito de ir e vir, com possibilidade de tratamentos díspares no território nacional ante o rateio de competência entre os entes federados.

É certo que o objetivo é conter o crescimento da infecção e, com isso, salvar muitas vidas e proteger a saúde pública. No entanto, há de existir justificativa para se fazer uso do Direito Penal de maneira isonômica em tal situação, de modo a preservar o paradigma do bem jurídico, com todas as suas funções, como forma de limitar o poder de punir do Estado.

Segundo a Portaria GM/MS nº 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde, o isolamento constitui uma ação para separação de pessoas sintomáticas e assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, enquanto a quarentena, que pode ser determinada por secretarias de estados e de municípios ou pelo próprio Ministério da Saúde, pode durar 40 dias, prorrogáveis, se necessário. (BRASIL, 2020a).

No caso da referida pandemia, a situação fática é excepcional, os próprios complementos proibitivos, contidos em normas complementares de vários entes federados, apresentaram dispositivos não colidentes, que se sujeitam a diferentes fases de enfrentamento da doença, com maior ou menor flexibilização da aglomeração social. (VALENTE, 2020).

Acrescente-se a possibilidade de adoção, em cidades limítrofes, de normatizações contraditórias, que dificultam a compreensão quanto aos limites da ilicitude da conduta, com potencial de gerar insegurança jurídica, fazendo com que condutas semelhantes, separadas por poucos quilômetros, sejam consideradas típicas ou atípicas, trazendo uma mitigação, não prevista no texto constitucional, da competência da União para dispor sobre Direito Penal (art. 22, I da CRFB).

Tudo isso revela que a dogmática penal, nesse aspecto da tutela da saúde pública, não estava preparada para o uso, com segurança jurídica, na tentativa de contribuir para uma menor propagação da pandemia. A sua utilização na interpretação, em casos isolados do art. 268 do CP, gerou mais debates e incertezas que demandam a reflexão sobre a necessidade de outras alternativas dogmáticas ou mesmo de diminuição do seu espaço de proteção simbólica.

3.3 Limites de interpretação dogmática relativos aos crimes contra a saúde pública

No limite proposto de análise da tutela penal da saúde pública, o exame fático do art. 268 do CP, cujas reflexões também se aplicam a outros crimes de perigo abstrato que tutelam o mesmo bem jurídico, ainda se faz necessário compreender, sob a perspectiva de uma dogmática crítica, se o modelo legal deve ser eliminado, substituído ou reformado, ou, ainda, se compete à dogmática encontrar alternativas com novas ferramentas jurídicas.

Considerando a relevância constitucional do bem jurídico saúde pública, bem como a sua teia de proteção em diversas leis brasileiras, apontadas anteriormente, levando em conta o desenvolvimento tecnológico em diversas áreas, como a biotecnologia, de modo a exigir normatizações que protejam o ser humano no sentido de bens jurídicos individuais e coletivos, não se vislumbra um caminho de abandono da tutela penal da saúde pública.

Quanto à substituição por uma codificação separada, um microsistema de tutela penal da saúde, já se observou que a mudança topográfica por si só não gera soluções substanciais em matéria penal. Do mesmo modo, uma reforma com novos crimes e novas leis, já em discussão no Congresso (TORRES, 2020), não raro, com um conteúdo mais severo, sem as contribuições criminológicas e acadêmicas, não costumam apresentar alternativas melhores.

Nesse quadro, compete à dogmática penal apontar alternativas, desenvolver novas ferramentas, dialogar em maior intensidade com a criminologia e com a política criminal, trazer novos parâmetros metodológicos de medição de reais resultados dos tipos penais e propor mudanças, que possam contribuir, principalmente, com a interpretação jurisprudencial, de forma a trazer maior segurança jurídica no uso do Direito Penal e de modo a atender ao seu papel de proteger os bens jurídicos principais, como o da saúde pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escolha da saúde pública como bem jurídico pela política criminal, sua relação com a teoria do bem jurídico e a necessidade de novas ferramentas dogmáticas foi objeto de análise nas linhas

anteriores, quando se verificou a ausência de respostas dogmáticas seguras para a solução de problemas fáticos relacionados à conduta descrita no art. 268 do Código Penal brasileiro.

Constatou-se que a escolha penal dos bens jurídicos se alicerça na Constituição, dirigida pela função social do Direito Penal e pelo equilíbrio entre a liberdade individual e o poder de intervenção penal do Estado. Incumbe à política criminal, no debate parlamentar, contribuir com as escolhas legislativas e com a construção da dogmática penal.

Foi destacado a ausência de consenso no debate penal sobre a necessidade de tutelar a saúde pública como um bem jurídico penal. De toda sorte, há uma realidade jurídica na qual o Direito Penal, que punia apenas condutas violadoras de bens jurídicos individuais, pune atualmente ofensas a certos bens jurídicos coletivos, como os crimes contra as relações de consumo, o meio ambiente e a saúde pública.

A posição aqui assumida, diante das considerações anteriormente apresentadas sobre a tutela de bens jurídicos coletivos na sociedade contemporânea, indica a necessidade de proteção da saúde com normas penais incriminadoras, não somente no plano individual, mas, do mesmo modo, no plano coletivo.

Isso, todavia, implica o reconhecimento de fragilidade do arranjo dogmático atual, que não apresentou capacidade de rendimento diante da pandemia do Covid-19, a qual possibilitou o confronto do direito penal com realidade fática emergencial, de modo a revelar a insegurança em matéria de proteção penal da saúde pública.

Verificou-se a insuficiência da modelagem dogmática atual, com tutela preventiva e norma penal em branco, com rateio de competência entre os entes federados, para apontar uma resposta isonômica e com segurança jurídica à violação da saúde pública com descumprimento de determinação do poder público.

Não se detalhou, no artigo, a nova dogmática penal para a tutela de bens jurídicos coletivos, uma vez que ultrapassaria a sua proposta. Esse debate deve prosseguir, com diálogo entre criminologia, política criminal e dogmática, de modo a construir alternativas necessárias para a tutela penal desses bens jurídicos e, de forma específica, da saúde pública.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Portaria Anvisa nº 344, de 12 de maio de 1988.** Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília: Anvisa, [2020]. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/PRT_SVS_344_1998_COMP2.pdf/1e9

badf3-44f9-47a6-9c61-7eb70aed231a. Acesso em: 10 jul. 2020.

AMORE, Nicolo; CARDOSO, Rafaella. Direito Penal e distanciamento social: impactos da Covid-19 na Itália e no Brasil. S.L.: **Jota**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-penal-e-distanciamento-social-impactos-do-covid-19-na-italia-e-no-brasil-11042020>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 2019? Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988**. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 199?. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7649.htm#:~:text=LEI%20No%207.649%2C%20DE%2025%20DE%20JANEIRO%20DE%201988.&text=Estabelece%20a%20obrigatoriedade%20do%20cadastramento,doen%C3%A7as%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000? Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso

em: 11 jul. 2000.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2014?. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 356, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 mar. 2020a, seção 1, p. 185. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em 12 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 104.410/RS**. Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (A)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada. 1. Controle de constitucionalidade das leis penais. [...] 2. Crimes de perigo abstrato. porte de arma. princípio da proporcionalidade. [...] 3. Legitimidade da criminalização do porte de arma. [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 06/03/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur206595/false>. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 126592/BA**. Habeas corpus. Penal. Rádio comunitária. Operação sem autorização do poder público. Art. 183 da lei nº 9.472/1997. Presença de critérios objetivos. Incidência do princípio da insignificância. Ordem concedida [...]. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 24/02/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur302459/false>. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal**. Constitucional. Proteção da saúde. Ações de combate à pandemia do novo coronavírus - Covid-19. Distribuição de competências legislativas e distribuição de competências materiais pela Constituição Federal. Possibilidade de edição de normas gerais pelo Poder Executivo Federal. Competência administrativa dos entes federados para, respeitadas as normas gerais, adotarem medidas administrativas com o objetivo de reduzir a transmissão do vírus. Confirmação da medida cautelar deferida [...]. Relator: Ministro Alexandre de Moraes.

J u l g a d o e m 0 8 / 0 4 / 2 0 2 0 . D i s p o n í v e l e m : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CHILE. **Ley 2561, 12 noviembre de 1874**. Código Penal. Santiago, Chile : Biblioteca del Congreso Nacional del Chile, [2 0 2 0]. D i s p o n í v e l e m : <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>. Acesso em: 10 jul. 2020.

DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro**: ambiente, consumo e genética humana. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FULLER, Greice Patrícia; SOARES; Roger da Silva Moreira. A tutela penal dos dados empresariais na sociedade da informação no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 121, p. 408-438, jun./set. 2018.

GIULIANI, Emília Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração material de medicamentos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 124, n. 121, p.17-35, out. 2016.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Dogmática penal**: fundamento e limite à construção da jurisprudência penal no Supremo Tribunal Federal. Salvador: JusPodivm, 2019.

GRECO, Luís Greco. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 9, n. 49, p. 89-135, jul./ago. 2004.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alfén da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

ITÁLIA. **Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398**. Codice Penale. Roma, Il Momento Legislativo, [2020]. Disponível em: <http://momentolegislativo.it/app/uploads/2019/08/Codice-Penale.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoría da imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAMPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O papel do Direito Penal no Século XXI. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (orgs.). **Direito Penal como crítica da pena**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf#cap0r>. Acesso em: 10 de jul. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva**. Curitiba: Juruá, 2016.

MULAS, Nieves Sanz. El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 106, p. 115-152, abr. 2012. Disponível em: <https://app.vlex.com/#WW/vid/393459850?forw=go>. Acesso em: 9 jul. 2020.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. *In*: MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

NEUMANN, Ulfred. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo (ed.). **Límites al derecho penal: principios en la fundamentación del castigo**. Barcelona: Atelier, 2012. Disponível em: <https://www.atelierlibros.es/static/pdf/8415690047.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**: 1946. São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), Biblioteca Virtual, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 6 jun. 2020.

PONTE, Antônio Carlos da; AOKI, Luís Gustavo de Oliveira Santos. Apontamentos sobre os movimentos de recodificação e de consolidação do direito penal brasileiro. **Revista Humanidades e Tecnologia (FINOM)**, Paracatu, ano 12, v. 13, p. 99-120, jan./dez 2018. Disponível em: http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/818/591. Acesso em: 10 jul. 2020.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRADO, Luís Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luís Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. Parte Geral e Parte Especial. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REY FILHO, Moacyr. **Saúde complementar: normas, modelagem institucional e práticas**. 2017. 164f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, UniCEUB, Brasília, 2017.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Alaôr Caffé Alves. Bauru, SP: Edipro, 2000.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

RUIZ, Carlos Arturo. Acercamiento al bien jurídico salud pública. **Nuevo Derecho**, Envigado, Colômbia, v. 8, n. 11, p. 69-79, jul./dez. 2012.

RUIZ, Carlos Arturo. Acercamiento al bien jurídico salud pública. **Nuevo Derecho**, Envigado, Colômbia, v. 8, n. 11, p. 69-79, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5549087>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, UniCEUB Brasília, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

SUXBERGER, Antônio Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional, Brasília**, v. 13. n.1, p. 377 - 396, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4097/pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

TORRES, Tiago Caruso. Novas leis penais na pandemia: um panorama do que está por vir. **Estado de São Paulo**, 13 jun. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/novas-leis-penais-na-pandemia-um-panorama-do-que-esta-por-vir/>. Acesso em: 11 jul. 2020.

VALENTE, Jonas. **Covid-19: veja como cada estado determina o distanciamento social: decretos dos executivos definem as formas de isolamento**. Brasília: Agência Brasil, 1 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/covid-19-veja-como-cada-estado-determina-o-distanciamento-social>. Acesso em: 12 jul. 2020.

DA ACADEMIA AO ADVOCACY:

RELATO SOBRE A ATUAÇÃO DA CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA UFPR NA CONSTRUÇÃO CRÍTICA SOBRE A GENÉTICA CRIMINAL NO BRASIL

Taysa Schiocchet¹
Ana Leticia Manfrim Rohden²
Luiza do Carmo Louzada³

RESUMO: Valendo-se de referencial teórico sobre perfis genéticos e sobre o papel das clínicas jurídicas, o objetivo do artigo é analisar as conquistas e desafios oriundos da participação da CDH|UFPR dos processos e disputas em torno da utilização forense do DNA, de modo a aprofundar a compreensão das metodologias clínicas como ferramentas de inovação do ensino jurídico e de justiça social. A metodologia do presente relato de experiência abarca pesquisa qualitativa, que pressupõe revisão bibliográfica e análise de documentação direta, tomando como objeto analítico a atuação da Clínica num caso concreto. Demonstrou-se que a CDH|UFPR atuou em espaços diversos de debates sobre bancos de perfis genéticos. Desde o *locus* universitário de origem, com produção acadêmica (projetos de pesquisa, produção bibliográfica, eventos e formação de pessoas), passando pela atuação no Legislativo (PLs) e Judiciário (*amicus curiae*), além do acompanhamento contínuo via observatório. Conclui-se que a atuação da Clínica exigiu a participação ativa de seus diferentes integrantes ao longo do tempo, os quais adquiriram um repertório diversificado em termos de formação teórica e prática. Quanto aos impactos sociais observou-se estratégias com impactos positivos, sem impacto direto e penderes de análise. Com isso é possível afirmar que os impactos pedagógicos foram mais expressivos, porém limitados diretamente aos integrantes da Clínica, em oposição aos impactos sociais, os quais nem sempre foram alcançados, porém com potencial de atingir mais pessoas.

Palavras-chave: Relato de experiência. Clínica de Direitos Humanos. Advocacy. Bancos de perfis genéticos.

ABSTRACT: Using a genetic profile theoretical background and about the role of a human rights clinic, this article has as an objective analyze the achievements and challenges derived from CDH|UFPR's participation in disputes around the utilization of forensic DNA, in order to increase the understanding of the clinics as tools to innovate legal education and promote social

¹Professora da Faculdade de Direito e do PPGD da UFPR. Doutora em Direito, com período de estudos doutorais na Université Paris I - Panthéon Sorbonne e na FLACSO, Buenos Aires (NIH/EUA). Pós-doutorado pela Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Professora visitante da Université Paris X. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos|UFPR. Advogada.

²Mestranda em Direito, área de concentração em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora assistente da Clínica de Direitos Humanos|UFPR.

³Advogada e pesquisadora. Doutoranda do IMS da UERJ, mestre em Ciências Sociais e Jurídicas pela UFF e pesquisadora associada da Clínica de Direitos Humanos|UFPR.

justice. The methodology of this report embraces a qualitative research, which requires bibliographic review and document analysis, using clinical intervention in a specific case. It has been demonstrated that CDH|UFPR has worked in different spaces, debating about genetic profiles in data banks. Since the academic production (research projects, bibliographic production, events and people training), extending through legislative and judiciary systems and, in addition, the monitoring made by the observatory. The conclusion is that the clinical method required an active participation from your members, who acquired a diversified repertoire in theoretical and practical training. In relation to social impacts, it has been observed in strategies with positive impacts, with no direct impact and pending review. It is possible to say that the pedagogical effects were expressives, but limited to the Clinic's members, in opposition to the social impacts, that not always been attained, but with the potential to reach more people.

Key-words: Experience Report. Human Rights Clinic. Advocacy. Genetic profiles in Data banks.

INTRODUÇÃO

A discussão legislativa referente a implementação dos bancos de perfis genéticos no Brasil teve início em 2011, com a apresentação do Projeto de Lei (PL) nº 93/2011, que deu origem a Lei nº 12.654/12. Com apenas quatro artigos, essa Lei passou a regular a coleta, manutenção e utilização de dados genéticos para fins de persecução criminal.

Desde então, a coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH|UFPR), professora Taysa Schiocchet e diferentes pesquisadores integrantes da Clínica, acompanham o tema, seja por meio de pesquisas individuais (IC, Mestrado e Doutorado) ou de projetos contemplados por distintos editais de fomento à pesquisa e à popularização do saber. Inicialmente tais projetos eram vinculados ao grupo de pesquisa do CNPq BioTecJus, criado em 2011, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS). A partir do ano de 2016, com o ingresso da coordenadora no corpo docente da UFPR, os projetos foram alocados à Clínica de Direitos Humanos da referida universidade e ganharam o enfoque da metodologia clínica de ensino. Nesse sentido, os projetos de pesquisa visam compreender quais são os limites e as possibilidades da tecnologia de identificação genética. Além disso, a CDH|UFPR tem atuado em litigância estratégica e advocacy no sentido de fortalecer a garantia de direitos fundamentais e demarcar as condições de acesso do Estado ao corpo e às informações das pessoas.

A CDH|UFPR vem acompanhando de perto a regulação, regulamentação, implementação, desenvolvimento e as controvérsias judiciais em torno do funcionamento desses bancos no Brasil há quase uma década. Nessas oportunidades, procurou contribuir para o posicionamento crítico a

respeito do tema, acumulando conhecimento e experiência estratégica no manejo da formação técnico-jurídica para a instrumentalização da garantia de direitos humanos.

A literatura sobre clínicas de direitos humanos e advocacy é incipiente no Brasil. Ao mesmo tempo, a experiência clínica de aproximação da academia com casos paradigmáticos de direitos humanos tem demonstrado a sua capacidade de transformação das competências desenvolvidas pela universidade, bem como de potencialização de seus impactos sociais, quando o conhecimento acadêmico ultrapassa os muros universitários. É justamente nessa intersecção - entre a lacuna na literatura brasileira e o potencial demonstrado por essa experiência concreta - que reside a contribuição desse texto para a área do Direito. Essa é inclusive a motivação de base para tomada dessa experiência como objeto analítico, a partir do referencial teórico sobre perfis genéticos e sobre o papel de uma clínica de direitos humanos. Diante disso, o presente artigo, em forma de relato de experiência, tem como objetivo analisar as conquistas e desafios oriundos da participação da CDH|UFPR dos processos e disputas em torno da utilização forense do DNA, de modo a aprofundar a compreensão das metodologias clínicas como ferramentas de inovação do ensino jurídico e de justiça social.

No que tange a metodologia, trata-se de pesquisa qualitativa, que pressupõe revisão bibliográfica e análise de documentação direta, para compreender as implicações pedagógicas e sociais da experiência da Clínica de Direitos Humanos da UFPR enquanto participante dos processos e disputas em torno da utilização do DNA para fins de persecução criminal. As etapas da pesquisa envolveram inicialmente a análise de leis e normativas referentes à regulação do uso do DNA para fins criminais. Além disso, a revisão de literatura sobre metodologias clínicas na produção de impacto social, bem como sobre o uso forense do DNA em perspectiva crítica.

Na primeira parte do relato, é exposta a base teórica que orienta a atuação clínica em direitos humanos e o que diferencia essa estratégia da prática jurídica de outras metodologias de ensino e pesquisa em Direito. Em seguida, é apresentada a caminhada da CDH|UFPR, ou seja, linhas de pesquisa e principais atuações ao longo de sua trajetória.

A terceira parte se dedica a descrever as contribuições da CDH|UFPR à discussão sobre a implementação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal do Brasil, explicitando os projetos desenvolvidos e os resultados obtidos desde o ano de 2011, até o presente momento. A exposição acompanha as mudanças legislativas acerca do tema, que culminam nas alterações propostas pelo PL conhecido como Pacote Anticrime (PL n° 882/2019, apresentado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro).

Por fim, no último tópico, é explicitada a proposta de alteração enviada pela CDH|UFPR ao Congresso Nacional, para substituir a redação do PL n° 882/2019 no que se refere a legislação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. O texto explica quais eram as

mudanças legislativas propostas pelo Pacote Anticrime, contrapondo-as com as alterações propostas no documento enviado ao Congresso pela Clínica e como a legislação foi aprovada. O presente relato concentra esforços analíticos especificamente na atuação de advocacy frente ao Congresso Nacional por duas razões. Primeiro, porque o processo de análise do PL já foi finalizado. Segundo, porque essa participação não está documentada oficialmente, seja por vídeo ou no site da Câmara de Deputados, por exemplo. Ao contrário disso, outras intervenções, como a que ocorreu no STF no âmbito do Recurso Extraordinário 973.837/MG, na condição de *amicus curiae*, por exemplo, está em andamento (portanto pendente em análise) e todo o material produzido (audiências públicas e memoriais) estão devidamente documentados. Portanto, esse trabalho de documentação e narrativa, o presente relato se dedica a fazer.

1. O QUE FAZ UMA CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS, AFINAL?

Ao lado das demais modalidades de prática jurídica no âmbito universitário, a metodologia clínica assume o compromisso com a aprendizagem experiencial. Isso significa que o desenvolvimento das competências e habilidades profissionais ocorre por meio do exercício de atividades reais e não de hipóteses teóricas. Além disso, a ideia da aprendizagem experiencial busca reverter a tradicional educação jurídica, que entende os cursos de Direito como academias para o ensino do manejo da legislação e do processo judiciário em si, por meio de aulas expositivas, estudo de doutrina, jurisprudência e códigos legislativos.

Essa tendência decorre da adoção do método idealizado pelo professor da Universidade de Harvard Christopher Columbus Langdell, que defendia que o domínio da doutrina e jurisprudência seriam suficientes para formar um bom jurista (FRANK, 1933). Foi Jerome Frank quem defendeu a instituição de clínicas nos cursos de Direito como forma de engajar os discentes na prática jurídica (1933). Percebendo que o método de ensino pautado somente em estudo doutrinário e legislativo formava advogados desarticulados com a realidade dos processos judiciais. O autor criticou o método adotado por Langdell e afirmou que as “escolas de direito” eram, na verdade, “escolas de professores de direito” (FRANK, 1933).

Mais que a ideia de uma prática jurídica, hoje já bem consolidada como requisito obrigatório para a formação em Direito no Brasil⁴, uma clínica jurídica pode proporcionar atuações estratégicas em casos de grande impacto social. Dessa forma, não se trata apenas de ampliar o currículo profissional com a experiência prática, mas de estabelecer um método de ensino inovador. Bloch (2011), comenta a respeito de um movimento global de educação clínica em Direito e aponta quais seriam seus traços característicos nas clínicas jurídicas que se disseminaram ao redor do globo nas duas últimas décadas: (i) o alcance global; (ii) o compromisso com a reforma do

⁴ As diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico no Brasil, são reguladas pela Portaria 1.886/94.

sistema de ensino de Direito para uma “educação em direito socialmente relevante”, que traz em si uma missão de justiça social, e; (iii) a integração entre professores de Direito e outros colaboradores (profissionais que fazem advocacy⁵, ONGs, membros de tribunais e da ordem de advogados) no sentido de um movimento global de clínicas jurídicas.

Além disso, Bloch (2011) argumenta que uma clínica jurídica na área de direitos humanos tem a missão adicional de desenvolver profissionais de direito com uma consciência mais global e socialmente responsável:

Human rights clinics are not just educating future human rights lawyers but are also seeking to develop a more global conscious and socially responsible legal professional. The idea is to train students not just as competent individual professionals, but to still in them a sense of personal public responsibility to work for a more just and equitable world (BLOCH, 2011, p. 5).

Em uma perspectiva mais crítica, alguns autores apresentam ressalvas a essa expansão da metodologia clínica aos países periféricos. Eles destacam que esse processo de importação e exportação de metodologias e teorias de ensino não são isentas às dinâmicas e relações de poder (WILSON, 2009, p. 840). São processos geopolíticos de produção de conhecimento por meiosados pelas condicionantes do colonialismo epistemológico (BONILLA MALDONADO, 2015, p. 45). Esse aspecto torna-se ainda mais relevante, na medida em que possibilita a discussão de temas como o de bancos de perfis genéticos em países periféricos, situados no Sul Global, como a América Latina.

O método clínico, portanto, desenvolve as competências e habilidades profissionais por meio da experiência prática. Aliada ao método de ensino tradicional, a clínica jurídica proporciona ao discente um desenvolvimento profissional consciente e socialmente responsável, por meio da atuação em casos de grande impacto social, que repercutam não somente entre as partes litigantes, mas gerem impacto na comunidade em que estão inseridos. Partindo desse breve resumo teórico, apresentaremos a atuação da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH|UFPR).

⁴ As diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico no Brasil, são reguladas pela Portaria 1.886/94.

⁵ O advocacy se define pelas iniciativas de incidência ou pressão política, de promoção e defesa de uma causa e/ou interesse, e de articulações mobilizadas por organizações da sociedade civil com o objetivo de dar maior visibilidade a determinadas temáticas ou questões no debate público e influenciar políticas visando à transformação da sociedade (LIBARDONI, 2000, p. 02). A prática se diferencia do lobby, que por sua vez, pode ser definido como o processo pelo qual os grupos de pressão visam engajar-se e fazer parte do procedimento governamental de tomada de decisões, colaborando para o desenvolvimento de políticas públicas de uma nação (OLIVEIRA, 2004).

2. A TRAJETÓRIA DA CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA UFPR (CDH|UFPR)

Levando-se em conta a perspectiva de um espaço de treinamento não somente técnico, mas também ético e de responsabilidade social, a CDH|UFPR tem como objetivo atuar em temáticas relacionadas a criação e concretização de novos direitos. Nesse campo marcado por controvérsias, conflitos e disputas, busca inter relacionar pesquisas teóricas e empíricas, bem como desenvolver projetos de diagnóstico e intervenção social.

Dentro de sua área de atuação, adota diferentes estratégias, que vão desde a intervenção judicial em casos de grande repercussão até a sensibilização artística e a popularização do saber em direitos humanos. Assumindo forte compromisso com a pesquisa, vem promovendo eventos acadêmicos a respeito de suas áreas temáticas. Além disso, emprega ferramentas para a fiscalização de políticas públicas, com a instituição de observatórios sobre as temáticas da Clínica, parcerias com o terceiro setor e acompanhamento de políticas públicas junto aos poderes executivo e legislativo, utilizando-se de ferramentas como os pedidos de acesso à informação e a participação na discussão de projetos e anteprojetos de lei. Valendo-se também de parcerias com pesquisadores pôde participar de litígios estratégicos, tais como demandas individuais de impacto, coletivas e contribuições como *amicus curiae*⁶.

Além disso, emprega as mídias sociais e produtos audiovisuais (como documentários, vídeos curtos⁷ etc.) para atingir a comunidade não-técnica e em geral externa à universidade, bem como a produção de artigos científicos, cujo público-alvo é a comunidade acadêmica. Para tanto, promove a realização de intercâmbios internacionais, cursos de oratória, capacitação para o desenvolvimento de pesquisa empírica, simulados, participação em competições internacionais em direitos humanos, produção de artigos científicos.

No que se refere as temáticas, a CDH|UFPR desenvolveu projetos relacionados ao exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes, envolvendo também o direito ao aborto legal e a ADPF n° 442 que discute o tema. A pesquisa resultou na produção de diversos artigos científicos, dissertações e teses, além dos guias “Fala Direito Comigo!”⁸ que oferecem informações às mulheres com relação aos seus direitos sexuais e reprodutivos. Em parceria com a clínica da

⁶ A CDH|UFPR figura como *amicus curiae* no Recurso Extraordinário n° 973.837 e irá apresentar memoriais na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF n° 442.

⁷ Acesse o canal no Youtube da CDH|UFPR <https://www.youtube.com/user/IBioTecJusI>. Acesso em 30/08/2020

⁸ É uma série de materiais de Educação em Direitos Humanos composta por Guias de direitos, vídeos animados (Youtube), um documentário e um Blog. O guia para jovens e mulheres pretende oferecer informações básicas sobre os direitos relacionados à vivência da sexualidade e reprodução numa linguagem acessível. E o guia para profissionais contém informações complementares e orientações didáticas de como usar essa ferramenta para educação, orientação e sensibilização. Saiba mais: <http://cdhufpr.com.br/pt/publicacoes>. Acesso em 17/07/2020.

Universidade de Paris X (EUCLID), a CDH|UFPR elaborou memoriais no bojo da ADPF 442 e analisou as dinâmicas de interação e seus impactos, entre clínicas jurídicas da periferia e do centro global (SCHIOCCHET; CASTILHO, 2019).

Em outra frente, a CDH|UFPR busca analisar e sistematizar as implicações jurídicas da regulamentação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil. A tecnologia foi instituída no país por meio da publicação da Lei nº 12.654/2012, regulamentada pelo decreto nº 7.950/2013 e passou a obrigar os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa e por crimes hediondos, a submeterem-se à identificação por perfil genético, mediante a extração do DNA, por técnica adequada e indolor. Da mesma forma, o tratamento de informações genéticas humanas precisam observar os princípios gerais da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), garantindo que o material biológico seja usado para a estrita finalidade de identificação.

Mais recentemente, a regulação do assunto foi alterada com a aprovação da Lei nº 13.964/2019, ampliando o rol de crimes hediondos, atribuindo a falta grave como penalidade para condenados que se recusem a fornecer o DNA e promovendo outras alterações importantes a regulação do tema.

A normatização e instituição dos bancos de perfis genéticos na perspectiva dos direitos fundamentais é tema de investigação pela Clínica desde o ano de 2011 por meio de projetos de pesquisa. Esses projetos tinham o objetivo de refletir a respeito das intervenções genéticas feitas em seres humanos para fins clínicos, de pesquisa, forenses, migratórios, bem como dos riscos em termos de privacidade e discriminação genéticas, por exemplo.

Portanto, a CDH|UFPR atua em diversas frentes, sempre buscando a inter relação entre pesquisas teóricas e empíricas, além de utilizar ferramentas para a fiscalização de políticas públicas, parcerias com o terceiro setor e de acompanhamento dos poderes executivos e legislativos. Dentre elas, a regulação e implementação dos bancos de perfis genéticos para fins criminais no país. A Clínica promoveu pesquisas e atuou junto ao poder judiciário e também o legislativo, com o objetivo de entender como a tecnologia pode ser aplicada de maneira coerente com a Constituição Federal (CF) e os direitos fundamentais, tais como o direito à intimidade, integridade física, ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo. Diante disso, no próximo tópico, o presente relato de experiência trará uma retrospectiva histórica da contribuição da CDH|UFPR para o debate relacionado a regulamentação e instituição dos bancos de perfis genéticos no Brasil.

3. A PARTICIPAÇÃO DA CDH|UFPR NO DEBATE SOBRE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS

O perfil genético consiste em uma espécie de padrão existente no DNA de cada pessoa, que só se repete entre gêmeos monozigóticos. Por esse motivo, essa sequência numérica que lembra a numeração de um código de barras é capaz de identificar uma pessoa. Dessa forma, é importante registrar que o termo técnico “perfil genético” não se confunde com “a maneira como muitas vezes a expressão é vulgarmente empregada, fazendo referência a uma análise global das condições genéticas de uma pessoa” (LOUZADA, 2019).

Os bancos de perfis genéticos, por sua vez, são as bases de dados em que esses dados de identificação genética são armazenados. Da mesma maneira, também é possível guardar perfis genéticos encontrados em vestígios de cenas de crimes e assim, cruzar as informações para determinar se a pessoa esteve naquele local. Quando o resultado é positivo temos o que a ciência forense chama de *match*: a coincidência entre perfis de uma mesma base de dados.

Essa possibilidade, associada a outros fatores como o barateamento do sequenciamento genético, fez com que a perícia genética para fins jurídico-penais crescesse muito nos últimos anos, tanto em número de países que utilizam a tecnologia quanto em relação ao tamanho dos bancos que armazenam esses dados: em 2014 ao menos 67 países possuíam bancos de perfis genéticos (REINO UNIDO, 2017), sendo que, em relação ao tamanho da população, o maior - e mais antigo - banco de dados dessa natureza é o do Reino Unido (6.4 milhões de perfis, 10% da população) (REINO UNIDO, 2019).

Diante dessa perspectiva, considerando a evolução da tecnologia e o início da discussão regulatória acerca do tema no país, em meados de 2011, a CDH|UFPR passou a desenvolver pesquisas com o objetivo de compreender como os bancos poderiam ser eficientes na elucidação de delitos, minimizando erros e potenciais problemas relacionados ao perfil genético forense. Além da produção de conhecimento por meio dos projetos de pesquisa na universidade, diferentes estratégias jurídicas de intervenção foram realizadas pela CDH|UFPR a partir de então, e que estão sintetizadas na tabela a seguir:

Tabela 1 - Atuação da CDH|UFPR nas discussões acerca dos bancos de perfis genéticos

ANO	PRODUTO	DESCRIÇÃO
2011 a 2018	Produção Bibliográfica	"Pensando o Direito"
		O humano entre o direito e a genética: pressupostos para o debate legislativo acerca das implicações jurídicas concernentes à criação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil.
		A regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA
		Acesso às informações genéticas humanas e direitos da personalidade: impactos sobre o consentimento informado
		Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação de criminal no Brasil
		O humano entre o direito e a genética: pressupostos para o debate legislativo acerca das implicações jurídicas concernentes à criação de bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil.
		Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: implicações jurídicas à privacidade, intimidade e estigmatização genéticas
		Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: uma análise do direito de não autoincriminação a partir da jurisprudência do STF
2012 e 2015	Evento	I e II Congresso Internacional sobre Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal realizados na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), em São Leopoldo-RS
2017	Audiência Pública	Sustentação oral na Audiência Pública realizada no STF para discutir a constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012
2019	Memoriais	Memoriais apresentados no âmbito do Recurso Extraordinário nº 973.837, na condição de <i>amicus curiae</i> no STF
2019	Nota Técnica	Nota Técnica sobre as alterações na regulação dos Bancos de Perfis Genéticos para fins de Investigação Criminal previstas no Pacote "Anticrime"
2019	Proposta Legislativa	Proposta de Substitutivo de Redação para o Pacote "Anticrime" apresentado ao grupo de trabalho montado no âmbito da câmara dos deputados para analisar a redação e propostas do Pacote "Anticrime"

Fonte: elaborado pelas autoras

As produções supramencionadas foram desenvolvidas ao longo da última década. Iniciou os trabalhos em 2011. Do seu local de origem, a universidade, a CDH|UFPR desenvolveu, para a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), o projeto bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Além de eventos, participação em debates e reuniões no MJ, a pesquisa resultou no livro da série "Pensando o Direito".

Em continuidade a essa pesquisa, por meio da Chamada nº 07/2011 organizada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação e pelo Ministério da Educação (MCTI), foi possível sistematizar e aprofundar as investigações sobre o tema, praticamente desconhecido na esfera jurídica nacional. Da mesma forma, para promover discussões que abrangessem tanto a comunidade acadêmica quanto gestores da administração pública, de modo a amparar a concretização de políticas públicas, a pesquisa foi ampliada com o financiamento do programa "Pesquisador Gaúcho", por meio do edital nº 43/2013, promovido pelo MCTI.

Como resultado das investigações e buscando promover um debate transdisciplinar do tema, nos anos de 2012 e 2015, o então |BiotecJus| promoveu o I e o II Congresso Internacional sobre

Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Os eventos contaram com profissionais de diversas áreas e ampliaram as discussões ainda incipientes acerca do uso da tecnologia no país.

No âmbito judiciário, em 2016, diante da reputação de repercussão geral do Recurso Extraordinário (REExt nº 973.837/MG), o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.654/12. Diante da complexidade da matéria, convocou uma audiência pública, que contou com a participação de especialistas de diferentes áreas, que apresentaram suas experiências com a tecnologia. Nessa oportunidade, a coordenadora da Clínica e o antropólogo Vitor Richer participaram da mesa de juristas representando a CDH|UFPR⁹. Considerando a pertinência temática direta das atividades desenvolvidas pelo grupo com o objeto do REExt., a CDH|UFPR, em conjunto com o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS|RIO) requereu, em 2017, a habilitação como *amicus curiae*¹⁰ na demanda. Sua manifestação escrita, por meio de memoriais, apresentou os pressupostos interdisciplinares necessários à regulação constitucional dos bancos de DNA e padrões mínimos à proteção dos direitos fundamentais afetados por meio de garantias legais concretas e eficazes.

Por fim, diante da apresentação do PL nº 882/2019, que propunha alterações significativas na legislação concernente aos bancos, a CDH|UFPR produziu uma Nota Técnica, que abarca os pontos a serem revisados na legislação e enviou ao Congresso Nacional uma proposta substitutiva ao PL, apresentando uma nova redação para cada ponto a ser regulado.

Como explicitado, há quase uma década, o uso forense do DNA humano para fins de persecução criminal é um tema caro à CDH|UFPR, que busca explorá-lo de maneira crítica, com o objetivo de entender os limites e potencialidades do uso da tecnologia no país. A experiência da Clínica nessa temática se inicia na esfera acadêmica (i), com o desenvolvimento de pesquisas e a realização de congressos que buscam entender e promover debates acerca do assunto. Ultrapassando os muros universitários, a experiência da Clínica acumula intervenções nas esferas do Judiciário (ii) e do Legislativo (iii), e faz repercutir nessas diferentes instituições sociais os resultados práticos das pesquisas até então desenvolvidas. O relato dessas atuações, em seguida, será pormenorizado, em cada uma das três áreas em que foram promovidos.

⁹ As audiências públicas podem ser acessadas no canal do STF no Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=IYRedqA8pHw>. Acesso em 30/08/2020.

¹⁰ Além da CDH|UFPR, são *Amicus Curiae* a Academia Brasileira de Ciências Forenses, Ministério Público de Minas Gerais, Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, Advocacia Geral da União, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Associação Nacional dos Defensores Públicos, Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, Defensoria Pública da União, Ministério Público do Rio Grande do Norte e, recentemente, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro solicitou o ingresso na demanda. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>. Acesso em 15 de jun de 2020

3.1 AS DIFERENTES ARENAS DE DEBATE: DA ACADEMIA AO ADVOCACY NO LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

No Brasil, o debate da implementação da tecnologia tinha como plano de fundo promessas pouco científicas de combate à criminalidade e aumento da segurança pública. Diante desse contexto, no ano de 2011, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)¹¹ convocou, em parceria com o Ministério da Justiça, projetos de pesquisa relacionados a temática para a realização da quinta edição do projeto “Pensando o Direito”.

A proposta submetida pela CDH|UFPR¹² foi selecionada e a pesquisa foi desenvolvida com o objetivo de identificar e analisar os riscos, benefícios, limites e possibilidades em torno da criação de um banco de dados de perfis genéticos para fins de investigação criminal no país. A ideia era que a pesquisa pudesse proporcionar uma base teórica a promover o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, apresentando aspectos que deveriam ser incluídos na regulação do assunto sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Nessa oportunidade, foi realizado um estudo de direito comparado a respeito de regulações de bancos de perfis genéticos ao redor do mundo, bem como estudo de casos, o que resultou na identificação de pontos sensíveis que deveriam ser necessariamente abordados na regulação brasileira¹³.

O relatório da pesquisa foi publicado como volume da série “Pensando Direito”¹⁴ em 2012. O livro conta com um panorama das modalidades possíveis para a construção de biobancos e bases de dados genéticos, bem como os resultados das pesquisas de direito comparado realizadas frente ao Reino Unido, Espanha e Portugal. Além disso, são apontados aspectos relacionados ao direito brasileiro, ao processo de aprovação da lei dos bancos de perfis genéticos no Brasil e os pontos imprescindíveis na regulação da tecnologia. Esse relatório se tornou a base que fundamenta as demais discussões e pesquisas promovidas acerca do assunto.

¹¹ Por meio do Projeto Democratização de Informações no Processo de Elaboração Normativa (BRASIL, Ministério da Justiça, 2011), realizado em conjunto com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), o projeto foi financiado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

¹² Com o tema “Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal” e o objetivo de refletir acerca dos possíveis riscos e benefícios, limites e possibilidades à construção de bancos de perfis genéticos com a finalidade de persecução criminal mormente quando se necessita considerar o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

¹³ O trabalho também resultou em uma pesquisa *in locu* na Universidad Autónoma de Madrid, onde Schiocchet realizou visitas técnicas, debates, entrevistas, além de encontros com profissionais que trabalham junto às instâncias administrativas, judiciárias e acadêmicas, acessando documentos oficiais e informações que, muitas vezes, não são objeto de publicação, permitindo uma construção empírico-indutiva.

¹⁴ O relatório final da pesquisa pode ser acessado aqui: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Volume-4311.pdf>. Acesso em 20 de jul de 2020.

¹⁵ A Chamada convocou propostas que contribuíssem de maneira significativa para o desenvolvimento científico, tecnológico e para a inovação do país, nas áreas de Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas.

O resultado dessa pesquisa pôde ser aprofundado em outras duas oportunidades, com a seleção da CDH|UFPR na Chamada nº 07/2011 e no edital nº 43/2013, ambos organizados pelo MCTI e pelo Ministério da Educação, por meio do CNPq e da CAPES¹⁵, que tiveram como objetivo, selecionar propostas de pesquisa para financiamento nas áreas de ciências humanas, sociais e sociais aplicadas, que colaborassem de para o desenvolvimento científico e tecnológico e inovação do País. Além disso, a CDH|UFPR contou com o financiamento do “Programa Pesquisador Gaúcho” (PORTO ALEGRE, 2013) para promover discussões que abrangessem tanto a comunidade acadêmica quanto gestores da administração pública, de modo a amparar a concretização de políticas públicas e a efetividade de direitos fundamentais e referentes a segurança pública.

A conquista desses incentivos permitiu identificar e analisar, com base no sistema jurídico brasileiro e no direito comparado, os possíveis riscos e benefícios, bem como os limites e possibilidades à realização de pesquisas e construção de banco de dados de perfis genéticos para fins de persecução criminal, de forma a promover e respeitar os direitos e as garantias fundamentais do cidadão.

Diante dos resultados dos estudos realizados e com o objetivo realizar um debate interdisciplinar sobre as repercussões técnicas, legais e sociais da utilização da tecnologia no Brasil, nos anos de 2012 e 2015, a CDH|UFPR promoveu o I e o II Congresso Internacional sobre Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal¹⁶. Os debates ocorreram na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), em São Leopoldo-RS e contaram com a participação de vários estudiosos acerca do tema, que apresentaram diferentes visões e experiências internacionais com o uso da tecnologia¹⁷. Os eventos reuniram especialistas que discutiram a possibilidade de implementação dos bancos em conformidade com direitos fundamentais, a relação entre a tecnologia e o feminicídio, biopolítica, securitização social, experiências portuguesas e argentinas com os bancos e o “estado da arte” no Brasil, após a aprovação da Lei nº 12.654/12.

A discussão a respeito da coleta obrigatória de material genético de pessoas condenadas por crimes dolosos de violência grave contra a pessoa ou por delitos considerados hediondos ganhou uma nova página no ano de 2016. No âmbito dos autos de Recurso Extraordinário nº 973.837, oriundo do estado de Minas Gerais, a defesa do réu já condenado, sustentou que a decisão do

¹⁵ A Chamada convocou propostas que contribuíssem de maneira significativa para o desenvolvimento científico, tecnológico e para a inovação do país, nas áreas de Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas.

¹⁶ A Playlist completa, com todas as palestras do evento, pode ser acessada: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLScYiMR0056Ds6DRBYKp8s3eYmnhj1ELg>. Acesso em 17/07/2020.

¹⁷ Dentre os pesquisadores estão a Doutora Maria José Cabezado, professora da Universidad Autónoma de Madrid, que tratou a respeito da eficiência da base de dados na Espanha, Helen Wallace, representante da ONG GeneWatch que relatou a experiência e os termos da legislação britânica e a pesquisadora argentina Maria Susana Ciruzzi, que apresentou um enfoque bioético-jurídico sobre o uso dos bancos de dados como uma ferramenta a ser utilizada pelo Direito Penal.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais que autorizava a extração do material genético e inclusão dos dados do indivíduo no banco de perfil genético do estado, violava o princípio da não autoincriminação e da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF). Diante disso, Plenário do STF (2016) reconheceu, por unanimidade, a constitucionalidade e reputou a repercussão geral da matéria. Portanto, a Corte foi chamada a decidir se a Lei nº 12.654/2012, que alterou de Lei de Execução Penal e a Lei de Identificação Criminal, é compatível com os princípios constitucionais.

Considerando a pertinência temática direta das atividades desenvolvidas pelo grupo com o objeto do Recurso, a CDH|UFPR, em conjunto com o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS|RIO) requereu, no ano de 2017, a habilitação como *amicus curiae* na demanda. A intervenção foi admitida e, na mesma decisão, o relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, convocou a realização de uma Audiência Pública para que técnicos especializados em genética e sua aplicação na investigação forense, além de pesquisadores e juristas fossem inquiridos a respeito do tema. Possibilitou que as partes e os *amici curiae* indicassem peritos e estudiosos a serem ouvidos e convidou os demais ministros da Corte a integrarem a mesa e participarem da audiência pública.

As audiências contaram com a presença de peritos nacionais e estrangeiros, além de juristas, um antropólogo, um médico e uma ativista, abrindo espaço para diferentes vozes, representando interesses distintos e pontos de vista diferentes a respeito do tema. Nessa oportunidade, foi ouvido um representante do FBI, dos Estados Unidos, um representante do *Bundeskriminalamt* alemão e ambos defenderam a eficácia da tecnologia do uso forense do DNA, mas manifestaram-se acerca da importância da proteção da privacidade do indivíduo identificado no banco.

A coordenadora da CDH|UFPR, participou dos debates, apresentando ao Ministro relator e demais participantes das audiências uma visão da discussão não situada no falso dilema entre promoção de segurança pública e garantia do direito à não autoincriminação, mas na tutela judicial efetiva do interesse público e flexibilização justificada, proporcional e controlada dos direitos afetados pela tecnologia, demonstrando que a Lei em discussão não tutela e delimita adequadamente o uso dos bancos.

Ainda na condição de *amicus curiae* no Recurso Extraordinário nº 973.837, a CDH|UFPR protocolou nos autos Memoriais (SCHIOCCHET; LOUZADA; RICHTER; SPIES; LAZZARETTI, 2019), apresentando os dados obtidos nas pesquisas realizadas pela CDH|UFPR desde o ano de 2011, sem a pretensão de se filiar a um posicionamento, mas de fornecer à Corte informações que auxiliem no processo de decisão. A manifestação tratou dos pressupostos interdisciplinares à regulação constitucional dos bancos de DNA, em seguida, da produção e aplicação empírica da Lei nº 12.654/12 e da apreciação de constitucionalidade da matéria e por

fim, trouxe a baila padrões mínimos à proteção dos direitos fundamentais afetados por meio de garantias legais concretas e eficazes.

Nesse cenário, em 2019, foi apresentado o PL nº 882/2019, que ficou conhecido como Pacote Anticrime e propôs uma série de alterações na legislação processual penal. Dentre elas, significativas mudanças na disciplina dos bancos de perfis genéticos. Diante disso, a Clínica produziu uma Nota Técnica (SCHIOCCHET; LOUZADA; RICHTER, 2019). Nela tratou, ponto a ponto, das alterações propostas pelo PL nº 882/2019 e sugeriu alterações para que o PL ficasse adequado aos princípios constitucionais. Nesse sentido, sugeriu que se aguardasse o posicionamento do STF quanto a constitucionalidade da Lei nº 12.654/12 antes de ampliar seu escopo, desentranhando a matéria do referido PL.

Para a discussão do PL nº 882/2019, a Câmara dos Deputados montou um Grupo de Trabalho que analisou a redação e propostas de alteração do referido PL. Diante disso, a CDH|UFPR realizou um trabalho de advocacy no Congresso, com o objetivo de demonstrar aos legisladores que o Projeto não incorporava as alterações necessárias a garantia de direitos fundamentais. Para tanto, enviou aos congressistas uma proposta de substitutivo da redação para o PL nº 882/2019, no que tange a regulação dos bancos de perfis genéticos, sugerindo inicialmente, a retirada do tema das discussões e criação de um microsistema regulatório específico aos bancos. Caso a sugestão não fosse aceita, apresentou uma nova proposta de redação para cada ponto a ser regulado.

A tecnologia da identificação genética para fins de investigação criminal foi instituída no país em 2012, por meio da Lei nº 12.654¹⁸. Em seguida, o Decreto nº 7.950/13 regulamentou o objeto da lei e criou também a autoridade garantidora desses bancos: o Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Por fim, foi alterada pela Lei 13.964/2019¹⁹, a respeito da qual a CDH|UFPR realizou um trabalho de advocacy, participando dos debates a respeito da construção da legislação. O próximo tópico relata a experiência e os desafios enfrentados nesse projeto.

4. O ADVOCACY DA CDH|UFPR NO CONGRESSO NACIONAL

Sabendo que a alteração da legislação acerca dos bancos de perfis genéticos era uma prioridade do “Pacote Anticrime”, a CDH|UFPR se inteirou da discussão a respeito do referido PL, que ocorria num Grupo de Trabalho, sob a presidência da Deputada Federal Margarete Coelho, na Câmara dos Deputados, por meio do “Observatório de Bancos de Perfis Genéticos”. Ao

¹⁸ E passou a obrigar os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a serem submetidos, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor.

¹⁹ Que resultou do processo legislativo dos projetos de lei que integravam o chamado “Pacote Anticrime” promoveu alterações importantes na regulação do tema.

acompanhar as reuniões do referido Grupo de Trabalho, uma pesquisadora identificou que foram citadas as pesquisas da CDH|UFPR. A coordenadora foi informada e a Clínica passou a mobilizar esforços para apresentar suas análises sobre tema. Buscou a assessoria de deputados que pudessem levar às reuniões os resultados das pesquisas realizadas ao longo dos anos, prontificando-se a colaborar de alguma forma.

Diante disso, a Clínica produziu uma Nota Técnica²⁰, tratando de todos os pontos referentes aos bancos de perfis genéticos que o “Pacote” tencionava aperfeiçoar. As propostas da Clínica refletiam seu compromisso com o uso da tecnologia de DNA condicionado ao respeito aos direitos humanos. A Clínica encontrou abertura e receptividade do referido Grupo de Trabalho, mesmo sabendo do posicionamento crítica da CDH referente ao uso forense do DNA. Isso se confirmou ao recebermos a informação de que muitas das nossas propostas haviam sido incorporadas ao texto final. Isso indicou um certo alinhamento do grupo com a postura da Clínica, em olhar criticamente o uso dos bancos de perfis genéticos.

Assim, a CDH|UFPR enviou aos deputados uma proposta substitutiva ao PL, em um documento dividido em três pontos: i) a redação atual da legislação, ii) aquela proposta pelo relator e, por fim, iii) a sugerida pela clínica, acompanhada de uma justificativa referente a cada alteração. Duas das propostas trazidas pela Clínica foram incorporadas ao texto da lei. A primeira delas, garante ao titular dos dados genéticos, acesso às suas informações, bem como aos documentos da cadeia de custódia, possibilitando que essas informações sejam contraditadas pela defesa. A segunda sugestão acolhida foi a que alterou o termo “condenado por crimes dolosos” por “condenados pelos crimes previstos no *caput*”, no §3º 9-A da Lei 7.210/84.

O PL nº 882/2019 sugeriu que o *caput* do artigo 9º-A da Lei 7.210/84 fosse alterado para ampliar o rol de condenados que terão o perfil genético incluído no banco, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A CDH|UFPR sugeriu que apenas condenados por crimes dolosos de lesão corporal de natureza grave, ou delitos de maior gravidade, sejam submetidos a coleta, após o trânsito em julgado da sentença e no momento de entrada no estabelecimento prisional. Porém, a redação do *caput* permaneceu inalterada, apesar de ter sido ampliado o rol de crimes passíveis de inclusão nos sistemas, já que a Lei aumentou a lista de crimes considerados hediondos.

A CDH|UFPR propôs ainda que a Lei previsse que a amostra biológica coletada não fosse utilizada para fins de fenotipagem e busca familiar e que, pelo mesmo motivo, fosse corretamente descartada imediatamente após a identificação. Sugeriu também que os perfis genéticos sejam

²⁰ Nota Técnica sobre as alterações na regulação dos Bancos de Perfis Genéticos para fins de Investigação Criminal previstas no Pacote “Anticrime”. 2019. Disponível em: <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6579532656906641408/>. Acesso em 30 de ago de 2020

excluídos dos bancos automaticamente, transcorridos cinco anos do cumprimento da pena e que a coleta seja realizada mediante presença de defensor público ou advogado, avisado do procedimento com 72 horas de antecedência. Por fim, sugeriu que o artigo 9º-A contasse com a garantia de que os peritos responsáveis pela emissão do laudo não soubessem as circunstâncias do crime que ensejou a perícia, de modo a não influenciá-los quando proferissem seu parecer, visto que o processo é subjetivo e dependente da interpretação do profissional. Porém, as sugestões não foram acolhidas e a Lei nº 13.964/19 não conta com nenhuma dessas previsões.

De outro lado, foi incluído na redação do referido artigo o §8º que passou a prever a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação pelo perfil genético como falta grave - também tipificada no inciso VIII do artigo 50 da LEP -, violando frontalmente os princípios da presunção de inocência e o direito à não autoincriminação.

Referente a mesma lei, a CDH|UFPR sugeriu que o caput do artigo 5º-A fosse adequado à proposta de alteração do artigo 9º-A da LEP e que o administrador do banco fosse civil, penal e administrativamente responsável em caso de violação dos dados, quando não adotadas todas as medidas de segurança necessárias e adequadas, nos moldes da LGPD. Propôs também a inclusão da previsão de que os peritos responsáveis pelo manuseio da tecnologia recebessem treinamento periódico e adequado a interpretação de vestígios e comunicação dos resultados. Entretanto, a Lei se manteve com sua redação original, incluída pela Lei 12.654/12.

Apesar de não contar com proposta no PL, a Clínica apresentou proposta de alteração ao artigo 7º-B da Lei de Identificação Criminal, para que preconizasse a necessidade de observância das regras definidas pela LGPD, a garantia de que os dados sejam usados somente para identificação por perfil genético e a imediata exclusão da amostra biológica, mas o artigo permaneceu inalterado.

O Pacote Anticrime sugeriu a criação, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. A proposta autoriza que sejam armazenados dados de registros biométricos, de impressões digitais, íris, face e voz para que investigações federais, estaduais e distritais sejam subsidiadas. Previu a possibilidade de coleta dos dados no momento da investigação criminal, da prisão preventiva ou ainda durante o cumprimento de pena e a integração entre a base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais e registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação civil, por meio de convênio com a unidade gestora. A proposta garantiu que as informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito e vedou a comercialização dos dados.

A CDH|UFPR manifestou-se pela completa rejeição do artigo que prevê a criação dos bancos multibiométricos. Isso porque a inclusão de um banco de dados de maneira “desapercebida” dentro da Lei de Identificação Criminal viola gravemente a técnica legislativa, além de ser medida absolutamente antidemocrática que impede uma ampla discussão sobre os reais impactos de se armazenar dados tão sensíveis e os benefícios esperados. É inegável que ainda é preciso amadurecer os debates a respeito dos padrões científicos que validam esse tipo de identificação, que se encontram em discussão por toda a parte do globo, de maneira em que é impossível comparecer a um evento de ciências forenses sem testemunhar o movimento global de rever condenações injustas baseadas nesse tipo de ciência, que não atende mais aos critérios de cientificidade atuais. Entretanto, a proposta redacionada pelo PL nº 882/2019 foi acolhida em sua integralidade e, portanto, autorizada, dentro da Lei nº 13.964/19, a criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

CONCLUSÕES

Com o relato de experiência acerca da trajetória da CDH|UFPR no que se refere ao tema dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal, foi possível demonstrar que a Clínica atuou em diferentes espaços de disputa e debates sobre a normatização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução no Brasil. As pesquisas prévias conduzidas no bojo da CDH|UFPR tornou possível essas múltiplas experiências de participação, da mesma forma que fez com que a Clínica se aperfeiçoasse.

Assim, o domínio acerca das questões técnicas, éticas, sociais e jurídicas a serem observadas na adequada implementação dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil, legitimou a inserção da CDH|UFPR nas diferentes arenas de discussão. Já a incorporação dos pressupostos e da metodologia clínica fez com que a análise dos impactos da implementação da tecnologia no país impulsionasse a finalidade de concretizar direitos e gerar impacto pedagógico e social.

A experiência da Clínica ocorreu basicamente em três esferas: universitária, legislativa e judiciária. Desde o *locus* universitário de origem, a CDH|UFPR investiu esforços na produção acadêmica. No âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito, executou diversos projetos de pesquisa teórica e empírica, financiados por órgãos de fomento nacionais e estrangeiros. Dedicou parte significativa de suas atividades à produção bibliográfica e técnica, bem como à realização de eventos. Além disso, contribui com a formação de pessoas, mediante a orientação de teses, dissertações, monografias e iniciação científica no tema. Por outro lado, imbricada com as atividades estritamente acadêmicas, iniciou sua participação empírica nos debates do Legislativo (PLs) e posteriormente no Judiciário (*amicus curiae*), além do acompanhamento contínuo via observatório, conforme minuciosamente descrito nos capítulos anteriores.

Sob a ótica da metodologia clínica como ferramenta inovadora do ensino jurídico, é possível perceber o aporte na formação teórica e prática dos integrantes da Clínica (discentes e pesquisadores). O aporte é proporcional ao engajamento com esse tipo de prática jurídica não convencional, seja em termos profissionais quanto acadêmicos, considerando o aprofundamento teórico necessário à atuação prática.

Dessa forma, a Clínica acaba sendo um espaço catalisador de esforços e competências disponíveis nas universidades que gera frutos tanto para a trajetória da Clínica quanto para os alunos e pesquisadores associados. Isso porque, ainda que não sejam muitos os discentes diretamente impactados com o aprendizado, todos relatam que se apropriaram de forma muito qualificada dos recursos teóricos e práticos do direito, aprendendo a atuar em diversas frentes, seja elaborando um memorial, uma nota técnica ou ainda, como se portar numa audiência pública e também na articulação com integrantes do Congresso Nacional.

A atuação em advocacy possibilitou à CDH|UFPR repercutir mais amplamente suas pesquisas no sentido que o desafio da criação e normatização dos bancos reside em entender que o uso forense do DNA pode trazer benefícios à sociedade se voltado à garantia judicial efetiva, no sentido de contribuir com a identificação do autor de um delito e não como uma promessa de redução da criminalidade. Ao mesmo tempo, essa tecnologia genética traz riscos em termos de privacidade, proteção de dados pessoais e estigmatização, razão pela qual a legislação deve prever garantias concreta para o uso adequado e proporcional do DNA.

Na ótica dos ganhos sociais, é possível concluir que a metodologia clínica demonstrou ser, nesse caso, uma ferramenta democrática nas suas diferentes esferas de atuação, seja impactando de forma direta a sociedade, seja qualificando os debates do PL e no STF. Também de forma indireta, por meio da produção acadêmica, possibilitando que o tema fosse discutido no âmbito científico e também levando o trabalho da CDH|UFPR ao grupo que discutiu as propostas legislativas apresentadas pelo “Pacote Anticrime”.

Conclui-se que a atuação da Clínica exigiu a participação ativa de seus diferentes integrantes ao longo do tempo, os quais adquiriram um repertório diversificado em termos de formação teórica e prática. Quanto aos impactos sociais observou-se estratégias com impactos positivos, sem impacto direto e penderes de análise. Com isso é possível afirmar que os impactos pedagógicos foram mais expressivos, porém limitados diretamente aos integrantes da Clínica, em oposição aos impactos sociais, os quais nem sempre foram alcançados, porém com potencial de atingir mais pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOCH, Frank S. 2011. **A Global Perspective on Clinical Legal Education**. Revista de Educación y Derecho. 2011.

FRANK, Jerome. N. **Why not a clinical lawyer-school?** University of Pennsylvania Law Review. Yale Law School. 1933.

BONILLA MALDONADO, Daniel. **Legal Clinics in the Global North and South: Between Equality and Subordination-An Essay**, *The Transformation of Human Rights Fact-Finding*, Oxford University Press, 2015, pp. 40-65.

WILSON, Richard J. Western Europe: **Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Legal Education**, *German Law School*, V.10, n. 7, 2009, pp. 823-846.

Grupo de pesquisa vinculado ao Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), coordenado pela professora Taysa Schiocchet e sediado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas (UFPR)

LOUZADA, Luiza. **Princípios da LGPD e os Bancos de Perfis Genéticos: instrumentalizando a garantia de direitos no processo penal**. Revista do Advogado. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Ano XXXIX, nº 144. São Paulo: AASP, 2019.

SCHIOCCHET, Taysa. **Fala Direito Comigo: educação em direitos humanos para o exercício de direitos sexuais e reprodutivos por jovens e mulheres**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018.

SCHIOCCHET, Taysa. **Fala Direito Comigo, profissional: educação em direitos humanos para o exercício de direitos sexuais e reprodutivos**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018.

SCHIOCCHET, Taysa. CASTILHO, Natália Martinuzzi. **Clínicas jurídicas, litigância estratégica e produção de conhecimento entre norte e sul global: relações Brasil e França no âmbito do “Projeto CDH|UFPR e EUCLID”**.1 VI ENADIR - Encontro Nacional de Antropologia do Direito. Grupo de Trabalho: GT07. Disponível em <https://bityli.com/2mhGO>. Acesso em 11 de jun de 2020.

REINO UNIDO. GLOBAL SUMMARY. In: **Forensic Genetics Policy Initiative Wiki**. [S.l.], 31 ago. 2017. Disponível em: http://dnapolicyinitiative.org/wiki/index.php?title=Global_summary. Acesso em: 11 jun. 2020.

REINO UNIDO. Home Office. **National DNA Database statistics**, Q1 2019 to 2020. [S.l.]. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/statistics/national-dna-database-statistics>. Acesso em 22 set 2019.

BRASIL, Convocação nº 001/2011, PROJETO BRA/07/004 [Democratização de Informações no Processo de Elaboração Normativa]. **Brasil**: Ministério da Justiça. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/convocacao-001-2011/anexos/convocacao_01_2012.pdf. Acesso em 13 de jun 2020.

SCHIOCCHET, Taysa et alli. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Série Pensando o Direito**, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em:

<http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Volume-4311.pdf>. Acesso em: 13 de jun 2020

BRASIL, Chamada MCTI /CNPq /MEC/CAPES N ° 07/2011. [Desenvolvimento científico e tecnológico e inovação do País nas áreas das Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas]. **Brasil:** Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação Disponível em: http://cnpq.br/chamadas-publicas?p_p_id=resultadosportlet_WAR_resultadoscnpqportlet_INSTANCE_0ZaM&filtro=encerradas&detalha=chamadaDetalhada&exibe=exibe&idResultado=47-129-1490&id=47-129-1490. Acesso em 13 de jun de 2020

PORTO ALEGRE (RS). Chamada “Programa Pesquisador Gaúcho” Edital FAPERGS n° 001/2013. [[Desenvolvimento científico e tecnológico e inovação do País nas áreas das Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas no estado do Rio Grande do Sul]. **Porto Alegre:** Fundação De Amparo À Pesquisa Do Estado Do Rio Grande Do Sul – FAPERGS. Disponível em: <https://fapergs.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171204/14090424-20130419113454edital-01-2013-pqg.pdf>. Acesso em 14 de jun de 2020

SCHIOCCHET, Taysa. Bancos de Perfis Genéticos: “uma forma sofisticada de biopoder”. Entrevista concedida a IHU Online. **Unisinós**, Rio Grande do Sul. Disponível em: https://www.academia.edu/11468266/Bancos_de_Perfis_Gen%C3%A9ticos_uma_forma_mais_sofisticada_de_biopoder. Acesso em: 14 de jun de 2020

LIBARDONI, Marlene. FUNDAMENTOS TEÓRICOS E VISÃO ESTRATÉGICA DA ADVOCACY. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 8, n. 2, p. 207, jan. 2000. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11936/11202>>. Acesso em: 20 jul. 2020. doi:<https://doi.org/10.1590/%x>.

Oliveira, A. C. (2004). **Lobby e representação de interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil**. Universidade Estadual de Campinas, Campinas. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280203>. Acesso em: 20 de jul de 2020

BRASIL, Chamada MCTI /CNPq /MEC/CAPES N ° 07/2011. Disponível em : http://www.cnpq.br/web/guest/chamadas-publicas;jsessionid=269E452EB3E0772051F0A06CC1773F9D?p_p_id=resultadosportlet_WAR_resultadoscnpqportlet_INSTANCE_0ZaM&idDivulgacao=4181&filtro=abertas&detalha=chamadaDetalhada&id=47-226-2040. Acesso em 14 de jun de 2020

II Congresso Internacional sobre Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal, 2015, São Leopoldo. Disponível em: [II Congresso Internacional sobre Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal](#). Acesso em 14 de jun de 2020

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RExt 973.837**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ : 23 / 06 / 2016 . Disponível em : <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210&prcID=4991259#>. Acesso em: 14 de jun de 2020

Clínica De Direitos Humanos|UFPR e Instituto De Tecnologia E Sociedade Do Rio De Janeiro, Pedido de Habilitação como *Amicus Curiae* nos autos de Recurso Extraordinário n° 973.837. Disponível em : <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=619924661&prcID=5129363#>. Acesso em: 15 de jun de 2020

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: REExt 973.837. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 24 / 03 / 2017 . Disponível em : <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12661973&prcID=4991018&ad=s#>. Acesso em: 15 de jun de 2020

STF. Audiência Pública - Coleta de material genético de condenados, 201 (3/3). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=huRzi0OgCTk>. Acesso em 15 de jun de 2020

Clínica De Direitos Humanos|UFPR. Memoriais apresentados nos autos de Recurso Extraordinário nº 973.837. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=726317153&prcID=5374758#>. Acesso em 15 de jun de 2020

SCHIOCCHET, Taysa.; LOUZADA, Luiza.; RICHTER, Vitor. Nota Técnica sobre as alterações na regulação dos Bancos de Perfis Genéticos para fins de Investigação Criminal previstas no Pacote “ Anticrime ” . 2019. Disponível em : <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6579532656906641408/>. Acesso em 15 de jun de 2020

BRASIL. LEI Nº 13.964 DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Aperfeiçoamento da Legislação Penal e Processual Penal, Brasília, DF, dez 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 15 de jun de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar PLC 882/2019. Dispõe sobre alterações na Legislação Penal e Processual Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 15 de jun de 2020

BRASIL. LEI Nº 7.210 DE 11 DE JULHO DE 1984. Lei de Execução Penal, Brasília, DF, jul 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 15 de jun de 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.709 DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Lei Geral de Proteção de Dados, Brasília, DF, ago 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 15 de jun de 2020.

BRASIL. LEI Nº 12.307 DE 01 DE OUTUBRO DE 2009. Identificação Criminal do Civilmente Identificado, Brasília, DF, out 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm. Acesso em 15 de jun de 2020.

INTERSECCIONALIDADE NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO: O ATENDIMENTO DE ADOLESCENTES DO SEXO FEMININO EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE.

INTERSECTIONALITY IN THE SOCIOEDUCTIVE SYSTEM: THE ATTENDANCE OF FEMALE SEX ADOLESCENTS IN DEPRIVATION OF FREEDOM.

Vitória Rodrigues da Silva¹
James Ferreira Moura Junior²

RESUMO: Este estudo objetiva analisar o atendimento socioeducativo de privação de liberdade para adolescentes do sexo feminino a partir da perspectiva interseccional. Por meio de análise documental, foram analisados os seguintes documentos: Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (2012), Levantamento Anual SINASE (2018) e relatório do Conselho Nacional de Justiça (2015). Como resultados, observa-se que a legislação aborda categorias discriminatórias, mas não explicitamente a articulação entre elas. Não há diretrizes sobre sexualidade e identidade de gênero, como também sobre questões étnico-raciais. Sugere-se um atendimento socioeducativo interseccional a partir de intervenções com a interligação de marcadores.

Palavras-Chave: Socioeducação. Intersseccionalidade. Políticas Públicas. Privação de liberdade.

ABSTRACT: This study aims to analyze the socio-educational service of deprivation of liberty for adolescents of female sex from the intersectional perspective. Through documental analysis, the following documents were analyzed: Statute of the Child and Adolescent (1990), National System of Socio-Educational Assistance (2012), Annual Survey SINASE (2018) and report of National Council of Justice (2015). As results, it is observed that the legislation addresses discriminatory categories, but not explicitly the articulation between them. There are no guidelines on sexuality and gender identity, as well as on ethnic-racial issues. Intersectional socioeducational care is suggested based on interventions with the interconnection of markers.

Key Words: Socioeducation. Intersectionality. Public policy. Deprivation of liberty.

¹Mestranda em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Ceará. Psicóloga da Superintendência do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo do Ceará (SEAS).

²Professor do Programa de Pós-graduação em Psicologia da Universidade Federal do Ceará e da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-brasileira, Doutor em Psicologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

INTRODUÇÃO

As políticas públicas geralmente não abrangem especificidades interseccionais da articulação de diferentes marcadores sociais, invisibilizando possíveis violações e necessidades de populações historicamente marginalizadas (CAMPBELL, 2015). O próprio movimento de defesa dos direitos humanos também já atuou de forma a não identificar a inteseção de raça e gênero como produzindo violências específicas (CRENSHAW, 2002). Até 2015 não havia publicações no que se refere ao acompanhamento da medida socioeducativa de internação com recorte de gênero. O primeiro documento foi o relatório do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015) que se propôs compreender a realidade do cumprimento da medida socioeducativa dessa população. Já na introdução, a publicação é categórica em afirmar que “Ser mulher no sistema socioeducativo ou prisional é ser invisível. Seus desejos e necessidades são vistos a partir daqueles dos homens” (BRASIL, 2015, p. 10). O mesmo texto também é enfático em relatar a escassez de pesquisas e trabalhos voltados para as adolescentes em privação de liberdade, fato que pode ser atribuído ao olhar androcêntrico de muitas ciências, principalmente do Direito. Assim, este artigo tem como objetivo analisar o atendimento socioeducativo de privação de liberdade para adolescentes do sexo feminino a partir da perspectiva interseccional.

A institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil é uma verdadeira tradição. Desde o século XVIII com a Casa dos Expostos sob a lógica religiosa caridosa e assistencialista, passando pelo código Mello Mattos de Menores em 1927, que defendia a internação de qualquer criança em situação de pobreza para ser educada para capacitação profissional, ser disciplinada e ter os comportamentos contrários às normas corrigidos. No momento seguinte, é promulgado o Código de Menores em 1979 que adotou a Doutrina da Situação Irregular em face dos menores de 18 anos, mediante o caráter tutelar da legislação. A responsabilidade pelas internações do chamado menor abandonado e/ou infrator é centrado na União através da FUNABEM (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor) e os órgãos executores estaduais eram as FEBEMs (Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor), onde prevaleciam medidas repressivas. Por fim, chega-se a Doutrina da Proteção Integral a partir da Constituição de 1988 (RIZZINI; RIZZINI, 2004).

No artigo 227 da Constituição (1988) versa sobre a proteção integral, estabelecendo que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A imputabilidade penal mantida para menores de 18 anos, artigo 228, que estarão sujeitos a normas da legislação especial.

O texto constitucional é regulamentado pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990: o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, que também incorporou as normas da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989. A partir do Estatuto, a palavra menor não é mais usada, pelo menos no campo jurídico, mas sim criança (pessoa até doze anos de idade incompletos) e adolescente (com idade entre doze e dezoito anos). Consagrando a Doutrina de Proteção Integral, o ECA estabelece que criança e adolescente são pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, portadora de direitos e que devem ser sujeitos de políticas públicas direcionadas.

A partir do ECA houve a descentralização das políticas públicas na área da infância e adolescência, que foram municipalizadas, especialmente com a criação dos Conselhos Tutelares pertencente a esfera do Poder Executivo Municipal. As crianças e adolescentes que estão em situação de violação ou ameaça de direitos, tanto por parte da família, sociedade e/ou Estado, devem ser encaminhados a essa instância político-administrativa local e não ao sistema policial, como ocorria anteriormente, para aí ser acionada junto ao sistema de justiça específico as medidas de proteção necessárias.

Aos/as crianças e adolescentes autores de ato infracional, definido como crime ou contravenção penal (ECA, art. 103), passam a receber medidas diferenciadas priorizando o convívio familiar e comunitário. Para as crianças são acionadas medidas de proteção, que vão desde a inclusão em programas oficiais de proteção familiar, matrícula e frequência escolar obrigatórias até a colocação, em último caso, em família substituta. Aos/as adolescentes além das mesmas medidas aplicadas às crianças, pode ser determinada medida socioeducativa, que são: advertência, obrigação de reparar o dano, liberdade assistida, prestação de serviço à comunidade, medidas de privação da liberdade em regime de semiliberdade ou internação (ECA, art. 112). Sendo esta última a mais gravosa e só deve ser aplicada quando houver cometimento reiterado de infrações graves; mediante violência ou grave ameaça; ou por descumprimento de medida anteriormente imposta.

Os direitos assegurados pelo ECA não isentam os/as adolescentes autores(as) de ato infracional de responsabilização, pois as medidas socioeducativas são mecanismos que responsabilizam os/as adolescentes, não com caráter penal punitivo, mas educacional e, em visão mais ampla, é também uma medida protetiva. A socioeducação tem entre os seus objetivos o de assegurar direitos e atender as necessidades dos(as) adolescentes, ou seja, obedecendo o princípio da proteção integral e dialogando com o Sistema de Garantia de Direitos (tais como Saúde, Educação, Assistência Social, Justiça e Segurança Pública). A instituição do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), Lei nº 12.594 de 2012, regulamenta a execução das medidas socioeducativas desde o processo de apuração de ato infracional. O SINASE é uma política pública que se correlaciona com diferentes sistemas e políticas e exige atuação

diferenciada que prevê a responsabilização do/da adolescente por meio da concretização dos direitos básicos e sociais. Contudo, mesmo com todo o atual aparato jurídico-normativo, não é possível afirmar que a doutrina da situação irregular tenha sido totalmente superada, que não haja a presença da perspectiva penal punitiva e que não exista violações de direitos nas medidas socioeducativas.

Segundo o último levantamento anual do SINASE referente ao ano de 2016, havia em todo o país um total de 25.929 (vinte e cinco mil, novecentos e vinte nove) adolescentes e jovens (12 a 21 anos) em atendimento socioeducativo nas unidades voltadas à restrição e privação de liberdade (internação, internação provisória e semiliberdade). Desse total apenas 4% são do sexo feminino³, objeto da presente pesquisa, e 49% delas são pretas/pardas. Destaca-se que 26% não possuem registro de cor/raça, o que significa que a porcentagem de pretas/pardas pode ser maior. Devido a menor presença nas medidas socioeducativas de privação de liberdade, há uma invisibilidade das adolescentes do sexo feminino, o que pode corroborar para uma maior violação de direitos, inclusive com a omissão em relação as demandas específicas destas(es) jovens.

Tendo em vista a especificidades relativas a gênero, sexualidade e questões raciais – pelo menos metade das adolescentes são pretas/pardas – a proposta deste trabalho é partir da perspectiva interseccional. A interseccionalidade, recorrente nos estudos de gênero e muito difundida pelos feminismos negros durante a década de 1970 contribuiu para compreensão de como os diferentes domínios/conceitos interagem na perspectiva de construção da identidade de gênero. Assim, os modelos clássicos de compreensão dos fenômenos de opressão no interior das sociedades – gênero, deficiências, religião, orientação sexual, raça, classe, etc –, se inter-relacionam, criando um sistema que reflete a intersecção de múltiplas formas de opressão (AKOTIRENE, 2019; NOGUEIRA; OLIVEIRA, 2010).

Desse modo, diante do exposto, este trabalho tem por objetivo analisar o atendimento socioeducativo de privação de liberdade para adolescentes do sexo feminino a partir da perspectiva interseccional. De forma mais específica, pretende-se analisar sob a ótica interseccional como a legislação brasileira voltadas para o sistema socioeducativo – ECA e SINASE – versam sobre os marcadores de gênero, sexualidade e raça; compreender as especificidades das adolescentes do sexo feminino que cumprem medida socioeducativa de privação de liberdade, para, por fim, podermos refletir acerca das possibilidades de um atendimento socioeducativo interseccional.

A organização deste artigo iniciará pelos os aspectos metodológicos com a perspectiva teórica e métodos utilizados para a realização da pesquisa. No segundo momento, será analisado a

³ Será utilizado em todo o texto o termo *sexo feminino* como posicionamento político em respeito a identidade de gênero, uma vez que sexo se refere a órgão genital, sendo de caráter biológico. Nem todas/as adolescentes consideradas biologicamente mulheres se identificam enquanto tais.

legislação acerca do objeto de estudo bem como os dos aspectos teóricos a partir das especificidades da população estudada. Por fim, o terceiro momento com a reflexão acerca das possibilidades de um atendimento socioeducativo interseccional.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa possui natureza qualitativa a partir dos pressupostos teóricos da Pesquisa Social (MINAYO, 2009) que define o objeto de estudo das Ciências Sociais como essencialmente qualitativo e histórico. O fenômeno estudado está localizado em um determinado tempo histórico com diversas interações sociais e conjunto de expressões humanas, não sendo distante do pesquisador, que por sua vez se identifica com o objeto de estudo. Portanto, a pesquisa científica não é neutra pois a visão de mundo implica em todo o processo de produção do conhecimento, indo desde a escolha do objeto, a aplicação e resultado.

Foi realizada pesquisa documental com a análise das principais legislações nacionais que norteiam as medidas socioeducativas, o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA (BRASIL, 1990) e Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE (BRASIL, 2012), com o objetivo investigar como tais documentos versam sobre os marcadores gênero, sexualidade e raça. No sentido de obter dados sobre a realidade da execução das medidas em meio fechado para adolescentes do sexo feminino, recorreremos ao relatório do Conselho Nacional de Justiça “Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões” (BRASIL, 2015) e ao Levantamento Anual SINASE 2016 (BRASIL, 2018).

A análise documental baseia-se no uso de fonte de dados baseados em diversas formas de produções documentais, utilizando como prisma de análise o referencial utilizado nas investigações a partir do objetivo traçado (PIMENTEL, 2001). No que tange a perspectiva interseccional, autores(as) como Nogueira; Oliveira (2010), Rios; Silva (2015, 2016), Butler (2016) e Piscitelli (2008, 2009) formaram o alicerce teórico para essa investigação.

INTERSECCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PARA CRIANÇA E ADOLESCENTE

A noção de interseccionalidade surgiu enquanto marco político no feminismo negro e na militância antirracista da década de 1970 nos Estados Unidos (NOGUEIRA; OLIVEIRA, 2010), tendo ganhado força também a partir dos movimentos feministas na América Latina. Nos anos 1980, Scott (1995) já pontuava a necessidade de serem redefinidos os termos a partir dos quais o conceito de gênero se constitui, apontando para a necessidade de inclusão de outras agendas além daqueles referentes aos marcadores biológicos.

Mais tarde, o termo interseccional seria conceituado, dentro dos feminismos, de forma efetiva e intencional pela norte-americana Kimberlé Crenshaw, consistindo em tentativa de promover a hifenização das agendas feministas a partir da problematização do chamado feminismo branco (AKOTIRENE, 2019; CARNEIRO, 2003) e da atenção às múltiplas diferenças que demarcam, de forma singular, a vida e história de cada mulher.

O conceito pode ser melhor compreendido a partir do seguinte exemplo: uma jovem negra, lésbica e que reside em territórios periféricos com alta vulnerabilidade. Podemos compreender que além de ser mulher, ela se situa nas intersecções de raça, orientação sexual e origem ou localização (AKOTIRENE, 2019; BRAH, 2006). Crenshaw (2002) se utiliza da interessante metáfora do entrecruzamento de avenidas, nas quais os eixos, representados pelas esquinas, representariam o encontro ou a inclusão de relações que desempoderam e exprimem vulnerabilidades sociais.

A leitura sistêmica realizada por Crenshaw, de acordo com Piscitelli (2008), sofreu uma série de críticas de diversas autoras, por incorporar a sistematização de categorias (sexo, identidade sexual, nacionalidade, classe social, raça) dentro de uma visão às vezes pessimista, e por situar a questão dos eixos de diferenciação enquanto constituídos por relações exclusivamente opressoras.

Aqui, é relevante nos atermos aos estudos de Brah (2006) sobre os eixos de diferenciação, na medida em que a autora dá mais um passo na direção de compreender diferentes nuances nos processos de subjetivação, trazendo etnia e territorialidade para a discussão. Em sua compreensão, “estruturas de classe, racismo, gênero e sexualidade não podem ser tratadas como 'variáveis independentes' porque a opressão de cada uma está inscrita na outra – é constituída pela outra e é constitutiva dela” (BRAH, 2006, p. 351). Nesse sentido, marcadores sociais são vistos não apenas como eixos de tensão, mas também como espaços de possibilidade e de empoderamento diante da diversidade e da atuação.

Assim, a partir dessas compreensões interseccionais, no que se refere ao atendimento socioeducativo, campo de atuação sociojurídico⁴, é necessário compreender como os marcadores sociais de gênero, sexualidade e raça relacionam-se. É importante lembrar que os profissionais que trabalham nesta área – como assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, etc. – devem orientar seu fazer profissional, além das especificidades de cada profissão, na legislação vigente. O sistema socioeducativo possui como leis reguladoras o Estatuto da Criança e Adolescente (BRASIL, 1990) e Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE (BRASIL, 2012).

⁴ Diz respeito ao conjunto de áreas que se articula a natureza jurídica, como sistema judiciário, socioeducativo, penitenciário, os sistemas de proteção e acolhimento como abrigos, internatos, conselhos de direitos, entre outros.

O ECA, em seu título III “Da Prática do Ato Infracional” refere-se tanto a aplicações de medidas socioeducativas, seus tipos, direitos do adolescente em conflito com a lei, medidas de proteção e diretrizes para apuração do ato infracional. Não há em nenhum dos três capítulos que compõem o título menção a gênero, raça e sexualidade. Contudo, a Lei nº 13.257, de 2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, alterou o ECA e inclui no artigo 3º:

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (BRASIL, 1990, alterado em 2016).

Antes da inclusão deste parágrafo, o 3º artigo não elencava categorias de discriminação e nem utilizava esse termo:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Dessa forma, anteriormente a legislação versava sobre a promoção do pleno desenvolvimento por meio da proteção integral, sem mencionar categorias discriminatórias, gerando uma interpretação muito ampla e que se configurava uma lacuna e não consideração da influência de marcadores socioeconômicos e culturais na formação e na vivência de crianças e adolescentes. Portanto, percebe-se um avanço com essa adição na lei, que orienta todas as práticas e políticas públicas para essa parcela da população e não apenas para os/as adolescentes do sistema socioeducativo.

No SINASE, lei específica para a socioeducação, também aborda categorias discriminatórias:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:
[...]
VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status. (BRASIL, 2012).

O SINASE é anterior a alteração feita no ECA e, no que se refere as categorias gênero, sexualidade e raça, se mostra mais avançada. O ECA lista *sexo, raça, etnia ou cor* e o SINASE *etnia, gênero e orientação sexual*. No contexto dos estudos de gênero e sexualidade a legislação específica para a socioeducação se mostra mais adequada, pois o termo sexo se refere a um marcador mais biológico, portanto binário macho/fêmea e gênero traz a dimensão cultural, social e flexível – portanto, modificável – da construção das feminilidades e masculinidades, incluindo

sujeitos que resistem as classificações e transformam as normas da heterossexualidade, que utilizam dessa distinção binária para se perpetuar (PISCITELLI, 2009).

A sexualidade sequer é abordada no ECA e, mais uma vez, o SINASE é mais inovador por citar orientação sexual, o que fica implícito não se tratar exclusivamente da heterossexualidade, deixando espaço para as diversas sexualidades possíveis. Este não é mero detalhe e se aproxima dos debates contemporâneos da agenda das reivindicações de da população LGBTQ que questionam, o que Butler (2016) nomeia de heterossexualidade compulsória e que alicerçada no sistema de gênero binário e oposicional. Assim, as práticas reguladoras geram identidade coerentes e adequadas, nas quais se espera que alguém que nasceu com uma vagina, se identifique enquanto mulher e se interesse sexualmente exclusivamente por homens.

No campo das diferenças étnico-raciais, o ECA é mais abrangente ao citar vários termos como *raça, cor e etnia*. Cabe aqui, expor que tais terminologias são rodeadas de perspectivas teóricas diversas entre si. No geral, raça e etnia são tidos como dois conceitos relativos a campos distintos. Raça refere-se ao biológico e foi utilizado historicamente para identificar categorias humanas socialmente definidas, mas que foi apropriado também pelo movimento negro como uma categoria política para visibilização das opressões históricas desenvolvidas contra população negra (LIMA, 2015). As diferenças mais comuns referem-se à cor de pele, tipo de cabelo, conformação facial e cranial, ancestralidade e genética. Portanto, a cor da pele, amplamente utilizada como característica racial, constitui apenas uma das características que compõem uma raça. Etnia refere-se a dimensão cultural: um grupo étnico é uma comunidade definida por afinidades linguísticas, culturais e semelhanças genéticas. Essas comunidades geralmente reclamam para si uma estrutura social, política e um território (SANTOS et al., 2014). Dessa forma, mesmo diante do impasse em torno dos conceitos raça e etnia, a inclusão apenas do segundo conceito, como visto no SINASE, não seria o suficiente para abranger toda a diversidade da população brasileira marcada pela miscigenação em uma perspectiva étnica-racial.

No ordenamento jurídico brasileiro, em relação a incorporação de parâmetros discriminatórios, é utilizado a técnica que trabalha com uma lista que exemplifica critérios e aberta à inclusão de novos (RIOS; SILVA, 2015). Isso fica evidente no ECA com o trecho “ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem” e no SINASE em “ou pertencimento a qualquer minoria ou status”. Em tese isso seria o suficiente para suprir omissões na legislação, contudo, acaba ficando a cargo de interpretações tanto dos operadores da lei como das equipes responsáveis pela execução das medidas socioeducativas reconhecer outros marcadores discriminatórios.

A divisão realizada anteriormente para análise da legislação sobre os marcadores relacionados a raça, classe e gênero foi apenas para cunho pedagógico e não separatista, o que se objetiva aqui é pensar a junção dessas categorias, uma vez que muitas vezes diversos desses fatores

desencadeadores de práticas discriminatórias estão presentes na experiência individual e social de uma mesma pessoa, não se tratando de um mero acúmulo de critérios opressores que constroem identidades singulares, fluidas e não fragmentadas. Rios; Silva (2015) expõe que:

É preciso ir além da soma aritmética dos critérios proibidos de discriminação, ainda que haja necessidade e utilidade na enumeração dos possíveis fatores identificados em tratamentos injustos. Perceber a discriminação interseccional, decorrente da articulação de diversas dimensões da existência humana, é ao mesmo tempo um desafio e uma necessidade, tanto para as ciências sociais quanto para a ciência jurídica (p. 13-14).

No do campo da literatura jurídica e elaborações jurídicas, Rios; Silva (2015, 2017) afirmam que a discriminação sob perspectiva interseccional não é tratada de forma unânime e muitas vezes é considerada como uma subdefinição do conceito de discriminação múltipla, especialmente organizações internacionais e organizações europeias de proteção de direitos humanos. Contudo este é um conceito abrangente que conta com duas perspectivas, uma quantitativa (discriminação aditiva e composta, como mera soma de critérios) e outra qualitativa (discriminação interseccional). No que se refere ao contexto nacional:

O tratamento jurídico da discriminação múltipla no Brasil vai, pouco a pouco, se formando. Com a afirmação do direito da antidiscriminação, a discriminação múltipla pode estruturar-se tanto a partir de uma leitura atualizada de antigos diplomas legislativos, bem como pela valorização de novos instrumentos internacionais de direitos humanos, recentemente incorporados ao ordenamento vigente (RIOS; SILVA, 2017, p. 46).

A despeito da afirmação acima, no que se refere as legislações objeto deste estudo, ECA e SINASE, a discriminação interseccional não aparece de modo evidente e nem se dar a entender que os fatores motivadores de discriminação listados podem ser articulados entre si, mas também há certa abertura para essa leitura, ficando a cargo mais uma vez da interpretação, que muitas vezes é deficiente. De acordo com Campbell (2015), quando a legislação não aponta diretrizes concretas acerca da perspectiva interseccional, há uma forte tendência para invisibilizar a articulação de marcadores. Assim, esse espaço interpretativo é mais favorável a uma leitura quantitativa por meio da discriminação aditiva, que ocorre quando se é discriminado baseados em vários critérios proibidos em momentos diferentes, ou por discriminação composta em que há a soma de fatores discriminatórios em uma mesma situação (RIOS; SILVA, 2015). Pontua-se que isso não pressupõe uma perspectiva interseccional, pois este é um fenômeno único e articulado entre os marcadores e não apenas uma soma entre eles.

AS/OS ADOLESCENTES DO SEXO FEMININO DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

No esforço de realizar um perfil das/os adolescentes do sexo feminino que cumprem medida socioeducativa em privação de liberdade recorreremos ao relatório da pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (BRASIL, 2015) sobre a realidade do cumprimento das medidas socioeducativas de internação exclusivamente sobre as adolescentes do sexo feminino nas cinco regiões do Brasil, sendo o primeiro documento publicado com esse caráter. Foi usado também o Levantamento Anual SINASE, referente ao ano de 2016 e publicado em 2018.

Na introdução do relatório da CNJ é realizado alguns apontamentos relativos a escassez de estudos que abordem a situação de adolescentes do sexo feminino no contexto de internação.

Com efeito, pouco se conhece sobre a realidade dos centros de internação femininos, talvez por duas razões; uma devido ao olhar androcêntrico da sociedade sobre o feminino, duas porque o número de internas, no País, é muito menor que os de sexo masculino. Esse desconhecimento da realidade implica a não fiscalização da execução das medidas para meninas e, conseqüentemente, eventuais violações a direitos fundamentais [...] (BRASIL, 2015, p. 9).

Acrescido a esses fatores, a cultura patriarcal que pressupõe a feminização do corpo da mulher, sua fragilidade e pudor, assim, recai sob as adolescentes do sexo feminino uma reprovação além do ato infracional em uma espécie de decepção pelo não cumprimento das funções de filha, mãe, irmã ou de características atribuídas ao feminino com docilidade e comportamento colaborativo.

Parece que a mesma lógica patriarcal se reproduz no âmbito das adolescentes de sexo feminino, especialmente não se observando questões específicas relativas à sexualidade, (envolvendo educação sexual, políticas preventivas de gravidez e doenças sexualmente transmissíveis, visitas íntimas) às questões de homoafetividade, entre outras questões específicas da mulher. Ser mulher no sistema socioeducativo ou prisional é ser invisível. Seus desejos e necessidades são vistos a partir daqueles dos homens. Essa realidade está refletida na estrutura das unidades e nas normas internas de vivência (BRASIL, 2015, p. 10).

Assim, o documento já aponta em uma direção questionadora a respeito das demandas específicas dessa população, bem como as omissões presentes na socioeducação. Também, é importante salientar que a maioria dessas jovens advém de condições de pobreza. Assim, é uma população que é culpabilizada por sua situação, podendo receber tratamentos de má qualidade por conta da sua condição social (MOURA JR., XIMENES, SARRIERA, 2014, p. 10).

Primeiramente cabe pontuar que ambos os documentos possuem limitações. O Levantamento do SINASE (BRASIL, 2018) se propõe a realizar um levantamento geral, contudo superficial, do perfil dos/as adolescentes de ambos os sexos que cumprem medidas de privação e restrição de liberdade (internação provisória, semiliberdade e internação). Não há muita atenção a análise exclusivas para adolescentes do sexo feminino, somente no que se refere a sexo e raça. Os dados étnicos-raciais não estão disponibilizados em porcentagem, apenas em uma tabela geral, onde cabe ao leitor realizar tal cálculo. Apenas no campo sobre tipos dos atos infracionais há uma informação que no total 13,38% foram atribuídos a adolescentes do sexo feminino, mesmo assim só ressaltando a proporção do sexo masculino. Todos os outros dados são apresentados de forma generalizada, inviabilizando se traçar um perfil destas adolescentes. Tais características do levantamento indicam a ausência de compreensão da necessidade de uma apreciação das particularidades dessas adolescentes.

Já a pesquisa do CNJ apresenta diversos dados e informações sobre o cumprimento das medidas socioeducativas, contudo, mesmo com a proposta de apresentar um panorama nacional, com uma pesquisa que contou com entrevistas e observação em campo, o estudo se deteve apenas em uma unidade de cada região do país, somado a isto, muitos dados sobre as adolescentes foram obtidos diretamente pelos órgão e unidades socioeducativas que em boa parte disponibilizaram informações incompletas.

Traçando um perfil das adolescentes com base em dados quantitativos, em ambos os documentos, que por serem publicados em anos distintos possuem como referência períodos diferentes, a porcentagem de adolescentes que cumprem medida de internação gira em torno de 4%. Desse percentual $\frac{1}{4}$ não possuem registro racial. Excluindo essa defasagem 65,4 % são negras/pardas, 31,9% brancas e 2,7% indígenas e amarelas (BRASIL, 2018). Fica evidente que as adolescentes que ingressam no sistema socioeducativo são em sua grande maioria não-brancas, o que é um importante indicativo para refletir sobre o fenômeno de adolescentes em conflito com a lei.

Nos aspectos relacionados a sexualidade, como homoafetividade, visitas íntimas e direitos reprodutivos (que inclui o exercício da maternidade segura), dentre as cinco unidades pesquisadas pelo CNJ, apenas uma possuía estrutura específica para receber crianças⁵ e possibilitar a convivência mãe-bebê e uma com estrutura improvisada para esse fim. No geral, assuntos como planejamento familiar e educação sexual são tratados como tabu nas unidades. Além da ausência de orientações e intervenções que proporcione consciência e autonomia acerca da sexualidade e cuidados com saúde, em nenhuma das unidades visitadas as adolescentes

⁵ SINASE - Art. 63, § 2o Serão asseguradas as condições necessárias para que a adolescente submetida à execução de medida socioeducativa de privação de liberdade permaneça com o seu filho durante o período de amamentação.

⁶ Art. 68. É assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima. Parágrafo único. O visitante será identificado e registrado pela direção do programa de atendimento, que emitirá documento de identificação, pessoal e intransferível, específico para a realização da visita íntima.

estavam autorizadas a receber visita íntima⁶. Entretanto, muitas delas possuíam companheiros/as, namorados/as, por vezes já moravam com eles/as ou mesmo tinham filhos, representando uma violação ao direito à sexualidade. Esse tipo de visita é realizado em muitas unidades para adolescentes do sexo masculino, assim a assimetria é ainda mais violenta, como mulheres não tivessem desejo sexual e direito ao exercício de sua sexualidade como os homens.

Não obstante, as relações homoafetivas entre as garotas são comuns em contexto de privação de liberdade, ainda que, segundo algumas delas, sejam apenas transitórias. Os funcionários conhecem essa condição e, diante disso, tomam as mais diversas atitudes: ignoram, aceitam, repreendem ou agem com preconceito. Entre as adolescentes, o fato é tido como amplamente aceito. Na maioria das unidades as relações homossexuais são proibidas, passíveis de sanções disciplinares ainda que elas aconteçam de forma escondida. Adolescentes que já ingressam no sistema se identificando enquanto lésbicas acabam tendo maior supervisão e controle (BRASIL, 2015).

Em todas as unidades pesquisadas pelo CNJ foram encontradas adolescentes que se chamam de “boy”, por assumirem uma identidade masculina, com roupas largas, cabelo curto, se referem a si sempre no masculino e gestual socialmente relacionados ao homem. Segundo as/os adolescentes, ser “boy” não pressupõe nenhuma posição de vantagem ou de comando, nem mesmo para se isentar de realizar atividades domésticas de limpeza da unidade etc. Na unidade do Pará, adolescentes com identidade de gênero masculina sofrem impedimentos em expressar tal identidade.

Para boa parte dos funcionários, as relações entre meninas nas unidades e mesmo a identidade de gênero masculina são temporárias e estão relacionadas à carência das adolescentes ou necessidade de se destacar naquele ambiente. Assim, eles consideram que as adolescentes “estão lésbicas, mas não são”, e usam exemplos de algumas adolescentes que ligaram meses após sair da unidade e relataram ter matrimônio e filiação (BRASIL, 2015).

Como bem destaca o relatório no CNJ (BRASIL, 2015), do ponto de vista da sexualidade e da identidade de gênero, ainda há muito a ser explorado no que toca a fenômenos como a homoafetividade transitória, a heteroafetividade compulsória, as disputas entre as adolescentes chamados de “boy” e como a institucionalização nessas unidades moldam esses fenômenos. E essas elaborações são para um estudo específico e não comporta neste presente trabalho, contudo, não se pode ignorar contribuições importante como de Butler (2016), que insere a compreensão de gênero enquanto performance que se relaciona diretamente com gênero/sexo/desejo. Segundo essa compreensão, os gêneros são produzidos a partir das práticas reguladoras e dos discursos que moldam corpos e influenciam subjetividades ao atribuírem ao feminino e ao masculino signos

próprios. Dessa forma, o gênero sendo performático é constantemente reafirmado e materializado por normas e práticas culturais. Nesse cenário, o gênero parece estar diretamente associado ao corpo, assim, quando um corpo possui vagina consequentemente possuirá o sexo feminino. A performatividade dos gêneros assegura o binarismo homem/mulher e a heterossexualidade compulsória, pois esta é tida como a forma natural e normal de experienciar a sexualidade.

A partir do estudo do CNJ, pode-se dizer que a equipe de funcionários, desde os agentes socioeducativos até a equipe técnica, não tem preparação, formação e/ou suporte estatal necessário e suficiente para lidar com os conflitos da adolescência, as questões específicas de gênero e tão somente usam da técnica do disciplinamento, da ameaça e da violência como as formas prementes de gestão de conflitos da unidade.

POR UMA SOCIOEDUCAÇÃO INTERSECCIONAL

Diante das demandas e problemáticas relacionadas a sexualidade, gênero e raça exploradas até aqui, um dos objetivos é propor possibilidades para um atendimento socioeducativo interseccional, pelo menos a nível do atendimento nas unidades socioeducativas. Obviamente, trata-se de um percurso extenso, uma vez que o racismo, sexismo e homofobia são estruturantes das relações sociais, é ainda mais difícil apreender essas categorias interligadas.

A maioria das adolescentes são negras/pardas, não há dados que quantifiquem a orientação sexual ou identidade de gênero. E existe para além do encarceramento do corpo físico, mas também simbólico, onde a sexualidade sofre diversas tentativas de aprisionamento por parte de quem executam as medidas socioeducativas (equipe técnica, socioeducadores, gestores e o próprio Estado). O direito a vivenciar a sexualidade deve ser realizado, minimamente, pela efetivação do direito a visita íntima, independente da orientação sexual. A sexualidade também devem ser pautas para atendimentos em grupos e individual, orientações sobre DST's, contracepção e planejamento familiar.

É sabido que a maternidade e responsabilidade na criação dos filhos, na maior parte dos casos, acaba por ser atribuídas as mulheres. É comum que o pai se desresponsabilize desse dever. A maternidade precoce afeta o desenvolvimento social e biológico da adolescente, restringindo as possibilidades de exploração de identidade, contribuindo com o desencadeamento de conflitos familiares, dificuldades econômicas e níveis menos elevados de escolarização (DIAS; TEIXEIRA, 2010). É urgente intervenções para as jovens mães que propiciem um espaço adequado para a vivência da maternidade, apoio e orientação, inclusive sobre a possibilidade de programas de adoção. Não se pode impor uma moral conservadora que acredita que a

maternidade é acompanhada necessariamente do desejo de criar o filho, o chamado instinto materno. Sem perder de vista a intersecção, no caso de adolescentes negras, a vivência é ainda mais dramática, uma vez que a inclusão no mercado de trabalho⁷ – condição para arcar com o sustento dos filhos – é mais problemática para não-brancas, a situação se complica quando há o histórico de cumprimento de medida socioeducativa.

Ser mulher lésbica no sistema socioeducativo, como visto, é perpassada por preconceitos e desafios, se a identidade de gênero não é aquela esperada socialmente correspondente ao sexo biológico, a violência institucional é ainda pior. As práticas socioeducativas têm que contribuir para desmistificar o imaginário que envolve orientação sexual e identidade de gênero, bem como deve combater o preconceito e discriminação, observando que quando se trata de adolescente lésbica e negra, ou homem trans negro a discriminação opera de modo diferenciado. De acordo com Bandeira e Batista (2002), o preconceito alicerça as práticas de discriminação que posiciona os indivíduos em situação de inferioridade e subalternidade.

As mulheres negras ocupam lugar desprivilegiado, com maior histórico de violências institucionais e sociais, coisificadas, erotizadas com suas características físicas inferiorizadas diante da mulher branca (CARNEIRO, 2003; SCOTT, 1995). Esses fatores contribuem para maior fragilidade da identidade negra, muitas vezes acarretando em sua negação, e em se tratando de adolescentes que estão em fase de desenvolvimento e busca por aceitação, as manifestações como valorização pessoal podem ser precárias. Por isso, ações que busquem debater sobre racismo e valorizar a identidade negra se mostram necessárias, principalmente articuladas com outras categorias de opressão, como gênero e sexualidade.

De acordo com Grzanka (2018), a atuação em uma perspectiva interseccional tem como base a escuta e acolhimento das experiências das pessoas constituídas dessas identidades interseccionais, pois elas serão as melhores interlocutoras para expressar as especificidades das suas experiências. Além disso, é importante dialogar que esses sofrimentos vivenciados estão situados em uma perspectiva histórica com fins de manutenção da desigualdade social, de gênero, de classe e de sexualidade, devendo serem questionados.

A mudança da lógica na aplicação das medidas socioeducativas para que demandas marcadas por discriminação sejam melhor trabalhadas não ocorre de forma abrupta, pois dinâmicas de opressão foram construídas no decorrer do desenvolvimento social e cultural. A transformação precisa começar do próprio Estado, que devem proporcionar formação continuada para as equipes que trabalham com adolescentes do sexo feminino, o que não descarta a possibilidade

⁷ Segundo dados do IPEA que analisou quantitativamente a discriminação no mercado de trabalho de homens e mulheres negros (as) e mulheres brancas, as mulheres negras sofrem com a discriminação setorial-regional-ocupacional mais que os homens da mesma cor e as mulheres brancas (SOARES, 2000).

que esse movimento se inicie dentro das próprias unidades. Primeiro é preciso reconhecer que essas adolescentes existem, mesmo que em minoria, e que possuem demandas próprias, com experiências já marcada por práticas discriminatórias antes do ingresso do sistema e, muito provavelmente contribuíram para a prática de atos infracionais, não cabe ao Estado continuar a violar ainda mais direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise das leis que norteiam a execução das medidas socioeducativas com o intento de investigar como essas normativas jurídicas versam sobre marcadores que histórico e socialmente são utilizados para práticas discriminatórias – especificamente gênero, raça e sexualidade – observou-se que ambas abordam essas categorias, contudo o SINASE se mostrou mais avançado no que se refere a gênero e sexualidade. Este último não é citado no ECA. No que se refere a interseccionalidade não aparece de modo explícito, mas há certa abertura para essa leitura, ficando a cargo da interpretação, que muitas vezes é deficiente.

O levantamento do perfil das/os adolescentes do sexo feminino em privação de liberdade se configurou um desafio, uma vez que os documentos disponíveis não oferecem dados precisos que dê conta do contexto nacional e/ou não trabalham com informações específicas sobre essas/es adolescentes do sexo feminino. Contudo, diante das informações disponíveis, depreende-se que, no geral, há uma cultura institucional nas unidades socioeducativas que reprime a sexualidade e identidade de gênero, que percebe o feminino a partir de estereótipos do que é ser mulher e que a questão étnico-racial não costuma ser problematizada, mesmo que a maior parte sejam negras/pardas.

Diante de uma cultura institucional discriminatória é urgente práticas que atendam as demandas específicas dessa população, que mesmo sendo a minoria dentro do sistema não podem ter seus direitos violados. As intervenções devem observar que marcadores como raça, gênero e sexualidade são articulados e não se pode trabalhar racismo, sem falar de gênero e sexualidade. Idealmente, tal transformação na aplicação de medidas socioeducativas tem que incluir todo o nível estatal, propiciando formações continuadas para todo o corpo de funcionários, desde a equipe técnica, direção e socioeducadores.

Por fim, sobre possíveis produções futuras, sugere-se pesquisas que articulem, além dos marcadores aqui abordados, a questão de classe, já que são adolescentes e jovens em vulnerabilidade socioeconômica que ingressam no sistema socioeducativo. Sobre o fenômeno da prática de atos infracionais por adolescentes, este é complexo e multifatorial, cabendo a pesquisas mais extensas e aprofundadas abordar essa temática. Aqui o intuito foi referenciar o atendimento socioeducativo, quando a/o adolescente já ingressou no sistema, e não sobre

investigação processual do ato infracional e aplicabilidade da lei, isto também são aportes para trabalhos futuros.

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019. 151p.

BANDEIRA, Lourdes; BATISTA, Analía S. Preconceito e discriminação como expressões de violência. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 119-141, jan. 2002.

BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 26, p. 329-376, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30396.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL, Presidência da República. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal 8.069/90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: 1990.

_____. Presidência da República. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Lei Federal 12.954/12 de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Brasília: 2012.

_____. **Dos espaços aos direitos**: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Brasília: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2015. 216p.

_____. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). **Levantamento Anual SINASE 2016**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. 26p.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. 10. ed. Tradução de: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. 287p.

CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. In: Ashoka Empreendimentos Sociais; Takano Cidadania. (Orgs.), **Racismos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003, p. 49-58.

DIAS, Ana Cristina Garcia; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira. Gravidez na adolescência: um olhar sobre um fenômeno complexo. **Paidéia (Ribeirão Preto)**, Ribeirão Preto, v. 20, n. 45, p. 123-131, abr. 2010.

CAMPBELL, Meghan. CEDAW and women's intersecting identities: A pioneering new approach to intersectional discrimination. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 479-504, 2015.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero, **Estudos feministas**, v. 1, n. 1, p.171-189, 2002. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020.

GRZANKA, Patrick. Intersectionality and feminist psychology: Power, knowledge, and process. In TRAVIS, Cheryl. B.; WHITE, Jacquelyn (Eds.), **Handbook of the psychology of women**. Washington, DC: American Psychological Association, 2018.

LIMA, I. C. Bases conceituais e históricas para compreender as relações raciais no Brasil. In: SILVA, Geranilde; LIMA, Ivan; MEIJER, Rebeca. **Abordagens políticas, históricas e pedagógicas de igualdade racial no ambiente escolar**. Redenção, CE: UNILAB, 2015, p. 13-32.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio da pesquisa social. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza; DESLANDES, Suely Ferreira; GOMES, Romeu (Org.). **Pesquisa Social: Teoria, método e criatividade**. 28. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 9-29.

MOURA, James F., XIMENES, Verônica. M.; SARRIERA, Jorge. C. A construção opressora da pobreza no Brasil e suas consequências no psiquismo. **Quaderns de Psicologia**, v. 16, n. 2, p. 85-93, 2014.

NOGUEIRA, Conceição; OLIVEIRA, João Manuel de (Org.). **Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero**. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2010.

PIMENTEL, Alessandra. O método da análise documental: seu uso numa pesquisa historiográfica. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 114, p. 179-195, nov. 2001.

PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. **Revista Sociedade e Cultura**, v.11, n.2, p. 263 a 274, jul/dez. 2008.

_____. Gênero: a história de um conceito. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José (Orgs.). **Diferenças, igualdade**. São Paulo: Berlendis & Vertecchiasão Paulo, 2009. p. 118-151.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 16, p. 11-37, abr. 2015.

_____. Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 44-49, mar. 2017.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: PUC-RJ/UNICEF/CIESPI, 2004.

SANTOS, Diego Junior da Silva et al. Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar. **Dental Press J. Orthod.**, Maringá, v. 15, n. 3, p. 121-124, jun. 2010.

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

SOARES, Sergei Suarez Dillon. O Perfil da Discriminação no Mercado de Trabalho – Homens Negros, Mulheres Brancas e Mulheres Negras. **Repositório do conhecimento do IPEA**, Brasília, nov. 2000.

O FENÔMENO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA E AS LACUNAS JUSTIFICANTES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Academia da Força Aérea – AFA; Universidade da Força Aérea – UNIFA

Cristiano Ricardo Antunes¹

Orientador: Dr. Humberto José Lourenção²

RESUMO: O presente artigo dedica-se ao estudo do fenômeno da culpabilidade, com enfoque nas situações de obediência hierárquica em que indivíduos ficam a mercê do autor de ordem, que os dirigem a procedimentos no estrito cumprimento de dever imposto. A análise de selecionadas conjecturas, prepara o terreno e entabula as razões para que se argumente sobre a premência da readequação do ordenamento penal brasileiro às hipóteses em que militares subordinados são chamados a cumprir a missão secundária, mas também constitucional, das FFAA, representada pela promoção da garantia da lei e da ordem na defesa da soberania interna da nação.

Palavras-chave: Obediência Hierárquica. Tipo penal justificante.

ABSTRACT: This article is dedicated to the study of the phenomenon of guilt, focusing on situations of hierarchical obedience in which individuals are at the mercy of the orderly author, who direct them to procedures in strict compliance with the duty imposed. The analysis of selected conjectures, prepares the ground and sets out the reasons for arguing about the urgency of the readjustment of the Brazilian penal system to the hypotheses in which subordinate military personnel are called upon to fulfill the secondary, but also constitutional, mission of the FFAA, represented by the promotion guaranteeing law and order in defense of the nation's internal sovereignty

Keywords: Hierarchical obedience. Justifying criminal type

INTRODUÇÃO

A obediência hierárquica, historicamente, constitui-se fonte de inesgotável desafio, e de perplexidade, aos pesquisadores que objetivam submeter-lhe ao crivo do rigor científico. O

¹Professor universitário de Direito na Academia da Força Aérea, em Pirassununga/SP, atuando há 25 anos no magistério da área.

²Bacharel e licenciado em Filosofia e em Psicologia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); especialista (Lato sensu) em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR); MBA em Gestão pública pela Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP); mestrado em Ciência Política e doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp); pós-doutorado em Psicologia pela Universidade de São Paulo (USP); professor associado da Academia da Força Aérea (AFA); pesquisador do arquivo "Ana Lagôa" de Política Militar da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar).

âmbito deste fenômeno - o cumprimento de ordens emanadas de autoridade superior-, representa significativo fator de complexidade, quando nos dispomos a analisar e a considerar as atitudes criminosas praticadas por indivíduos sujeitos ao acatamento de comandos ordenativos.

Neste artigo, exorta-se à reflexão sobre a que dimensão pode chegar, no extremo, o poder persuasivo do indivíduo que é reconhecido como autoridade detentora de voz de comando sobre o comportamento a ser seguido por subordinado que é posto, de alguma maneira legítima, debaixo de sua mercê.

Para tanto, segue-se a descrição e a análise de uma plêiade de experimentos sociais, investigativos do poder da obediência hierárquica, que foram desenvolvidos por renomados cientistas ao longo de suas trajetórias acadêmicas.

Ao final, e como desiderato deste trabalho, pretende-se demonstrar a necessidade encomendada ao poder legiferante de se mobilizar para a reflexão, e daí a criação, de modelos exculpantes mais amplos, claros e efetivos, para casos em que o subordinado não dispõe de meios de contraditar ordens dadas de ação premente, como ocorre pungentemente nas situações em que soldados são enviados em missões de garantia da lei e da ordem, as quais fogem do escopo precípua das organizações militares, alicerçado na promoção da defesa da soberania nacional contra ataques externos a sua manutenção. Tais ideias teriam sua sede natural de categorização nas denominadas causas excludentes de ilicitude dispostas no ordenamento legal brasileiro.

1 A EXPERIÊNCIA DE ZIMBARDO, NA UNIVERSIDADE DE STANFORD

No ano de 1973, na aclamada Universidade de Stanford, no Estado da Califórnia, EUA, o cientista social Phillip Zimbardo realizou esforços acadêmicos procurando deitar luz sobre as mudanças de comportamento, que ele acreditava, seriam notadas em indivíduos que fossem colocados, progressivamente, no papel específico de carcereiros, a quem seriam dadas tarefas de controlar um grupo fictício de prisioneiros. Tal experimento, ao cabo de sua realização, inspirou no pesquisador a publicação da seguinte paráfrase: “Os papéis determinam as pessoas ou, em outra dicção, os atos de maldade não só refletem o self, eles configuram o self”.

A partir da aplicação de entrevistas, com candidatos sondados para a pesquisa, as quais nutriam o objetivo de identificar, em cada um dos potenciais testados, uma condição mínima de amadurecimento pessoal e de responsabilidade social, a equipe deste psicólogo social dividiu, em dois blocos distintos, um grupo de 21 indivíduos. Para ambos os grupos foi prometida remuneração posterior. Um destes grupos ficou integrado por pessoas a quem recaiu o papel de carcereiros, com atribuída jornada de trabalho compatível à realidade intrínseca desta profissão,

ao passo que ao outro grupo restou abarcar os indivíduos que seriam tratados como prisioneiros. Seguiu-se que, na medida em que os dias avançavam, os carcereiros foram tornando-se, progressivamente, mais insensíveis e autoritários, em contraponto aos enclausurados, os quais ficavam, mais e mais, submissos e amedrontados na medida em que o experimento se alongava. Tal aspecto, inclusive – o da direta proporcionalidade percebida entre o aumento da rispidez e o da submissão - veio a ser vislumbrado, mais tarde, como a configuração de um fenômeno de retroalimentação do comportamento agressivo dos "guardas".

Remanesceu, por fim constatado, que em torno de um terço das personagens que receberam a incumbência de vigiar os prisioneiros passou a iniciar punições, sem qualquer motivo defensável, e a elaborar meios criativos de alcançar a humilhação do público posto sob o seu jugo. Em consequência, o estudo teve que ser encerrado, dado que a maioria dos prisioneiros ficou a beira de um colapso nervoso, chegando a afirmar, inclusive, que deliberadamente dispensaria a remuneração prometida, desde que ocorresse imediatamente a sua libertação.

Em que pese o reconhecimento de que tal experimento, dada a realística dramaticidade com que foi concebido, tem, forçosamente, a sua repetição objetada nos dias de hoje, em salvaguarda dos direitos humanos, há de se reconhecer que o sofrimento infligido ao segmento dos participantes a quem recaiu o papel de prisioneiros, tratados como submissos, ao menos não foi em vão e serviu para dar prova científica da cogitada tendência do ser humano em ser moldado pelos papéis e tarefas que de algum modo vem a assumir.

2 A EXPERIÊNCIA DOS CHOQUES DE MILGRAM, NA UNIVERSIDADE DE YALE

No ano de 1963, o psicólogo social norte-americano Stanley Milgram, inclinado a investigar a subserviência alemã ao comando de ordens, decidiu compará-la com um grupo de controle formado a partir de conterrâneos que viessem atender ao apelo de seu experimento.

A sua hipótese de pesquisa baseava-se na suposição acerca da existência de um elemento típico constitutivo da personalidade alemã. Segundo a sua intuição, isto poderia revelar a configuração, nos indivíduos pertencentes a este grupo nacional, de um estereótipo que os identificaria como ferrenhos cumpridores de ordens superiores – o qual, uma vez identificado, poderia significar a construção de uma ponte direcionada à compreensão mais aperfeiçoada dos horrores perpetrados, principalmente contra os judeus, durante o nazismo.

A partir deste intento originário, o cientista organizou pesquisa que, acabando por se desfiliar aleatoriamente do escopo originalmente concebido, veio a receber a reputação de se constituir no mais famoso experimento de psicologia social já desenvolvido em todos os tempos. Antes de

partirmos para o passo a passo da assinalada pesquisa, tomemos conhecimento de uma reflexão, de própria lavra de Milgram, a respeito da ancestralidade do tema da obediência: “O dilema inerente à submissão à autoridade é tão antigo quanto a história de Abraão a quem Deus ordenou sacrificar seu filho como prova de fé. A questão de saber se deve alguém obedecer ou não às ordens quando elas conflitam com a consciência foi discutida por Platão, dramatizada na Antígona de Sófocles e submetida à análise filosófica, em quase todas as épocas históricas. Os filósofos conservadores argumentam que a própria estrutura de sociedade é ameaçada pela desobediência, ao passo que os humanistas acentuam a primazia da consciência individual”. (MILGRAM, p. 372, 1996).

Seguindo o projeto do experimento, Milgram iniciava a sessão acomodando duplas de participantes no local preparado, contudo, ao fim e ao cabo, somente um dos convocados acabava efetivamente por ser avaliado, ao passo que o outro meramente assumia o compromisso de encenar o comportamento a ele encomendado, tratando-se, portanto, de um assistente oculto do autor do projeto, com performance meticulosamente definida de maneira prévia pelo pesquisador.

À entrada dos dois indivíduos no local delimitado, seguia a realização de um falso sorteio, que invariavelmente determinava, ao indivíduo efetivamente em teste, a assunção do personagem de "professor". Uma vez definido como tal, pela viciada aleatoriedade do sorteio, ele passaria a ter a sua conduta avaliada em contraponto à do outro, o qual faria as vezes do "aluno".

Em desenvolvimento, o "professor" era conduzido para uma sala em separado, sendo-lhe permitido, no entanto, dar-se conta de que, simultaneamente ao seu deslocamento, o companheiro de teste era amarrado em uma cadeira supostamente apta a lhe produzir choques elétricos. Assim tomada a configuração do experimento, o professor recebia a orientação de dirigir ao aluno as perguntas constantes de uma bateria, para serem respondidas de acordo com um gabarito.

Para cada resposta errada oferecida pelo aluno, o professor deveria dirigir-lhe, por meio do apertado de um botão, a reprimenda consistente na aplicação de choques em voltagens crescentes, sempre em etapas majoradas de 15 volts, obedecendo a uma escala que quantificava a voltagem de cada etapa dos choques. Essa escala era acompanhada de uma sucinta qualificação a respeito da potência de cada um deles – de leve, passando por moderado, e chegando até 420 volts = PERIGO, CHOQUE GRAVE, e, enfim, 450 volts: XXX.

O combinado entre o pesquisador e o ator que representava o aluno era de que assim que o "professor" alcançasse a etapa de aplicação que acreditava ser de 300 volts, o "aluno" deveria

performatizar protesto consistente em bater com a cabeça na parede que separava as salas. Após este primeiro sinal mais dramático, em uma eventual continuidade da ação do professor, o qual, na sequencia, deveria então aplicar ao "aluno" o suposto choque seguinte de 315 volts, o paciente deveria mais uma vez bater a cabeça na parede e, depois disso, permanecer em silêncio.

Ponto bastante relevante para a compreensão do teste é que tal silêncio implicava na continuidade da sessão, uma vez que ficara estabelecido, em comum acordo, que toda ausência de resposta significaria a manifestação de ignorância do "aluno" a respeito do objeto da interrogação. Portanto, tal situação deveria ser interpretada como novo erro e, assim como todos os outros, implicaria na aplicação do castigo de costume.

Nesta altura do experimento, em que, deveras, a média dos avaliados, segundo os relatos coligidos depois de repetidas aplicações, já deixava de lado o semblante originalmente tranquilo demonstrado no início da sessão, deixando entrever comportamento de angustiada tensão, o pesquisador lançava mão de um rol, que fora meticulosamente estabelecido e do qual ele não poderia se apartar a fim de assegurar a cientificidade na condução do teste, de expressões de instigação ao "professor".

Ante a primeira recalcitrância manifestada pelo indivíduo em teste, Milgram deveria dirigir-lhe a seguinte admoestação: "Por favor, continue." E, a cada novo titubeio, deveria complementar o discurso instigante com as demais "frases prontas" escolhidas: "O experimento requer que você continue." "É absolutamente essencial que você continue." "Você não tem escolha; deve continuar." Esta última frase seria a derradeira do processo e teria o condão de encerrar o experimento, caso persistisse a negativa de comportamento por parte do "professor".

O fato merecedor de destaque, no entanto, é de que uma maioria de dois terços dos avaliados "professores" chegou ao final da experiência, tendo aplicado o último choque da escala, o qual exibia a potência de 450 volts e ostentava o emblemático e mórbido descritivo: XXX – potência letal.

Ao final desta descrição do método desenvolvido por Milgram em sua pesquisa, o que salta aos nossos sentidos como relevante, exigindo uma detida ponderação é a circunstância de que os testados remanesceram cientes, do começo ao fim da sessão, de que o abandono do posto não acarretaria nenhuma repercussão, fosse ela positiva ou negativa. Com efeito, aos testados não ficava prometida recompensa caso chegassem ao final da empreitada e nem era ameaçado qualquer forma de admoestação ou prejuízo na hipótese de desfecho contrário.

A constatação a que chegou Milgram, como já salientado anteriormente, surpreendeu a ele próprio – alterando acidentalmente o propósito de sua pesquisa e repetindo o que, com alguma recorrência, acontece no bojo das grandes descobertas científicas – acabando por elevar o experimento ao patamar do seletivo grupo dos mais significativos desenvolvidos nesta área temática.

Mercê dos resultados coligidos por Milgram, não obstante a constatação de ser o seu moto inicial a investigação acerca da existência de uma intuída personalidade típica alemã, que seria mais afeita ao cumprimento de ordens pelo simples estímulo de reconhecer na pessoa em comando a figura de uma autoridade, veio à tona, perante a comunidade científica da época, a identificação de um comportamento padrão que se revelou associado à obediência hierárquica, o qual passou então a ser procurado e verificado em outros tempos e latitudes.

Com respeito à abrangência do fenômeno da obediência, cumpre observar o que o próprio Milgram ressaltou ao oferecer a explicação sucinta de sua motivação para o desenvolvimento desta célebre pesquisa: “A obediência é um elemento tão básico, na estrutura da vida social como qualquer outro. Parte do sistema de autoridade é uma necessidade de toda vida comunitária e somente a pessoa que habita em isolamento não é forçada a responder, com desafio ou submissão, às ordens de outros. Para muitos, a obediência é uma tendência comportamental profundamente arraigada, chegando mesmo a ser um forte impulso que sobrepuja o treinamento em ética, solidariedade e conduta moral”. (MILGRAM, p. 373, 1996).

Ao final deste tópico, emerge pertinente examinar a dimensão atribuída ao trabalho de Milgram, conferindo o que afirma Dahia (2014): “O experimento de Stanley Milgram realizado originalmente em 1961, na Universidade de Yale, consistiu em levar sujeitos experimentais a aplicar (falsos) choques elétricos gradativos até o limite de 450 volts em supostos aprendizes inocentes, sob a falsa alegação de se verificar o efeito da punição sobre a aprendizagem. Cerca de vinte experimentos foram realizados envolvendo centenas de indivíduos, pessoas comuns, presumivelmente afeitas aos valores ocidentais e sensíveis à causa científica. Tais indivíduos, de forma consistente, demonstraram um alto índice de submissão à autoridade do pesquisador ao obedecerem à ordem de provocar choques elétricos, com a voltagem máxima, em indivíduos inocentes. Sobretudo em razão de suas consequências, o experimento tornou-se um dos mais impactantes e controversos das ciências humanas e sociais”. (DAHIA, 2014).

Corroborando a visão trazida nesta citação, é pertinente dar-se ao conhecimento do leitor a informação de que há, na cinematografia moderna, filme que ilustra os achados científicos emersos por Milgram, fato que por si só dá mostras do significado desta realização e procura eternizar para outras gerações uma sondagem que não poderia ser repetido nos tempos atuais, em vista das óbvias barreiras impostas pela consideração aos direitos humanos.

3 OS “HOMENS COMUNS” DE CHRISTIAN BROWNING

Em meio ao esforço de guerra nazista, foram despachados compondo um batalhão, aproximadamente 500 policiais reservistas da região alemã de Hamburgo. O autor norte-americano Christian Browning (1992) faz o relato do que sucedeu com estes indivíduos e com as suas vítimas apoiado na análise dos interrogatórios a que mais tarde os primeiros vieram a ser submetidos. Esta sua obra integra um mosaico de outras similares que durante a década de 90 se debruçaram sobre o assunto: a participação de soldados rasos no Holocausto contra os judeus na II Guerra Mundial. Tal tema veio compor verdadeiramente uma onda/tendência de abordagem literária, científica e acadêmica que se desenrolou na época. Destas, cita-se aqui o exemplo da mostra do museu da própria cidade de Hamburgo – constituída de uma coletânea de documentos reveladores da execução de prisioneiros de guerra pelo exército alemão - e também o do livro "Os Carrascos Voluntários de Hitler", de Daniel J. Goldhagen, lançado em 1996.

Com escopo na obra de Browning e de volta ao relato do envio dos soldados, oficialmente convocados para no local de destino assumirem serviços de guarda, passa-se a exposição das nuances do episódio.

De acordo com o depoimento dos próprios soldados sobreviventes, decorridas aproximadamente três semanas da data da sua incorporação, o batalhão todo foi embarcado para a cidade rural de Josefow, onde somente então foram cientificados da sua missão: matar todos os 1.800 habitantes judeus do lugarejo.

Segundo os estudos dedicados ao caso, a idade média deste contingente de militares girava em torno de 39 anos, fato que revela a circunstância de não possuírem, tais indivíduos, a contextualização de ter sido a sua educação básica conduzida sob o jugo do nazismo. De modo contrário, é lícito crer que compunham uma classe de trabalhadores de valores ligados ao comunismo ou à social democracia - movimentos políticos que digladiavam pela atenção e pela adesão do povo alemão antes da ascensão hitleriana.

Pois bem, segue, na reconstituição dos fatos, balizada, como já se disse, na oitava dos próprios sujeitos ativos dos eventos, que o major, que fora incumbido de lhes esclarecer sobre o que o Comando de Berlim tomava como sendo a missão a eles atribuída, os comunicou de que todos os que solicitassem transferência seriam acomodados em outros serviços. Um número não superior a 13 o fez. Isto nos leva a coligir que, do universo aqui contemplado de 500 homens, todos os demais se engajaram na carnificina de judeus, obedecendo as ordens do médico que os assessorava, o qual lhes recomendava a adoção do procedimento considerado mais eficaz: apor a ponta da baioneta na base do crânio da vítima e apertar o gatilho da arma. Neste turno, compete

fazer-se o registro de que tais indivíduos nunca haviam tomado parte no assassinio de pessoas rindidas e indefesas e não assumiram este comportamento livres de traumas e de apelos de consciência, no entanto, assim o fizeram.

Como reforço e corroboração da conflagração desta natural repulsa na adoção do comportamento que era esperado destes soldados, os relatos continuam a revelar que, depois do batismo de sangue, alguns homens vinham a pedir a sua transferência, após vomitarem e desmaiarem respingados pelo sangue dos executados. Consoante a isto, uma parcela dos ouvidos noticiou a prática comum de adotar subterfúgios de boicote à tarefa determinada, como demorar tempo implausivelmente longo para a revista de casas que sabiam estar vazias, errar propositalmente o tiro nos prisioneiros fugitivos, ou simplesmente, se esconder esperando o dia passar.

Na medida em que as trevas do holocausto se adensavam, os soldados, de perplexos com a mudança abrupta de suas funções cotidianas, inicialmente consistentes em triviais tarefas gerais, foram com elas se acostumando – por mais que a expressão "acostumar-se" possa causar atônita incredulidade em todos os que conheceram, em uma visão mais além deste acontecimento específico, a abrangência do que transcorreu no Holocausto. O fato marcante é que tais homens foram se servindo da crescente eficiência da máquina mortífera nazista para se tornar, paulatinamente, imunes à repulsa quanto aos atos que infligiam a suas vítimas.

Para a composição deste distanciamento pessoal, dos agentes em relação aos pacientes deste nefasto episódio da história mundial, houve a inegável contribuição dos mecanismos pragmáticos inventados pelas sórdidas e criativas mentalidades germânicas da época, dos quais são exemplos a câmara de gás e o expediente concebido de atirar nos judeus a partir de seu agrupamento em pé, em fila contígua às valas cadavéricas – afinal, para que atirar em pessoas próximas, dispostas de bruços, visto que este procedimento gerava, além dos já aludidos respingos da matéria encefálica das vítimas, também a tarefa de carregar os mortos até o local do depósito final?

Depois de tudo o quanto foi retratado, o saldo final de exterminados por este contingente de 500 homens iniciais ficou estimado no número de 83.000 judeus, todavia, aquilo que se julga imperioso ressaltar, a respeito da retratada tragédia, assenta sobre a razão apresentada pelos soldados rasos como sendo a que lhes impulsionou em direção ao cumprimento de seus encargos. Pois bem, juntando-se ao clássico argumento invocado pela liderança nazista julgada no Tribunal de Nuremberg – de que obedecia às ordens superiores – justificativa esta que, um pouco depois, evoluiu para vir formalmente nominada como “Razão de Estado”, não obstante, sendo compreensivelmente repelida com veemência por tal cômte excepcional do pós-guerra-, os homens comuns de Browning, majoritariamente, responderam que a causa motriz de seus atos -

que os teria impelido a cumprir a missão dada - foi a responsabilidade para com os colegas, ou dito de outra forma, a reverência ao espírito de corpo e ao compromisso de solidariedade aos companheiros, mesmo em se tratando da assunção de uma carga de comportamento tão peculiarmente criticável. Ao cabo da interpretação balizada por este acontecimento histórico, a sensação de responsabilidade individual perante os companheiros integrantes de um mesmo grupo, direcionada a evitar, mutuamente, uma injusta sobrecarga de trabalho, sobe às raias da perplexidade.

CONCLUSÃO

O tema da culpabilidade, mormente quando se coloca sob enfoque a circunstância da obediência hierárquica, tem mobilizado os estudiosos da Ciência do Direito, desde tempos ancestrais, na busca de tratamento mais esmerado e de mais exato enquadramento dentro da estrutura justificante pensada para o fato humano com repercussão criminal.

O Direito Penal, insculpido invariavelmente como sendo uma das primeiras preocupações civilizatórias de todos os povos, representa, aos seus componentes, a última linha de defesa contra os ataques mais graves dirigidos aos valores e bens jurídicos considerados mais caros aos seus auspícios evolutivos.

Assim posta a questão, é percebido que, de forma semelhante ao que ocorre com as descobertas tecnológicas, que vão se tornando obsoletas e vão se aperfeiçoando com o passar do tempo para o atendimento das novas demandas, a dinâmica social, permanentemente em pulsação, exige a adaptação constante do arcabouço legal, até então reunido, para dar conta dos casos e das hipóteses inéditas passíveis de acontecer.

Hodiernamente, em nosso país, é exigido, das Forças Armadas, cada vez com maior retumbância, a proeminência de acionamento também em missão que não lhe é outorgada constitucionalmente como sendo a principal: o engajamento nas ações de garantia de defesa e da ordem (GLO), nas localidades e situações em que ficam evidenciadas a carência contingencial das forças regularmente vocacionadas para tal compromisso.

Deste modo, no âmbito de tais movimentações, as quais fogem da rotina profissional e de treinamentos do soldado subalterno, remanesce bastante perceptível, aos olhares dos que se debruçam sobre esta problemática, a contundente perplexidade que é instalada na mente desses agentes, quando eles se apercebem em situações de embate com o inimigo, o qual, não poucas vezes, deseja-lhe a morte e age sem escrúpulos para alcançar tal objetivo. O fato que assoma e que aqui é posto em destaque, é que dita perplexidade gera, nos indivíduos engajados na missão, uma

nítida postura de reticência na tomada de decisões de ação, o que acabará por intensificar o risco de sua morte em serviço, posto que o adversário beligerante, ao contrário do que é exigido do agente público, não se sente obrigado a dosar a força da sua atuação oponente em conformidade com as leis penais esse texto legal, afinal, ele é o bandido.

Cumprindo o turno da análise das causas dessa pronunciada perplexidade, a que segue o vacilo na adoção da ação exigida para o momento, com toda a certeza a mais significativa se expressa no temor, destes agentes subordinados ao cumprimento de ordens, em ficarem reféns de processos judiciais intermináveis, com grau intenso de subjetividade e discricionariedade do julgador, os quais propenderão a julgar-lhes culpados, negando-lhes o reconhecimento de terem agido sob uma causa justificadora de comportamento, como, por exemplo, a clássica excludente da legítima defesa própria ou de terceiro, ou, no mínimo, representarão mácula indelével em sua carreira militar, a partir daí obstaculizando a sua progressão funcional.

Ao apresentar esta sucinta coletânea de três emblemáticos experimentos sociais, investigativos e evidenciadores da disposição humana ao cumprimento de ordens, e após haver correlacionado tal fenômeno com as imbricações derivadas das lacunas de respaldo legal constatadas nas ações de militares brasileiros, engajados nos esforços de GLO, ou mesmo de operações interagências, que também são destacadamente complexas, este artigo objetivou ressaltar a premente necessidade de reavaliar-se o arcabouço legal criminal brasileiro, para que nele possa ser incorporada causa excludente de antijuridicidade voltada especificamente para ser aplicada nos casos em que fique patente a responsabilidade exclusiva do autor da ordem, com a consequente isenção de culpa daqueles que agiram sob a égide estranguladora da obediência hierárquica.

REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código Penal**, Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940.

_____. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto>. Acessado em 14/08/2019.

_____. **Código Penal Militar. Brasília: Diário Oficial da União, 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto>. Acessado em 18/08/2019.

_____. **MD33-M-12, Manual Operações Interagências – PN NR 32/MD**, 30 ago 2017.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento de dever legal**. Porto Alegre: Editora Safe, 2005.

BROWNING, Christopher. **Ordinary Men**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. E-book.

CASTRO, Celso. **O Espírito Militar: um Antropólogo na Caserna**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004.

DAHIA, Sandra Leal de Mello. **Da Obediência ao consentimento: reflexões sobre o experimento de Milgram à luz das instituições modernas**. Brasília: Soc. estado. Vol. 30 n.1 Jan/Abr 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922015000100013>. Consultado em 12/09/2019.

FESTINGER, L. & CARLSMITH, J.M. **Cognitive consequences of forced compliance**. Washington: Journal of Abnormal and Social Psychology, 58, 203-210.

HANEY, C., BANKS, W.C., & ZIMBARDO, P. G. A study of prisoners and guards in a simulated prison. *Naval Research Review*, 30, 4-17.

MILGRAM, Stanley. **Obediência à autoridade**. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1983.

MILGRAM, Stanley. "Behavioral Study of Obedience", **Journal of Abnormal and Social Psychology**, 67, 1996. p. 371-378.

O Experimento de Milgram (filme). Michael Almereyda. 2015. 1h 38m.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal como ultima ratio**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 08 de abril de 2009. Consultado em data de 10/10/2018.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

The Human Behavior Experiments (documentário). Alex Gibney. 2006.

ZIMBARDO, Philip G. **O Efeito Lucifer**. São Paulo: Editora Record, 2012.

CULTURA DO MEDO, VIGILÂNCIA E PRIVACIDADE: “SORRIA! VOCÊ ESTÁ SENDO FILMADO!”

Mateus Mantovani Sorgatto ¹

RESUMO: O cidadão, preocupado com a segurança – sua – em geral recebe as informações e percebe a sociedade mais violenta e possui duas reações em regra. A primeira, que não será objeto do presente estudo, mas que é de extrema relevância, é a de passar a exigir maior repressão estatal. A segunda reação, esta sim objeto do presente estudo, em regra é a busca por mais segurança privada. Há um aparente paradoxo no sentido de que a população bombardeada por informações sobre violência – muitas vezes incompletas e fazendo relações absolutamente desconexas da realidade – conclui que o Estado é incapaz de promover sua proteção e busca a proteção das empresas privadas. Apesar disso, passa a exigir maior atuação estatal, tolerado, em certa medida, a flexibilização e relativização de direitos fundamentais. Na busca pela proteção que o Estado não lhe proporciona, o cidadão comum encontrou nas empresas privadas de segurança vigilância um fio de esperança no combate a criminalidade crescente que lhe é “vendida” como realidade. Sistemas de vigilância por vídeo monitoramento são instalados em residências, condomínios residências e comerciais e passam a fazer parte do dia a dia das pessoas e não são mais nem percebidos.

Palavras-Chave: Cultura do Medo, Criminalidade, Vigilância, Privacidade, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The average security-conscious citizen usually gets the information and perceives the most violent society and has two reactions as a rule. The first, which will not be the object of the present study, but which is extremely relevant, is that it now requires greater state repression. The second reaction, which is the object of the present study, is usually the search for more private security. There is an apparent paradox that the population bombarded with information about violence - often incomplete and making absolutely disconnected relations with reality - concludes that the state is unable to promote its protection and seeks the protection of private companies. Nevertheless, it now requires greater state action, tolerating, to some extent, the relaxation and relativization of fundamental rights. In the search for protection that the state does not provide, the average citizen has found in private security companies surveillance a thread of hope in combating the growing crime that is "sold" to him as reality. Video surveillance systems

¹ Advogado, MBA em Direito Empresarial com Ênfase em Direito Tributário. Mestrando em Direitos Humanos e Sociais na Universidade La Salle. Pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos Teorias Sociais do Direito (TSD) e Grupo de Estudos em Sociedade, Internet e Direito (GESID).

are installed in homes, residential and commercial condominiums and become part of people's daily lives and are no longer even perceived.

Keywords: Culture of Fear, Crime, Surveillance, Privacy, Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

Os debates em torno da ampliação do poder punitivo do Estado estão cada vez mais presentes em nosso cotidiano. Expressões como a “Cultura do Medo”, “Discurso do Pânico” e “Direito Penal de Emergência” agora fazem parte do cotidiano das pessoas. Uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana é o palco certo para o desenvolvimento e ampliação da indústria da vigilância, ao mesmo tempo em que a sociedade clama por maior privacidade.

Todas as sociedades possuem uma quantidade quase infinita de perigos para escolher. O que as fazem diferentes umas das outras são os tipos e quantidades das escolhas. Sua seleção se dá por importância específica ou porque permitem condenar grupos e instituições vistos com maus olhos. Portanto, a eleição daqueles que são seus riscos e perigos por parte da sociedade não ocorre de forma neutra e em função do real alcance dos prejuízos acarretados por tais ameaças (DOUGLAS, 1982).

Assim, o medo passa a ser produzido pela cultura e com o auxílio das mídias e ancorada pelo discurso da prevenção e da segurança, justificando a adoção e políticas equivocadas que legitimam novas e antigas práticas de repressão.

Quando colocado a serviço do poder, o medo se constitui em importante componente de controle social, assumindo múltiplas funções, inclusive de ampliar o medo da violência e construindo a ideia de cultura do medo, fundada na ideia da violência aleatória, crescente e ameaçador. (GLASSNER, 2003)

A cultura, nesse artigo, deve ser entendida como a expressão das necessidades historicamente condicionadas de um grupo social e de seus indivíduos e como referência à totalidade das práticas sociais coletivas e suas representações simbólicas. Além disso, importante mencionar que a cultura não pode ser concebida como estática e imutável, ao contrário, mostra-se como uma expressão dinâmica das ações e interpretações do grupo social. A cultura é trazida, portanto, como reflexo das mudanças nas relações sociais, desde a esfera da produção econômica até a esfera do imaginário individual e coletivo e das representações de ordem. (PASTANA, 2007).

Partindo da premissa de que vivemos a cultura do medo, deve ser observado que a insegurança está cada vez mais ligado à violência criminal que, por sua vez, promove a base e o fortalecimento desta cultura. Essas questões ganham cada vez mais destaques nas discussões políticas, na imprensa, universidades e no cotidiano das pessoas, justamente em virtude da grande sensibilidade a elas e da aparente falta de controle sobre elas.

Mas como isso atinge o cidadão em seu cotidiano? Como ele recebe as informações sobre a violência e como forma sua opinião sobre o assunto? E como ele passa a agir a partir do recebimento destas informações e formação de opinião?

O cidadão, preocupado com a segurança – sua – em geral recebe as informações e percebe a sociedade mais violenta e possui duas reações em regra. A primeira, que não será objeto do presente estudo, mas que é de extrema relevância, é a de passar a exigir maior repressão estatal.

A segunda reação, esta sim objeto do presente estudo, em regra é a busca por mais segurança privada. Há um aparente paradoxo no sentido de que a população bombardeada por informações sobre violência – muitas vezes incompletas e fazendo relações absolutamente desconexas da realidade – conclui que o Estado é incapaz de promover sua proteção e busca a proteção das empresas privadas. Apesar disso, passa a exigir maior atuação estatal, tolerado, em certa medida, a flexibilização e relativização de direitos fundamentais.

Na busca pela proteção que o Estado não lhe proporciona, o cidadão comum encontrou nas empresas privadas de segurança e vigilância um fio de esperança no combate a criminalidade crescente que lhe é “vendida” como realidade.

Sistemas de vigilância por vídeo monitoramento são instalados em residências, condomínios residências e comerciais e passam a fazer parte do dia a dia das pessoas e não são mais nem percebidos.

Em paralelo a isso há uma crescente preocupação em relação à tutela da privacidade, tendo como último exemplo a edição e promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados que em última análise, busca proteção da privacidade do cidadão.

O presente artigo busca, portanto, entender a relação entre a cultura do medo, o crescimento do mercado para empresa de vigilância em contrapartida ao também crescente pleito por tutela da privacidade. Será que o cidadão sabe do que está abrindo mão em função da sensação de segurança?

1. CULTURA DO MEDO E VIOLÊNCIA URBANA

O problema social da violência urbana deixou de ser protagonista em função de um outro problema social de significativa relevância, o medo generalizado e exacerbado do crime. O medo associado à criminalidade se incorporou ao modo de vida da população urbana e é um assunto extremamente valorizado pela imprensa, autoridades e determina mudanças no comportamento e hábitos sociais.

Além da alteração na dinâmica social, o medo produz efeitos correlatos: crescimento visível das empresas de vigilância privada, elevada quantidade de armas de fogo em circulação, êxodo de zonas e regiões onde o risco de se transitar sozinho pressupõe-se elevado, além dos demais mecanismos de autoproteção. (PASTANA, 2011)

O estresse e o medo por causa da violência têm provocado a perda da qualidade de vida. As pessoas ficam mais em casa, não frequentam lugares públicos, como cinemas, bares, restaurantes. As pessoas deixam de ir trabalhar e os alunos deixam de ir a escola. (KHAN, 1999).

O medo sempre acompanhou o homem, haja vista a busca incessante por coesão e organização em grupo cujo objetivo é fortalecimento e proteção, ou seja, unir-se para enfrentar o que causa medo.

A sensibilidade ao medo é um componente bem significativo da experiência humana, a despeito dos esforços para superá-lo. (DELUMEAU, 1999). O medo está inserido nas transformações políticas e sociais mais recentes da nossa história. A insegurança observada atualmente está cada vez mais ligada à violência criminal que, por sua vez, promove a base e o fortalecimento da cultura do medo, um ciclo permanente. (PASTANA, 2007).

Nesse sentido, essa cultura representa a somatória dos valores, comportamentos e do senso comum que, associados à questão da criminalidade, reproduzem a ideia hegemônica de insegurança e, com isso, perpetuam uma forma de dominação marcada pelo autoritarismo e pela rejeição aos princípios democráticos. (PASTANA, 2007, p. 92)

Na era da globalização, também o medo foi globalizado passando a participar do espetáculo diário, nos jornais e na televisão, seja nas ruas de Bagdá, nos trens de Madrid, nas escolas de Beslan ou nas favelas do Rio De Janeiro (LEAL, 2006) e nas metrópoles do Brasil todo.

No centro dessa cultura, as mídias, principalmente televisão e jornal, por meio de dados estatísticos e opiniões de “especialistas”, assumem importância central como vaticinadoras e divulgadoras de notícias relacionadas a situações de risco e construção do medo.

As relações dos indivíduos com os acontecimentos e fatos passam, em parte, pela experiência direta que eles têm, mas também pelos testemunhos e evidências indiretas que recebem. Por muito tempo essa evidência indireta foi transmitida através do testemunho escrito ou oral, com as incertezas que o acompanhavam. Porém, no mundo contemporâneo, o enorme volume de informações vinculada pela imprensa multiplica as evidências indiretas que a sociedade recebe. (MICHAUD, 1989).

Assim, parte importante da experiência do mundo passa pelas imagens que nos são mostradas, passando a impressão de que estivemos lá e aproximando aquele acontecimento da nossa realidade individual.

Pesquisas realizadas nos anos oitenta revelavam que poucas pessoas que afirmavam sentir um aumento da insegurança foram elas próprias agredidas ou espancadas, mas ouviram falar de tal ou do que aconteceu em tal lugar. Mesmo pessoas que não foram vítimas de atos violentos interiorizaram representações sobre episódios violentos, quais os sentimentos e a conduta das vítimas e suas reações. O que ocorre nesses casos é uma identificação com a vítima e a apropriação do incidente, o que gera uma sociabilidade da insegurança, pela qual, solidariamente, antecipa-se uma vitimização futura. (PASTANA, 2007, p. 95).

As conclusões de Yves Michaud e da Professora Débora Pastana chama atenção para a incapacidade do ser humano de uma análise minimamente crítica da informação que recebe, bem como revela que não há evolução nesse sentido. Mais do que isso, especificamente quanto a cultura do medo, a percepção é de que houve um retrocesso.

A análise de Yves Michaud data de 1989, portanto há cerca de 30 anos, já a análise da Professora Débora Pastana foi publicada em 2007. Nos quase 20 anos de diferença entre as publicações, o que se percebe é que a opinião pública foi incapaz de evoluir no sentido de desenvolver capacidade crítica quanto as informações que recebe pela imprensa, em especial no que toca a criminalidade e violência. O mesmo fenômeno é observado até os dias de hoje.

Em 1999 Tulio Kahn, Sociólogo do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente publicou no Boletim de Políticas Criminais dados de uma pesquisa realizada pelo próprio Instituto Latino Americano das Nações Unidas (ILANUD), realizada ao longo da década de 90 na cidade de São Paulo. Nesta pesquisa alguns dados são bastante significativos: 27% das casas e apartamentos tinham fechaduras especiais em suas portas, 31% tinham cão de guarda, 28% dos carros possuíam alarmes e 23% trava na direção ou câmbio.

O que se observa atualmente é a utilização política e econômica da ideia de risco para influenciar a opinião pública a legitimar postura autoritárias, estimulando também o consumo relacionado à insegurança.

Do ponto de vista político, para tolerar certas condutas punitivas e autoritárias e certa relativização de direitos fundamentais e da própria noção de democracia. Do ponto de vista econômico, cada vez mais as cidades assumem feições ditadas por uma “arquitetura do medo”. (PASTANA, 2007). No entorno das casas os muros estão cada vez mais elevados, cercas da mesma forma, alarmes e sofisticados sistemas de segurança, assim como alguns fenômenos correlatos: “*crescimento visível das empresas privadas de vigilância, (...)*” (PASTANA, 2007, p. 96).

Essa mesma população aterrorizada busca equipamentos de segurança cada vez mais eficazes e perigosos para a proteção de suas casas. Há uma evidente restrição à liberdade que, segundo Bauman (2003, p. 10), é o preço que se paga pela segurança no mundo atual:

Você quer segurança? Abra mão da liberdade, ou pelo menos de boa parte dela. Você quer confiar? Não confie em ninguém fora da comunidade. Você quer essa sensação aconchegante de lar? Ponha alarmes em sua porta e câmeras de tevê no acesso. Você quer proteção? Não acolha estranhos e abstenha-se de agir de modo esquisito ou ter pensamentos bizarros. Você quer aconchego? Não chegue perto da janela, e jamais a abra. O nó da questão é que se você seguir esse conselho e mantiver as janelas fechadas, o ambiente logo ficará abafado e, no limite, opressivo.

A informação sobre violência e criminalidade é transmitida na forma de espetáculo. A reportagem policial explora a criminalidade, ressaltando fatos violentos de forma sensacionalista e, assim, intensificando o medo e a sensação de insegurança.

O espaço conquistado na mídia pela violência criminal não fugiu as ambivalências que caracterizam os poderosos meios de comunicação, propiciadas pelo interesse que o tema desperta no seu público consumidor (ZALUAR, 2000, p. 247):

Se a divulgação rápida permite informar o público e capacitá-lo para pensar a respeito do que acontece, muitas vezes tem se chegado perto da vulgarização, que distorce a informação e confunde mais do que esclarece. As notícias de violência tornaram-se mercadoria. Elas vendem bem o veículo, quanto mais sensacionalistas e impactantes forem. Em veículos que passam um discurso de seriedade, o próprio conceito de violência tem sido usado de maneira abusiva para encobrir qualquer acontecimento ou problema visto como socialmente ruim ou ideologicamente condenável, resultando disso a confusão entre violência, desigualdade social, miséria e outros fenômenos.

No mesmo sentido a crítica de Bauman:

O que quer que se possa fazer a respeito da segurança é incomparavelmente mais espetacular, visível, “televisível”, que qualquer gesto voltado para causas mais profundas do mal-estar mas – pela mesma razão – menos palpáveis e

aparentemente mais abstratas. O combate ao crime, como o próprio crime e particularmente o crime contra os corpos e a propriedade privada. Os produtores e redatores dos meios de comunicação de massa estão bem conscientes disso.

O fato é que a informação assume importância de acordo com a forma pela qual é compreendida pela sociedade. Essa compreensão, todavia, pode ser manipulada por interesse que passam diluídos nos discursos vinculados na imprensa. As noções de criminalidade das pessoas nem sempre correspondem à realidade sendo em grande parte influenciadas pela forma como a imprensa falada e escrita tratam do tema. (PASTANA, 2007).

Toda essa exploração contribui não só para a rejeição social dos princípios democráticos como também perpetua a ineficiência de um serviço público fundamental, a segurança, levando o cidadão a buscar alternativas na esfera privada.

Diversas são as alternativas buscadas pelo cidadão amedrontado para satisfação desse direito fundamental. Há uma clara proliferação espaços fechados e de monitoramento que são destinados ao lazer, trabalho, consumo e residência, que podem ser condomínios residenciais, conjuntos comerciais ou empresariais e shopping centers. Em todos estes ambientes existe a presença da vigilância e monitoramento constantes, dando ao indivíduo uma sensação de segurança, mas qual o preço desta sensação de segurança?

2. PRIVACIDADE

No Brasil, resta constitucionalizada a garantia da inviolabilidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas sem haver, contudo, a menção da palavra privacidade na Carta Política de 1988 (CONSALTER; ROCHA, 2019). Assim, há uma necessária compreensão do que se pode extrair do valor erigido como fundamental, mesmo quando não explicitado.

O ponto de partida da análise entre o direito à intimidade e à vida privada é a redação contida no inciso X, do Artigo 10 da Constituição Federal de 1988 que dispõe serem todos iguais perante a lei, sendo invioláveis o direito “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente dessa violação.”. A análise meramente gramatical do inciso referido aponta para a conclusão de que a intenção do legislador fora de diferenciar os termos, tendo incluído uma vírgula entre as palavras intimidade e vida.

A partir do enunciado constitucional que Leonardo Cesar de Agostini (2011) vai fazer a distinção entre intimidade e vida privada, referindo inicialmente que no sentido puramente etimológico, a palavra intimidade seria *intimus*, uma variação de *intumus* e, desta forma, derivaria da qualidade

de íntimo, que quer dizer o mais dentro possível. Em sentido diverso, a expressão vida privada remete as esferas de atuação do indivíduo na sociedade (esferas pública e privada).

Seguindo por este caminho, vai dizer o autor (AGOSTINI, 2011) que a privacidade na Era Moderna surge em reação ao conformismo nivelador da sociedade, que exigia comportamento Uníssono de seus membros, pela necessidade de proteção de um espaço exclusivo onde o indivíduo possa desenvolver seus valores, fazer suas escolhas e opções pessoais, regido pelo princípio da exclusividade.

Em sua acepção clássica, a intimidade pode ser entendida como a prerrogativa que o indivíduo possui perante os demais, inclusive o Estado, de ser mantido em paz no seu recanto. É, fundamentalmente, uma ferramenta de defesa da personalidade humana contra ingerências alheias e ilegítimas. Um dos seus fundamentos reside no princípio da exclusividade (MONTEIRO, 2007).

Nesse diapasão o princípio da exclusividade assegura ao indivíduo que sua escolha seja guiada não por semelhanças ou qualidades compartilhadas por um só grupo de pessoas, nem por um padrão objetivo de comportamento ou de conduta, ou de normas realizadas por terceiros, mas sim, inexplicável e infalivelmente, pelo seu próprio desejo. Daí porque se afirmar que o princípio da exclusividade brigaria com o conformismo social. Esse princípio visaria assegurar ao indivíduo sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Esse princípio vai reger tanto a vida privada quanto a intimidade (AGOSTINI, 2011, p. 125).

Nessa mesma perspectiva tem-se que a vida privada, na ótica do princípio da exclusividade, é o espaço de convivência em que o indivíduo escolhe se relacionar, no entanto, chega a conclusão de que “devido a sua natureza tipicamente relacional, exige-se e autoriza-se a comunicabilidade de dados pessoais do indivíduo a terceiros.” (CONSALTER; ROCHA, 2019, p. 175.).

Este postulado comporta essencialmente três exigências: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência do sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)” (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 441-442).

O direito à intimidade está em constante mutação no tempo e espaço. Bem por isso, e por envolver temas de que emanam aspectos pessoais e culturais, deve ser concebido de forma aberta, dinâmica e flexível, de modo a acompanhar essa constante evolução. Com Substrato principiológico assentado na dignidade da pessoa humana, o direito a intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade e, nessa condição, é oponível *erga omnes*, intransmissível à esfera jurídica de outrem, indisponível e extrapatrimonial (SAMPAIO, 1998).

Celso Ribeiro Bastos afirma que o direito à intimidade consiste na:

faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano (bastos, 2004, p. 71)

No Brasil, as expressões *direito à vida privada*, *direito à intimidade*, *direito à privacidade*, *direito de resguardo* e *direito de estar só*, são frequentemente utilizadas como sinônimas, e não há unanimidade quanto à existência de distinção conceitual entre elas. Parte da doutrina, no entanto, aponta diferenças substanciais entre intimidade e vida privada (MONTEIRO, 2007).

No que se refere ao entendimento doutrinário sobre a análise do inciso X do artigo 5º da CRFB/88, a questão não está pacificada, já que “doutrinadores como René Ariel Dotti, José Afonso Gomes da Silva, Elimar Szaniawski, Tércio Sampaio Ferraz Jr” entendem que intimidade e vida privada não se confundem enquanto “autores como Manoel Gonçalves Ferreira F., José Cretella Jr., Pedro Federico Caldas e Luciana Fregadolli utilizam indistintamente os termos vida privada, intimidade, privacidade ou resguardo, como expressões sinônimas” (AGOSTINI, 2011, P. 107).

Tércio Sampaio Ferra Júnior (1993, p. 442) entende que:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia.

E continua:

Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas *de convivência*. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros. Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também autonomia e, eventualmente, o estar-só com os seus.

A intimidade, para Fábio Henrique Podestá (1999), possui um campo mais restritivo que a vida privada: enquanto na primeira a pessoa busca estar só, recolhida à própria individualidade, na vida privada a proteção parte de formas exclusivas de convivência m que a comunicação é inevitável, ainda que estrita a pessoa do relacionamento.

Como se vê, não há unanimidade na doutrina, ora as expressões em comento sendo utilizadas como sinônimos, ora, entende-se que o direito à vida privada e o direito à intimidade não se

confundem, mas guardam estreita relação. Além disso, deve ser observado que os efeitos da tutela constitucional são essencialmente os mesmos, e abarcam todas essas expressões como manifestações da esfera íntima e privada, atuando como uma engrenagem de freio e limitação à eventuais abusos praticados.

3. “SORRIA! VOCÊ ESTÁ SENDO FILMADO!”

Esta mensagem está insculpida no cotidiano das pessoas e indica que naquele ambiente a pessoa está sendo vigiada. A justificativa para tal vigilância é a segurança das pessoas que frequentam ou circulam por aqueles lugares.

Segundo Foucault (1977), a Antiguidade foi marcada pela arquitetura de templos, circos, teatros, cujo objetivo era tornar visível um pequeno número de objetos e/ou pessoas a grandes multidões. Na Modernidade, ocorre o inverso, busca-se dar a um pequeno grupo ou a uma só pessoa a visão de muitas outras pessoas. Todavia, com os velozes avanços tecnológicos – e a explosão das comunicações – uma nova perspectiva de controle ganha força. Assim, como observa Foucault, a nossa sociedade não é mais a sociedade dos espetáculos, mas a da vigilância.

A vigilância é um termo cuja definição pode não ter se alterado ao longo do tempo, mas na prática suas formas e métodos se adaptaram conforme as novas possibilidades tecnológicas sobretudo àquelas voltada para observação e segurança:

As câmeras de vigilância se distribuem como uma rede sobre a paisagem social, ocupando todos os espaços e os submetendo ao seu poder de invasão branca, à sua penetração invisível e indolor. A elas se acrescentam ainda outros dispositivos de vigilância mais localizados, como os grampeamentos de telefones e os microfones unidirecionais poderosos, capazes de captar um diálogo em voz baixa e longa distância (MACHADO, 1993, p. 220).

Com a inserção desses novos mecanismos tecnológicos, cada vez mais sofisticados de difusão de informações, há uma contribuição para um crescente estreitamento do círculo privado (Paesani, 2000) em detrimento do que dispõe a Constituição.

Urban areas presently exchange freedom for safety⁵. And yet, its inhabitants, taken by fear, seem not to worry with the fact that (a) existential freedoms are being negotiated and, in this context, usually exchanged for promises – which are as abstract as they are empty – of fighting criminality and terrorism, and with (b) the reality that they are “going with the flow, mind-ing [...] their own business [...] and apathic regarding the possibility of change”⁶, assuming that they acknowledge this reality at all.² (CATALAN, 2018, p. 1031)

² Na urbe contemporânea, troca-se liberdade por segurança e, ainda assim, seus habitantes – tomados pelo medo – parecem não se preocupar com o fato de que (a) liberdades existenciais estão sendo barganhadas, cotidianamente,

A sociedade contemporânea é baseada em uma vigilância individualizada e constante, lembrando em certa medida o Panóptico de Michel Foucault (1977). Em Vigiar e Punir o sistema consiste em uma estrutura arquitetônica, construída em forma de anel, com uma torre no centro e dividida em celas, de forma que um único vigia fosse capaz de visualizar toda a estrutura, sem conseguir ser visto.

A evolução tecnológica encarregou-se de facilitar o trabalho do vigia do Panóptico, criando mecanismos muito mais eficazes de controle e vigilância. E a cultura do medo disseminou na sociedade a ideia de que quanto maior a vigilância de que é alvo o cidadão, maior é a segurança.

Presently, it is paramount to resort to epistemic lenses, which have been polished throughout the last years and have allowed us to see with outstanding clarity the existence of control networks formed in the conjunction of (a) ever-improved, to the beat of the technological industry's drum, zoom function in cameras that increase their capturing and recording, with sharpness, scenes in the middle of the night, (b) waves and cables from which more and more information can loseless traffic, its nurturing of the data base of hackers and crackers notwithstanding, (c) monitors and screens which are increasingly bigger, more numerous and capable of rendering ever sharper scenes – regardless of the fact that it is not necessarily used to do so –, (d) bettered storage capability and treatment of the data captured while crossing the nearly incommensurable watchful mirrored pupils ingrained into light posts (or) into the walls fleshed into the Urbe, (e) professionals, which are not necessarily well trained and (or) rested⁸ and, why not, (f) systems of facial recognition and (or) license plate-reading software that come and go thru the veins that cross the city, mostly harmlessly, and, still, filtering behaviors that could be labeled suspicious (CATALAN, 2018, p. 1032)

A sociedade contemporânea é caracterizada pela alienação da privacidade, intimidade e vida privada em decorrência do medo da criminalidade que na maioria das vezes sequer se justifica, tendo como fundamento – esse medo – ilações construções da imprensa completamente divorciadas da realidade.

permutadas por promessas, tão abstratas, quanto vazias, de combate à criminalidade e (ou) ao terrorismo e, muito menos, com (b) a constatação de que “seguem a correnteza, obedecendo [...] suas rotinas diárias [...] resignados diante da impossibilidade de mudá-la[s]”, aliás, se é que o percebem.

³ Hodiernamente, como antecipado, indispensável recurso às lentes epistêmicas lapidadas ao largo dos últimos anos permite enxergar, com incomum clareza, a existência de redes de controle formadas na conjunção de (a) câmeras que possuem a função *zoom* melhorada a cada pequenino giro anunciado pela indústria tecnológica ou, ainda, com potencial cada vez maior para capturar e gravar, com acentuada nitidez, cenas havidas também na calada da noite, (b) ondas e cabos pelos quais mais e mais informações podem transitar sem se perder, ainda que, também, possam vir a alimentar os bancos de dados de *hackers* e *crackers*, (c) monitores e telas cada vez maiores, mais numerosos e capazes de reproduzir cenas mais nítidas, mesmo que isso não ocorra, necessariamente, quando do seu uso, (d) melhor capacidade de armazenamento e tratamento dos dados capturados ao atravessarem as quase incomensuráveis pupilas vítreas fundidas a um dos muitos olhos dos anjos incrustados nos postes e (ou) nas paredes incorporadas à urbe, (e) profissionais, não necessariamente, bem treinados e (ou) descansados e, por que não, (f) sistemas de reconhecimento facial e (ou) *softwares* aptos à leitura das placas dos automóveis que vão e vêm pelas veias que rasgam as cidades, quase sempre, sem feri-las e, ainda, a filtrar comportamentos que podem ser previamente programados como suspeitos e, portanto, dignos de atenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema social da violência urbana deixou de ser protagonista em função de um outro problema social de significativa relevância, o medo generalizado e exacerbado do crime. O medo associado à criminalidade se incorporou ao modo de vida da população urbana e é um assunto extremamente valorizado pela imprensa, autoridades e determina mudanças no comportamento e hábitos sociais.

Em verdade, o que é possível observa uma relativa desconexão entre a violência e o medo instaurado na população por notícias e informações que circulam e que mais desinformam do que cumprem seu papel.

Em consequência, é possível observar um fenômeno crescente em relação ao mercado de consumo de segurança. Tomada por um medo irreal, a população passa a buscar do Poder Público repressão à criminalidade. Em paralelo, são percebidas significativas modificações, como o cercamento das casas, o esvaziamento de certas localidades a partir determinados horários, sistemas de vigilância, blindagem de veículos e muito mais.

Percebe-se que a população está abrindo mão de certas liberdades e também da privacidade em nome de uma sensação de segurança em detrimento de um medo que não é real.

Paradoxalmente, percebe-se também a ocorrência de uma demanda significativa da sociedade por mais privacidade, apesar de agir naturalmente enquanto a cidade é tomada por câmeras de vigilância e mecanismos de segurança capazes de monitorar e identificar indivíduos 24h por dia, por longos períodos e a longas distâncias.

O tempo passou e a sociedade não foi capaz de adquirir senso crítico em relação ao bombardeamento de informações, muitas vezes manipuladas, acarretando no crescimento de um medo irracional que é muito bem aproveitado pelo mercado de serviços de vigilância e monitoramento e oferecimento de segurança privada. A esse mercado interessa de forma significativa a manutenção da cultura do medo.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**

(promulgada em 5 de outubro de 1988). 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. **A modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CATALAN, Marcos Jorge. *The Diffusion Of The Video Surveillance System In The Contemporary Urbe: Argus Panoptes, Electronic Brains And Their Connections With The Violation Of Liberties And Equalities*, RJLB, Ano 4 (2018), nº 1, 1029-1045

CONSALTER, Zilda Mara. ROCHA, Isadora de Souza. A privacidade e o panóptico digital: as práticas consumeristas e a superexposição como vetores da relativização desse direito individual. **REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v7., n.3, p. 167 – 195, 2019.

DELUMEAU, J. **História do medo no ocidente: 1300-1800**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

DOUGLAS, Mary e WILDAWSKY, Aaron, **Risk and Culture**, Berkeley: University of California Press, 1982.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: a história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 1977.

GLASSNER, Barry, **Cultura do Medo: porque tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos**, São Paulo: Francis, 2003.

KAHN, Tulio. A expansão da segurança privada no Brasil: algumas implicações teóricas e práticas In **Boletim Conjuntura Criminal**. Ano 2, Número 5, 1999

MACHADO, Arlindo. Máquinas de Vigiar. In: **Máquinas e Imaginários**. São Paulo: Edusp, 1993.

MICHAUD, Yves. **A violência**. São Paulo: Ática 1989

MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. **Direito à Privacidade versus direito à Informação, Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoas de agentes públicos**. Revista de Informações Legislativas. Brasília, a. 44, n. 143 jan/mar., p. 27-40, 2007.

PAESANI, Líliliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2000.

PASTANA, Débora Regina. **Medo E Opinião Pública No Brasil Contemporâneo**. Estudos de Sociologia, Araraquara, v12, n22, p. 91-116, 2007.

PASTANA, Débora Regina. **Medo, Controle E Segregação Espacial: Reflexões Sobre A Configuração Da Cidade De São Paulo No Atual Estágio Da Modernidade**. Anais do Seminário Nacional da Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFES, v1, n1, 2011

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade: liberdade de imprensa: danos por publicação de notícias. In: **Constituição Federal de 1988: 10 anos (1988-1998)**. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ZALUAR, A. Para não dizer que não falei de samba: os enigmas da violência no Brasil. In. SCHWARCZ, L. M. (Org.). **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000. v.4. p.247-318.

PLEA BARGAIN NO BRASIL E OS DISCURSOS DE EMERGÊNCIA

Paulo Henrique Campos Leite¹
Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt²
Laura Patrícia Oliveira de Castro Campos³

RESUMO: Partindo do postulado da dignidade da pessoa humana, este artigo examina a tentativa de importar o *plea bargain* do direito estadunidense para o direito brasileiro. Objetiva-se perquirir a harmonização deste instituto ao processo penal brasileiro e à ordem constitucional vigente. Trata-se de uma pesquisa documental e bibliográfica, que usa o método de abordagem dedutivo. A política criminal envolta nessa análise considera que o fenômeno em questão está possivelmente relacionado aos discursos de emergência. Como conclusão, entendeu-se que o *plea bargain*, se importado para o Brasil, serviria a uma celeridade procedimental, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Dignidade da pessoa humana. Discursos de emergência. *Plea bargain*. Política criminal.

ABSTRACT: Starting from the postulate of the dignity of the human person, this article examines the attempt to import the plea bargain from American law into Brazilian law. The objective is to investigate the harmonization of this institute with the Brazilian criminal process and the current constitutional order. It is a documentary and bibliographic research, which uses the deductive approach method. The criminal policy involved in this analysis considers that the phenomenon in question is possibly related to emergency speeches. As a conclusion, it was understood that the plea bargain, if imported into Brazil, would serve a procedural speed, incompatible with the Brazilian legal system.

Keywords: Dignity of the human person. Emergency speeches. Plea bargain. Criminal policy.

INTRODUÇÃO

No Brasil, já há algum tempo, tem-se notado a pretensão de importar da experiência do direito estadunidense o instituto da *plea bargain*, que, em linhas gerais, consubstancia num acordo entre

¹Professor da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Mestre pela UFMG. Doutorando pelo Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Social (PPGDS-UNIMONTES). Professor do Curso de Direito da UNIFIPMoc.

²Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

³Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Mestranda do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Social (PPGDS – UNIMONTES).

o órgão de acusação e o acusado para por fim ao processo mediante a imediata confissão de culpa e renúncia a direitos processuais. Em que pese a remansosa inclinação nesse sentido, esse horizonte tem sido cada vez mais concreto na medida em que a *plea bargain*, mais repaginada com facetas estadunidenses, consta como uma das medidas do que convencionou-se chamar de Pacote Anticrime, em sua versão originalmente proposta, do ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro traduzido no Projeto de lei n. 822/2019 que deu origem à Lei Federal nº 13.964/2019.

Como já se deixou entrever, a tentativa de adoção da *plea bargain* no ordenamento jurídico brasileiro não é recente, na medida em que ela também figura no Projeto de Lei n. 8.045/2010 que trata do novo Código de Processo Penal, da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público e, em seguida, do Projeto original de Lei Anticrime proposto pelo ex-Ministro Sérgio Moro. É conveniente analisar se tal instituto encontra adequação nas balizas que estruturam o processo penal brasileiro, de modo a permitir a reflexão no sentido de indagar qual a política criminal e processual pretensamente implantadas com a instituição de um acordo dessa natureza. É mister, pois, ponderar qual o fenômeno que orienta a inclinação legislativa em comento.

Para tanto, o percurso intelectual escolhido para viabilizar essa série de reflexões passa por entender o sistema processual penal à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, seus ideais garantistas e perfis acusatórios, os sujeitos envolvidos nessa relação jurídica processual, em especial a figura do acusado que estará diante da assinatura de um acordo que consubstanciará a sua própria condenação, os reflexos do instituto na sua possível compatibilização com outros processualmente previstos, bem como o modelo de processo e justiça consensual ou retributiva.

Todas essas nuances poderão orientar uma concepção de política criminal e uma política processual penal, de modo a confrontar se a instituição do *plea bargain* se aproxima ou não dos discursos de um direito penal de emergência, com suas características de leis simbólicas ou de ocasião.

Para tanto, esta pesquisa utilizou como método de abordagem o dedutivo. Para a construção deste trabalho foram realizadas pesquisas bibliográficas, tendo como fontes de consulta doutrinas de autores diversos, legislação, documentos eletrônicos, revistas, e jurisprudência.

1 A POLÍTICA CRIMINAL

Orientando-se numa imersão na política criminal processual penal, pode-se dizer que o processo penal pode ser pensado sob diversas expectativas. Sua história permite apontar que o processo já

abrigou legalmente procedimentos que, atualmente, seriam de duvidosa constitucionalidade, como a utilização de prova ilícita, juízo de exceção, entre outros. Como forma de garantia do cidadão contra possíveis arbitrariedades estatais, o processo também registra um momento essencialmente garantista, em que a forma é segurança jurídica para as partes, ainda que isso signifique uma delonga excessiva da marcha processual e, por conseguinte, do provimento jurisdicional. Nesse sentido, o processo penal é tido como de factual relevo, e, a depender do caminho através do qual se envereda, pode rumar para o orbe do que Luigi Ferrojili denominava “garantismo”, que se esmera em acastelar o indivíduo contra o Estado; ou, ao revés, para algum “eficientismo”, preocupando-se mais com a eficiência e com a funcionalidade da seara do tratamento penal (CAMPOS, 2013).

É importante assentar tais premissas, uma vez que o instituto da *plea bargain* parece ter aptidão para subsumir ou mesmo questionar os dois modelos que orientam o processo penal. Com efeito, o novel instituto da *plea bargain*, cujo regramento será apresentado em momento oportuno, consiste em um acordo que, ao ser celebrado, abrevia a persecução penal mediante um processo sumário e com julgamento antecipado do acusado por meio de sua confissão (CHAGAS; OLIVEIRA, 2019).

No artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o constituinte determinou a fisionomia do Estado brasileiro, concebendo-o democrático e de direito, “ente marcado não apenas pelo respeito à vontade popular e ao pluralismo político, mas, sobretudo, pela reverência aos seres humanos e aos direitos fundamentais que decorrem diretamente de sua dignidade” (Guardia, 2014, p. 220). O postulado da dignidade da pessoa humana é um “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira o ordenamento constitucional vigente em nosso País” (Brasil, 2011). Insta, pois, perquirir a pretensão de instituir o *plea bargain* no Brasil, objetivando apreender se se trata de algo advindo de uma minuciosa ponderação deliberativa de par com os valores constantes do Texto Máximo ou se decorre dos discursos de emergência que dão ensejo a um provável momento político e legislativo favorável à sua aprovação.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE INDIVIDUAL E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Antes de examinar a intervenção do Direito Penal em determinadas matérias é necessário identificar de qual modelo político-social se parte (BECHARA, 2008, p. 412). O mesmo se aplica ao Processo Penal. Por essa razão, é que a análise vindoura acerca da *plea bargain* dar-se-á à luz do Estado brasileiro tal qual foi ideado pelo texto constitucional de 1988.

[...] desde a Revolução Gloriosa, todas as constituições outorgadas, proclamadas, promulgadas ou arrancadas com sangue e lágrimas tiveram por base dois elementos comuns: definiam normas para o funcionamento do Estado, limitando-lhe o poder em algum grau, e definiam de que maneira teriam que ser garantidos e protegidos os direitos das pessoas (CASTILHO, 2018, p. 191).

Sucessivamente, a religião, a filosofia e a ciência justificaram a *dignidade*. Foi com a afirmação da fé monoteísta que se deu a explicação religiosa da primazia da criatura humana na Criação. Em seguida, o homem tido como substância essencialmente pensante, isto é, a racionalidade humana, deu ensejo à asseveração da sua preeminência no mundo, consubstanciada pelos poetas e filósofos gregos. Por derradeiro, com a descoberta do processo evolutivo dos seres vivos, sobreveio a justificativa científica. O homem se perfaz, ao passo que age sobre a Terra (COMPARATO, 2019).

“Cada ordenamento jurídico traduz a imagem de dignidade assente em uma determinada época e local. A proteção dos direitos fundamentais inscritos da normativa constitucional reflete bem a noção de dignidade prestigiada pelo legislador” (GUARDIA, 2014, p. 218). A Constituição Federal de 1988 “amplia e fortalece os direitos individuais e as liberdades públicas [...] garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (CASTILHO, 2018, p. 199). Em seu artigo 1º, inciso III, determina a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro (BRASIL, 2018).

Não é possível confundir um homem de dignidade com a dignidade de um homem. [...] Independentemente de sua conduta ou de seu punidor, o ser humano continuará a ter dignidade pelo simples fato de ser homem. [...] Inabalável, a dignidade não pode ser destruída nem perdida; acompanha o homem durante a sua existência [...] A dignidade é o fundamento primeiro do Direito e a viga-mestra do sistema normativo [...] representa a fonte de todos os direitos (GUARDIA, 2014, p. 235-238).

É dever do Estado e do Direito escudar a *dignidade*, não sendo suficiente a mera proclamação normativa desta, uma vez que tem que incidir sobre a realidade, de forma a impedir a instrumentalização do ser humano (GUARDIA, 2014). “O direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, ou seja, não se efetiva senão pela via processual” (LOPES JR., 2018, p. 34). Dessarte, cumpre, ao Processo Penal, circunscrever-se na dignidade da pessoa humana, pois que é “um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena” (LOPES JR., 2018, p. 34).

O respeito à dignidade da pessoa humana, contudo, não se observava desde a pro gênio do Código de Processo Penal brasileiro, cuja inspiração legislativa remete ao processo penal da Itália fascista. Era a presunção de culpabilidade, e não a de inocência, o princípio fundamental que

orientava o aludido diploma. Partia-se do pressuposto de que quem é inocente não é acusado, para fazer um juízo antecipatório de culpa. Entretanto, diversas leis, ao longo do tempo, alteraram o aludido Código, entre elas, a Lei n. 12.403/11, que não mais deixou dúvidas quanto ao fato de que o processo penal está se alinhando ao texto constitucional (PACELLI, 2017).

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2018). Eis o princípio da presunção de inocência, dissonante do Código de Processo Penal originário. Referida normativa constitucional, fundamentada pela *dignidade*, e ao erigir princípios e direitos que dela descendem, transmuda o paradigma interpretativo do processo penal, pois, tornando-o instrumento a serviço de seus valores e de suas garantias fundamentais. Depreende-se que “o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição” (LOPES JR., 2017).

A liberdade individual é um pressuposto do Estado Democrático de Direito que de maneira assaz é consagrado constitucionalmente. Por isso, a legitimação deve ser quanto ao poder de punir, não à liberdade de cada um, pois que esta é um valor *primevo* do processo penal (LOPES JR., 2017).

Decidiu, nesse sentido, a maioria do Supremo Tribunal Federal ao julgar procedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. [43](#), n. [44](#) e n. [54](#), ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Partido Comunista do Brasil, declarando a constitucionalidade do art. 283 do atual Código de Processo Penal (BRASIL, 2019a; STF, BRASIL, 2019b; BRASIL, 2019c), ocasião em que o guardião da constituição apreciou a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância enquanto efeito automático do édito condenatório, ou quando proferido por órgão colegiado.

Cumprir examinar, portanto, a (i)legitimidade das tentativas de inserção do *plea bargain* no ordenamento jurídico brasileiro mencionadas na introdução deste trabalho, analisando-as de acordo com as balizas fixadas na Constituição da República, em especial, pelo postulado da dignidade da pessoa humana.

3 PLEA BARGAIN NO PROJETO DE LEI N. 822/2019 E NO PROJETO DE LEI N. 8.045/2010

O percurso intelectual que relaciona a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual como valores tão caros à Constituição da República conduz à premissa de que o processo penal consubstancia em um importante instrumento de implementação de política criminal. No processo penal, a forma é historicamente uma garantia. Tal processo penal, mormente pelo projeto denominado Pacote Anticrime, encontra-se diante de um verdadeiro divisor de águas, uma vez que, a depender da sua inserção ou não no ordenamento jurídico, pode ir ao encontro de

um modelo denominado “garantista” (FERRAJOLI, 2002), mais preocupado com o respeito aos direitos e liberdades individuais; ou pode, ao revés, dirigir-se a um modelo “eficientista”, com enfoque maior na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal, como já ponderado linhas atrás.

A abordagem da justiça criminal consensual, no Brasil, passa, ainda, pelo exame do fenômeno da diversificação de formas e ritos processuais, especialmente pela discussão entre “espaços de consenso” e “espaços de conflito” no processo penal. Em que pese tratar-se de temas mais enraizados no âmbito do processo civil, sua adoção no processo penal passa pelo debate sobre o tradicional princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e os novos contornos trazidos ao sistema jurídico pelo princípio da oportunidade.

Com efeito, um dos pontos mais discutíveis do Projeto nº 8.045/2010, com raízes no direito norte-americano, é a denominada *plea bargain*⁴. De forma breve, o instituto do *plea bargain* consiste genericamente em um acordo de não prosseguir com a persecução penal, a ser celebrado entre o acusado e o órgão acusador durante o curso da ação penal. A centralidade da polêmica reside no fato de que, havendo confissão, dispensa de produção de provas e renúncia ao direito de recorrer, será aplicada imediatamente a pena definitiva, através de uma sentença penal condenatória. Sob os auspícios do modelo “eficientista”, a *plea bargain* possibilita o encurtamento da persecução penal por meio do afastamento de um processo e sua dilação probatória, permitindo a antecipação da culpa do acusado mediante a sua confissão.

Antes de tecer qualquer comentário mais valorativo sobre o assunto, convém registrar que esse acordo entre acusado e acusação, então denominado de *plea bargain*, pode ser celebrado tanto na fase de investigação como durante o curso da ação penal. O projeto convertido na Lei Anticrime nº 13.964/2019 contempla o acordo na fase investigatória é também denominado de “acordo de não persecução penal”, sendo disciplinado no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Art. 28-A. O Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, mediante o cumprimento das seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

- reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto impossibilidade de fazê-lo;
- renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

⁴ O *plea bargain* é instituto de origem na *common law* e consiste numa negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado: o acusado apresenta importantes informações e o Ministério Público pode conceder alguns benefícios penais e processuais penais, até mesmo deixar de acusá-lo formalmente.

- prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução;
- pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Por outro lado, o acordo durante a fase judicial é que tem suscitado maiores controvérsias. Bem semelhante ao do direito norte-americano, tal acordo estamparia o artigo 395-A do Código de Processo Penal cuja redação proposta era a seguinte:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput:

- a confissão circunstanciada da prática da infração penal;
- o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e
- a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

(...)

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

Em que pese as diversas tentativas de sua positivação, tal proposta foi retirada durante a tramitação nas casas do Congresso Nacional, de forma que a redação final da denominada Lei anticrime não contemplou a *plea bargain* durante a ação penal, mas, tão somente o denominado acordo de não persecução penal. Todavia, essa retirada na redação final aprovada não significou o término das discussões doutrinárias acerca do instituto, eis que o mesmíssimo instituto figura em outro projeto de lei que ainda tem tramitação nas casas do Congresso Nacional, qual seja, o Projeto de Lei 8.045/2010, razão pela qual o objeto da presente pesquisa ainda persiste e demanda apreciação.

Em que pese a existência de regime jurídico distinto para cada espécie de acordo penal, seja na fase da investigação ou na fase judicial, a centralidade deste trabalho reside em analisar criticamente a *plea bargain*, uma vez que é mais estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o acordo na fase da ação penal.

Certo é que, no ordenamento jurídico brasileiro há uma série de fatores que devem ser ponderados sobre a conveniência ou não de adoção da *plea bargain* no curso da ação penal. Nesse

sentido, são esses fatores que permitem ponderar criticamente sobre a conveniência ou não de implementação do instituto, razão pela qual passa-se a relacionar, sem qualquer pretensão exauriente, os argumentos favoráveis e contrários à *plea bargain*.

Iniciando pelos argumentos favoráveis, e pedindo vênica para pautar-se pela objetividade, os defensores da *plea bargain* sustentam que o mecanismo traz uma série de benefícios tanto para a acusação como para o acusado. Para a acusação, torna certa a condenação, diminuem-se os custos estatais e evita-se expor a vítima à experiência de testemunhar em juízo. Além disso, permite-se que o titular da ação penal concentre esforços em casos mais graves e mais complexos. Por outro lado, para o acusado reduzem-se os gastos com o prosseguimento do processo e assegura-se maior certeza sobre o desfecho de seu caso. O acusado também seria dispensado de passar pela longínqua e desgastante marcha característica de um processo judicial (CHEMERINSKY; LEVENSON, 2008)

É recorrente o discurso de que cerca de 90% (noventa por cento) de todos os casos criminais não chegam a ir a julgamento nos Estados Unidos em virtude da utilização do instituto. (CAMPOS, 2013) Parece claro, todavia, que a *plea bargain* estadunidense encontra sua justificativa sobretudo em razões relacionadas ao eficientismo/utilitarismo do sistema punitivo estatal, com relativa abdicação de direitos e garantias do acusado.

[...] como não se pode tolerar a adoção de um processo penal ágil, pronto a atender às necessidades de deflação do sistema de justiça criminal, mas destituído de garantias processuais, não se admite um apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando, desse modo, a exigência de se prestar uma justiça célere. (SANTANA, 2010, p. 153).

Opondo-se ao apego absoluto ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, os modernos debates sobre a diversificação de ritos no processo penal culminaram na adoção de um novo princípio nessa área da ciência jurídica: o princípio da adequação. De acordo com Fernandes (2001), o mencionado princípio traduz a necessidade de implementação de diferentes ritos e procedimentos, adequando-os à gravidade do delito sob o qual incida a persecução.

De fato, na moderna criminologia existe uma considerável inclinação metodológica tendente a separar a criminalidade de acordo com seu potencial ofensivo, de modo a conferir a cada fenômeno criminal uma “resposta adequada”. Nesse sentido, cabe ao ordenamento jurídico contemplar, para cada espécie de criminalidade, respostas penais quantitativa e qualitativamente distintas, com instrumentos e procedimentos próprios (MOLINA, GOMES, 2008). De mais a mais, na perspectiva de um novo modelo de justiça criminal, devem ficar bem delimitados os “espaços de consenso” (associados à pequena e média criminalidade) e os “espaços de conflito” (criminalidade grave).

Por outro lado, transitando para os argumentos contrários à adoção da *plea bargain*, objetiva-se que a implementação do instituto norte americano ofenderia postulados garantistas de vedação de imposição de pena sem o devido processo (*nulla poena sine iudicio*). Ao conferir preponderância à celeridade processual que o instituto viabilizaria, questiona-se se tal medida traria consigo supressão de direitos e garantias, enfraquecendo ainda mais a parte hipossuficiente do processo penal, qual seja, o réu.

A crítica mais grave formulada contra o instituto é a de inconstitucionalidade por supressão de direitos fundamentais do acusado. Consoante as lições de Campos (2013), o *Bill of Rights*⁵ norte-americano estabelece uma série de salvaguardas para o acusado, incluindo o direito de ser informado das acusações, o direito de não se autoincriminar, o direito a um julgamento público e célere, o direito a um julgamento em um júri imparcial, o direito a questionar as testemunhas de acusação e o direito à assistência por advogado. A *plea bargain*, segundo ele, é a principal técnica utilizada pelo Estado para superar as garantias institucionalizadas nos julgamentos criminais. Ele questiona: é legítimo que o Estado use seus poderes de acusação e sentenciamento (*charging and sentencing powers*) para pressionar o acusado a renunciar a seus direitos?

Além da crítica supramencionada, convém mencionar também os seguintes argumentos contrários a *plea bargain* (CHEMERINSKY; LEVENSON, 2008): (a) ela pode pressionar um inocente a confessar culpa para evitar ser condenado por uma acusação mais grave, o que poderia dar ensejo a possíveis condenações equivocadas; (b) embora o processo de *plea bargain* seja normalmente encarado como um “contrato” ou “acordo” entre acusação e defesa, na verdade há uma grande disparidade de poderes nessa negociação; (c) por ocorrer em um cenário privado, fora do alcance dos olhos do público, reduz-se a confiança da sociedade de que “a Justiça foi feita”, o que enfraquece a noção de legitimidade e controle do processo penal; (d) ela permite que o acusado deixe de ser responsabilizado por todos seus atos, recebendo, por vezes, um “desconto” da Justiça, reduzindo-se o efeito dissuasório da punição; (e) a frustração das expectativas da vítima do crime, que não participa do processo e podem não concordar com a sentença mais favorável ao acusado confesso; e (f) tratamento supostamente desigual entre réus, conforme a jurisdição e sua situação econômica (e capacidade de suportar os ônus de um julgamento regular).

Em que pese a gama de argumentos de lado a lado, não se deve olvidar que a situação brasileira é um tanto quanto peculiar à do direito norte-americano que lhe serve de inspiração. Vislumbra-se

⁵ A Declaração de Direitos de 1689 (em inglês: Bill of Rights of 1689) foi um documento elaborado pelo Parlamento de Inglaterra e imposta aos soberanos, Guilherme III e Maria II, num ato que declara os direitos e a liberdade dos súditos e define a sucessão da coroa. Este documento é considerado um dos pilares do sistema constitucional do Reino Unido, sendo o primeiro documento oficial que garante a participação popular, por meio de representantes parlamentares, na criação e cobrança de tributos, sob pena de ilegalidade e veda, ainda, a instituição de impostos excessivos, nem tampouco punições cruéis e incomuns

que a insuficiência das instituições brasileiras responsáveis por toda a persecução penal seguramente impedirá o êxito pretendido quando da proposta de introdução das “soluções negociadas”, dado que no Brasil é recorrente o discurso da condenação com base em “fortes indícios”, mesmo por presunções, ou sem que existam fortes lastros probatórios a embasar a densidade e a segurança jurídica que exigem um decreto condenatório.

Olhando para a realidade brasileira, ousa-se afirmar que boa parte dos indiciados/denunciados em geral possivelmente consentirão com a imediata imposição de penalidade (especialmente se esclarecido que o acordo que resulta na condenação até quatro anos, por exemplo, ainda o deixaria em regime aberto), mesmo que em algumas vezes não haja sequer justa causa para o oferecimento de ação penal. Com efeito, a mesma realidade brasileira, para se ver livre de modo que a introdução destas “soluções negociadas”, portanto, certamente registraria a reiterada celebração de acordos viciados, já que muito dos acusados, logo após o flagrante, e movidos por manifesta coação psicológica (inerente) a estes tipos de constrangimentos flagrantiais ou processuais, confessarão os crimes que lhe imputados e irão cumprir de imediato a reprimenda apontada pelo Ministério Público e homologada pelo juízo competente (CHAGAS, 2019).

Nesse sentido, em recente manifesto crítico ao projeto, a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (Anadep) alerta para as prováveis mazelas sociais que decorrerão da institucionalização destas soluções negociadas em um país em que a Defensoria Pública (instituição representativa dos interesses dos hipossuficientes processuais, ou *custus vulnerabilis*) está presente em apenas 40% das comarcas do país, manifestação esta que corrobora a necessidade de que este projeto de lei seja submetido a um amplo e minucioso debate nas casas legislativas, mediante audiências públicas, em que representantes de instituições democráticas e de entidades representativas, sobretudo dos mais pobres, possam contribuir com suas necessárias opiniões sobre o tema. (CHAGAS, 2019).

Esse dado acima de que mais da metade das comarcas brasileiras estão desprovidas de Defensoria Pública conduz à indagação de como esses acordos serão concretizados, com qual legitimidade, se haverá algum controle da eficiência ou não da atuação do advogado dativo, entre outras questões que só a praxe forense da advocacia criminal apresentam.

Não obstante o *plea bargain* ser um "sucesso" em terras estadunidenses, eventual importação do instituto ao direito brasileiro deve representar sua adesão de forma integral, e não parcialmente apenas. Nesse sentido, este trabalho endossa a proposta exarada por Lenio Streck, veiculada pela revista consultor jurídico no dia 21/02/2019, quanto à obrigatoriedade de que o membro do Ministério Público, ao formalizar a proposta do acordo de não persecução penal, colacione

também aos autos todos os elementos favoráveis à defesa, em homenagem à boa fé objetiva enquanto comportamento pautado na lealdade processual, sob pena de responsabilização pessoal do membro do *parquet*, tudo como forma de afastar a mínima possibilidade da situação em que, mesmo havendo elementos a favor do indiciado/denunciado, este aceite o acordo de não persecução diante de seu desconhecimento de elementos que poderiam levar ao arquivamento da ação penal, à extinção da punibilidade (a exemplo da prescrição) ou mesmo à sua absolvição, à semelhança do que ocorre direito estadunidense:

É o mesmo que exige a *US Supreme Court* desde 1963: por uma questão de *due process*, a promotoria tem um dever constitucional de trazer aos autos tudo que puder inocentar o réu. Ah, vejam o alerta do editorial do *NY Times*: não basta reconhecer a obrigação; se a regra não for imposta, se não houver responsabilização a quem não a seguir, o negócio não funciona. (...) E insisto. Aqui está a maior salvaguarda. Portanto, trazendo às claras: uma das medidas de *accountability* seria, além da exigência de que qualquer investigação do MP também deva ser feita para buscar a verdade inclusive a favor da defesa, seria a de punir ao agente que, de algum modo, deixasse de apresentar elementos objetivos a favor do réu (ou do barganhante, no caso de a ação não ser instalada por efeito do plea). Sabem por que isso? Imagine um caso em que, havendo elementos a favor do indiciado, este aceita o acordo porque desconhece os elementos que poderiam levar ao arquivamento ou à sua absolvição. Deu para entender? Não se tem tentado importar institutos? Pois é. Não estou inventando nada. O que eu digo está baseado na Constituição do Brasil e o papel que deu ao MP, no CPP Alemão, na Suprema Corte dos EUA e no Estatuto de Roma – já reconhecido pelo Brasil. Se é para se importar, que se importe direito. Importar pela metade, importar só a parte que se encaixa no discurso dominante que atende à reivindicação “da sociedade” (essa abstração...), da “voz das ruas” (quem disse que é essa “a voz das ruas”? E mesmo que seja, ela vale mais que a Constituição?)... essa importação não serve. Porque, ora, se for assim, que segurança nós teremos com relação ao tipo de importação que se fará de qualquer outra coisa? Esse é o ponto, e é isso que não se entende quando critico ativismos, subjetivismos, e outros ismos que são aceitos quando nos favorecem. (STRECK, 2019).

Após confrontar as diversas correntes do pensamento que tratam dos pontos favoráveis e censuráveis da importação do instituto da *plea bargain*, vislumbra-se que todas essas discussões têm como origem da discussão qual a política criminal e qual a política processual criminal que serve de horizonte ao ordenamento jurídico brasileiro?

Colacionar pontos favoráveis e contrários leva sempre ao mencionado divisor de águas que suscita a decisão política de qual rumo seguir. Pensar o modelo de justiça criminal, seja consensual, seja retributiva, pautada em ideais mais ou menos garantista ou efficientista não significa dizer que um modelo é contrário, que o paradigma só permite este ou aquele instituto. Ao contrário, parece estar no DNA do processo penal um sistema um tanto quanto misto, cujas arestas do excesso é que têm sido aparadas quando um instituto desborda daquilo que a

razoabilidade constitucional inspira.

De todo modo, convencionou-se taxar de oportunista o Projeto de Lei que veiculava do denominado Pacote Anticrime, mormente pela proposição em momento político favorável. Por outro lado, não se pode esquecer de que as propostas de acordo presentes no projeto do Pacote Anticrime, seja a do acordo de não persecução penal na fase extrajudicial, seja o *plea bargain* na fase judicial, não são medidas genuinamente do Projeto de lei n. 882/2019 do ex-Ministro Sérgio Moro, uma vez que o próprio Projeto de Novo Código de Processo Penal, Lei n. 8.045/2010, já tratava de providenciar a implementação de tal instituto. De igual modo, a Resolução n.181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP já trata do acordo de não persecução penal com requisitos ainda mais benéficos que o do Projeto Anticrime, de modo que tal acordo já está sendo celebrado nas mais diversas comarcas do Poder Judiciário.

Por outro lado, não se pode olvidar que tal medida não constava isoladamente em um projeto de lei. Ao contrário, a *plea bargain* tinha em sua companhia diversas medidas do festejado Pacote Anticrime que inexoravelmente leva à reflexão de que existia uma política criminal que orientava o Projeto de lei n. 822/2019 como um todo.

O estranho disso tudo é que a relevância dos pontos veiculados no aludido projeto merecem um influxo popular na sua análise para além do modelo de democracia representativa que conduz ao exame dos projetos de lei por representantes do povo e dos estados. Os direitos possivelmente suprimidos com a aprovação do projeto consubstanciam conquistas históricas e este trabalho orienta-se no sentido de que o acusado, juntamente com a Defensoria Pública, mais que qualquer outro órgão é quem têm de se manifestar nas discussões próprias nas casas do Congresso Nacional. Esse controle de legitimidade é imprescindível, seja por meio de audiências públicas, seja a título de *amicus curiae*⁶, enfim, não se pode conduzir a tramitação de projeto com tantas alterações desacompanhado da necessária legitimidade democrática.

Reitera-se, portanto, a recomendação para que o mais minucioso e extenso processo legislativo seja aplicado ao caso, diante da delicadeza do tema, de modo a suscetibilizar a presença de entidades representativas de direitos fundamentais, dos acusados em geral, assim como da democracia, em audiências públicas e de entidades que advogam pelo amplo direito de defesa.

Nesse sentido, é necessário um reforço hermenêutico acerca do comprometimento com a democracia, para insistir na primazia da Constituição Federal, da dignidade da pessoa humana, da substância do devido processo legal, e da mais ampla participação popular nos provimentos

⁶ *Amicus curiae* é termo de origem latina que significa "amigo da corte". Diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário.

jurisdicionais e legislativos (CHAGAS, 2019). Somente assim haverá possibilidade de resguardar as garantias individuais de modo que a vontade soberana constitucional não sucumba perante propostas autoritárias que busquem por suplantar a ampla defesa por uma fajuta celeridade processual, em que os princípios jurídicos individuais básicos são mitigados em prol de um pseudo-anseio popular difuso pelo combate à impunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O considerável aumento quantitativo e qualitativo da criminalidade, experienciada nas últimas décadas e majorada pela atuação descomedida da mídia, dá ensejo a um fenômeno pós-moderno, achado também no Brasil, tido por sociedade de risco, que se caracteriza pela dissonância entre a vivência subjetiva dos riscos e sua existência objetiva. Entendendo-se como vítima, a sociedade se põe a reclamar um alargamento da intervenção penal a fim de acabar com referida insegurança coletiva. Disso se segue uma inversão dos pressupostos do Direito Penal, transmudando-o de uma forma tal, que deixa de ser um instrumento de defesa do cidadão contra a imissão coativa estatal (BECHARA, 2008).

O Direito Penal, submerso em uma crise de efetividade, acaba por se embrenhar, também, em outra crise, a de legitimidade. Nota-se que a opinião pública assevera o anseio coletivo por medidas mais austeras com relação ao combate à criminalidade. Daí a proliferação de leis penais irrefletidas, atécnicas e contraproducentes, que, em um cenário de amedrontamento social, pouco ou nada importam para indivíduos vitimizados, ainda que haja a supressão ou a transfiguração das garantias individuais clássicas (BECHARA, 2008).

A missão do Direito Penal contemporâneo tem esteio da perspectiva teleológico-funcional, caracterizada pela tutela subsidiária de bens jurídico-penais (BECHARA, 2008). Estes são oriundos do consenso democrático e são usados, em um Estado Democrático de Direito, como princípio interpretativo do Direito Penal e como base estruturante do delito (BITENCOURT, 2019). Tal caráter de subsidiariedade consiste no entendimento de que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, somente deve ser utilizado quando os demais ramos do Direito e de contenção social se mostrarem insuficientes (NUCCI, 2018). Há de se falar, ainda, na dimensão fragmentária da proteção penal, que “significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal que, por sua vez, constitui somente uma parcela do ordenamento jurídico” (NUCCI, 2018, p. 29).

A ânsia de guerrear com urgência contra as mazelas que os meios de comunicação difundem amplamente produzem reformas penais que amplificam as penas cominadas aos tipos delitivos,

eliminam vários graus de imputação penal e aumentam o espectro da tutela penal, protegendo bens jurídicos vagos ou universais. Referida cultura de emergência e de exceção faz com que o Direito Penal retroceda, encompridando a disparidade entre o dever-ser normativo e o ser efetivo. Por outro lado, contudo, tem-se a sensação de tranquilidade por parte da opinião pública e o legislador parece ser atuante, o que evidencia uma função simbólica (BECHARA, 2018).

É com a derrocada da vingança privada e com a implantação de critérios de justiça que se dá a tutela estatal do poder de punir. O Estado tem o direito e o dever de escudar não somente a comunidade, mas, também, o réu, com o intuito de buscar o bem comum. Ao assumir o monopólio da justiça, em havendo a violação de um bem juridicamente protegido, o Estado impõe a necessária utilização da estrutura que preestabeleceu, a saber, o processo penal, através da qual será apurada a existência do delito e sancionado o autor. Trata-se da única forma legítima de penar (LOPES JR., 2017).

Ao contrário do que ocorre no direito privado, a aplicação do Direito Penal é monopolizada pelo Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais. O seu eixo de gravidade é a pena e esta não pode prescindir do processo que lhe é correspondente. Necessário se faz, portanto, para que a pena seja aplicada, não apenas um injusto culpável, mas, também, o devido processo legal (LOPES JR., 2017).

A pretensão de instituir no ordenamento jurídico brasileiro o *plea bargain* se afigura emergencial, pois que, nesta hipótese, o devido processo legal seria abandonado em nome de um utilitarismo. Ademais disso, há de se atentar para a origem do instituto que se pretende importar. Embora, seguindo uma tendência internacional, desde a década de 1940, o conceito de dignidade humana tem ganhado influência na jurisdição constitucional estadunidense, não há referência expressa a ele no texto da Constituição dos Estados Unidos (BARROSO, 2016). Deve-se levar em conta não somente as distintas realidades sociais que diferenciam ambos os países, mas, também, a tradição jurídica que é a de cada um.

Tal qual leciona Bobbio (2016), os valores supremos e objetivamente evidentes achados em um ordenamento jurídico se não realizados por uma norma acabam por perfazê-la injusta, pois que esta restará inconciliável com aquele. Outrossim, a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico sujeita o legislador ordinário aos contornos estipulados pela Constituição; por isso, não pode a norma inferior estar em desconpanso com os limites materiais impostos pela norma superior (KELSEN, 2009; BOBBIO, 2014). De par com isso, questiona-se a pretensão de importar o aludido instituto para o Direito brasileiro, restando entendido seu estranhamento ao ordenamento jurídico brasileiro.

Tal qual advertiu Cesare Beccaria (2014, p. 87), “as falsas ideias que os legisladores fizeram da

utilidade são uma das fontes mais fecundas de erros e de injustiças”. É notória a descrença para com as instituições que deveriam assegurar a segurança coletiva. O *plea bargain* parece surgir como uma forma, dentre outras, de resolução rápida, por isso emergencial, para esta problemática social. Referido instituto adiantaria a culpa do acusado, suprimindo-lhe o *status* de inocente em inobservância ao devido processo legal, em nome de uma celeridade procedimental.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência internacional. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67812>>. Acesso em 28 dezembro de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória De Constitucionalidade n. 43**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 7/11/2019a. Portal STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 17 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória De Constitucionalidade n. 44**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 7/11/2019b. Portal STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em 17 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória De Constitucionalidade n. 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 7/11/2019c. Portal STF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>>. Acesso em 17 de maio de 2020.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual*: entre os

ideais de funcionalidade e garantismo. In: VITORELLI, Edilson (Org). **Temas aprofundados Ministério Público Federal**. Salvador: JusPodivm, 2013.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHAGAS, André Martino Dolabela; OLIVEIRA, Paulo Henrique. O Plea Bargain e o Pacote Anticrime do Governo Bolsonaro. Empório do Direito, São Paulo, 15 de março de 2019. Disponível em <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-plea-bargain-e-o-pacote-anticrime-do-governo-bolsonaro>>. Acesso em 10 de julho de 2019.

CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal procedure**. Nova Iorque: Aspen, 2008

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002.

GUARDIA, Andrés Felipe Thiago Selingardi. A dignidade da pessoa humana: da antropologia filosófica ao Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 109. jan./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89233>>. Acesso em 4 janeiro de 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOLINA, Antônio García - Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACCELI, Eugêncio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SANTANA, Selma Pereira de. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília/DF, 2018. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5059>> Acesso em 10 de julho de 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual! Consultor Jurídico, São Paulo, 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>>. Acesso em 10 de julho de 2019.

O PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO E O DIREITO PENAL: UM ESTUDO SOBRE OS INSTITUTOS DA TRANSAÇÃO PENAL, COLABORAÇÃO PREMIADA, JUSTIÇA RESTAURATIVA E PLEA BARGAIN¹

THE NEGOTIATING PROCESS AND CRIMINAL LAW. A STUDY ON NEGOTIATING CRIMINAL INSTITUTES, AWARDED COLLABORATION, REPARATIVE JUSTICE AND PLEA BARGAIN

MSc. Jonas Rodrigo Gonçalves ²

Cibele Salão Correia e Silva Assunção ³

Elienay Kadesh Rosa Assunção ⁴

RESUMO: O tema deste artigo é o Processo de Negociação e o Direito Penal: Um Estudo sobre os Institutos da Transação Penal, Colaboração Premiada, Justiça Restaurativa e *Plea Bargain*. Examinou-se “Como os modelos de justiça negocial podem se conformar aos princípios constitucionais?”. A hipótese é “Que novas leis podem subsidiar mais adequadamente tais institutos”. O objetivo geral é “Expor os aspectos gerais da justiça negocial”. Os objetivos específicos são: “Estudar suas tendências”; “analisar seus institutos”; “Apresentar o *Plea Bargain*”. Em uma perspectiva pessoal é importante por tornar conhecida a justiça negocial; para a ciência, é relevante por demonstrar os novos rumos que o Direito Penal e o Processual Penal poderão seguir; agrega à sociedade por demonstrar a possibilidade de o direito ser mais efetivo em seus resultados. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Justiça Negocial. Transação Penal. Justiça Restaurativa. *Plea Bargain*.

ABSTRACT: The main theme of this article is Bargained Justice and criminal law: It's a study about institutes of criminal transaction, bargained Justice, restorative justice and plea bargain. It was checked “ How the models of bargained justice can adapt to the constitution principles?”. The hypothesis is that “new laws can subsidize more properly these institutes. The main goal is “

¹ Este artigo contou com a revisão linguística de Roberta dos Anjos Matos Resende e a tradução do Título, do Resumo e das Palavras-chave feita por Sandro Luis Costa Pina, Mestre em Linguística Aplicada; Professor em Letras-Inglês.

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP) e Fasesa (GO). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>.

³ Graduanda em Direito pela Faculdade Processus. Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Católica de Brasília. CV: <http://lattes.cnpq.br/9459788289182734>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5163-0075>.

⁴ Graduando em Direito pela Faculdade Processus. CV: <http://lattes.cnpq.br/3129906393141649>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4511-0652>.

to present the general aspects of Bargained Justice”. The specific objectives are: “study your trends”; “analyze your institutes”; “present the Plea Bargain”. From a personal perspective, it is important to make bargained justice more known; for science, it is relevant for demonstrating the new directions that criminal and procedural criminal law might follow; It aggregates to society for demonstrating the possibility of the criminal law being more effective in its results. This is a theoretical qualitative research and it was done in a period of six months.

Keywords: Bargained Justice. Criminal Transaction. Restorative Justice. Plea Bargain.

INTRODUÇÃO

O processo de negociação tem alcançado mais espaço na justiça criminal brasileira. Diversos institutos jurídicos surgem em meio a mudança de paradigmas e a forte tendência de expansão dos espaços de consenso. Um exemplo disso é o PLS 156/2009, que trata do Novo Código de Processo Penal e o PLS 236/2012 que propõe o Novo Código Penal. Ambos os projetos de lei possuem dispositivos que ampliam as possibilidades de acordo entre acusação e defesa.

A justiça criminal no Brasil enfrenta um grande problema com o aumento da criminalidade e a ineficiência do sistema punitivo. A história da justiça demonstra ao longo do tempo certo distanciamento entre a sociedade e o poder judiciário. A aproximação entre o povo e a justiça é um dos objetivos perseguidos por países que aderem aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. O Direito deve buscar evoluir com a sociedade, flexibilizar as vias de aplicação do direito penal e permitir a abertura para soluções mais eficientes de solução dos conflitos (PINTO, 2005, p.19). Este artigo tem o objetivo de esclarecer o seguinte problema: quais as consequências positivas e negativas da introdução dos modelos de justiça negocial no sistema penal brasileiro e como podem ser aplicados sem confrontar os princípios constitucionais que norteiam o direito penal brasileiro? Há diversos pontos a serem analisados da justiça negocial a fim de garantir que princípios constitucionais não sejam violados e causem insegurança jurídica.

O conjunto de normas dispostas nas leis brasileiras possui direitos e garantias indisponíveis, que baseiam as condutas e decisões das autoridades que aplicam as leis. Utilizar outro caminho que não o legalmente previsto pode gerar conflitos que requerem medidas que restabeleçam a ordem normativa, com a possibilidade de aplicar sanções àqueles que se furtam em cumprir a previsão legal.

O conflito é facilmente contornado à medida que as boas práticas negociais são aplicadas, os modelos justiça negocial são alternativas aos modelos convencionais de sanções que permitem a participação das partes no processo de resolução do conflito. Caso não seja possível obter acordo

nos moldes da justiça negocial, o processo penal convencional pode ser aplicado normalmente, com todas as suas particularidades (PINTO, 2009, p. 25).

A hipótese que melhor sugere solução para o problema identificado é a regulamentação mediante o poder legislativo de novas leis que subsidiem melhor os institutos da justiça negocial penal, para evitar extrapolações e abusos das medidas adotadas. A previsão legal conforme o sistema jurídico penal e processual brasileiro, e as possibilidades de aplicação dos institutos da negociação penal permitem maior segurança jurídica, e reduzem as margens de judicialização de processos por inconstitucionalidades que violam direitos e garantias individuais.

A Lei 9.099/95 é um exemplo que introduziu no sistema jurídico penal do Brasil, por meio dos Juizados Especiais Criminais, o primeiro modelo de justiça negocial restaurativo para os crimes de menor potencial ofensivo. O Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília encaminhou, em 2005, para a Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, uma sugestão para introduzir na legislação as práticas restaurativas. Isso demonstra a necessidade de o tema ser mais estudado e contemplado em leis. (PINTO, 2009, p. 14).

O objetivo geral deste trabalho é esclarecer os principais pontos da justiça negocial no direito penal brasileiro, as divergências destacadas pela doutrina, analisar as vantagens e desvantagens do instituto negocial criminal e seus modelos.

Diante dos atuais modelos contemporâneos de justiça negocial há muitos questionamentos quanto à relativização de direitos e garantias constitucionais, que tem o objetivo de tornar a justiça mais célere, abreviando o processo de aplicação da pena. No processo de negociação do direito penal, o acusado deve colaborar reconhecendo a sua culpabilidade ou a de terceiros (através da colaboração premiada), e concordando com as condições estabelecidas no acordo. Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro possui certas particularidades que se contrapõem a alguns modelos de justiça negocial (GIACOMOLLI, 2015, p.1111).

Os objetivos específicos deste trabalho são: estudar as tendências e perspectivas da justiça negocial para o direito penal brasileiro; analisar os modelos de institutos consensuais no âmbito penal que estão em vias de integrar o ordenamento jurídico; Expor o instituto *Plea Bargain* previsto no Pacote Anticrime do Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, que tramita nas duas Casas Legislativas.

A reforma dos Códigos Penal e Processo Penal que tramitam no Senado Federal demonstram que a expansão dos espaços de consenso também alcançou o cenário nacional. A análise crítica desse processo de inovação no sistema jurídico, por meio dos institutos da negociação no direito penal é

imprescindível para observar as possíveis consequências de sua aplicação. (GIACOMOLLI, 2015, p.1112).

O tema deste estudo está em pauta no atual cenário político brasileiro. O país vive um momento de mudanças no combate aos crimes de corrupção. A Operação Lava Jato desvendou um esquema de corrupção que envolvia autoridades do alto escalão do meio político e empresarial, que tiveram seus crimes desvendados por meio de acordos celebrados com colaborações premiadas.

As colaborações permitiram a recuperação de valores desviados da segurança, saúde e educação. Recursos que deveriam ser destinados para serviços públicos essenciais à sociedade, mas mantinham um esquema de corrupção jamais imaginado na história do país.

Os crimes envolviam agentes públicos que detinham a confiança inerente à função pública que ocupavam. A Operação Lava Jato é internacionalmente conhecida por sua capacidade de fazer justiça a crimes conhecidos por “colarinho branco”, que não seriam punidos por causa do poder de influência dos condenados.

A justiça negocial traz para o direito uma nova perspectiva do processo penal e da aplicação da pena. As sociedades se baseiam em dois principais modelos de sistemas jurídicos, denominados por *Civil Law e Common Law*. Com a tendência da heterodoxia das normas, os Tratados e Convenções Internacionais são introduzidos cada vez mais no sistema jurídico dos países e conseqüentemente suas características. O novo modelo de justiça negocial já é realidade no direito penal brasileiro, a necessidade de uma justiça mais eficiente e perto da realidade dos cidadãos exige a evolução do Direito preservando sempre os princípios basilares que regem a Constituição Federal.

A justiça negocial tem sido utilizada em todo o mundo, portanto é inevitável que esse modelo alcance os tribunais brasileiros, é a evolução do sistema jurídico que adequando a realidade e necessidades do povo. Esse modelo tem aproximado a sociedade da justiça e aumentado a quantidade de processos julgados, que antes sequer eram apreciados por motivo de contingenciamento do judiciário.

Para o estudo deste artigo foi realizada a revisão de literatura sobre o tema proposto, por meio de artigos científicos desenvolvidos por mestres, doutores e especialistas que possuem credibilidade no meio acadêmico-científico. São utilizados também livros, e sites institucionais que possuem dados oficiais. Esta pesquisa foi concebida durante seis meses de trabalho e buscas efetivas sobre o tema, desde a pesquisa científica até a observação dos acontecimentos do cenário político brasileiro.

A pesquisa é realizada na forma qualitativa teórica, cujo estudo visa explicar os acontecimentos, sem a necessidade de quantificar dados. Também não há a necessidade de provar os fatos. O estudo visa aprofundar um determinado tema e por meio da análise produzir novas informações que dão mais valor ao estudo. A explicação aprofundada é o objetivo central desta metodologia, pois trata de questões que envolvem fatos sociais, que devem demonstrar, portanto, informações fidedignas de expressão da realidade. (GERHARDT e SILVEIRA, 2009, p. 31).

O PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO E O DIREITO PENAL: UM ESTUDO SOBRE OS INSTITUTOS DA TRANSAÇÃO PENAL, DELAÇÃO PREMIADA, JUSTIÇA RESTAURATIVA E *PLEA BARGAIN*.

A justiça criminal brasileira tem sua primeira previsão inserida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, I, citando a criação dos Juizados Especiais Criminais para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo. Posteriormente, delimitou a competência dos Juizados por meio da Lei 9.099/95. (GIACOMOLLI, 2015, p.1113)

A busca da maior eficiência e a celeridade processual são alguns dos objetivos a atingir com a estruturação dos Juizados Especiais Criminais e a criação da Lei 9099/95. O novo modelo de justiça criminal visa aproximação da tendência internacional de distanciamento das medidas punitivas de caráter coercitivo (GIACOMOLLI, 2015, p.1114).

A introdução da justiça negocial no Brasil reflete a necessidade de buscar alternativas ao punitivismo aplicado hoje pelo direito penal. Os resultados insatisfatórios relativos à retribuição, prevenção e ressocialização dos apenados, que são os objetivos a serem alcançados com a aplicação da pena. Exigem do Estado medidas mais efetivas para solucionar as questões de conflito no âmbito da justiça criminal. Este novo paradigma é recepcionado em vários países e agora o Brasil caminha neste sentido.

Pesquisas realizadas em países desenvolvidos como a Grã-Bretanha demonstram que a maioria das vítimas de delitos é favorável à medida diversa da prisão para solução desses conflitos. Não veem efetividade no modelo tradicional e acreditam que a justiça restaurativa pode trazer maiores resultados, com melhores possibilidades de reparação do dano sofrido pela vítima. (PINTO, 2009, p. 14).

A inclusão dos Juizados Especiais Criminais na Constituição Federal permite que a justiça negocial seja uma opção para a solução de determinados conflitos, mesmo ainda prevalecendo a regra da obrigatoriedade da ação penal. O artigo 72 e 73 da Lei 9099/95 demonstram por meio da audiência preliminar a sugestividade de um ambiente propício à conciliação, no qual a audiência

deve ser conduzida favoravelmente a um acordo, o que permite a alternativa de aplicação de uma pena não privativa de liberdade. (PINTO, 2009, p. 22).

A previsão legal dos Juizados Especiais Criminais foi o primeiro passo para a implantação da justiça negocial no Brasil, porém surge uma divergência doutrinária quanto à utilização desse modelo. O sistema jurídico penal brasileiro rege-se por meio de princípios, que devem ser observados para garantir a aplicação da lei penal, vários questionamentos são levantados positivamente e negativamente quanto à aplicabilidade dos diversos institutos existentes e que estão por ingressar no ordenamento jurídico brasileiro.

Um dos questionamentos suscitados pela doutrina é a diferença entre sistemas processuais, o *Plea Bargain*, por exemplo, é muito utilizado nos Estados Unidos. O acordo permite que o acusado negocie a pena, caso confesse sua culpa, evitando um processo longo e complexo.

Os modelos de negociação do sistema adversarial são divergentes do sistema *Civil Law*, o que na prática poderia inviabilizar o uso do modelo consensual no ordenamento jurídico desses países. A flexibilização do sistema jurídico pode causar instabilidades e insegurança jurídica, a internalização de diferentes sistemas deve ser bem estruturada para garantir a preservação de direitos. (NARDELLI, 2014, p. 333).

A Lei 12.850/13 determina a possibilidade de acordo por meio da colaboração premiada no combate aos crimes praticados por organizações criminosas. O Estado buscando maior eficiência abre mão, em alguns casos, de oferecer denúncia do acusado, flexibilizando o princípio da obrigatoriedade penal. Para muitos processualistas tal condição compromete o bom andamento do processo, e pode levar o acusado a assumir culpa indevida e sofrer um julgamento injusto. (NARDELLI, 2014, p. 357,358).

Apesar dos contrapontos observados, quanto aos impasses da solução negocial em sistemas de *Civil Law*, deve-se observar além dos limites processuais, a efetividade desses sistemas perante as necessidades da sociedade e o acesso a soluções que resolvam os conflitos de forma definitiva. O instituto da justiça restaurativa demonstra como é possível trazer ao ordenamento jurídico vigente a perspectiva da justiça criminal participativa, na qual o autor do conflito assume a responsabilidade de reparar os danos causados.

Juristas e profissionais do direito reproduzem o argumento, equivocadamente, que a justiça restaurativa, em retrocesso, traria de volta a vingança privada como meio de solução dos conflitos. Ao contrário, a justiça de consenso adotada por povos antigos como os indígenas, por exemplo, era a forma primordial de se fazer justiça naquele meio. O que ocorre, portanto, é o

abandono desses métodos que são essenciais para a conscientização dos indivíduos quanto à responsabilização diante de suas ações. (PINTO, 2005, p. 27).

Um Juiz de uma vara judicial de Brasília se pronunciou acerca da importância de adotar medidas que intervenham na causa do conflito, principalmente quando as pessoas envolvidas possuem relação próxima de afetividade e/ou proximidade. São casos em que a busca pela punição do ofensor é menos relevante do que trazer uma solução definitiva para o conflito. (PINTO, 2005, p. 20).

Ainda há quem diga que a justiça restaurativa acarreta privatização e desjudicialização do direito penal e da justiça criminal, fazendo com que os sujeitos do litígio sejam conduzidos por pessoas que não possuem legitimidade para promover a justiça.

Não ocorre privatização do direito, conquanto o que há, é a participação comunitária no processo, prevalecendo o caráter público do direito penal. Mesmo assim, preserva-se a prerrogativa do Ministério Público e das partes intervirem para fazer questionamentos quanto ao acordo. (PINTO, 2005, p. 28).

O Estado tem o dever de manter a ordem e propor a ação penal quando necessário. Como detentor desse poder o Estado não pode se abster de aplicar a lei, simplesmente abrindo mão de cumprir a previsão legal quando crimes ocorrem. Contudo, a negociação permite uma reação proporcional conforme o grau de ofensividade dos delitos.

O aspecto restaurativo do poder da negociação é mais relevante e significativo para a justiça criminal e os envolvidos, do que a aplicação de uma pena que encarcera e não ressocializa. Quanto à ação penal e sua obrigatoriedade é possível observar algumas particularidades que abrem espaço para a justiça consensual no direito penal.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal não é absoluto, permite aplicar nos casos que o excede outras medidas que o substitua, ressalvado o interesse público. Aplica-se então, o princípio da oportunidade que permite de forma legal, em determinados casos, se valer da discricionariedade para aplicar a justiça negocial. (CAMPOS, 2012, p. 16)

O princípio da legalidade não obriga instaurar a ação penal, cabe ao Ministério Público observar de acordo com a indisponibilidade do interesse público, se a ação penal deve ser instaurada ou não. Não persistindo a obrigatoriedade da ação penal, o princípio da oportunidade pode reger os processos judiciais. (CAMPOS, 2012, p. 16).

O Ministério Público, mesmo sendo o titular da ação penal e ter o dever de instaurá-la, deve aplicar a Lei 9099/95 e seus benefícios quando não houver condições mínimas para prosseguir com a ação penal. Assim firmou o entendimento do STJ, o acusado tem o direito de se beneficiar das medidas disponíveis do Juizado Especial que despenalizam determinadas infrações. (CAMPOS, 2012, p.18).

O processo de afirmação que o direito penal e processual penal brasileiro vem definindo, demonstra que a justiça negocial originada dos sistemas *Common Law* está tomando sua forma própria e adequando ao sistema *Civil Law*, que hoje ainda predomina no Brasil.

A evolução do sistema jurídico e o acesso a um processo penal mais democrático e eficiente tem pautado a justiça do mundo todo. A justiça criminal negocial possui vários institutos e suas perspectivas. Estudar sobre as possibilidades de aplicação é importante para definir os limites da atuação nos sistemas jurídicos.

A Transação Penal instituída pela lei 9.099/95, foi um dos institutos pioneiros a introduzir a negociação no direito penal, com a suspensão condicional do processo. São formas legitimadas que flexibilizam os princípios obrigatórios da ação penal. A multa e a pena restritiva de direitos são duas medidas de possíveis aplicação na transação penal, que dão a possibilidade de o acusado não sofrer a ação penal pelo Ministério Público, é necessário ceder o seu direito de dar prosseguimento ao processo. (NARDELLI, 2014, p. 356).

A Transação Pena possui semelhanças do instituto *Plea Bargain*, mas são diferentes em alguns pontos. Este último é mais abrangente que o primeiro, pois há maior liberdade das partes negociarem quanto à pena e outros fatores do processo. (NARDELLI, 2014, p. 356).

Os institutos negociais são característicos pela inclusão do acusado no cenário da causa do conflito, participando ativamente do processo no qual suas decisões contribuem para a definição da persecução criminal. E a aceitação do réu, das condições propostas perante o Juizado Especial traduz em consequências jurídicas diferentes da ação penal comum.

Em casos nos quais a composição civil não obtém êxito, a persecução criminal segue adiante e o Ministério Público pode determinar as medidas de multa ou pena restritiva de direitos ao infrator, para cumprir imediatamente. Diferentemente de uma sentença penal condenatória, do acordo firmado na Transação Penal não constará condenação na ficha criminal do autor, requisito de reincidência para outros crimes e não será considerado mau antecedente. (GIACOMOLLI, 2015, p.1115).

A Transação Penal é o instituto mais parecido com o *Plea Bargain* dos Estados Unidos. Mesmo diante da negativa de acordo no âmbito civil, é permitida a aplicação de uma pena negociada pelo Juizado Especial. Caso o acordo seja cumprido pelo o autor, a pena é extinta e o processo arquivado. (GIACOMOLLI, 2015, p.1116).

O STF editou a Súmula Vinculante 35, que trata dos casos de descumprimento do acordo definido perante o Juizado. A Transação Penal homologada não faz coisa julgada material, posição que é questionada pela doutrina por fragilizar o instituto, portanto a quebra do acordo permite a continuidade da persecução criminal e todas as suas etapas preservadas. (GIACOMOLLI, 2015, p.1116).

Desde a sua criação, a Transação Penal trouxe grandes benefícios ao sistema judiciário brasileiro. O acesso à justiça é um dos principais fatores que impactaram positivamente a criação dos Juizados Especiais. Os crimes de menor potencial ofensivo, por serem de natureza de menor periculosidade ficavam em uma longa lista de espera e, portanto, dificilmente eram apreciados.

A falta de resposta do Estado aos litígios é um motivo de grande desmotivação e descrédito do judiciário para a sociedade. Esse problema aos poucos é mitigado após a criação dos Juizados Especiais. A Colaboração Premiada é outro instituto importante que ajuda o Estado no combate às organizações criminosas no Brasil, instituído pela Lei 12.850/2013.

A Colaboração Premiada prevista na Lei 12.850/13 permite que o corréu ajude a esclarecer crimes que envolvam a participação de organizações criminosas. Um acordo é firmado entre defesa e acusação, a partir desse momento o réu se compromete a prestar todos os esclarecimentos necessários, o que também limita o acusado em seu direito de permanecer em silêncio. A contrapartida, pela colaboração pode ser concedida desde a redução da pena, até mesmo a desistência do Estado em oferecer denúncia contra o acusado. (NARDELLI, 2014, p. 357).

A previsão legal da lei que define as organizações criminosas foi um avanço para o direito penal e fortalece o Estado, com maior amparo no combate a esse tipo de crime. A utilização da Colaboração Premiada nos processos precisa ser bem definida, pois é um instituto excepcional que não se aplica a todos os casos. É o que será visto a seguir.

Com o objetivo de punir os crimes cometidos por organizações criminosas, a Colaboração Premiada é utilizada como meio de obter provas a partir da confissão do colaborador. O réu celebra um acordo, no qual voluntariamente se compromete a ajudar com as investigações. Existe

um questionamento acerca da real voluntariedade, nos casos em que o colaborador já se encontra encarcerado. (MENDES, 2017, p. 35).

A discricionariedade política e a falta de certeza quanto à veracidade das informações obtidas durante a colaboração, são fragilidades observadas no instituto da Colaboração Premiada. Para que a delação tenha respaldo, é necessário que outros elementos probatórios sejam comprovados para que se instaure um processo penal contra o denunciado. (MENDES, 2017, p. 36).

Os benefícios ao colaborador estão dispostos na Lei 12.850/2013, no acordo firmado entre as partes deve vir explícito que o juiz não pode interferir na negociação. Esta imposição pode ser considerada uma afronta a direitos e garantias fundamentais que são essenciais em um julgamento justo e que observa os princípios do devido processo legal. (MENDES, 2017, p. 37).

A introdução da Colaboração Premiada na lei dos crimes das organizações criminosas especifica as condições em que deverão ocorrer os acordos negociados. O instituto ainda precisa ser aprimorado, pois a possibilidade de negociar com a pena não pode gerar a sensação de impunidade no meio criminoso. Não significa que o infrator pode cometer crimes deliberadamente, entregar seus pares e sair ileso. O impacto da negociação da pena por meio da Justiça Restaurativa produz efeitos distintos da justiça retributiva convencional e será demonstrada adiante.

O infrator, a vítima e a comunidade são os principais sujeitos nos espaços de consenso da Justiça Restaurativa. O instituto objetiva ir além do que é proposto pelos Juizados Especiais, pois visa reestabelecer o *status quo ante bellum* das relações sociais. (PINTO, 2005, p. 20).

Um estudo realizado sobre as diferenças dos modelos de Justiça Retributiva e Restaurativa demonstram que os objetivos do modelo convencional visam prevenir a prática de crime e intimidar o infrator por meio da reprimenda. O foco se mantém na penalização da infração com medidas que restringem o exercício de direitos, além de outras características como a preservação da sociedade, penas desproporcionais e sem eficácia, ressocialização em segundo plano e a tentativa de alcançar a paz, porém sem eliminar o conflito. (PINTO, 2005, p. 25).

Por outro lado, o foco da Justiça Restaurativa é a restauração das relações entre as partes, o infrator é levado a reconhecer a culpa e a conscientização do seu dever em reparar os danos. O réu assume espontaneamente a responsabilidade por seus atos, os acordos resultam em obrigações proporcionais e razoáveis, e a prioridade é a reintegração do autor e vítima, promovendo a paz social de forma digna. (PINTO, 2005, p. 25).

A Justiça Retributiva, que é modelo convencional utilizado pelo direito penal brasileiro, espera dar resposta imediata à sociedade ao reprimir o crime, responsabilizando o indivíduo com penas repressivas. É uma relação na qual o Estado dita todas as regras e o autor da infração somente se submete as penalidades impostas.

Já a proposta da Justiça Restaurativa insere o acusado no processo de responsabilização e conscientização por suas ações que trouxeram prejuízos e instabilidade a outra parte, o que torna o processo penal mais efetivo e eficiente. O novo modelo de justiça que o Brasil tem assumido integra um conjunto de fatores que visam abolir o uso da violência do sistema jurídico penal, em consonância com princípios estabelecidos internacionalmente para a preservação dos direitos humanos.

Os métodos não violentos de resolução de conflitos procuram por meio da educação estabelecer uma medida eficaz para conscientizar os indivíduos de que são capazes de se dominarem e desenvolver outras formas de resolver os conflitos, sem o uso da força. A ONU recomenda que os países adotem medidas alternativas em suas legislações, que promovam a cultura da paz e da não violência com objetivo de preservar os direitos humanos (SCHUCH, 2008, p. 500).

A violência social em expansão no Brasil é o fator preponderante que justifica a necessidade de uma mudança de paradigmas para a solução dos conflitos. Para haver uma transformação na sociedade é primordial que o indivíduo seja o primeiro a sofrer as mudanças e posteriormente trabalhar as relações interpessoais (SCHUCH, 2008, p. 506).

A metodologia da comunicação não violenta estabelece que a restauração das relações sociais deva acontecer mediante o trabalho individual de conscientização. A participação da vítima, do causador do conflito e da sociedade nas reuniões é de extrema importância para o sucesso no processo restaurativo. O ambiente em que são promovidas as reuniões deve ser favorável à conciliação das partes. (SCHUCH, 2008, p. 507).

O último instituto de Justiça Negocial a ser citado neste estudo é o *Plea Bargain*, instrumento jurídico utilizado nos Estados Unidos que visa estabelecer um acordo em que o acusado se declara culpado, e em troca pode negociar sua pena. O atual cenário político intensificou os debates acerca do tema como medida alternativa para trazer maior celeridade nos julgamentos de crimes.

O instituto processual do sistema *Common Law* norte-americano baseia-se no acordo firmado entre autor e réu, o juiz atua como espectador e intervém apenas quando necessário. Este modelo de justiça consensual vem sendo objeto de estudo por diversos países, pois seus resultados em

termos de eficácia são evidentes e se contrapõe aos sistemas jurídicos convencionais que se destacam pela morosidade e ineficiência (NARDELLI, 2014, p. 341).

Após a confissão de culpa formalizada pelo acusado, a pena pode ser aplicada imediatamente e conseqüentemente encerra-se ali o trâmite processual. Caso o réu declare ser inocente da acusação, o processo dá prosseguimento e ele será levado a júri popular, o promotor de justiça deverá provar suas acusações observando os princípios do devido processo legal (NARDELLI, 2014, p. 342).

O término antecipado dos processos judiciais devido às negociações do *Plea Bargain*, que permite maior eficiência e celeridade dos julgamentos, demonstra na realidade uma grande deficiência do Estado. A falta de estrutura do judiciário norte-americano inviabilizaria que todos os julgamentos fossem submetidos a júri, portanto o instituto é uma solução que permite o pleno funcionamento do judiciário, porém isto não significa que todos os princípios do Direito são preservados (NARDELLI, 2014, p. 343).

Os bons resultados auferidos com o instituto *Plea Bargain* não demonstram as fragilidades que o sistema processual penal norte-americano enfrenta. A falta de estrutura do judiciário é um fator que torna o instituto essencial para o funcionamento do judiciário, mas é importante ressaltar que a falta de estrutura também é uma realidade recorrente nos sistemas *Civil Law*, no qual os processos se acumulam e se arrastam por longos anos.

Por este motivo é preciso analisar a viabilidade de importação de um sistema jurídico diametralmente oposto ao que é praticado no Brasil. Seguem os principais pontos a ser observados em caso de implementação deste modelo de justiça negocial.

O Brasil está se aproximando dos modelos de justiça negocial criminal, principalmente do modelo americano. O sistema *Civil Law* do direito penal brasileiro limita muito as possibilidades de negociação difundidas por outras tradições. Ainda assim, o nosso ordenamento jurídico tem começado a recepcionar este novo conceito de justiça consensual, um exemplo disso é a Lei dos Juizados Especiais Criminais 9.099/95 (DIAS, 2017, p. 188).

Os prejuízos causados pela morosidade da justiça e a falta de efetividade de alguns sistemas processuais penais de *Civil Law* são inúmeros. Com o objetivo de resolver a crise do sistema punitivo, os métodos consensuais de resolução do conflito assumem um papel de protagonismo nos sistemas jurídicos. Para que o acordo estabelecido entre as partes no processo negocial seja justo deve corresponder à verdade dos fatos, e permitir maior participação do acusado nas investigações. (NARDELLI, 2014, p. 360).

A proposta para implantar o *Plea Bargain* brasileiro está previsto no Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 que reforma o Código Penal, o PL busca como no modelo americano a confissão de culpa do réu e abrange todos os tipos de crimes. Mesmo com a negociação, o acusado é declarado culpado e recebe uma sentença penal condenatória (DIAS, 2017, p. 190).

O Projeto de Lei apresenta alguns erros importantes que trazem incertezas quanto à sua aplicabilidade. O texto não prevê durante a negociação a participação do acusado, o que é uma falha, pois a manifestação do advogado da parte não é suficiente para estabelecer um acordo. Conforme o texto da Lei, o acordo de barganha acontece no momento do recebimento da denúncia, ocorre que na prática até chegar a essa fase o percurso é longo e demorado, contrariando o objetivo da celeridade processual que marca o instituto (DIAS, 2017, p. 192).

O Instituto *Plea Bargain* está em pauta no cenário político brasileiro, vem sendo amplamente debatido e busca de ser adaptado à realidade jurídica brasileira. O Pacote Anticrime proposto pelo Ministro de Justiça e Segurança Pública do Governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro insere o modelo no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Projeto de Lei 882/2019 que tramita na Câmara e Senado Federal.

Solução Negociada é o termo utilizado em referência ao que seria o *Plea Bargain* brasileiro, previsto no Projeto de Lei do Pacote Anticrime. O Artigo 28-A do PL faz referência aos casos que o acordo resulta na não persecução penal. Enquadram-se neste artigo os crimes de menor potencial ofensivo, que não se apliquem à transação penal, que não envolvam violência ou grave ameaça e a pena máxima necessariamente deve ser inferior a quatro anos. O acusado não cumpre pena privativa de liberdade e aceita as condições estabelecidas pelo Ministério Público (BRASIL, 2019).

O artigo 395-A do mesmo Projeto de Lei, diferentemente do Artigo 28-A determina pena privativa de liberdade, que oferece a possibilidade do acusado estabelecer um acordo para que inicie imediatamente o cumprimento da pena. As possibilidades estão dispostas nos incisos. Cabe ao réu subsidiado por seu defensor analisar a viabilidade de aceitar o acordo, visto que as vantagens incluem desde a redução da pena, alterar o regimento de cumprimento e até mesmo substituí-la por outra (BRASIL, 2019).

O acordo estabelecido na Solução Negociada dependerá do grau de colaboração que o acusado se compromete em contribuir durante as negociações. Caso haja descumprimento do acordo firmado é realizada a rescisão do mesmo modo que acontece na transação penal. O acusado é denunciado pelo Ministério Público e há a continuidade à persecução penal, sem prejuízos para a defesa.

Não há obrigatoriedade em aceitar o acordo, ele deve ser celebrado quando há vantagens para as duas partes. Acusação e defesa têm livre arbítrio para rejeitarem as condições propostas, é uma garantia preservada durante toda a negociação. Em contrapartida, as partes renunciam pressupostos inerentes às suas condições, o acusado dispõe da possibilidade de se beneficiar da prescrição por falta de manifestação do Estado e o Ministério Público abre mão de exigir o cumprimento da pena privativa de liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça negocial no direito penal brasileiro trouxe consigo alguns institutos jurídicos, que são alternativas à persecução penal e ao punitivismo estatal. A Transação Penal, Colaboração Premiada, Justiça Restaurativa e *Plea Bargain* são alguns dos modelos consensuais de resolução de conflitos que foram objeto de estudo deste artigo.

O presente estudo observou as consequências positivas e/ou negativas no uso desses institutos para o direito penal no Brasil e buscou identificar a maneira mais adequada de aplicação da justiça consensual respeitando os princípios constitucionais previstos na Carta Magna. O artigo identificou que uma hipótese para solução do problema levantado seria a regulamentação por meio de leis específicas, que permitam proteger direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Esta solução viabilizaria a aplicabilidade dos institutos e assim poderia oferecer maior segurança jurídica aos usuários da justiça consensual.

O presente estudo objetivou demonstrar os principais questionamentos suscitados pela doutrina acerca das vantagens e desvantagens que a justiça criminal negocial pode trazer ao ordenamento jurídico. A perspectiva para o instituto no Brasil, seus modelos e o *Plea Bargain* no Pacote Anticrime do Ministro Sérgio Moro foram objetivos específicos a esclarecer no presente Artigo.

A pesquisa permitiu estudar sobre o novo modelo de justiça criminal desenhado ao redor do mundo. O levantamento do pensamento doutrinário acerca do tema ajudou a compreender os novos rumos que o Direito Penal e Processual Penal deverá perseguir nos próximos tempos. A sociedade vive em constante evolução e com ela deve seguir o Direito, pois a lei que não reflete as necessidades de seu povo é letra morta e perde o seu valor.

O estudo sobre o processo de negociação no direito penal demonstrou que pode ser adaptado à realidade do sistema jurídico brasileiro, por meio de leis específicas que determine os limites de atuação de cada modelo negocial proposto. O Estado como titular da Ação Penal pode, por meio do princípio da oportunidade aplicar, quando couber, outras medidas alternativas à solução dos conflitos. A justiça negocial no âmbito penal permite que o conflito seja resolvido de forma

definitiva, pois a conscientização do infrator em relação ao mal causado faz parte do processo de negociação, este reconhecimento também é importante para que por meio do acordo o dano seja reparado à vítima.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Congresso Nacional. Projeto de Lei 882/2019. Estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em: 30 out. 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining* e Justiça Criminal Consensual: Entre os Ideais de Funcionalidade e Garantismo. **Custus Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Ano IV, Vol. IV, 2012.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes Dias; FANTIN, Iago Abdalla. A Negociação na Justiça Criminal no Brasil e o *Plea Bargaining*. **Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH**. Ano X, Vol. X, n. 2, 2017.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa**. 1ª Ed. Porto Alegre: UFRGS, 2009. 120 p.

GIACOMOLLI, José Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça Criminal Negocial: Crítica à Fragilização da Jurisdição Penal em um Cenário de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Ano 20, Vol. 20, n.3, 2015.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A Expansão da Justiça Negociada e as Perspectivas para o Processo Justo: a *Plea Bargaining* Norte-Americana e suas Traduções no Âmbito da Civil Law. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano XIV, Vol. XIV, n. 1, 2014.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A Construção da Justiça Restaurativa no Brasil. **Revista Paradigma**. Ano X, Vol. X, n. 18, 2014.

_____. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos**. Brasília. MJ e PNUD, 2005.

SCHUCH, Patrice. Tecnologias da Não Violência e Modernização da Justiça no Brasil. O Caso da Justiça Restaurativa. **CIVITAS – Revista de Ciências Sociais**. Ano 8, Vol. 8, n. 3, 2008.

**AS RENÚNCIAS FISCAIS PARA FINS DE DESENVOLVIMENTO DO PAÍS:
REFLEXÃO CRÍTICA**

***TAX DISCLAIMERS FOR THE COUNTRY'S DEVELOPMENT PURPOSES:
CRITICAL REFLECTION***

Wilson Medeiros Pereira.¹

RESUMO: O tema das desonerações fiscais sempre é tratado na imprensa escrita e televisionada, entretanto, na maioria das vezes, o debate é desprovido de uma análise crítica. Diante disso, o presente artigo, utilizando-se do método de abordagem dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, objetivou provocar uma reflexão sobre o instituto da renúncia fiscal, abordando os parâmetros constitucionais para instituição do benefício tributário, o histórico e a finalidade das desonerações no Brasil. Observou-se que os segmentos/setores beneficiados guardam muitas semelhanças ao longo de décadas no país.

Palavras chave: Desoneração fiscal. Parâmetros constitucionais. Setores beneficiados.

ABSTRACT: The subject of tax exemptions is always discussed in the written and televised press, however, in most cases, the debate is devoid of critical analysis. Therefore, this article, using the deductive approach method and bibliographic and documentary research techniques, aimed to provoke a reflection on the tax waiver institute, addressing the constitutional parameters for the institution of the tax benefit, the history and the purpose exemptions in Brazil. It was observed that the segments / sectors benefited have many similarities over the decades in the country.

Keywords: Tax relief. Constitutional parameters. Benefited sectors.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública funciona a partir da arrecadação compulsória de recursos, o que caracteriza, em linhas gerais, a tributação do país. O conjunto de normatização que define e delimita o processo de arrecadação configura o chamado sistema tributário legal.

¹Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Professor da Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). CV: <http://lattes.cnpq.br/7742065097603624>.

A aplicação dos recursos arrecadados é prevista em orçamentos aprovados pelos parlamentos na esfera federal, estadual e municipal. O sistema tributário, por sua vez, conta também com diversas desonerações, as quais podem ser conceituadas como situações que promovam presunções creditícias, isenções, anistias, reduções de alíquotas, deduções, abatimentos e diferimentos de obrigações de natureza tributária.

Sem intenção de esgotar o tema, a presente pesquisa discorrerá sobre o instituto da renúncia fiscal, abordando os parâmetros constitucionais para instituição do benefício tributário, o histórico e a teleologia das desonerações no Brasil, finalizando com a pontuação sobre eventuais classes /grupos beneficiados.

PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS PARA INSTITUIÇÃO DE RENÚNCIA FISCAL

Renúncia fiscal refere-se a tudo aquilo que a legislação confere, como favor fiscal, a setores ou regiões, por meio de isenções ou redução de tributos (base tributável ou alíquotas).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 165, §6º estabelece a obrigação do Poder Executivo de apresentar demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza tributária, financeira e creditícia (BRASIL, 1988).

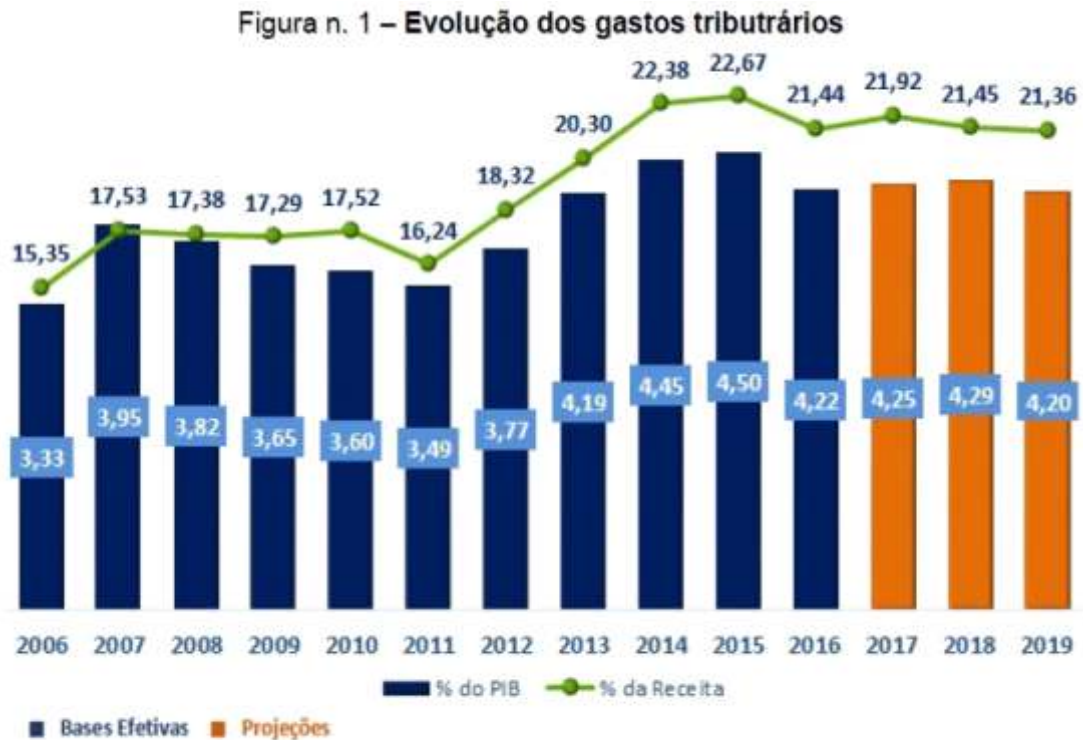
Na mesma linha, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101, de 04 de maio de 2000 – em seu artigo 5º, II determina que o projeto de lei orçamentária anual (LOA) será acompanhado de documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição da República, bem como das medidas de compensação de renúncias de receita e do aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado (BRASIL, 2000).

Desonerar significa desobrigar, isentar. Projeta-se como algo estratégico e até benéfico, numa visão mais rasa. Todavia, a partir de uma análise mais ampla e conjuntural, pode não se mostrar medida tão favorável para a população.

HISTÓRICO E TELEOLOGIA DAS RENÚNCIAS FISCAIS NO PAÍS

Gastos tributários são gastos indiretos do poder público efetivados por meio do sistema tributário, com o objetivo de atender áreas econômicas e sociais, reduzindo a arrecadação potencial e, reflexamente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte (BRASIL, 2019).

Renunciar receitas não é estratégia nova no Brasil. Essa prática vem se tornando cada vez mais acentuada, conforme se abstrai do gráfico abaixo:



Fonte: BRASIL, 2019

Nos últimos anos, o Brasil deixou de obter aproximadamente 20% de sua arrecadação tributária com renúncias fiscais, de acordo com os Projetos de Lei Orçamentária Anual (PLOA). O PLOA 2017, por exemplo, previu renúncia tributária no montante de R\$ 278 bilhões, o que equivale a mais de 4% do Produto Interno Bruto (PIB) ou em torno de 21% da arrecadação tributária no ano de 2017.

Pela Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020, Lei 13.898, de 11 de novembro de 2019 (BRASIL, 2019), a proposta de renúncia fiscal para o exercício de 2020 foi de R\$ 330.845.201.914,00, correspondendo a, aproximadamente, 4,5% do PIB.

Os valores aos quais o governo federal renuncia são de tal monta que, reflexamente, coloca em dúvida alguns argumentos atinentes às medidas de arrocho fiscal em curso no país. Caso persista esse montante atual de renúncia fiscal, em três anos o valor que deixará de ser arrecadado corresponderá à quantia que seria economizada com a reforma da previdência (em torno de 900 bilhões de reais) (RESENDE, 2019).

Neste quadrante, vêm à tona as seguintes indagações: a) com quais objetivos têm sido aplicadas as desonerações fiscais no Brasil?; b) quais setores/classes têm sido favorecidos? c) os objetivos têm sido alcançados? d) é possível abstrair algum ponto positivo dessas medidas? e) caso não tivesse tido desoneração haveria algum impacto nas políticas públicas?

Em sentido lato, as desonerações objetivam:

- a) simplificar e/ou diminuir os custos da administração;
- b) promover a equidade;
- c) corrigir desvios;
- d) compensar gastos realizados pelos contribuintes com serviços não atendidos pelo governo;
- e) compensar ações complementares às funções típicas de Estado desenvolvidas por entidades civis;
- f) promover a equalização das rendas entre regiões; e/ou
- g) incentivar determinado setor da economia.

Os quatro últimos objetivos irão se constituir em alternativas às ações políticas governamentais, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico ou social, não realizadas no orçamento e, sim, por intermédio do sistema tributário. Esse grupo de desonerações compreende o que se denomina de “gastos tributários”.

A ideia de renúncia fiscal para fins de desenvolver o país sempre foi argumento político e de planejamento. Na década de 50 (1950) era muito forte a influência do pensamento da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe) no sentido de que a maneira de resolver o problema da pobreza e do subdesenvolvimento era pela industrialização. No Brasil a estratégia se deu por meio de criação de entidades governamentais para fomentar o desenvolvimento.

A SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste) foi projetada para atender vários propósitos. De acordo com Furtado (1997, p. 96), o projeto foi estruturado tendo quatro diretrizes básicas:

- a) intensificação dos investimentos industriais, visando criar no Nordeste um centro autônomo de expansão manufatureira;
- b) transformação da economia agrícola da faixa úmida, com vistas a proporcionar uma oferta adequada de alimentos nos centros urbanos, viabilizando a industrialização destes;
- c) transformação progressiva da economia das áreas semi-áridas no sentido de elevar sua produtividade e de torná-la mais resistente ao impacto das secas;
- d) deslocação da fronteira agrícola visando incorporar à economia da região as terras úmidas da hinterlândia maranhense que estão em condições de receber os excedentes populacionais criados pela reorganização da economia na faixa semi-árida.

A Lei Federal nº 3.692, de 15 de dezembro de 1959 (BRASIL, 1959), que criou a SUDENE, previa:

- a concessão de câmbio favorecido e licença para importação sem cobertura cambial;
- isenção de impostos e taxas para importação de equipamentos destinados à região;
- recomendação de financiamento ou aval concedidos pelo então BNDE (atual BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) e o BNB (Banco do Nordeste Brasileiro);
- redução de 50% do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e adicionais sobre os lucros para as indústrias que aproveitassem a matéria-prima regional.

O primeiro Plano Diretor da SUDENE foi aprovado pela Lei 3.995, de 14 de dezembro de 1961 (BRASIL, 1961), oportunidade na qual alguns desses incentivos foram abolidos, transformados ou substituídos, surgindo o instrumento mais relevante: dedução de até 50% do IRPJ para aplicação em investimentos no Nordeste. A esse respeito, esclarece Mendes (2000):

Esse mecanismo de crédito fiscal foi denominado, no princípio, de 34/18 e, posteriormente, renomeado para Fundo de Investimentos do Nordeste (FINOR). Em julho de 1963, por meio da Lei n. 4 239, o mecanismo do 34/18 foi concedido também para os empreendimentos realizados em atividades

prioritárias para a Amazônia (futuro Fundo de Investimento da Amazônia - FINAM, criado pelo Decreto-Lei n. 1 376/74). Em simultâneo, na mesma lei, foi estabelecida a forma básica, até hoje vigente, dos incentivos relativos às isenções e reduções tributárias de IRPJ, incidentes também para implantação, expansão e realocação de plantas produtivas industriais e agropecuárias nessas regiões. Por meio do Decreto-Lei n. 880/69, foi criado mecanismo semelhante aos futuros FINOR/FINAM para o estado do Espírito Santo: o Fundo de Recuperação Econômica do Estado do Espírito Santo (FUNRES).

SEGMENTOS/GRUPOS BENEFICIADOS

Percorrendo uma análise mais conjuntural, tem-se que os setores mais beneficiados pelas renúncias fiscais sempre receberam algum tipo de benesse governamental. Nas palavras de Raymundo Faoro, cuida-se do chamado “estamento burocrático”, os verdadeiros “donos do poder”, sempre presente ao longo da formação sócio-política do Brasil.

O estamento burocrático se fundamenta em um sistema patrimonial do capitalismo orientado, cujas bases são de tal monta que nem a pressão ideológica liberal obteve êxito em quebrá-lo (SALVADOR, 2013).

A respeito da abrangência do estamento burocrático, esclarece Faoro (2001, p.873):

O estamento burocrático comanda o ramo civil e militar da administração e, dessa base, com aparelhamento próprio, invade e dirige a esfera econômica, política e financeira. No campo econômico, as medidas postas em prática, que ultrapassam a regulamentação formal da ideologia liberal, alcançam desde as prescrições financeiras e monetárias até a gestão direta das empresas, passando pelo regime das concessões estatais e das ordenações sobre o trabalho.

Analisando os Demonstrativos dos Gastos Tributários que acompanham as propostas orçamentárias anuais, é possível identificar claramente quais são os grupos/setores mais atendidos pelas renúncias fiscais.

Atualmente existe mais de uma centena de renúncias tributárias. Confrontando-se as planilhas abaixo², verifica-se que as rubricas mais beneficiadas compreendem: o simples nacional, a zona franca de Manaus, o agronegócio e os rendimentos isentos/ não tributáveis.

² Serão utilizados os dados dos anos de 2015 a 2020, já que reflete o comando de 3 diferentes governantes: Dilma Rousseff (2015/2016), Michel Temer (2016/2018) e Jair Bolsonaro (2019/2020).

Figura n. 2 - PLO 2020 e 2019

PRINCIPAIS GASTOS TRIBUTÁRIOS - PROJEÇÕES PLOA 2020		
Gastos tributários	Valor em R\$	% do total
Simples Nacional	92.642.754.377	28,49%
Rendimentos isentos e não tributáveis – IRPF	34.571.474.402	10,63%
Agricultura e agroindústria	32.153.193.247	9,89%
Zona Franca de Manaus e áreas de livre comércio	27.087.109.314	8,33%
Entidades Sem Fins Lucrativos - Imunes / Isentas	25.977.719.553	7,99%

Fonte: BRASIL, 2019

PRINCIPAIS GASTOS TRIBUTÁRIOS - PROJEÇÕES PLOA 2019		
Gastos tributários	Valor em R\$	% do total
Simples Nacional	87.253.418.417	28,48%
Rendimentos isentos e não tributáveis – IRPF		10,49%
Agricultura e agroindústria	30.233.333.447	9,87%
Zona Franca de Manaus e áreas de livre comércio	24.727.653.267	8,07%
Entidades Sem Fins Lucrativos - Imunes / Isentas	24.258.770.271	7,92%

Fonte: BRASIL, 2018

Figura n. 3 - PLO 2018 e 2017

PRINCIPAIS GASTOS TRIBUTÁRIOS - PROJEÇÕES PLOA 2018		
Gastos tributários	Valor em R\$	% do total
Simples Nacional	80.653.436.958	28,45%
Rendimentos isentos e não tributáveis – IRPF	27.069.146.434	9,55%
Zona Franca de Manaus e áreas de livre comércio	24.248.068.585	8,55%
Agricultura e agroindústria	24.238.742.504	8,55%
Entidades Sem Fins Lucrativos – imunes/isentas	23.606.132.049	8,33%

Fonte: BRASIL, 2017

PRINCIPAIS GASTOS TRIBUTÁRIOS - PROJEÇÕES PLOA 2017		
Gastos tributários	Valor em R\$	% do total
Simples Nacional	82.998.200.168	29,14%
Zona Franca de Manaus e áreas de livre comércio	25.632.948.572	9,00%
Entidades Sem Fins Lucrativos – imunes/isentas	24.542.010.352	8,62%
Rendimentos isentos e não tributáveis – IRPF	24.063.844.048	8,45%
Agricultura e agroindústria	23.842.374.180	8,37%

Fonte: BRASIL, 2016

Figura n. 4 - PLO 2016 e 2015

PRINCIPAIS GASTOS TRIBUTÁRIOS - PROJEÇÕES PLOA 2016		
Gastos tributários	Valor em R\$	% do total
Simples Nacional	74.567.164.802	27,51%
Zona Franca de Manaus e áreas de livre comércio	26.764.038.306	9,88%
Entidades Sem Fins Lucrativos – imunes/isentas	22.668.106.859	9,29%
Rendimentos isentos e não tributáveis – IRPF	20.623.308.489	8,36%
Agricultura e agroindústria – Desoneração Cesta básica	25.178.965.765	7,61%

Fonte: BRASIL, 2015

PRINCIPAIS GASTOS TRIBUTÁRIOS - PROJEÇÕES PLOA 2015		
Gastos tributários	Valor em R\$	% do total
Simples Nacional	72.439.802.718	25,65%
Zona Franca de Manaus e áreas de livre comércio	27.811.718.755	9,85%
Entidades Sem Fins Lucrativos – imunes/isentas	22.322.613.947	8,91%
Rendimentos isentos e não tributáveis – IRPF	20.726.156.603	7,93%
Agricultura e agroindústria – Desoneração Cesta básica	25.169.680.639	7,90%

Fonte: BRASIL, 2014

No Orçamento de 2019, a previsão era que a União deixasse de arrecadar R\$ 307 bilhões com a desoneração fiscal. Já no orçamento de 2020, a renúncia fiscal ultrapassará os R\$ 330 bilhões de reais.

A verificação sem aprofundamento dos números pode levar o intérprete a conclusões precipitadas. Nem toda desoneração é maléfica ou que tal política deva ser extinta.

Confrontando-se as principais rubricas de renúncia fiscal, tem-se o seguinte quadro.

O item com maior impacto é o chamado simples nacional. Este é um regime tributário estabelecido por lei, em cumprimento à determinação constitucional (art. 170, IX da Constituição da República), cuja regulamentação se deu pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006) (BRASIL, 2006). É destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, sendo a adesão facultativa. Na verdade trata-se de um regime tributário simplificado, o qual unifica o pagamento de diferentes tributos federais, além do Imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e comunicação (ICMS) e do Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS-QN), mediante a aplicação de uma alíquota favorecida sobre a renda bruta da empresa optante.

Sobre ao aumento do número de adesões ao simples nacional, assevera Pellegrini (2018):

Com o tempo, o regime foi sendo alterado para incluir um número cada vez maior de tributos e atividades, além do aumento do faturamento máximo permitido para aderir ao regime. Ao final de abril de 2018, eram cerca de 5 milhões de optantes, compostos por empresas de pequeno porte com receita bruta de até R\$ 400 mil por mês, e microempresas, com receita bruta de até 30 mil por mês (art. 3º da Lei Complementar 123/2006).

Esse sistema de tributação simplificada para micro e pequenas empresas figura como principal programa de incentivo fiscal do governo federal. Para atender a tal mister, o poder público federal abre mão de aproximadamente R\$ 78 bilhões por ano, desonerando contribuições para a seguridade social (saúde, previdência social e assistência social) e reduzindo a tributação do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

Quanto mais pessoas aderirem ao simples nacional, menor será a arrecadação tributária. É preciso que haja mais critério nessa política, mas não extingui-la. As empresas que podem aderir ao simples nacional são estratégicas no desenvolvimento do país, além de criar razoável quantidade de postos de trabalho (SEBRAE, 2017).

Por outro lado, verifica-se que nos últimos anos, há uma tendência de inclusão de novas pessoas/categorias ao simples nacional. A Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014

(BRASIL, 2014) é um exemplo claro dessa ocorrência. Após pressões de grupos de contribuintes, esse referido diploma legislativo alterou a “lei do simples nacional” para incluir advocacia, medicina, medicina veterinária, odontologia, psicologia, fonoaudiologia, despachantes, arquitetura, engenharia, agronomia, representação comercial, auditoria, consultoria, “design”, jornalismo, publicidade e várias outras atividades intelectuais.

Nos anos de 2018 e 2019 a rubrica “rendimentos isentos e não tributáveis das pessoas físicas” foi (e com projeção de ser em 2020) a segunda em renúncia fiscal. Compreendem aquelas pessoas que não tiveram renda anual suficiente para serem incluídas na cobrança do imposto sobre a renda.

Diz respeito a todas as pessoas que não recebem renda anual suficiente para serem tributadas pelo imposto sobre a renda³. Como se observa, esse contingente de pessoas percebe renda baixa e são liberadas do recolhimento da aludida exação fiscal. Caso não existisse essa desoneração, o impacto social sobre as vidas dessas pessoas poderia ser mais agressivo.

O setor do agronegócio também é grande beneficiário das políticas de renúncia fiscal. Somente em 2019, o governo deixou de arrecadar cerca de R\$ 24 bilhões, principalmente com a desoneração da cesta básica (mais de R\$ 16 bilhões), incentivos às exportações rurais (em torno de R\$ 7,7 bilhões) (PEREIRA, 2019). Um dos objetivos é diminuir o custo do produto na mesa do consumidor.

Neste item cabe a indagação se, de fato, os empresários do setor repassam o reflexo dessa política de desoneração para o consumidor, ou se a intenção maior é atender aos interesses do agronegócio brasileiro.

Em 2019, a Zona Franca de Manaus figurou como quarta maior renúncia fiscal no orçamento, alcançando o montante de R\$ 25 bilhões, com impacto na arrecadação do Imposto sobre Propriedade Industrial, Imposto sobre Importação e Pis-Pasep, além das contribuições para a Seguridade Social.

Na verdade, cuida-se de uma imunidade (porque prevista em texto constitucional) criada desde a promulgação da CRFB em 05/10/1988 e vigoraria por 25 anos. Pela Emenda Constitucional (EC) nº 42/2003 foram acrescentados mais 10 anos e com a EC 43/2014 estabeleceu a prorrogação por mais 50 (cinquenta) anos (logo, até 2.073). Assim, uma política de desoneração terá aplicação por 85 anos.

³ Em 2019 estava obrigado a apresentar a declaração anual o contribuinte que, em 2018, recebeu rendimentos tributáveis, sujeitos ao ajuste na declaração, cuja soma foi superior a R\$ 28.559,70. No caso da atividade rural, quem obteve receita bruta em valor superior a R\$ 142.798,50.

Neste ponto, é cabível a sindicabilidade da conveniência ou estratégia de um benefício fiscal por tempo tão elástico, pois firmado em bases abstratas e futuras, sem levar em consideração os aspectos concretos e regionais e, sobretudo, a necessidade de continuidade.

A política de desoneração fiscal é acentuada e projeta-se por muito tempo. Conforme divulgações da Secretaria da Receita Federal (BRASIL, 2019), pelo menos até o ano de 2.073 há previsão de renúncia fiscal nominadas, além das inscritas como prazo indeterminado.

Por outro lado, tem-se o grupo dos mais prejudicados pelas desonerações fiscais. A partir de outro recorte temporal, 1995 a 2002, Caldas (2019) assevera que as alterações infraconstitucionais efetivadas, na sua grande maioria, repassaram para a renda do trabalhador mais humilde a incumbência tributária, tais como:

- a) Empresas foram desoneradas com redução da alíquota de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica de 25% para 15%;
- b) Instituição dos chamados juros sobre capital próprio, possibilidade de remunerar os sócios e acionistas com taxa de juros de longo prazo (TJLP);
- c) Isenção de imposto de renda à distribuição de lucros a pessoas físicas, retirando a retenção de imposto de renda direto da fonte sobre lucros e dividendos;
- d) Eliminação da alíquota de 35 % do Imposto de Renda de Pessoa Física, reduzindo a progressividade do imposto (Lei nº 9.249/95);
- e) Aumento da alíquota do Imposto de Renda de 25% para 27,5% (Lei nº 9.532/97, art. 11);
- f) Elevação do número de declarantes de Imposto de Renda devido a não correção da tabela de 1996 a 2001.

Outro ponto que merece reflexão é o fato de o Poder Público não verificar o resultado das políticas de desoneração fiscal. A propósito, Silva (2014) comenta:

Nas décadas de 1960 até 1980 ou mesmo em períodos posteriores e mais recentes, a União criou, "administrou", mas não avaliou os resultados de bilhões de cruzeiros, cruzados e reais para que empresários pudessem aplicar na Amazônia e no Nordeste, e também em setores do turismo, na agricultura e outros mais. Tanto a SUDAM quanto a SUDENE e outros setores estiveram envolvidos em numerosos casos de corrupção com denúncias de desvios desses recursos que a União deixava de arrecadar.

Por meio da SUDENE foram levados a efeito vários empreendimentos em áreas tidas como estratégicas. Na década de 1960, essa política de facilitação de linhas de crédito se tornou muito atrativa, sobretudo em virtude dos incentivos fiscais. Não obstante, faltou uma análise mais regional para entender as especificidades locais. Em muitos casos, quando finalizavam as benesses fiscais, as empresas abandonavam as cidades e se dirigiam para outras no intuito de novos incentivos. Com isso, diversos são os exemplos de cidades brasileiras que convivem com antigas estruturas de empresas/fábricas já desativadas.

Nesse raciocínio, ao falar sobre as diferentes modalidades de desenvolvimento regional em Minas Gerais, inclusive com indicações de casos concretos (Juiz de Fora, Montes Claros e Belo Horizonte), ensina Dulce (1999:191):

Poucos projetos tinham alguma relação com a história agropastorial da área, ao passo que vários outros se situavam no patamar de alta tecnologia. Essa condição artificial determinou, também, a curva evolutiva da experiência, que, embora não tenha fracassado de todo, legou a Montes Claros o epíteto de “cemitério de indústria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lisura na administração dos recursos públicos exige, além da probidade, uma gestão eficiente. Os gastos tributários utilizados de forma excessiva destoam da finalidade para a qual foram instituídos.

Na linha do pensamento cepalino, notadamente a partir da década de 1950, o Brasil passa a adotar estratégias para industrializar o país. Nesta senda, a SUDENE foi instituída de modo a fomentar o desenvolvimento do nordeste e parte do norte de Minas Gerais. Um dos focos de atuação desta superintendência foi a renúncia fiscal para atrair novos empreendimentos.

Além da SUDENE, várias são as situações de renúncia fiscal em curso no país. De modo geral, os segmentos/grupos mais beneficiados sempre foram os mesmos, sugerindo o chamado estamento burocrático, numa perspectiva faoriana.

A política de desoneração fiscal não deve ser extinta, pois se mostra estratégica em determinados setores e/ou períodos. Todavia, sugere-se o estabelecimento de mecanismos de controle; de verificação da adequabilidade dos investimentos, tendo em vista as peculiaridades locais; bem como que a duração desses benefícios fiscais seja razoável, não se espraiando para décadas futuras, sem qualquer sindicabilidade da real necessidade de permanência/ continuidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.692 de 1959**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3692.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.995 de 1961**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3995.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.898 de 2019**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13898.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101 de 2000**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123 de 2006**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 147 de 2014**. Brasília (DF). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp147.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Tributários PLOA 2019**. Ministério da Fazenda, agosto/2018. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-ploa-2019.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Tributários PLOA 2018**. Ministério da Fazenda, agosto/2017. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/texto-dgt-ploa-2018-arquivo-final-para-publicacao.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Tributários PLOA 2017**. Ministério da Fazenda, agosto/2016. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/dgt-ploa-2017-versao-1-1.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Tributários PLOA 2016.** Ministério da Fazenda. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/DGTPLOA2016FINAL.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Tributários PLOA 2015.** Ministério da Fazenda. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-2015>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Demonstrativo dos Gastos Tributários PLOA 2014.** Ministério da Fazenda, agosto/2016. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-2014>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Evolução dos Gastos Tributários - Bases Efetivas e Projeções. Receita Federal, 29/04/2019. Disponível em: <<https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/demonstrativos-dos-gastos-tributarios/dgt-bases-efetivas-e-projecoes>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

CALDAS, Geisilene Aparecida de Amorim. Renúncia Fiscal: Justiça Fiscal Brasileira e Princípios Constitucionais. 2019. Disponível em <<https://blog.sajadv.com.br/renuncia-fiscal-principios>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

DULCI, Otávio Soares. **Política e Recuperação Econômica em Minas Gerais.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder.** Porto Alegre: Globo, 1984.

FURTADO, Celso. **Obra de Autobiografia de Celso Furtado.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MENDES, Constantino Cronemberger. **A Política Regional nas Renúncias Fiscais Federais: 1995/1998.** Brasília: IPEA- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2000.

PELLEGRINE, Josué Alfredo. **Gastos (benefícios) Tributários. Nota Técnica nº 17/2018 -**

Instituição Fiscal Independente. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ifi/pdf/nota-tecnica-no-17-gastos-beneficios-tributarios-jun-2018>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

PEREIRA, Roger. **Para onde vão os R\$ 300 bilhões em renúncias fiscais do governo federal**. 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/para-onde-vaos-r-300-bilhoes-em-renuncias-fiscais-do-governo-federal/>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

RESENDE, Thiago. Governo estima que economia com reforma da Previdência caia para R\$ 933,5 bi. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18/07/2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/07/apos-mudancas-economia-com-reforma-da-previdencia-cai-para-r-9335-bilhoes.shtml>>. Acesso em 05 jul. 2020.

SALVADOR, Andressa. 2013. **Os Donos do Poder segundo Raymundo Faoro**. Disponível em: <>. Acesso em 05 jul. 2020.

SEBRAE. Simples Nacional ajudar a criar empregos no país. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 06/12/2017. Disponível em <<http://estudio.folha.uol.com.br/sebrae-simples-nacional/2017/12/1941091-simples-nacional-ajuda-a-criar-empregos-no-pais.shtml>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SILVA, Juacy da. **Os Impactos da Renúncia Fiscal**. 2014. Disponível em:<https://professorjuacy.blogspot.com/search?q=os+impactos+da+ren%C3%BAncia+fiscal+>>. Acesso em: 18 jul. 2020.



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG