

Agosto 2016

# REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Edição nº 15 – 2016

Augusto Reis Ballardim  
Bruna Sebastiani Baptista  
Camila Mollerke Santos  
Christina de Moraes Hermann  
Daian Possamai  
Felipe da Veiga Dias  
Franklyn Roger Alves Silva  
Guilherme Henrique Mariani de Souza  
Henrique Fensterseifer da Silva  
Jaqueline Reginaldo de Almeida  
Lorena Silva Pereira  
Tatiane Meinhard Lowe  
Vera Maria Werle  
Victor Matheus Bevilaqua  
Vitória Damião da Silva  
Zeni Xavier Siqueira dos Santos

Coord. Editorial  
Mariana Py Muniz Cappellari





# **REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA do Rio Grande do Sul**

**Porto Alegre/RS  
2016**



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

---

ISSN 2177-8116

---

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [on line] /  
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 7, V.15  
(maio/ agosto.2016). – Porto Alegre: DPE, 2016 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmara Gomes - CRB-10/1367



Impresso na Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas | CORAG  
Diagramação: Lilian Lopes Martins | Corag

**DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO**

Cristiano Vieira Heerd

**CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Adriana Hervé Chaves Barcellos

**SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS**

Cassandra Sibemberg Halpern

**SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS**

Tiago Rodrigo dos Santos

**SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Antônio Flávio de Oliveira

**COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Mariana Py Muniz Cappellari

**CONSELHO EDITORIAL**

Fernanda de Souza Moreira Torres

Henrique Marder da Rosa

Janaína Rodrigues Oliveira

João Batista Oliveira de Moura

Mariana Py Muniz Cappellari

**EQUIPE TÉCNICA**

(Execução, revisão e distribuição)

Cristiane Azevedo dos Reis

Lyége Kunde

Rute Antunes de Mello

Virgínia Feix

---

---

**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Rua Sete de Setembro, 666 | Centro Histórico

CEP 90010-100 | Porto Alegre/RS

Tel. (51) 3211-2233

[www.dpe.rs.gov.br/site/revista\\_eletronica.php](http://www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php)



## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	7
<b>A ASSISTÊNCIA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA PERANTE OS ÓRGÃOS ECLESIÁSTICOS DA SANTA SÉ</b> <i>Franklyn Roger Alves Silva</i> .....	11
<b>O CONTROLE DA PUBLICIDADE E A PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA</b> <i>Christina de Moraes Hermann e Daian Possamai</i> .....	31
<b>ORDEM PÚBLICA E PRISÃO PREVENTIVA: UMA INVESTIGAÇÃO HISTÓRICO-POLÍTICA</b> <i>Guilherme Henrique Mariani de Souza</i> .....	65
<b>SISTEMA PENAL E SELETIVIDADE SOCIAL: O SISTEMA PENAL COMO REPRODUTOR DA DESIGUALDADE SOCIAL</b> <i>Victor Matheus Bevilaqua</i> .....	89
<b>ENCARCERAMENTO DA POPULAÇÃO NEGRA: ANÁLISE DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO COM BASE NA TEORIA DO LABELING APPROACH E NA CRIMINOLOGIA CRÍTICA</b> <i>Zeni Xavier Siqueira dos Santos e Felipe da Veiga Dias</i> .....	107
<b>(IN)IMPUTABILIDADE INDÍGENA: UM DEBATE ENTRE O DIREITO CONSUETUDINÁRIO E O DIREITO ESTATAL</b> <i>Bruna Sebastiani Baptista, Henrique Fensterseifer da Silva, Jaqueline Reginaldo de Almeida, Tatiane Meinhard Lowe, Vitória Damião da Silva e Vera Maria Werle</i> .....	133
<b>O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO E A REALIDADE DO EGRESSO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO</b> <i>Lorena Silva Pereira</i> .....	165
<b>DIREITO AO ESQUECIMENTO DAS INFRAÇÕES PENAIS</b> <i>Augusto Reis Ballardim</i> .....	195
<b>SÚMULA: UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO (?). A DITADURA DO PODER JUDICIÁRIO, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DEFENSORIA PÚBLICA COMO AGENTE GARANTIDOR</b> <i>Camila Mollerke Santos</i> .....	229



## APRESENTAÇÃO

A Revista da Defensoria chega à sua décima quinta edição, assim como nas anteriores, trazendo artigos com diversos assuntos que permeiam o universo jurídico e têm por intuito auxiliar os Colegas e as Colegas na execução das suas atribuições, dentre eles, um questionamento quanto à atuação da Defensoria Pública na jurisdição canônica, a proteção à criança e um olhar especial atinente às questões penais.

Alicerçado na missão constitucional da Defensoria Pública de prestar orientação jurídica e de realizar a defesa dos assistidos, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos, nas esferas judicial e extrajudicial, no artigo A Assistência Jurídica da Defensoria Pública perante os órgãos Eclesiásticos da Santa Sé, o autor Franklyn Roger Alves Silva examina a questão atinente à possibilidade de atuação das Defensorias nos procedimentos da jurisdição canônica. Contribuindo imensamente e aguçando a curiosidade do leitor e da leitora.

Ainda no compasso dessa ampla assistência aos vulneráveis, os autores Christina de Moraes Hermann e Daian Possamai, com o texto O Controle da Publicidade e a Proteção Integral à Criança, alertam para o poder da publicidade, que influencia a sociedade em geral e, de forma mais contundente, as crianças que não possuem o necessário discernimento para entender o caráter persuasivo dos anúncios publicitários, sendo imperioso que a família, a sociedade e o Poder Público assegurem, à infância, os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Tema, portanto, de extrema relevância aos que atuam perante a Infância e Juventude.

Debruçando um olhar atento sobre a matéria penal, esfera sensível no Direito, o autor Guilherme Henrique Mariani de Souza, através do artigo Ordem Pública e Prisão Preventiva: uma investigação histórico-política, faz uma análise do contexto histórico-político em que foi criado o Código de Processo Penal, procurando identificar qual a possível relação entre a prisão preventiva e as práticas políticas vigentes no Estado Novo, época de elaboração da legislação processual, concluindo que a previsão do encarceramento com o fim de “garantia da ordem pública” foi criada e utilizada, em seu período inicial, como fundamento para a repressão e o isolamento dos inimigos do regime político presidido por Getúlio Vargas. Nada do que não nos pareça mais atual, portanto.

Neste mesmo passo e também questionando a aplicação da lei penal com o fim único e exclusivo de realizar uma “faxina” social, o texto Sistema Penal e Seletividade Social: o sistema penal como reprodutor da desigualdade social, do autor Victor Matheus Bevilaqua, aborda a operacionalidade do subsistema penal, suas práticas e seus efeitos na sociedade, bem como as suas funções latentes, contrastando-as com a sua programação normativa teleológica que a (auto)legitima, embora em permanente crise, a partir de uma visão crítica, baseada, sobretudo, nos estudos da Criminologia Crítica, buscando explicitar a função real do sistema penal como reprodução material e ideológica da desigualdade social, isto é, o sistema penal como instrumento a garantir a vigência do sistema capitalista patriarcal.

Comprovando a ideia de que hoje o sistema penal existe para abarcar parcelas muito específicas da população e com a consciência da importância da garantia do acesso à justiça e da promoção dos Direitos Humanos, o artigo seguinte enfoca um grupo vulnerável: os negros. No texto O Encarceramento da população Negra: análise do sistema punitivo brasileiro com base na teoria do labeling approach e na criminologia crítica, os autores Zeni Xavier Siqueira dos Santos e Felipe da Veiga Dias, discorrem sobre a Teoria do Labeling Approach ou Rotulação Social e da Criminologia Crítica para analisar as estatísticas de encarceramento/aprisionamento da população negra brasileira, a fim de verificar se a população negra é o alvo preferencial do sistema punitivo brasileiro e das agências de controle social formal, com enfoque na análise do sistema prisional.

Já o artigo (In)Imputabilidade Indígena: um debate entre o direito consuetudinário e o Direito Estatal, dos autores Bruna Sebastiani Baptista, Henrique Fensterseifer da Silva, Jaqueline Reginaldo de Almeida, Tatiane Meinhard Lowe, Vitória Damião da Silva e Vera Maria Werle, averigua a posição que o ordenamento jurídico brasileiro vem adotando em relação à responsabilização penal dos povos indígenas, mediante análise da conjuntura histórica desde a colonização brasileira até os dias atuais, concluindo que em razão da diferença cultural, os indígenas necessitam de um tratamento particular na seara penal que considere sua cultura, crenças e tradições, defendendo a tese da exclusão da culpabilidade em razão do erro de proibição ou da inexigibilidade de conduta diversa como uma solução adequada ao tratamento penal dos povos indígenas, com a finalidade de corporificar, na seara, os direitos à autodeterminação e a manifestação cultural, protegidos constitucionalmente.

Ainda no âmbito penal, o artigo O Mito da Ressocialização e a Realidade do Egresso do Sistema Penal Brasileiro, da autora Lorena Silva Pereira, fala sobre a importância do apoio ao egresso e sobre como esse suporte social contribui na transformação de vidas comprometidas e no auxílio legítimo da ressocialização, bem como defende que a pena privativa de liberdade pura e simples, não possui a função ressocializadora genuína, sendo necessário o engajamento social.

Além da ressocialização, o esquecimento das infrações penais é outro fator relevante no âmbito do direito penal e é tratado pelo autor Augusto Reis Ballardim através do artigo Direito ao Esquecimento das Infrações Penais, no qual busca identificar parâmetros seguros para sua aplicação em casos futuros a partir da apresentação de situações em que já se discutiu sua incidência nas cortes pátrias e internacionais, além da consulta a referências relacionadas ao tema. E, por fim, faz um contraponto entre o pleno exercício da atividade jornalística e os direitos fundamentais relacionados à personalidade e à dignidade humana, dentre eles, o direito ao esquecimento das infrações penais.

Encerramos esta edição com artigo da lavra da autora Camila Mollerke Santos, intitulado Súmula: uniformização do entendimento (?). A Ditadura do Poder Judiciário, o Estado Democrático de Direito e a Defensoria Pública como Agente Garantidor, no qual perquire se a atuação do Estado-Juiz, a pretexto de uniformizar o entendimento e trazer segurança jurídica por meio da edição de súmulas, em verdade não o engessa. E finaliza, demonstrando a gritante necessidade de uma Defensoria Pública Independente e Autônoma à preservação das garantias fundamentais, diante de um Estado Democrático de Direito que parece, no mais das vezes, dar azo a ilegalidades e inconstitucionalidades, sumulando em verdade, a subtração de direitos fundamentais.

Assim como nas demais edições, esperamos que esta seja mais um instrumento de educação em direitos, de promoção dos Direitos Humanos e que contribua para o fortalecimento das Defensorias Públicas, auxiliando os Colegas e as Colegas em suas atividades, e, desde já, concitando a todos e a todas contribuírem com a nossa revista, desejando uma excelente leitura.

**MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI**

DEFENSORA PÚBLICA

COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA



# ASSISTÊNCIA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA PERANTE OS ÓRGÃOS ECLESIAÍSTICOS DA SANTA SÉ

Franklyn Roger Alves Silva<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo examina a questão atinente à possibilidade de atuação da Defensoria Pública nos procedimentos da jurisdição canônica, diante da extensão da garantia constitucional de assistência jurídica integral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assistência Jurídica. Santa Sé. Defensoria Pública.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A natureza jurídica da Santa Sé no Direito brasileiro. 3. O potencial de atuação da Defensoria Pública em feitos da Justiça Eclesiástica. 4. Conclusão. 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

*“Meus filhinhos, estas coisas vos escrevo, para que não pequeis; e se alguém pecar, temos um Advogado para com o Pai, Jesus Cristo, o justo” (1 João 2:1).*

*“Quando se levantar testemunha falsa contra alguém, para testificar contra ele acerca de transgressão. Então aqueles dois homens, que tiverem a demanda, se apresentarão perante o Senhor, diante dos sacerdotes e dos juízes que houver naqueles dias. E os juízes inquirirão bem; e eis que, sendo a testemunha falsa, que testificou falsamente contra seu irmão, far-lhe-eis como cuidou de fazer a seu irmão; e assim tirarás o mal do meio de ti” (Deuteronômio 19:16-18).*

Nem todos percebem, mas a Bíblia possui diversas referências ao Direito hoje posto em nosso ordenamento jurídico. Desde a garantia da assistência jurídica até a ampla defesa e o contraditório, várias normas apresentam reflexos nos escritos sagrados.

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Também é inegável a estruturação da Igreja Católica, inclusive, apresentando organismo jurídico, a Justiça Eclesiástica e um diploma normativo próprio, o Código de Direito Canônico (*codex iuris canonici*).

Exemplo mais recorrente da atuação da Justiça Canônica diz respeito às causas de anulação de matrimônio, matéria que ganhou recente repercussão, diante de reforma promovida pelo Papa Francisco, com especial foco na celeridade<sup>2</sup> e nos custos daqueles procedimentos.

O propósito do presente estudo é o de compreender o papel da Justiça Canônica perante o Estado brasileiro e considerar a possibilidade de a Defensoria Pública, instituição secular, prestar assistência jurídica nos órgãos eclesiais da Igreja Católica, definindo-se o potencial desta atuação.

Duas premissas merecem consideração do leitor. A primeira delas é a de que as conclusões deste breve ensaio não significam a inclusão ou afastamento de eventuais organismos e instituições estabelecidas por outros fenômenos religiosos.

A opção pelo regramento da Igreja Católica se deve ao maior detalhamento normativo de sua estrutura, pelo próprio reconhecimento da Santa Sé no Brasil e, principalmente, pela maioria católica que ainda predomina na população – o Brasil ainda ocupa o primeiro lugar em todo o mundo (64,6% de nossa população, de acordo com o censo de 2010).

Em segundo lugar, apesar de recém-ingresso ao catolicismo, o autor declara, desde já, como reza a boa metodologia de pesquisa que sua abordagem referir-se-á apenas aos critérios jurídico-positivos que gravitam em torno do tema, sem qualquer inclinação ou predisposição ao regramento jurídico canônico.

## 2 A NATUREZA JURÍDICA DA SANTA SÉ NO DIREITO BRASILEIRO

De início, torna-se importante destacar que o fato de a República Federativa do Brasil representar um Estado laico<sup>3</sup> (art. 5º, VI e 19, I da CRFB)

---

<sup>2</sup> *In questo senso sono anche andati i voti della maggioranza dei miei Fratelli nell'Episcopato, riuniti nel recente Sinodo straordinario, che ha sollecitato processi più rapidi ed accessibili. In totale sintonia con tali desideri, ho deciso di dare con questo Motu proprio disposizioni con le quali si favorisca non la nullità dei matrimoni, ma la celerità dei processi, non meno che una giusta semplicità, affinché, a motivo della ritardata definizione del giudizio, il cuore dei fedeli che attendono il chiarimento del proprio stato non sia lungamente oppresso dalle tenebre del dubbio.* ([https://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-iudex-dominus-iesus.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html))

<sup>3</sup> *“A ideia básica da laicidade é bastante simples: grosso modo, ela consiste em que o Estado não professa nem favorece (nem pode professar ou favorecer) nenhuma religião; dessa forma, ela contrapõe-se ao Estado confessional.”*

não significa que a nação não possa reconhecer entidades e organismos religiosos.

Tanto é verdade que o Decreto n. 7.107, 11 de fevereiro de 2010 promulga o acordo entre o governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé<sup>4</sup> relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008.

O referido diploma estabelece que o Brasil reconhece a personalidade jurídica da Igreja Católica e de todas as Instituições Eclesiásticas que possuem tal personalidade em conformidade com o direito canônico, desde que não contrariem o sistema constitucional e as leis brasileiras, na forma do art. 3º do Decreto n. 7.107/2010.

Esta norma traduz grande significado jurídico, posto que a natureza jurídica da igreja e de seus organismos é encargo a ser exercido pelas normas canônicas, não se enquadrando na clássica divisão da personalidade jurídica definida pelo Código Civil (art. 44, IV), diante da natureza jurídica internacional da Igreja Católica<sup>5</sup>.

No plano da Santa Sé, a jurisdição canônica é dividida em várias instâncias com competências diversas. O Tribunal Eclesiástico, existente em cada diocese, corresponde a primeira instância da Justiça Canônica e tem competência para causas tradicionais definidas no código, a exemplo da anulação de casamento, infrações praticadas por clérigos e imposição de

---

(LACERDA, Gustavo Biscaia de. Sobre as Relações entre Igreja e Estado: Conceituando a laicidade. Ministério Público em Defesa do Estado Laico. Brasília : CNMP, 2014. P. 181).

<sup>4</sup> A Santa Sé e o Vaticano não se confundem. A Cidade Estado do Vaticano refere-se tão somente ao território representativo da Santa Sé, pessoa jurídica de direito internacional que representa o governo central da igreja católica, liderada pelo Papa em exercício.

<sup>5</sup> *“Cumpro agora perguntar qual personalidade jurídica é reafirmada pelo Acordo. Trata-se da personalidade de todas as Instituições Eclesiásticas que possuem tal personalidade em conformidade com o direito canônico, desde que não contrarie o sistema constitucional e as leis brasileiras”. Eis que encontramos aqui uma expressa referência e reconhecimento legal do Direito Canônico como o corpo legislativo competente para reger e determinar quais entes eclesásticos constituem-se em pessoas jurídicas, os quais possuirão sua personalidade reafirmada pela República Federativa do Brasil. Nesse sentido, note-se que o Acordo não se preocupou em subsumir a Igreja a uma classificação legal ou doutrinária das pessoas jurídicas, apenas reconheceu-lhe (reafirmou-lhe) este atributo. Não há a necessidade, portanto, de se enquadrar a Igreja como pessoa de direito público ou privado. Igualmente, o Acordo reconheceu esta personalidade indistintamente à Igreja como um todo e às instituições eclesásticas que a compõem, delegando, assim, à alçada canônica o ofício de assentar as regras a respeito. Ressalvou-se, todavia, o ordenamento jurídico nacional, por meio do uso da fórmula “desde que não contrarie o sistema constitucional e as leis brasileiras”.* (AGUILLAR, Rafael Salomão Safe Romano. O acordo entre o Brasil e a Santa Sé (2008): um marco na relação igreja-estado no Brasil. Disponível em [http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio\\_resumo2013/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Rafael%20Romano.pdf](http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Rafael%20Romano.pdf) Acesso em 20 jun 2016. P. 12-13).

excomunhão<sup>6</sup>. Atribui-se ao Bispo ou ao Vigário Judicial a competência para estas causas, podendo aquele nomear outros juízes eclesiásticos.

A segunda instância desta justiça especializada é exercida pelo Tribunal Interdiocesano e de Apelação<sup>7</sup>. De acordo com a organização da Justiça Eclesiástica algumas dioceses exercem o primeiro grau de jurisdição e funcionam também como segunda instância em suas próprias dioceses e para causas apreciadas por Tribunais Eclesiásticos de outras dioceses.

Há ainda a Rota Romana, órgão revisional das instâncias da Justiça Eclesiástica, com sede no Vaticano, cuja presidência é exercida pelo Papa, sendo composto por vários auditores, com competência para causas originárias, para o exercício do segundo e terceiro grau de jurisdição, assim definidos no código e nas demais normas canônicas<sup>8</sup>.

E, por fim, o Tribunal da Santa Sé (Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica)<sup>9</sup> que além de instância máxima apreciadora de feitos julgados

<sup>6</sup> “O Código de Direito Canônico trata da matéria nos cânones 1.419 a 1.429. A estrutura primária do ordenamento judiciário na Igreja latina é fixada e condicionada à Diocese ou a sua circunscrição. O ordinário ou bispo diocesano é a autoridade competente, no qual se encontra o poder titular, ou seja, o juiz natural de primeira instância. Pode este reservar o direito judicante sobre determinados casos, entretanto, por conservar o poder de direção da organização administrativa da justiça, o ordinário não exerce pessoalmente o poder jurisdicional, mas se vale do trabalho de outros juízes que, com ele, compõe o tribunal diocesano.

Assim, todo bispo diocesano deve constituir um Vigário judicial ou Oficial com poder ordinário de julgar, que se distingue do Vigário geral, a quem é conferido os poderes para resolver os assuntos administrativos.” (OMETTO, Rosália Toledo Veiga. Organização judiciária canônica. Disponível em <http://omettoadvogados.adv.br/upimig/ck/files/REVISTA%20OAB%20PIRACICABA%20Organização%20Judiciária%20Canônica.pdf> Acesso em 19 jun 2016. P. 65).

<sup>7</sup> “A matéria é tratada no Código de Direito Canônico nos cânones 1.438 a 1.441. O tribunal ordinário de segunda instância, a quem se pode recorrer das decisões do tribunal diocesano, tem sede na diocese metropolitana. As dioceses agrupadas em territórios mais amplos, as províncias eclesiásticas, em cada qual há posição proeminente do bispo metropolitano ou arcebispo. O arcebispo é titular do poder episcopal na sua diocese metropolitana, desfrutando, inclusive, de supremacia jurisdicional sobre as dioceses sufragâneas. O bispo metropolitano, enquanto bispo da própria diocese, e também juiz de primeira instância para seus próprios fiéis, é um tribunal diocesano, atuando para outras dioceses como tribunal metropolitano. Entretanto, para as causas julgadas originariamente no tribunal metropolitano este não pode ser ao mesmo tempo seu próprio tribunal de apelo.” (OMETTO, Rosália Toledo Veiga. Organização judiciária canônica. Disponível em <http://omettoadvogados.adv.br/upimig/ck/files/REVISTA%20OAB%20PIRACICABA%20Organização%20Judiciária%20Canônica.pdf> Acesso em 19 jun 2016. P. 69)

<sup>8</sup> “A Rota Romana é um tribunal ordinário de apelação, constituído pelo Romano Pontífice, com caráter voluntário na segunda instância, e com caráter obrigatório na terceira e últimas instâncias. A Rota Romana julga em segunda instância as causas que tenham sido julgadas pelos tribunais ordinários de primeira instância e sejam levadas a Santa Sé mediante apelação legítima. Em terceira e última instância, julga as causas já decididas pela própria Rota Romana e por quaisquer outros tribunais, a não ser que haja coisa julgada.” (OMETTO, Rosália Toledo Veiga. Organização judiciária canônica. Disponível em <http://omettoadvogados.adv.br/upimig/ck/files/REVISTA%20OAB%20PIRACICABA%20Organização%20Judiciária%20Canônica.pdf> Acesso em 19 jun 2016. P. 73).

<sup>9</sup> O mais alto tribunal canônico é o Tribunal da Santa Sé, ou Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, regulado pelo Código de Direito Canônico no cânone 1.445 e, por legislação especial, através das normas aprovadas por Paulo VI em 23 de março de 1968. As competências do Tribunal da Assinatura Apostólica estão pormenorizadas nos artigos 121 a 124 da Constituição Apostólica Pastor Bonus.

Importante destacar o poder supremo da Santa Sé, que por estar constituída pelo ofício do Papa, concede à Santa Sé todos os direitos e prerrogativas que competem ao Romano Pontífice, ou seja, enquanto cabeça do corpo místico

pela Rota Romana, também exerce o papel de administração da justiça eclesiástica.

Nesse escalonamento funcional, o código canônico define competências e o percurso dos procedimentos, inclusive com a previsão de recursos e instrumentos de defesa, como se percebe do conteúdo de seu texto.

Muitas outras nuances revestem a sistematização jurídica da Santa Sé, não sendo nosso objetivo adentrar em profundidade neste ramo do Direito. A breve introdução da Justiça Eclesiástica nos serve para situar eventual atuação da Defensoria Pública, como passaremos a demonstrar.

### **3 O POTENCIAL DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FEITOS DA JUSTIÇA ECLESIASTICA**

A aproximação dos interesses tutelados pela Defensoria Pública e a matéria canônica não é novidade, posto que a igreja foi uma das instituições que serviram de estopim para o incremento do serviço de assistência jurídica dos necessitados<sup>10</sup> ao longo da história do mundo, enquanto que a concepção de patrocínio gratuito pelo estado sofreu diversas modificações ao longo do tempo<sup>11</sup>.

No campo prático pode ser apontado o julgamento de homologação de sentença estrangeira proveniente do Vaticano (SEC 11962), julgado pelo STJ por iniciativa da Defensoria Pública da União.

Esta atuação decorreu do comando previsto no art. 12 do Decreto n. 7.107/2010 ao prever que a homologação das sentenças eclesiásticas em

---

*da Igreja, com seu triplice poder de ensinar (magistério), santificar (sacerdócio) e reger (regime); enquanto soberano temporal do Estado da Cidade do Vaticano; enquanto Patriarca do Ocidente, Primaz da Itália, Metropolita da Província Romana e Bispo de Roma. A Santa Sé vem a ser, em forma abstrata, a suprema direção ou o organismo supremo de direção e representação, tanto da Igreja como do Estado da Cidade do Vaticano.*" (OMETTO, Rosália Toledo Veiga. Organização judiciária canônica. Disponível em <http://omettoadvogados.adv.br/upimg/ck/files/REVISTA%20OAB%20PIRACICABA%20Organização%20Judiciaria%20Canônica.pdf> Acesso em 19 jun 2016. P. 75).

<sup>10</sup> "Grâce à l'appui du gouvernement, des communautés locales et des organisations professionnelles à but non lucratif purent instituer des bureaux d'aide juridique qui offraient librement leurs services à tous les citoyens. Dans ces centres de consultation juridique, des hommes de loi collaboraient avec des fonctionnaires publics, notamment dans les matières relevant des tribunaux administratifs. Les consultations juridiques étaient données de façon objective et non partisane. Le but poursuivi était de maintenir la paix sociale et de prévenir les litiges inutiles." (BLANKENBURG, Erhard. *Aide Juridique: des avancées sporadiques. Droit e société*. Vol. 34. Ano 1996. P. 620).

<sup>11</sup> "L'attività prestata gratuitamente dagli avvocati per la difesa dei poveri ha radici antichissime, nelle quali possiamo probabilmente rinvenire il profondo significato di quella che, fino a non molti anni addietro, era ancora definita come una sorta di missione." (SAN LIO, Maurizio Magnano di. *Il Patrocinio dei non abbienti a spese dello Stato*. Disponível em <http://www.altalex.com/documents/news/2004/11/02/il-patrocinio-dei-non-abbienti-a-spesse-dello-stato>. Acesso em 20 jun 2016).

matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, será efetuada nos termos da legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras.

O Superior Tribunal de Justiça homologou sentença de anulação de casamento religioso de modo a atribuir-lhe efeitos na ordem jurídica brasileira, inclusive civis. Apesar de o caso dizer respeito ao exercício tradicional de assistência jurídica perante órgão jurisdicional, o ponto interessante é saber se a Defensoria Pública também teria espaço para officiar perante os órgãos da Justiça Eclesiástica, a exemplo da discussão meritória da anulação do matrimônio, por exemplo?

Note-se que a discussão quanto à atribuição da Defensoria Pública para atuar em determinados ramos ou órgãos deve passar ao largo de aspectos crítico-pessoais, inclusive os de índole corporativista.

O pesquisador que se debruça na interpretação das funções institucionais deve empregar metodologia que leve em consideração as normas que regem a Defensoria Pública e também os princípios que se levantam a partir da existência institucional dentro de nosso sistema jurídico.

Importante que não se confunda a aptidão (atribuição) para atuar com a efetiva possibilidade para atuar (recursos humanos). É fato que a Defensoria Pública nega diversas de suas funções institucionais por falta de profissionais e órgãos suficientes. Isto, no entanto, não pode servir como venda aos olhos que procuram compreender o papel da instituição.

Só através da compreensão da sua exata missão na sociedade é que a Defensoria Pública poderá se planificar e projetar endoestruturalmente a sua atuação, levando em consideração os critérios normativos definidores da sua organização<sup>12</sup>.

Não é possível admitir um preconceito com a natureza das causas institucionais patrocinadas pela Defensoria Pública. A Constituição da República determina a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Se a indicação do estado de hipossuficiência – extensão subjetiva – afasta o caráter universal da atuação da Defensoria Pública, o mesmo não

---

<sup>12</sup> Sobre este ponto específico, a qualquer hora trataremos o debate a respeito da autonomia administrativa da Defensoria Pública e a possibilidade de o Poder Judiciário ditar onde a instituição deve lotar os seus membros. Desde já adiantamos nosso entendimento de que a autonomia institucional não é absoluta e se a administração superior inobserva critérios definidos em lei, a exemplo do art. 107 da LC 80/94 e o art. 98 do ADCT.

pode ser dito em relação à extensão objetiva<sup>13</sup>. A profundidade da assistência jurídica é universal e deve compreender a consultoria, representação e assistência em qualquer sede ou nível jurídico.

Essa dimensão é talvez a mais difícil, pois torna a Defensoria Pública um organismo de crescente ampliação, estendendo seus braços para ramos e áreas até então não exploradas ou conhecidas.

A crescente adaptação da Defensoria Pública exige cuidado e maturidade de seus membros no momento de analisar e criticar a extensão da assistência jurídica prestada pela instituição, considerando que o constituinte originário definiu como integral a atividade desempenhada em prol dos necessitados.

Boaventura de Sousa Santos<sup>14</sup>, Leonardo Greco<sup>15</sup>, Paul Wice<sup>16</sup> e Mayer Goldman<sup>17</sup> apontam que o carente de recursos só terá pleno acesso à

---

<sup>13</sup> “A Defensoria Pública é fruto da compreensão de que o próprio fenômeno jurídico é multifacetado e demanda enfrentamento inovador, múltiplo e corajoso, na exata medida em que não só a comunidade jurídica, mas principalmente os destinatários dos serviços de todo o Sistema de Justiça já identificaram e denunciaram a (famosa) falta de efetividade, e exigem sua superação com a prestação de um serviço eficiente sob todos os pontos de vista (muito longe, alias da atuação rasa de quem se contenta em simplesmente seguir modelos legais sem preocupação com o resultado prático do que desenvolve).” (KETTERMANN, Patricia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015. P. 24.).

<sup>14</sup> “No Brasil está-se a realizar aquilo que eu propus em Portugal, mas que não foi possível concretizar devido, sobretudo, à oposição da Ordem dos Advogados: a criação de uma defensoria pública. A experiência comparada mostra-nos que, quando a assistência judiciária é entregue à Ordem dos Advogados, não funciona com eficácia. A razão é simples: a Ordem dos Advogados quer proteger o seu mercado, ou seja, reservar para a advocacia bem remunerada o desempenho profissional de qualidade. A lógica de mercado não lhe permite deslocar bons advogados para fazer assistência judiciária. Seria um contrassenso. Tem, por isso, que haver um outro sistema. Mas, em Portugal, quando propus a criação do defensor público, que não era um funcionário do estado, houve logo a reação de que se tratava de mais uma burocracia do Estado. O que eu propunha era a criação de um instituto público, uma figura diferente da de um serviço de Estado.” (SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2014. P. 50).

<sup>15</sup> “O sistema ideal é aquele em que o patrocínio dos interesses dos pobres é exercido em igualdade de condições com o daqueles que podem arcar com a contratação de advogados particulares” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Vol. I. p. 434.).

<sup>16</sup> “Leo Silverstein, in his definitive national report for the American Bar Foundation entitled “Defense of the Poor in Criminal Cases in State Courts,” concluded that public defender programs offered the following advantages:

1. Provide experienced, competent counsel
2. Assure continuity and consistency in quality of defense, especially in comparison to assigned counsel
3. Are better able to screen defendants for eligibility
4. Are more economical to operate in populous areas
5. Offer better cooperation between the defense and prosecutor, which can result in better (more advantageous) pleas.” (WICE, Paul. *Public defenders and the American Justice System*. Connecticut: Praeger Publishers, 2005.P. 12).

<sup>17</sup> “Occasionally, the accused has the good fortune to have an experienced and capable attorney assigned to him. Busy lawyers have neither the time nor the inclination to neglect their more lucrative practice for the privilege of basking in the atmosphere of the criminal court. Therefore, the court usually assigns counsel from among the attorneys in attendance at the time, or who are present for the purpose of being assigned. Frequently young and inexperienced attorneys are assigned. They are usually honest and painstaking and devote much time to the preparation of their cases. While they are glad to take unpaid assignments, the benefit they get from

justiça quando puder litigar em igualdade de condições com os mais bem afortunados.

Se a pessoa que dispõe de recursos tem inúmeras possibilidades de utilização dos serviços prestados por advogado particular, negar esta possibilidade ao hipossuficiente<sup>18</sup> é o mesmo que inobservar o preceito constitucional contido no art. 5º, LXXIV e, em última análise, o próprio acesso à justiça<sup>19</sup>.

O termo integral não comporta qualquer outra interpretação que não a plenitude de atuação da Defensoria Pública, sempre levando em conta os parâmetros definidores nas suas normas, em respeito à vontade popular materializada no texto originário da Constituição da República.

A natureza do organismo ao qual se destina a atuação é irrelevante para fins de limitação da assistência jurídica, revelando verdadeiro equívoco daquele que se debruça nos estudos da Defensoria Pública, propondo interpretações limitativas às matérias de atuação, principalmente quando despidas de qualquer embasamento jurídico-positivo, querendo desmerecer os interesses deduzidos, a partir de meras conjecturas e argumentos vazios.

Definidas estas premissas, a pergunta inicial, então, precisa ser respondida a partir de uma via de mão dupla, ou seja, se a Defensoria Pública detém atribuição para a Justiça Eclesiástica e se a Santa Sé permite o ingresso da instituição.

Esta via de mão dupla é uma característica muito comum, por exemplo, em relação do direito estrangeiro. Há um equívoco conceitual em se acreditar que os membros da Defensoria Pública no Brasil possam prestar assistência jurídica integral quando a atuação disser respeito ao plano es-

---

*experience is probably greater than that which their clients receive.” (GOLDMAN, Mayer C. *The public defender: a necessary factor in the administration of justice*. New York: G. P. Putnam’s Sons. 1917. P. 20).*

<sup>18</sup> *“Per la difesa dei non abbienti, allora, è richiesta una particolare attitudine che deve essere valutata caso per caso, scegliendo un avvocato che possa adeguare ai tempi moderni le antiche, ma sempre valide parole di Calamandrei: l’avvocato deve essere per il suo cliente, in certi momenti in cui ogni calcolo di mestiere si scioglie e si purifica nella commozone, il fratello e il confessore che può dargli, più che la sua dottrina e la sua eloquenza, il conforto di tenergli compagnia nel dolore.” (SAN LIO, Maurizio Magnano di. *Il Patrocinio dei non abbienti a spese dello Stato*. Disponível em <http://www.altalex.com/documents/news/2004/11/02/il-patrocinio-dei-non-abbienti-a-spesse-dello-stato>. Acesso em 20 jun 2016).*

<sup>19</sup> *“In most modern societies the help of a lawyer is essential, if not mandatory, to deciphering the increasingly complex laws and arcane procedures encountered in bringing a civil claim to court.” (GARTH, Bryant G; CAPPELLET-TI, Mauro. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. (Articles by Maurer Faculty. Paper 1142. Disponível em <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>. Acesso em 29 mai 2016. P. 197).*

trangeiro, que não se confunde com a atuação perante os organismos internacionais.

A Defensoria Pública da União, por exemplo, com o suporte do Ministério das Relações Exteriores intermedeia a chamada assistência jurídica internacional, sem que isso signifique que seus membros atuem nas causas em tramitação em outros países.

O aspecto da integralidade da assistência jurídica compreende a atuação em todo o sistema jurídico interno e nos organismos protetivos internacionais que admitam a intervenção da Defensoria Pública, diante da expressa previsão legal neste sentido (art. 4º, I e VI da LC n. 80/94), além da interlocução e suporte com os sistemas de assistência jurídica estrangeira.

Apesar de o Estado ter o dever de prestar assistência jurídica integral, isto não quer dizer que os Defensores Públicos detenham capacidade postulatória para patrocinar demandas em Portugal, China, Estados Unidos etc.

Pensar do contrário significaria verdadeiro ataque à soberania das demais nações, posto que o Direito brasileiro não tem aptidão para ditar a intervenção de seus profissionais em outras ordens jurídicas.

Torna-se necessário que se conheça o ordenamento jurídico do país e, em respeito à sua soberania, adeque-se às normas de assistência jurídica, representação processual e capacidade postulatória<sup>20</sup>.

Nada impede, entretanto, que as nações firmem tratados com o Brasil prevendo atuação em caráter cooperativo entre os serviços de assistência jurídica e, neste ponto, o Código de Processo Civil de 2015 já deu alguns passos, regulando a chamada cooperação jurídica internacional que visa uniformizar o tratamento processual definido por diversos acordos e convenções internacionais.

Ao observarmos a dinâmica *interna corporis* da Defensoria Pública, impõe-se primeiro identificar a presença da atribuição para oficiar perante os órgãos eclesiásticos e a natureza desta atuação.

---

<sup>20</sup> Em um país que não reconheça o direito de assistência jurídica, não vemos óbice a que ao Estado brasileiro seja imposto o dever de custear um profissional apto a prestar assistência jurídica em favor de pessoa hipossuficiente.

Já tivemos a oportunidade de apontar em outro estudo<sup>21</sup> a existência de suporte na doutrina<sup>22</sup> e jurisprudência<sup>23</sup> a respeito da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que significa a aplicação dos direitos previstos no art. 5º da CRFB nas relações privadas.

Este poderia ser o argumento definidor da atribuição. Contudo, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode não ser um argumento plenamente adequado à hipótese, diante característica peculiar que reveste a relação entre a Santa Sé e as pessoas que pregam a fé católica.

<sup>21</sup> <http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/tribuna-defensoria-atuacaoda-defensoria-publica-ajustica-desportiva>

<sup>22</sup> “O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.” (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 323).

<sup>23</sup> SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (STF - RE: 201819 RJ, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006).

O ordenamento jurídico interno nem sempre foi claro a respeito da definição da natureza jurídica da Santa Sé e da própria Igreja Católica<sup>24</sup>, especialmente se levarmos em consideração que apenas o Decreto n. 7.107/2010 é que atribuiu ao próprio Direito Canônico o encargo de regular a natureza jurídica de seus organismos.

A dicotomia público x privado pode não ser adequada para explicar a relação dos católicos com a igreja e por isso entendemos que o foco não deve se dirigir a natureza do vínculo entre partes e instituição, mas sim às consequências advindas do procedimento canônico e a necessidade de se assegurar o devido processo legal.

Antes, porém, é necessária a advertência de que o fato de a Defensoria Pública apresentar-se como uma instituição estatal é irrelevante e não representa forma de intervenção do Estado em organismos religiosos.

A sua autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária<sup>25</sup> foi, por exemplo, o principal fator apto a justificar a participação institucional no sistema interamericano<sup>26</sup>, de forma a superar a limitação da Comissão Interamericana quanto a representação das vítimas por órgãos governamentais<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> CHAVES, Antonio. Associações religiosas: natureza jurídica. Disponível em [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiAw4vB9LbNAhVNPJAKHZAtARgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Ffrdup%2Farticle%2Fdownload%2F66913%2F69523&usg=AFQjC-NFkgRrH2W9frUbj8RTrVRJO6qMXw&sig2=MNmbD\\_WW\\_C9yRzDSQAzliw&bvm=bv.124817099,d.Y2l](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiAw4vB9LbNAhVNPJAKHZAtARgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Ffrdup%2Farticle%2Fdownload%2F66913%2F69523&usg=AFQjC-NFkgRrH2W9frUbj8RTrVRJO6qMXw&sig2=MNmbD_WW_C9yRzDSQAzliw&bvm=bv.124817099,d.Y2l) Acesso em 20 jun 2016.

<sup>25</sup> *Por outro lado, a autonomia administrativa permite à Defensoria Pública praticar, de maneira independente e livre da influência dos demais Poderes Estatais, atos próprios de gestão, tais como: adquirir bens e contratar serviços; estabelecer a lotação e a distribuição dos membros da carreira e dos servidores; compor os seus órgãos de administração superior e de atuação; elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; organizar os serviços auxiliares; praticar atos e decidir sobre situação funcional e administrativa do pessoal; elaborar seus regimentos internos; praticar atos gerais de gestão administrativa, financeira e de pessoal; etc.* (ESTEVEZ, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 40).

<sup>26</sup> *“Recentemente, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a importância da capacitação de defensores públicos para atuação perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, justamente pela proximidade que os defensores públicos das três Américas possuem com as populações vulneráveis. Junto com a Associação Interamericana de Defensores Públicos, está organizando seminários de capacitação no Sistema Interamericano para defensores públicos.”* (MAFFEZOLI, Antonio. A atuação da defensoria pública na promoção e defesa dos direitos humanos e o sistema interamericano de direitos humanos. Disponível em [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi-1VvQtrXNAhXN15AKHRMUCSgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.anadep.org.br%2F-wtksite%2Fcms%2Fconteudo%2F4911%2F30\\_DA\\_DEFENSORIA\\_P\\_BLICA\\_NA\\_PROMO\\_O\\_E\\_DEFESA\\_DOS\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_E\\_O\\_SISTEMA\\_INTERAMERICANO\\_DE\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_-\\_Antonio\\_Maffezoli.doc&usg=AFQjCNGvdkZ7Lxl0R8KsywFgy3Sp2toQQ&sig2=bKZwxi1uPfnFHFbPzl-3zw&bvm=bv.124817099,d.Y2l](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi-1VvQtrXNAhXN15AKHRMUCSgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.anadep.org.br%2F-wtksite%2Fcms%2Fconteudo%2F4911%2F30_DA_DEFENSORIA_P_BLICA_NA_PROMO_O_E_DEFESA_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_O_SISTEMA_INTERAMERICANO_DE_DIREITOS_HUMANOS_-_Antonio_Maffezoli.doc&usg=AFQjCNGvdkZ7Lxl0R8KsywFgy3Sp2toQQ&sig2=bKZwxi1uPfnFHFbPzl-3zw&bvm=bv.124817099,d.Y2l) Acesso em 19 jun 2016).

<sup>27</sup> Artigo 23. Apresentação de petições.

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração America-

O fundamento constitucional que assegura autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública credita a instituição a atuar sem qualquer pressão ou direcionamento dos chefes de governo, o que afastaria qualquer receio de uma intervenção estatal na Justiça Eclesiástica<sup>28</sup>.

Parece-nos correto considerar que se a ampla defesa e o contraditório são princípios aplicáveis nas relações privadas, no procedimento de apreciação de infração disciplinar perante a justiça desportiva e em processos judiciais e administrativos, cremos que todo procedimento capaz de impor sanções ou restrição de direitos justifica a atuação da Defensoria Pública.

O labor institucional é exercido com fundamento nas funções institucionais previstas no art. 4º, incisos I (prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus) e V (exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses)<sup>29</sup> da Lei Complementar n. 80/94.

O legislador não emprega palavras inúteis no texto e, como regra, sabe se utilizar do silêncio eloquente. Quando define a função precípua de orientação jurídica e defesa dos necessitados a Lei Complementar n. 80/94 utiliza-se da expressão “todos os graus”.

Perceba-se que o texto não está vinculado a “graus de jurisdição” ou graus administrativos. Isto só reforça o fato de que a orientação e defesa ocorre em qualquer esfera que implique potencial prejuízo.

---

na dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão.

<sup>28</sup> É a partir da autonomia funcional que a Defensoria Pública tem liberdade para o desempenho de suas funções institucionais, evitando-se que forças externas possam influenciar ou ditar o exercício de suas atribuições.

<sup>29</sup> *“Mi pare, però, che, nella medesima prospettiva, sia un'altra dimensione garantistica in cui si delinea ex novo uno stretto rapporto fra il diritto di difesa e, se così ci si può esprimere, il diritto all'informazione processuale. Qui, naturalmente, si tratta di un'informazione meno generica e non soltanto culturale, ma tecnicamente più specifica, che, nei processi penali e criminali lato sensu, già trova da tempo una garanzia particolarmente incisiva, in favore dell'accusato, dell'indagato o dell'imputato, cui occorre far conoscere 'nel più breve tempo possibile' la natura ed motivi dell'accusa ascritta a suo carico, onde consentirgli il 'tempo' e le 'facilitazioni' indispensabili per la predisposizione di un'efficace difesa.”* (COMOGLIO, Luigi Paolo. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea, In: Revista de Processo, vol. 157, Ano 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar/ 2008, pp. 85/102. P. 97).

No caso homologado pelo STJ, o de anulação do matrimônio ao qual nos referimos no início desse tópico, não encontramos razões para afastar a eventual possibilidade de atuação da Defensoria Pública no antecedente processo que deu ensejo à anulação, considerando todos os efeitos jurídicos advindos do desfazimento da união entre o casal, especialmente os reflexos civis da decisão canônica.

Apesar de o procedimento canônico dedicar-se ao rompimento do vínculo sagrado, é inegável que o plano jurídico tem o potencial de ser atingido, a exemplo da disciplina dos bens adquiridos durante a união.

O procedimento de homologação de sentença estrangeira possui limitação cognitiva, já que se presta apenas à verificação da competência da autoridade estrangeira, a existência de ato citatório no processo estrangeiro, o trânsito em julgado da decisão, a observância das formalidades consulares e o respeito à soberania nacional, aos bons costumes e a ordem pública.

Não é objeto da avaliação pelo Superior Tribunal de Justiça se foi assegurada ampla defesa no procedimento canônico, por não se referir a uma avaliação formal do ato decisório estrangeiro<sup>30</sup>.

Logo, havendo o potencial de uma decisão eclesiástica ter repercussão jurídica na esfera patrimonial ou extrapatrimonial, inegável a necessidade de se disponibilizar a ampla defesa. Desejando quaisquer dos cônjuges potencialmente prejudicados com a instauração do procedimento canônico de anulação do matrimônio a assistência jurídica, encontrariam eles na Defensoria Pública um porto seguro para a defesa de seus interesses.

Neste caso, estaríamos diante de função institucional tendencialmente individualista<sup>31</sup> (classicamente típica)<sup>32</sup>, o que exigiria do interessa-

---

<sup>30</sup> HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS. JUÍZO DE DELIBERAÇÃO. 1. Sentença arbitral estrangeira que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública e que observa os pressupostos legais indispensáveis ao deferimento do pleito deve ser homologada. 2. O ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos requisitos formais. Questões de mérito não podem ser examinadas pelo STJ em juízo de deliberação, pois ultrapassam os limites fixados pelo art. 9º, caput, da Resolução STJ n. 9 de 4/5/2005. 3. A citação, no procedimento arbitral, não ocorre por carta rogatória, pois as cortes arbitrais são órgãos eminentemente privados. Exige-se, para a validade do ato realizado via postal, apenas que haja prova inequívoca de recebimento da correspondência. 4. Sentença estrangeira homologada. STJ - SEC 8.847/EX, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2013.

<sup>31</sup> SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/2009 – a visão individualista a respeito da instituição? *Uma nova Defensoria Pública pede passagem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág. 37/38.

<sup>32</sup> A clássica divisão de funções institucionais teve base na redação originária do art. 134 da CRFB. Toda a função que emanasse do texto constitucional (assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados) teria natureza típica. As demais, que não tivessem relação imediata com o texto constitucional, seriam atípicas.

do a afirmação de seu estado de hipossuficiência, apto a justificar o exercício da assistência jurídica integral.

Não só as causas de anulação de matrimônio, mas também quaisquer outros procedimentos da justiça canônica justificariam a prestação da assistência jurídica institucional.

Conclui-se, neste ponto, que a direção das normas da Defensoria Pública ruma no sentido de haver espaço para o reconhecimento da atribuição para atuação na Justiça Eclesiástica, o que responde parte da questão.

A dúvida agora recai no caminho inverso, ou seja, o regramento do direito canônico a respeito da assistência jurídica admitiria a intervenção institucional em prol dos hipossuficientes?

A leitura do cânone 1.481, especialmente o §1º nos revela que a parte pode livremente constituir advogado e procurador; mas fora dos casos previstos nos §§ 2º e 3º, é lícito agir e responder por si mesma, a não ser que o juiz julgue necessária a intervenção de procurador ou de advogado.

Em matéria penal ou no juízo contencioso, se se tratar de menores ou de juízo em que seja objeto o bem público, excetuadas as causas matrimoniais, a parte deve ter advogado constituído e, na sua omissão, caberá ao juiz constituir um defensor oficioso à parte que dele necessite, tal como determina o referido cânone.

Há, portanto, no processo canônico, um regramento similar ao dos Juizados Especiais Cíveis, ao se conferir capacidade postulatória à parte em determinadas hipóteses, tornando opcional a presença do advogado e, ao mesmo tempo, definir situações onde a presença da defesa técnica se torna indispensável.

Estas normas seriam o sinal positivo de permissão de atuação da Defensoria Pública, considerando a necessidade efetiva ou potencial de assistência jurídica nos procedimentos regrados pelo código.

No entanto, o cânone 1.483 traz restrições ao exercício da assistência no procedimento, já que o advogado deve ser de maior idade, apresentar boa fama, ser católico (salvo se o Bispo diocesano permitir outra coisa),

---

Adotando-se a mesma lógica da divisão clássica, com a mudança do parâmetro da Constituição, a tutela coletiva, a assistência jurídica gratuita e promoção dos direitos humanos mereceriam a classificação de funções típicas, dada a sua origem normativa, o texto constitucional.

doutor em direito canônico ou pelos menos verdadeiramente perito, sendo aprovado pelo mesmo Bispo.

Os requisitos exigidos pela norma canônica criam potenciais obstáculos à atuação institucional nos procedimentos, considerando a possibilidade de Defensores Públicos não serem católicos<sup>33</sup> ou não deterem o conhecimento técnico exigido.

Estas limitações de índole pessoal também confrontam o regime jurídico da Defensoria Pública. É importante registrar que a unidade e a indivisibilidade da instituição significam que ela atua por meio de quaisquer de seus membros, prestando assistência jurídica em favor da pessoa em condição de hipossuficiência.

A Lei Complementar Federal n. 80/94 não exige como requisitos para a carreira da Defensoria Pública a prática do catolicismo e a formação douctural em Direito Canônico, bastando apenas o bacharelado em Direito, a aprovação em concurso público de provas e títulos e demonstração do tempo prévio de atividade jurídica.

Por certo que a aquisição do conhecimento canônico não seria de todo dificultosa, considerando a existência de cursos ministrados pelas instituições católicas, o que permitiria a capacitação dos membros da instituição, mediante convênios interinstitucionais.

Entretanto, a garantia de liberdade de credo religioso prevista na Constituição da República é obstáculo que impede o estabelecimento de uma compulsoriedade de conversão ao catolicismo, com a finalidade de habilitar o Defensor Público a atuar perante a Justiça Eclesiástica.

Apesar de não ser possível impor ao Defensor Público o credo católico, a exigência da profissão de fé, não constitui obstáculo intransponível podendo ser superada a partir de tendências admitidas pela própria igreja.

Se levarmos em consideração que a Igreja Católica admite que um de seus sacramentos seja praticado por não católicos, os chamados matrimônios mistos, teríamos aqui espaço para reflexão a respeito da permissão de Defensores Públicos não católicos atuarem nos procedimentos, buscando assegurar um direito tido por sagrado pelas escrituras, a ampla defesa.

---

<sup>33</sup> No III Diagnóstico da Defensoria Pública, do universo de 2304 Defensores Públicos, em torno de 64% declararam-se católicos. (BRASIL. *III diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2009. P. 200).

A autorização para membros da Defensoria Pública não católicos atuarem em procedimentos eclesiais<sup>34</sup> na qualidade de presentantes da instituição pode ser objeto de reflexão da Santa Sé.

Perceba-se que os obstáculos normativos não se encerrariam aqui. O regramento canônico também exige, nos termos do §1º do cânone 1.484, a apresentação de procuração, o que vai de encontro ao próprio regime jurídico da Defensoria Pública, vide arts. 44, XI e 128, XI da LC n. 80/94.

Sabemos que o vínculo estabelecido entre o assistido e a Defensoria Pública advém de relação estatutária, perfazendo-se com a afirmação de insuficiência de recursos, tornando-se desnecessária a outorga de procuração, como destaca a doutrina institucional.

Este talvez fosse o requisito de maior facilidade de superação, posto tratar-se de matéria eminentemente procedimental, admitindo-se ao juiz eclesial desconsiderar a presença de procuração, em virtude das características peculiares da Defensoria Pública.

Sobre estes requisitos procedimentais é importante considerar que o Código de Direito Canônico atualmente em vigor foi promulgado no ano de 1983 e na Europa, especialmente na Itália – ordem jurídica mais próxima do Vaticano –, não há a figura de uma Defensoria Pública, sendo adotado o modelo de assistência jurídica *judicare*<sup>35</sup>, denominado *Difesa d’ufficio e patrocinio a spese dello stato per non abbienti*<sup>36</sup>.

A cientificidade que gravita em torno dos princípios institucionais da Defensoria Pública ainda não ganha reprodução nas normas jurídicas, diante da juventude institucional.

Logo, apesar de o regramento da Defensoria Pública permitir a atuação da instituição na matéria canônica, cremos que a efetiva atuação dependeria de iniciativa da Santa Sé, promovendo o caminho de volta, regrido a abertura de acesso do serviço de assistência jurídica prestado

<sup>34</sup> Cremos também ser lícito ao Defensor Público manifestar escusa de consciência religiosa para não atuar perante qualquer órgão que professe credo religioso, transmitindo-se a atribuição ao sucessor legal.

<sup>35</sup> “*Judicare is a system whereby legal aid is established as a matter of right for all persons eligible under the statutory terms, with the state paying the private lawyer who provides those services. The goal of judicare systems is to provide the same representation for low income litigants that they would have if they could afford a lawyer.*” (GARTH, Bryant G; CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. (Articles by Maurer Faculty. Paper 1142.* Disponível em <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>. Acesso em 29 mai 2016. P. 199).

<sup>36</sup> “... *il legislatore costituente ha tracciato la linea di principio, costituita dalla garanzia per i non abbienti dei mezzi necessari a rendere effettivo tale diritto...*”(PAVICH, Giuseppe. *Il gratuito patrocinio.* Milano: Giuffrè. 2012. P. 5).

pela Defensoria Pública, o que não parece ser de todo difícil, como indicamos neste estudo.

#### 4 CONCLUSÃO

*“Amem eles a justiça, para que consolidem a paz; exerçam a caridade, para que reine a concórdia; defendam e amparem os fracos e desprotegidos, para que, postostos todo interesse subalterno e toda afeição de pessoas, façam triunfar a sabedoria da lei sobre as forças da injustiça e do mal”.* Na oração a Santo Ivo temos expressa menção ao papel do profissional de assistência jurídica para defesa dos fracos e desprotegidos, inclusive com o exercício da caridade.

Não há dúvidas que a Defensoria Pública possa prestar assistência jurídica em causas da Justiça Eclesiástica, seja pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais – argumento não tão adequado, seja pela amplitude do conceito de assistência jurídica integral e da garantia da ampla defesa.

As limitações advindas do Código de Direito Canônico não são de todas intransponíveis e o bem maior, a ampla defesa, pode servir de norte para assegurar a assistência jurídica integral dos carentes de recursos.

Resta apenas que haja o reconhecimento da capacidade postulatória da Defensoria Pública por parte dos órgãos eclesiais, levando em conta um preceito maior, o acesso à justiça e o direito ao devido processo legal.

Esperamos que este estudo sirva de provocação às autoridades eclesiais repensem o modelo de assistência jurídica perante a Justiça Canônica.

#### 5 REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Rafael Salomão Safe Romano. O acordo entre o Brasil e a Santa Sé (2008): um marco na relação igreja-estado no Brasil. Disponível em [http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio\\_resumo2013/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Rafael%20Romano.pdf](http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Rafael%20Romano.pdf). Acesso em 20 jun 2016.

BLANKENBURG, Erhard. Aide Juridique: des avancées esporadiques. **Droit e société**. Vol. 34. Ano 1996.

BRASIL. **III diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; JOHNSON JR., Earl; GORDLEY, James. **Toward equal justice: A comparative study of legal aid in modern societies**. Milano: Giuffrè, 1975.

CHAVES, Antonio. Associações religiosas: **natureza jurídica**. Disponível em [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiAw4vB9LbNAhVNPJAKHZAtARgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdusp%2Farticle%2Fdownload%2F66913%2F69523&usg=AFQjCNFkgRrH2W9frUbjj8RTTrVRJO6qMXw&sig2=MNmbD\\_WW\\_C9yRzDSQAzliw&bvm=bv.124817099,d.Y2I](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiAw4vB9LbNAhVNPJAKHZAtARgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdusp%2Farticle%2Fdownload%2F66913%2F69523&usg=AFQjCNFkgRrH2W9frUbjj8RTTrVRJO6qMXw&sig2=MNmbD_WW_C9yRzDSQAzliw&bvm=bv.124817099,d.Y2I). Acesso em 20 jun 2016.

COMOGLIO, Luigi Paolo. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea, In: **Revista de Processo**, vol. 157, Ano 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar/ 2008, pp. 85/102. P. 97

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GARTH, Bryant G; CAPPELLETTI, Mauro. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. (Articles by Maurer Faculty. Paper 1142. Disponível em <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>. Acesso em 29 mai 2016.

GOLDMAN, Mayer C. **The public defender: a necessary factor in the administration of justice**. New York: G. P. Putnam's Sons. 1917.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Vol. I.

KETTERMANN, Patricia. **Defensoria Pública**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Sobre as Relações entre Igreja e Estado: Concejitando a laicidade. **Ministério Público em Defesa do Estado Laico**. Brasília : CNMP, 2014.

MAFFEZOLI, Antonio. **A atuação da defensoria pública na promoção e defesa dos direitos humanos e o sistema interamericano de direitos humanos**. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi-1YvQtrXNAhXNI5AKHRMUCSgQ-FggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.anadep.org>.

[br%2Fwtksite%2Fcms%2Fconteudo%2F4911%2F30\\_DA\\_DEFENSORIA\\_PBLICA\\_NA\\_PROMO\\_O\\_E\\_DEFESA\\_DOS\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_E\\_O\\_SISTEMA\\_INTERAMERICANO\\_DE\\_DIREITOS\\_HUMANOS - Antonio Maffezoli.doc&usg=AFQjCNGvdktZ7LxI0R8KsywFgy3Sp2toQQ&sig2=bKZwxi1uPf-NFHfBpzl-3zw&bvm=bv.124817099,d.Y2l](http://www.defensoria.br/br%2Fwtksite%2Fcms%2Fconteudo%2F4911%2F30_DA_DEFENSORIA_PBLICA_NA_PROMO_O_E_DEFESA_DOS_DIREITOS_HUMANOS_E_O_SISTEMA_INTERAMERICANO_DE_DIREITOS_HUMANOS_-_Antonio_Maffezoli.doc&usg=AFQjCNGvdktZ7LxI0R8KsywFgy3Sp2toQQ&sig2=bKZwxi1uPf-NFHfBpzl-3zw&bvm=bv.124817099,d.Y2l). Acesso em 19 jun 2016.

OMETTO, Rosália Toledo Veiga. Organização judiciária canônica. Disponível em <http://omettoadvogados.adv.br/upimg/ck/files/REVISTA%20OAB%20PIRACICABA%20Organização%20Judiciaria%20Canônica.pdf>. Acesso em 19 jun 2016.

PAVICH, Giuseppe. **Il gratuito patrocinio**. Milano: Giuffré. 2012.

SAN LIO, Maurizio Magnano di. Il Patrocinio dei non abbienti a spese dello Stato. Disponível em <http://www.altalex.com/documents/news/2004/11/02/il-patrocinio-dei-non-abbienti-a-spesa-dello-stato>. Acesso em 20 jun 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/2009 – a visão individualista a respeito da instituição? **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

WICE, Paul. **Public defenders and the american Justice System**. Connecticut: Praeger Publishers, 2005.



# O CONTROLE DA PUBLICIDADE E A PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA

Christina de Moraes Herrmann<sup>1</sup>

Daian Possamai<sup>2</sup>

**RESUMO:** A publicidade conduz a sociedade, possuindo o poder de mudar hábitos e costumes, estimular o consumo de bens e serviços, afetando, de forma mais contundente, as crianças. A criança, face à especial vulnerabilidade e a peculiar condição de pessoa em constante desenvolvimento, é manifestamente influenciável pela publicidade, não possuindo o necessário discernimento para entender o caráter persuasivo dos anúncios publicitários. A publicidade, ao extrapolar, algumas vezes, os parâmetros e limites impostos pela legislação, deve sofrer necessário controle, a fim de serem coibidos os abusos existentes no meio publicitário. Criança é sujeito de direitos e prioridade absoluta, cabendo à família, à sociedade e ao Poder Público assegurar à infância os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Publicidade – abusiva – consumidor – criança – controle – proteção.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O controle da publicidade e a proteção integral à criança. 2.1. A proteção integral. 2.2. A vulnerabilidade da criança. 2.3. Os princípios que regem a publicidade dirigida à criança. 2.3.1. O princípio da identificação da publicidade. 2.3.2. O princípio da veracidade da publicidade. 2.3.3. O princípio da não-abusividade da publicidade. 2.4. A publicidade e a criança. 2.4.1. O controle da publicidade. 2.4.1.1. O controle extrajudicial. 2.4.1.2. O controle judicial. 3. Conclusão. 4. Referências.

---

<sup>1</sup> Christina de Moraes Herrmann, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS e Bacharel em Ciências Contábeis pela UFRGS, Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS e em Direito Tributário pela PUCRS/IET (Instituto de Estudos Tributários), Advogada nas áreas de Direito Civil, Direito Tributário e Direito Empresarial, Advogada do Município de Esteio, Sócia da Herrmann Possamai Advogados, e-mail christina@hpadvogados.com.

<sup>2</sup> Daian Possamai, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Advogado nas áreas de Direito Contratual, Direito do Consumidor e Direito Empresarial, Sócio da Herrmann Possamai Advogados, e-mail daian@hpadvogados.com.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade, nos dias atuais, é alvo de inúmeros anúncios publicitários, os quais oferecem aos consumidores todas as novidades colocadas à disposição no mercado de consumo, gerando-lhes expectativas, sonhos e necessidades, até então inexistentes. A publicidade, ao estimular eficazmente o consumo de bens e serviços, exerce inequívoca influência sobre o cotidiano das pessoas, alterando costumes, valores e padrões de comportamento, atingindo, indistintamente, homens, mulheres, idosos e, especialmente, crianças.

A criança, em razão de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e a sua indiscutível vulnerabilidade na relação de consumo, é nitidamente o público preferido dos anunciantes, agentes publicitários e veículos de comunicação, porquanto não apresenta discernimento suficiente para entender o caráter persuasivo da publicidade, deixando-se iludir pelos comerciais, cada vez mais inovadores e atraentes.

A publicidade, como fenômeno indissociável da sociedade pós-moderna, está presente na vida das crianças, incitando-a, diuturnamente, ao consumo de bens e serviços, estimulando-lhe a imaginação e criando necessidades e expectativas em relação ao produto anunciado. Em face da relevância da publicidade na sociedade contemporânea, reconheceu o legislador a necessidade de controlar esta atividade, visando a coibir os abusos existentes nos anúncios, os quais, indevidamente, se aproveitam da especial vulnerabilidade da criança, explorando a deficiência de julgamento e experiência do público infantil.

A criança, a partir da Constituição Federal de 1988, foi elevada à condição de sujeito de direitos e prioridade absoluta, merece proteção integral contra os abusos cometidos no meio publicitário, cabendo à família, à sociedade e ao Estado assegurar-lhe a efetiva proteção dos direitos fundamentais previstos no artigo 227 da Constituição Federal, em especial, o direito à liberdade de escolha, ao respeito e à dignidade da pessoa humana.

O presente artigo, neste contexto, busca analisar os aspectos relevantes do controle da publicidade, em âmbito extrajudicial e judicial, sob o enfoque da Doutrina da Proteção Integral, permitindo estabelecer limites éticos e jurídicos para a atuação publicitária voltada ao público infantil.

## 2 O CONTROLE DA PUBLICIDADE E A PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA

A sociedade pós-moderna é uma sociedade globalizada, massificada, essencialmente consumista, externando as pessoas a necessidade de adquirirem os produtos e serviços colocados à disposição no mercado de consumo, cada vez mais inovadores e atraentes. É através da publicidade que o Mundo, “em todas as suas facetas, nos é oferecido, como se fora uma vitrine, onde são expostas as ‘novidades’ que, a partir de então, passam a ser ‘necessidades’, mostradas que são como indispensáveis ao conforto e à atualização da vida e dos lares”<sup>3</sup>.

Em face das novas condições de vida desenvolvidas nos últimos tempos, a circulação e a multiplicação de bens e serviços passaram a dominar as relações contratuais, facilitadas e provocadas, principalmente, pela publicidade. A publicidade, assim, constitui-se no efetivo elemento de ligação entre fornecedores e consumidores, podendo-se afirmar, em outras palavras, ser a essência de uma sociedade de consumo. Para Cláudia Lima Marques,

(...) é através da publicidade que o fornecedor oferece bens ou serviços ao consumidor, que informa o consumidor sobre determinadas qualidades ou propriedades do produto ou serviço, que desperta interesses, vontades, desejos, que propaga marcas e nomes, que usa a fantasia para ligar determinados sentimentos, status ou atitudes a determinados produtos, em verdade, o fornecedor incita ao consumo, direta ou indiretamente, com sua atividade<sup>4</sup>.

A publicidade, ao estimular massivamente o consumo de bens e serviços, exerce manifesta influência sobre a vida de milhares de pessoas, alterando seus hábitos, comportamentos e valores, atingindo, especialmente, crianças. Os fornecedores e as agências publicitárias, em ritmo acelerado, voltam suas atenções ao público infantil, aproveitando-se, por vezes, da imaturidade, inocência e ignorância das crianças, que, direta ou indiretamente, acabam persuadidas e iludidas pelos anúncios publicitários, sempre mais inovadores e atraentes. Toda a publicidade pode vir a tornar-se abusiva, quando ofende os princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor, que se referem diretamente ou não à publicidade e se contrapõem

<sup>3</sup> FRADERA, Vera M. Jacob de. **A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, out./dez. 1992, p. 181.

<sup>4</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 606/607.

ao abuso de direito<sup>5</sup>. Não basta a publicidade ser veraz, “é necessário, ainda, que ela seja correta; isto é, que não ofenda os valores sociais, éticos, morais, em resumo, a ordem pública”<sup>6</sup>.

A criança, indiscutivelmente vulnerável na relação de consumo, face à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, recebeu especial proteção do ordenamento jurídico. Elevada à condição de sujeito de direitos e prioridade absoluta, a criança não pode ser considerada objeto pela atividade publicitária, devendo ser coibidos os abusos, quando existentes, nos comerciais, assegurando ao público infantil o direito ao respeito, à liberdade de escolha e à dignidade, em atenção à Doutrina da Proteção Integral vigente no país.

## 2.1 A PROTEÇÃO INTEGRAL

A Constituição Federal de 1988, sob a influência dos princípios que integraram a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança<sup>7</sup>, introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da Doutrina da Proteção Integral (artigo 227), assegurando às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos, de pessoas em desenvolvimento e de prioridade absoluta. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), em consonância com os postulados constitucionais, incorporou, em seu texto, a Doutrina da Proteção Integral (artigos 1º e 4º), afirmando que crianças e adolescentes, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral. A proteção integral, consoante os ensinamentos de Cury, Garrido e Marçura,

(...) tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 139.

<sup>6</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 95.

<sup>7</sup> A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança foi aprovada, por unanimidade, pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989, vindo a ser ratificada pelo Brasil, através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

<sup>8</sup> CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULA; Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

À família, à sociedade e ao poder público foi atribuída a responsabilidade de assegurar a todas as crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos previstos no art. 227 da Constituição Federal. A concretização dos interesses juridicamente protegidos daqueles que ainda não alcançaram os 18 anos de idade é prioritária, devendo ocupar espaço primordial na escala de realizações do mundo jurídico. Antecedem quaisquer outros interesses dos adultos, porquanto a velocidade das transformações que são próprias às crianças e adolescentes impõe a realização imediata de seus direitos. O desenvolvimento integral da personalidade de crianças e adolescentes exige que a tutela de seus direitos fundamentais “tenha efetividade no momento temporal em que os bens-direitos especiais lhes são imprescindíveis; não anos depois, quando eles já se tornaram adultos menos completos e dignos do que poderiam ter sido se não tivesse se verificado a lesão”<sup>9</sup>.

Instaurou-se, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, uma nova era dos direitos da criança e do adolescente. As leis reconhecem direitos e garantias às crianças e adolescentes, tutelando interesses peculiares da população infanto-juvenil, bem como criando instrumentos para a efetivação dos seus direitos individuais frente à família, à sociedade e ao Estado<sup>10</sup>. O desenvolvimento da Doutrina da Proteção Integral, como concepção fundante dos direitos da criança e do adolescente, representou significativo avanço na proteção dos interesses da população infanto-juvenil, criando garantias de direito material e instrumentos processuais voltados a conferir maior efetividade a esses direitos.

## 2.2 A VULNERABILIDADE DA CRIANÇA

O Código de Defesa do Consumidor, visando a assegurar a igualdade entre os co-contratantes, prevê, entre os princípios básicos do microsistema jurídico, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, inciso I), constituindo-se em norma fundamental a ser observada nas relações de consumo. A vulnerabilidade “é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o qual se assenta toda a linha filosófica do movimento”<sup>11</sup>. O legislador infraconstitucional, efetivamente, buscou prote-

<sup>9</sup> MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 404.

<sup>10</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

<sup>11</sup> ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16.

ger a parte considerada mais fraca na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de ser ofendida, “na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação”<sup>12</sup>.

O consumidor, por ser a parte mais fraca na sociedade consumeirista, é essencialmente vulnerável à atividade publicitária. As necessidades dos consumidores não decorrem exclusivamente de suas exigências físicas ou biológicas, ou mesmo do ambiente em que vivem, sendo, na maioria, estimuladas pelas campanhas publicitárias. A escolha do bem ou serviço é comandada pela publicidade, ficando o consumidor à mercê das informações transmitidas pelo fornecedor, surgindo, assim, a desigualdade entre as partes. O consumidor “é sempre e inexoravelmente um mero espectador passivo do anúncio. Não tem qualquer poder sobre ele; sua interferência no fenômeno publicitário é nula, a não ser como destinatário da mensagem, perante a qual é sujeito impotente”<sup>13</sup>.

A publicidade afeta, inequivocamente, sujeitos vulneráveis, influenciando as decisões dos consumidores, criando expectativas legítimas nos destinatários da mensagem publicitária, que precisam ser protegidas. Por estes motivos, “o princípio da vulnerabilidade incide no exame de todas normas do Código, articulando-as entre si. Aplica-se, em especial, àquelas normas que informam o seu sistema da publicidade”, como bem observa Judith Martins-Costa<sup>14</sup>.

Entre os destinatários da publicidade encontram-se, inevitavelmente, as crianças, atingidas ostensivamente pelos anúncios publicitários, em razão de sua especial vulnerabilidade. A criança, face a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente), é inexperiente demais para entender o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária<sup>15</sup>. A criança apresenta “peculiaridades próprias de um ser que se projeta para atividades existenciais, através dos questionamentos da vida, ingressando na maturidade do discernir, ainda inseguros para os novos desafios”<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96.

<sup>13</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 261.

<sup>14</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A ‘Guerra’ do Vestibular e a Distinção entre Publicidade Enganosa e Clandestina**. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, abr./jun. 1993, p. 223/224.

<sup>15</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Op. cit.*, p. 343.

<sup>16</sup> ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Souza. **O Estatuto da Criança e do Adolescente em face do novo Código Civil – Cenários da infância e juventude brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20.

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento implica, necessariamente, no reconhecimento de que as crianças não conhecem “inteiramente os seus direitos, não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno”<sup>17</sup>. A criança por estar em constante desenvolvimento, físico, psíquico, e social, encontra-se em situação de maior vulnerabilidade, exigindo especial proteção jurídica, possibilitando-lhe construir suas potencialidades em sua plenitude. É a vulnerabilidade, segundo os ensinamentos de Martha de Toledo Machado,

(...) que distingue crianças (...) de outros grupos de seres humanos simplesmente *diversos* da noção do *homo medio*. É ela, outrossim, que autoriza a *aparente* quebra do *princípio da igualdade*: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a *desigualdade de fato* e atingir a *igualdade jurídica material* e não meramente formal (“destaque do original”)<sup>18</sup>.

A criança é especialmente vulnerável, principalmente em relação aos anúncios publicitários. A personalidade da criança está incompleta, suas potencialidades ainda não amadureceram até um patamar mínimo de desenvolvimento, encontrando-se em desfavorável condição para defender seus direitos contra as práticas abusivas da atividade publicitária. A peculiar vulnerabilidade da criança levou o legislador constitucional a colocar os interesses da população infantil num plano superior da conformação do direito material, dando-lhes status jurídico diferenciado do dos adultos, a fim de equilibrar a desigualdade fática existente nas relações jurídicas, assegurando à criança a efetiva proteção dos direitos fundamentais previstos no artigo 227 da Constituição Federal.

### 2.3 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA

O Código de Defesa do Consumidor, visando à preventiva proteção do consumidor, adotou diversos princípios a serem observados pelos fornecedores e agentes publicitários nas relações de consumo. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por seu turno, estabelece normas que vêm a reforçar os princípios insculpidos na Lei nº 8.078/90, garantido à criança o

<sup>17</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Comentários ao artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (coord.); AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do (coord.); MENDEZ, Emilio Garcia (coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39/40.

<sup>18</sup> MACHADO, Martha de Toledo. *Op. cit.*, p. 119.

efetivo respeito à sua peculiar condição de sujeito de direitos, de pessoa em desenvolvimento e de prioridade absoluta.

Entre os princípios que regem a publicidade destinada às crianças, podemos destacar o princípio da identificação da publicidade, o princípio da veracidade da publicidade e o princípio da não-abusividade da publicidade, os quais devem ser respeitados, sob pena de ser considerada ilícita a mensagem publicitária em que o destinatário final é o público infantil.

### 2.3.1 O PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE

O princípio da identificação da publicidade, positivado no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, impõe ao fornecedor o dever de veicular a publicidade de produtos e serviços de modo claro e inteligível, permitindo ao consumidor compreender, de imediato, sem esforço ou exigência de conhecimentos específicos, que está diante de um anúncio publicitário. Como refere Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “a publicidade só é lícita quando o consumidor puder identificá-la. Mas tal não basta: a identificação há que ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica)”<sup>19</sup>.

O anúncio publicitário tem de ser claro, expresso, direto e indubitável, não podendo conter “nada escondido, camuflado, sub-reptício, seu processo deve ser translúcido”<sup>20</sup>. A *ratio legis* é proporcionar ao consumidor a imediata identificação do anúncio (art. 36, *caput*, CDC), permitindo-lhe conhecer inequivocamente a mensagem que a ele está sendo transmitida. O ordenamento jurídico objetiva coibir a publicidade subliminar ou oculta, que atinge somente o inconsciente dos consumidores, bem como a prática do *merchandising*<sup>21</sup>. O legislador buscou combater o uso de técnicas psicológicas, com fins publicitários, vedando, assim, a mensagem implícita, indireta, que não é ostensiva e clara, mas velada, dirigida ao subconsciente. Segundo Cláudia Lima Marques:

Pela técnica do *merchandising*, hoje comum em novelas de televisão, nos filmes e mesmo nas peças teatrais, um produto aparece na tela e é utilizado ou consumido pelos atores em meio à ação teatral, de forma a sugerir ao consumidor uma identificação do produto com aquela personagem, his-

<sup>19</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Op. cit.*, p. 320.

<sup>20</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 90.

<sup>21</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 659.

tória, classe social ou determinada conduta social (“destaque do original”)<sup>22</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor não traz uma proibição expressa do *merchandising*, apontando, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, como solução para a compatibilização da prática publicitária com o espírito do artigo 36, o esclarecimento do consumidor, no início do espetáculo, nos créditos de apresentação do programa, que ocorrerá a publicidade dos produtos ou serviços, através da técnica do *merchandising*<sup>23</sup>.

Entendemos, no entanto, ser vedado o *merchandising*, quando a publicidade atinge diretamente a população infantil. A criança, face à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, não tem o discernimento necessário para entender o caráter publicitário da mensagem veiculada em espetáculos, teatros, cinema e, principalmente, na mídia televisiva, através da técnica do *merchandising*. Os fornecedores e agentes publicitários, utilizando-se do *merchandising* para atingir a população infantil, cometem manifesto abuso de direito, na medida em que o conteúdo publicitário da mensagem é disfarçado para que a criança não perceba o propósito mercantil do anúncio. O abuso de direito pode manifestar-se em qualquer atividade publicitária e o “*merchandising* subliminar é a prova disso. Sendo a mensagem não identificada claramente, será abusivo o direito de manifestar o pensamento ou informar, caso a transmissão seja indireta, maquiada, subliminar”<sup>24</sup>.

Mostra-se inadmissível que os fornecedores logrem proveito comercial com a ignorância, com a influência do subconsciente do consumidor, em especial, do consumidor-criança. As técnicas de persuasão devem voltar-se para o convencimento honesto e espontâneo do destinatário da mensagem, permitindo-lhe optar livremente por adquirir, ou não, o bem de consumo, e não ser forçado a consumir os produtos e serviços anunciados pelos fornecedores. O Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 4º e 15) é expresso ao afirmar que a criança tem direito à liberdade (incluindo a liberdade de escolha), ao respeito e à dignidade, como pessoa em processo de desenvolvimento e como sujeito de direitos garantidos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional.

---

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Op. cit.*, p. 322.

<sup>24</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *Op. cit.*, p. 98

Em que pese a inexistência de expressa previsão legal, as técnicas utilizadas na atividade publicitária em que o público-alvo é à criança, consistentes nas mensagens subliminares e no *merchandising*, são incompatíveis com o princípio da identificação da publicidade e a Doutrina da Proteção Integral devendo, portanto, ser proibidas nos meios de comunicação voltados à população infantil.

### 2.3.2 O PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE

O princípio da veracidade da publicidade, encontrado em vários artigos do Código de Defesa do Consumidor (artigos 31, 36, parágrafo único, e 37, § 1º), exige que as informações divulgadas sobre o produto ou serviço, que atraem os destinatários da mensagem publicitária – a ponto de, na maioria das vezes, fazê-los sonhar, inspirar-lhes desejos e seduzi-los –, sejam verídicas e autênticas. As mensagens publicitárias devem retratar, com fidelidade, as características e qualidades do produto ou serviço, bem como os riscos que possam causar à saúde e segurança dos consumidores, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva e ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, incisos I e III, *in fine*, do Código de Defesa do Consumidor). A multiplicidade de anúncios, veiculados em rádio, televisão, *outdoors*, revistas, jornais e na internet, objetivando estimular o público ao consumo de produtos e serviços, impõe ao fornecedor o dever de informar corretamente o consumidor sobre os bens colocados no mercado de consumo. Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques:

O Código de Defesa do Consumidor introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma série de novos deveres para o fornecedor que se utiliza (patrocina) da publicidade no mercado, como método comercial e de incitação ao consumo. O principal destes deveres é o de “veracidade especial”. A publicidade comunica, logo é forma de informação, mas também é livre para não trazer nenhuma informação precisa ou mesmo nenhum sentido, pura ilusão publicitária; mas, se trazer alguma informação, seja sobre o preço, sobre qualidade ou quantidade, sobre os riscos e segurança ou sobre características e utilidades do produto e do serviço, esta informação deve ser verdadeira<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 472.

A publicidade destinada à criança, igualmente, deve ser verdadeira, em razão da especial vulnerabilidade do público infantil em relação à atividade publicitária. A proteção integral à criança (artigos 227 da Constituição Federal e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente) exige que os anúncios contenham informações corretas e verazes sobre os produtos e serviços, coibindo o abuso existente nas mensagens publicitárias inverídicas. O acesso a todas as informações a respeito dos produtos e serviços anunciados pelos meios de comunicação em massa, bem como o amplo conhecimento dos riscos que os bens de consumo possam ocasionar à sua saúde e segurança das crianças são primordiais, sob pena de negarmos a esta parcela da população, notadamente frágil, a efetiva proteção de seus direitos fundamentais.

### 2.3.3 O PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, § 2º, recepcionou o princípio da não-abusividade, objetivando reprimir os desvios e abusos da atividade publicitária, que são lesivos aos consumidores. O ordenamento jurídico busca tutelar os consumidores em aspectos “que possam causar prejuízos aos valores considerados importantes pela sociedade e que de alguma forma afetam a segurança e a sensibilidade dos consumidores, tais como sentimentos, crenças, capacidade de discernimento, saúde, segurança e valores ambientais”<sup>26</sup>. A publicidade abusiva, vedada pela norma prevista no artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, é a publicidade distorcida, “antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”<sup>27</sup>, que deturpa a vontade do consumidor e que afeta a concepção da realidade das crianças, desviando-se de sua função social<sup>28</sup>.

A criança, naturalmente desprotegida dos ardis publicitários, por não possuir o necessário discernimento para a compreensão do que é ou não verdadeiro, do que é ou não abusivo nos anúncios, recebeu especial proteção do legislador contra a abusividade da publicidade. O Código de Defesa do Consumidor, expressamente, coíbe qualquer atividade publicitária que explore a deficiência de julgamento e experiência da criança (artigo 37, § 2º). Assim, abusiva é toda a publicidade que “minore a personalidade

---

<sup>26</sup> MOMBARGER, Noemí Friske. *A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 59.

<sup>27</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 680.

<sup>28</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *Op. cit.*, p. 183.

da criança ou altere negativamente o seu comportamento, tais como anúncios que induzem a criança a se sentir diminuída, menos amada pelo fato de não possuir determinado brinquedo, ou ainda aqueles anúncios que a estimulem a comportamentos anti-sociais, agressivos e violentos”<sup>29</sup>

A mensagem publicitária dirigida, ao final, ao público infantil deve “resguardar a confiança com maior cuidado do que o usual, justamente pela facilidade com que se pode manipular a tenra massa destinatária da mensagem”<sup>30</sup>. As crianças, por não serem auto-suficientes, não podem ser tratadas da mesma maneira que os demais consumidores, em especial, os adultos, porquanto não reúnem condições de compreender o caráter persuasivo da publicidade e defender-se da abusividade das mensagens publicitárias. Como bem ressalta Noemí Friske Momberger, “simplesmente não pode-se atribuir ou esperar que as crianças possuam a mesma capacidade de um adulto para tomar decisões e avaliar outros critérios subjetivos referentes à publicidade, pois ainda estão em fase de desenvolvimento”<sup>31</sup>.

Permitir, portanto, a veiculação da publicidade abusiva seria contribuir para o desrespeito aos direitos fundamentais assegurados a todas as crianças pelo ordenamento jurídico (artigo 3º da Lei nº 8.069/90). A publicidade abusiva, notadamente, afronta as normas previstas nos artigos 227 da Constituição Federal e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que colocam a criança a salvo de qualquer forma de exploração, inclusive a exploração publicitária. As crianças, em observância ao princípio da não-abusividade, merecem efetivo respeito, cabendo, portanto, ao Estado, à sociedade e à família o dever de protegê-las contra a publicidade abusiva.

## 2.4 A PUBLICIDADE E A CRIANÇA

A publicidade, como fenômeno contemporâneo, está presente no cotidiano da criança, apresentando-lhe todas as novidades colocadas à disposição no mercado de consumo que, a partir de então, passam a ser consideradas imprescindíveis e indispensáveis ao seu bem-estar e ao seu convívio em sociedade. A criança, face à personalidade ainda em formação e a peculiar condição de pessoa em constante desenvolvimento físico e psíquico, é manifestamente influenciável pelos comerciais publicitários, podendo ser considerada o público preferido dos fornecedores e das agências

<sup>29</sup> MELLO, Sônia Maria Vieira de. *O direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 84/85.

<sup>30</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *Op. cit.*, p. 88.

<sup>31</sup> MOMBERGER, Noemí Friske. *Op. cit.*, p. 64.

de publicidade. O motivo de direcionar anúncios que atingem a criança “é evidente: é baixa sua capacidade de resistência consciente às mensagens publicitárias e propagandísticas; tornando-se consumidor, tende a ser fiel, mais do que os outros destinatários”<sup>32</sup>. Como bem aponta Adalberto Pasqualotto, “o público infantil é um alvo cobiçado pela publicidade, seja porque constitui ele mesmo um atraente mercado de consumo, seja porque é um meio de atingir os adultos”<sup>33</sup>.

As crianças não possuem o necessário discernimento para entender o caráter persuasivo da publicidade, sendo mais vulneráveis à influência dos anúncios publicitários. “Elas tendem a aceitar prontamente as alegações e apelos de produtos caros, especialmente aqueles anunciados por personagens e atores de quem gostam e nos quais confiam”<sup>34</sup>. Segundo Magy Imoberdorf, “as maiores vítimas da propaganda antiética são as crianças, porque elas ainda acreditam no que se fala em propaganda”<sup>35</sup>. A publicidade, portanto, para não ser considerada abusiva, não pode extrapolar os limites impostos pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não podendo se aproveitar da especial vulnerabilidade da criança, criando situações que a levem a aceitar comportamentos violentos; que contrariem as regras de convívio social, que reduzam a autoridade dos pais, compelindo-os a adquirirem os produtos ou serviços ofertados; que coloque em risco a sua saúde ou segurança; ou que a incentive a pressionar outros adultos a adquirirem bens de consumo. A publicidade destinada especialmente à criança “deve-se abster de veicular mensagens que a levem a procurar o consumo em razão de seu inferior nível de conhecimento e julgamento”<sup>36</sup>. Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a publicidade

(...) não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança pessoal que a criança tem em seus pais, professores, etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo

---

<sup>32</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *Op. cit.*, p. 125.

<sup>33</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 131.

<sup>34</sup> MOMBERGER, Noemí Friske. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>35</sup> IMOBERDORF, Magy. *A Criação*. In: RIBEIRO, Júlio *et al.* **Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 173.

<sup>36</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares *et al.* **Comentários ao código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 130.

inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade<sup>37</sup>.

No entanto, fornecedores, anunciantes e agentes publicitários, possuindo conhecimento da vulnerabilidade das crianças às campanhas publicitárias, por vezes acabam aproveitando-se dessa condição, instigando-as com o que elas gostam de ver, utilizando-se, muitas vezes, de anúncios divertidos com desenhos animados, bichos de estimação ou frases de fácil assimilação ligada ao produto, fazendo com que cheguem a adotar específico comportamento para conseguirem o “bem tão desejado”. A publicidade exerce forte influência sobre a criança, estimula sua imaginação, “criando necessidades e expectativas em relação ao produto anunciado”<sup>38</sup>, devendo, portanto, ser objeto de controle, a fim de serem coibidos os abusos. O consumidor é induzido a consumir, sendo constantemente “bombardeado” pela publicidade massiva,

(...) que o cerca em todos os lugares e momentos de seu dia-a-dia. Como autômato, responde a esses estímulos, sem discernir corretamente. Age pela emoção, embotado em seu juízo crítico. E, se tudo isso ocorre em relação à publicidade normal sobre o homem médio, pode-se imaginar os efeitos nefastos e devastadores da publicidade enganosa ou abusiva e daquela incidente sobre pessoas em formação, como crianças e adolescentes<sup>39</sup>.

A publicidade abusiva é repulsiva, não só moralmente como também juridicamente, porquanto desrespeita o consumidor, atingindo de forma mais agressiva a criança, passando a exigir maior proteção do Direito, não para tutelar a publicidade em si, mas para resguardar os demais bens jurídicos afetados pelas mensagens publicitárias.

## 2.4.1 O CONTROLE DA PUBLICIDADE

O legislador brasileiro, ao estabelecer o controle da publicidade, não teve por objetivo bani-la da sociedade de consumo, por reconhecer a sua importância na pós-modernidade, mas, tão-somente, proteger o consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, e coibir os abusos que podem ser praticados na atividade publicitária, evitando lesão a valores fundamentais

<sup>37</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Op. cit.*, p. 344.

<sup>38</sup> MOMBERGER, Noemí Friske. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>39</sup> ALMEIDA, João Batista de. *Op. cit.*, p. 112.

tutelados pelo ordenamento jurídico. A publicidade, como fenômeno social contemporâneo, “não pode ser rechaçada ou proibida, mas deve ser controlada, regrada, para que estimule o consumo de bens e serviços sem abusos, de forma sadia”<sup>40</sup>.

Doutrinariamente, aponta-se três sistemas de controle da publicidade: um sistema privado (ou auto-regulamentar), um sistema estatal (ou público) e um sistema misto. O sistema privado ou auto-regulamentar consiste no controle interno da publicidade, realizado por órgão privado, ligado ao setor publicitário, objetivando garantir a ética publicitária, por meio da proteção da livre concorrência e, secundariamente, do consumidor<sup>41</sup>. O modelo auto-regulamentar tem como característica a ausência de participação do Estado em suas atividades. Sua criação deve-se exclusivamente “à vontade das pessoas, físicas e jurídicas, envolvidas no meio publicitário, no qual figuram anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação social”<sup>42</sup>, competindo-lhes o estabelecimento de regras, visando à fiscalização e à imposição de limites à criação publicitária. A não observância às normas e princípios estabelecidos pela entidade encarregada do controle da publicidade, sujeita o infrator a sanções privadas, cominadas por um órgão deliberativo interno, “criado especialmente para controlar a atividade publicitária de todos os profissionais envolvidos nesse negócio jurídico”<sup>43</sup>.

O autocontrole, exercido mediante a aplicação de um Código de Ética, elaborado pelos próprios publicitários, caracteriza-se pelo cumprimento espontâneo das decisões, bem como pela ausência de coerção de suas normas. A desvantagem do sistema privado, consoante aponta Wilson Carlos Rodycz, é a ausência de coercitividade nas deliberações do órgão de controle, inexistindo meios para coagir e obrigar a parte infratora a cumprir as decisões<sup>44</sup>. Além disso, o alcance do controle privado da publicidade restringe-se àqueles que espontaneamente decidem se submeter ao sistema, porquanto “a regra da autodisciplina não vincula todos os operadores, limitando-se àqueles que aderem, voluntariamente, a tal mo-

<sup>40</sup> CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

<sup>41</sup> ALMEIDA, José Antonio. **Publicidade e defesa do consumidor**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, jan./mar. 1997, p. 109.

<sup>42</sup> ALMEIDA, José Antonio. **Publicidade e defesa do consumidor**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, jan./mar. 1997, p. 109.

<sup>43</sup> MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>44</sup> RODYCZ, Wilson Carlos. **O Controle da Publicidade**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 8, out./dez. 1993, p. 67.

dalidade de controle”<sup>45</sup>. O modelo privado, portanto, não tem o condão de garantir a total proteção dos consumidores, servindo apenas de complemento à atuação de um sistema público de controle da publicidade.

O sistema estatal ou público, por sua vez, surgiu para, coercitivamente, coibir os desvios e os abusos existentes no meio publicitário, visando à exclusiva proteção do consumidor<sup>46</sup>. No sistema estatal, cabe ao Estado estabelecer normas para o controle da publicidade e executá-las, inadmitindo a participação de outros órgãos da esfera privada. Neste modelo, compete exclusivamente ao Estado regulamentar a publicidade, proibindo práticas nocivas contra os consumidores. A atuação do controle estatal concretiza-se “por meio da intervenção do poder público – considerado, portanto, de forma externa ou social – sobre a atividade publicitária tida como patológica, de forma repressiva e reparatória, visando a minimizar os danos aos consumidores, que são os seus destinatários exclusivos”<sup>47</sup>. As vantagens desse sistema, para Valéria Falcão Chaise, “são o poder coercitivo do Estado, segundo o qual a inobservância das normas de ordem pública acarreta sanções de natureza jurídica e, ainda, a capacidade de analisar continuamente o mercado”<sup>48</sup>. O sistema público de controle da publicidade destina-se exclusivamente à proteção do consumidor, diferenciando do modelo privado, que objetiva regular o próprio meio publicitário (ou seja, defender os interesses dos associados).

O sistema misto de controle da publicidade, por último, representa a adoção dos modelos estatal e privado, os quais sobrevivem e são compatíveis entre si. Este foi o sistema adotado pelo Código de Defesa do Consumidor. Parte-se da premissa que a auto-regulamentação não exerce sobre seus regulados autoridade suficiente, a fim de tornar desnecessária a interferência estatal, “e que esta, ao ser aplicada isoladamente, apresenta igualmente riscos para o consumidor”<sup>49</sup>. Trata-se de modalidade “que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários”. Abre-se, a um só tempo, espaço para os organismos auto-regulamentares (como o CONAR e o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária), no Brasil e para o Estado (seja a administração pública, seja o Judiciário)<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Op. cit.*, p. 302.

<sup>46</sup> MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>48</sup> CHAISE, Valéria Falcão. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>49</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9, jan./mar. 1994, p. 52.

<sup>50</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Op. cit.*, p. 303.

O sistema de controle da publicidade busca verificar a regularidade do conteúdo das mensagens publicitárias, por entidades, públicas ou privadas, atuando para que as ocorrências lesivas sejam coibidas ou rapidamente sanadas, a fim de serem evitados danos aos consumidores e reparar aqueles que foram efetivamente lesados. Compete ao sistema de controle da publicidade, igualmente, aplicar as sanções cabíveis quando da ocorrência de um anúncio violador dos direitos do consumidor. “Neste caso, a função sancionatória vem como um plus à função verificatória do controle, contribuindo para a sua efetividade”<sup>51</sup>.

O controle da publicidade, ao verificar a regularidade do conteúdo do anúncio publicitário, não pode ser considerado como “forma inconstitucional de censura, mas instrumento eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor”<sup>52</sup>, em especial, dos direitos da criança. A liberdade de expressão artística e de criação, arrolada como direito na atual Carta (artigos 5º, inciso IX, e 220 da Constituição Federal), não tem o condão de fazer frente ou se sobrepor aos direitos fundamentais da criança, elevados à condição de prioridade absoluta (artigo 227 da Constituição Federal).

A própria Constituição Federal, ao assegurar a liberdade de expressão e criação, também estabelece um controle sobre a atividade publicitária, como forma de garantir outros valores constitucionais, como os direitos do consumidor (artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição Federal), os direitos da criança (artigo 227 da Constituição Federal), os valores éticos e sociais da pessoa e da família (artigo 221, inciso IV, da Constituição Federal) e o respeito à dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). Para Edilsom Farias, “o legislador, no Estatuto da Criança e do Adolescente, estipula várias restrições à liberdade de expressão e comunicação e à atuação dos meios de comunicação social com o fito de resguardar os princípios constitucionais da dignidade e do respeito à criança e ao adolescente, além de colocá-los a salvo de toda forma de discriminação e violência”<sup>53</sup>.

A liberdade de expressão artística e de criação, portanto, para ser considerada lícita, deve respeitar os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, em especial, os contidos no artigo 227, que

---

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, out./dez. 1992, p. 67.

<sup>53</sup> FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 269/270.

impõem à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito, colocando-a a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A partir da Constituição Federal de 1988, novos paradigmas embasam os direitos da criança no Brasil. A infância, guindada à condição de prioridade absoluta, está a merecer a proteção integral, sendo que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Evidente a necessidade de a publicidade de produtos e serviços destinados à criança ser objeto de controle, a fim de serem coibidos, de forma preventiva e repressiva, os abusos praticados através dos meios de comunicação social (quando existentes), assegurando a esta parcela da população, mais frágil e vulnerável, a efetividade dos direitos previstos, com tanta clareza, no ordenamento jurídico pátrio. O controle da publicidade, no Brasil, pode ser judicial, dependente de um órgão jurisdicional quanto às decisões envolvendo a abusividade dos anúncios publicitários, ou extrajudicial, quando a função decisória é atribuída a outros órgãos, não integrantes do Poder Judiciário.

#### **2.4.1.1 O CONTROLE EXTRAJUDICIAL**

No Brasil, o controle extrajudicial da publicidade, em âmbito privado, é realizado pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar), mediante a aplicação do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. O Conar, criado em 5 de maio de 1980, é uma associação civil, constituída por agentes do setor publicitário, como anunciantes, agências e veículos de comunicação, que espontaneamente aderem ao quadro social, tendo por objetivo zelar pela credibilidade e valorização da atividade publicitária, oferecendo, ainda, um canal de acesso à defesa do consumidor. O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, por seu turno, “é um conjunto de normas, de caráter privado, aprovadas por entidades representativas do mercado publicitário”<sup>54</sup>.

Em relação à publicidade de produtos e serviços destinados à criança, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, em seu artigo 37, estabelece diversas regras a serem observadas quando da elaboração

---

<sup>54</sup> CHAISE, Valéria Falcão. *Op. cit.*, p. 26.

dos anúncios publicitários, afirmando que nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. A não observância das normas sujeita o infrator a determinadas sanções, a serem aplicadas pelo Conselho de Ética do Conar<sup>55</sup>, compreendendo a advertência, a recomendação de alteração ou correção da mensagem publicitária, a recomendação de sustação de veiculação do anúncio e, por último, a divulgação da posição do Conar com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através dos meios de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas (artigo 50 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária). A título exemplificativo, podemos encontrar, na página do Conar na *internet*, inúmeras representações que são constantemente apreciadas e julgadas pelo Conselho de Ética, com a imposição, em vários casos, das sanções previstas no mencionado artigo 50 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Em diversas das representações julgadas pelo Conselho de Ética, quando não arquivadas, foram aplicadas as penalidades de advertência, suspensão da veiculação definitiva do comercial e recomendação de alteração ou correção do anúncio publicitário, por serem consideradas abusivas as mensagens publicitárias<sup>56</sup>.

No entanto, as sanções impostas pelo Conar, ainda que, por vezes, atendidas pelos infratores, não possuem, como dito alhures, caráter coercitivo, não se mostrando suficientes para coibir a abusividade nas criações publicitárias. O Conar não tem o poder de retirar do mercado um anúncio publicitário considerado abusivo. Em que pese prevista a sanção ética de desagravo público, que pode implicar no descrédito do anunciante e da agência de publicidade frente aos consumidores e ao mercado publicitário, a penalidade imposta pelo Conar não impede a reiteração dos abusos praticados contra as crianças consumidoras. As decisões do Conar são de cumprimento espontâneo, não lhe outorgando, os estatutos, o poder necessário para impor o cumprimento das sanções previstas no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. O autocontrole exercido pelo Conar

(...) não é suficiente em face da própria natureza jurídica desse Conselho, uma sociedade civil integrada majoritariamente pelos próprios publicitários, por decorrência de adesão espontânea, não congregando, portanto, obrigatoriamente, a universalidade da classe, e cuja competência estatutária

<sup>55</sup> O Conselho de Ética tem competência para julgar as representações por infração ao Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, aplicando as penalidades cabíveis (artigo 50, § 1º, do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária).

<sup>56</sup> A íntegra das representações e das decisões do Conselho de Ética pode ser consultada no sítio do CONAR na internet. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>> (Acesso em: 05 jul. 2016).

não vai além do poder de impor penas simbólicas como a advertência, a recomendação ou, no máximo, a divulgação da sua posição em face do não acatamento das medidas e providências eventualmente preconizadas. Não tem o CONAR competência para tirar do mercado uma peça publicitária que haja considerado infratora do seu Código<sup>57</sup>.

A precisão e o caráter técnico do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, aliados à boa vontade e esforço de seus implementadores, não são suficientes para impedir os abusos praticados contra os consumidores, em especial, contra os consumidores crianças. Exemplo de caso que escapou ao controle ético do Conar é o referente a dois anúncios de chocolates, da marca Nestlé, criados pela agência DPZ, os quais foram liberados pela Terceira Câmara do Conselho de Ética do Conar, mas que acabaram, posteriormente, sendo objeto de uma ação civil pública, ajuizada com base no artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, em face da abusividade dos referidos anúncios contra o público infantil<sup>58</sup>.

Não há, passados 25 anos da vigência do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, como permitirmos a repetição dos abusos existentes nas mensagens publicitárias de produtos e serviços dirigidos à população infantil. Criança, segundo o ordenamento jurídico, é prioridade absoluta, merecedora de proteção integral, incumbindo à sociedade, no caso da publicidade, representada pelo Conar, assegurar a efetiva proteção dos direitos fundamentais previstos, com tanta clareza, no artigo 227 da Constituição Federal. Ousamos afirmar, assim, que ao Conar caberia a missão de alterar seus estatutos, bem como introduzir modificações no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, a fim de prever mecanismos de controle efetivo da publicidade voltada ao público infantil, de caráter preventivo ou repressivo, como, por exemplo, a imposição de multas elevadas para o caso de descumprimento de suas regras e decisões, ainda que atinjam apenas os agentes integrantes de seu quadro social. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança (artigo 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente), não podendo o Conar furtar-se ao estabelecimento de parâmetros rígidos a serem observados pelas agências, anunciantes e veículos de comunicação, quando da elaboração da publicidade voltada ao público infantil, com a imposição de severas penalidades aos infratores em razão

---

<sup>57</sup> RODYCZ, Wilson Carlos. *Op. cit.*, p. 62/63.

<sup>58</sup> BOENING, Evelena. **Porque o CONAR**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, out./dez. 1992, p. 200/234

da veiculação de anúncios considerados abusivos, observado, sempre, o contraditório e a ampla defesa. O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe à sociedade, incluindo-se, aqui, o Conar, o dever de evitar ameaças ou violações dos direitos da criança.

O Conar não pode, portanto, se omitir de buscar soluções para garantir a proteção integral à criança, visando coibir anúncios que violem o artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. A responsabilidade social do Conselho frente aos direitos da criança não pode se limitar a meras recomendações, pareceres ou opiniões desprovidas de caráter coercitivo e vinculativo, sob pena de negarmos a esta parcela da população, mais frágil e vulnerável, a concretização dos princípios fundamentais básicos do Estado Democrático de Direito.

Paralelamente à atuação do Conar, podemos destacar o controle extrajudicial da publicidade a ser exercido pelo Estado, em seus três níveis, federal, estadual e municipal. O Estado, através do poder de polícia, possui mecanismos para punir os infratores às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da eficácia da proteção do consumidor e da criança no ordenamento jurídico-constitucional (artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, e 227 da Constituição Federal). Para a repressão da publicidade abusiva dirigida à criança, estabelece o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 56, diversas sanções administrativas a serem utilizadas pelo Estado, no que couber, no controle extrajudicial dos anúncios publicitários. Prevê a Lei nº 8.072/90 a multa pecuniária, a apreensão e inutilização do produto, a cassação do registro para funcionamento, a interdição do estabelecimento, atividade ou obra, proibição de fabricação de determinado produto, suspensão do fornecimento de determinado produto ou serviço, revogação de permissão ou concessão de uso, intervenção administrativa e a contrapublicidade imposta ao fornecedor faltoso. A contrapublicidade, medida adotada, por excelência, para sustar os efeitos nocivos da publicidade abusiva, significa anunciar, às expensas do infrator, no mesmo veículo de comunicação e com as mesmas características empregadas, a mensagem corretiva (artigos 56, inciso XII, e 60 do Código de Defesa do Consumidor). Visa a impedir a força persuasiva da publicidade abusiva, inclusive após a cessação da veiculação do anúncio<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. **A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, jan./mar. 2005, p. 26.

Entendemos, no entanto, que a contrapublicidade, em relação à criança, não produz os efeitos preconizados pelo Código de Defesa do Consumidor. A criança, em face de sua personalidade em formação, não possui maturidade suficiente para entender o caráter comercial das criações publicitárias, bem como os objetivos da contrapublicidade, mostrando-se incapaz de apresentar um espírito crítico e de desenvolver uma contra-argumentação, deixando-se influenciar livremente pelos anúncios<sup>60</sup>. A contrapublicidade pode ser considerada “o meio adequado quando se tratar de público-alvo adulto, capaz de entender o objetivo e motivo da mensagem da contrapropaganda, mas simplesmente não pode ser aplicada às crianças pequenas que não possuem capacidade de discernimento, não distinguem programa comum de publicidade, elas também não irão entender a contrapropaganda”<sup>61</sup>. Além do mais, a contrapublicidade não garante o desfazimento dos malefícios causados pelos anúncios publicitários, pois “nem sempre o mesmo veículo de comunicação, no mesmo horário, poderá atingir o mesmo público; parte da massa restará afetada, inocentes poderão continuar sob os efeitos da mensagem antijurídica”<sup>62</sup>.

Incumbe ao Estado, portanto, lançar mão de outros mecanismos, como, por exemplo, a imposição de multa pecuniária para a hipótese de o infrator não se abster de veicular a publicidade abusiva (artigos 56, inciso I, e 57 do Código de Defesa do Consumidor), atuando, de forma positiva, na defesa dos direitos do consumidor, em especial, do consumidor criança. Ao lado das sanções administrativas, cabe ao Estado, em suas três esferas de atuação (federal, estadual e municipal), a implementação de políticas públicas, estabelecendo regras técnicas e precisas para a criação e elaboração de anúncios publicitários voltados ao público infantil, bem como mecanismos rígidos de controle e fiscalização da publicidade, buscando a efetiva proteção da criança.

Em 13 de março de 2014 foi aprovada, de forma unânime, a Resolução nº 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, que considera abusiva a prática do direcionamento de publicidade e comunicação mercadológica à criança com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço, definindo especificamente as características dessa prática, como o uso de linguagem infantil, de pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil, de personagens ou

<sup>60</sup> KARSAKLIAN, Eliane. **O comportamento do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 220.

<sup>61</sup> MOMBERGER, Noemí Friske. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>62</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *Op. cit.*, p. 70.

apresentadores infantis, dentre outras. O efeito prático da Resolução é a ilegalidade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança. A publicidade, que até então tinha como alvo o público infantil, deve ser alterada e direcionada ao público adulto, o qual é o verdadeiro responsável por fazer a devida mediação do anúncio com a criança, cabendo ao Estado, assim, fiscalizar e coibir as ilegalidades, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, aplicando as sanções nele previstas.

O Estado, além de garantir a repressão aos atos publicitários abusivos, com a punição de seus autores e o respectivo ressarcimento aos lesados, deve atuar de forma preventiva no mercado de consumo, evitando a ocorrência de novas práticas abusivas, afastando aquelas que possam causar prejuízos aos consumidores e às crianças (artigos 4º, inciso VI, e 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor). A coibição preventiva e eficiente das práticas publicitárias abusivas “representará o desestímulo dos potenciais fraudadores. A *contrario sensu*, a ausência de repressão, ou mesmo o afrouxamento, representará impunidade e, pois, estímulo”<sup>63</sup>. A partir da Constituição de 1988, a proteção da criança e do consumidor passou a ser norma hierarquicamente superior e orientadora de todo o sistema jurídico, justificando, portanto, a intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares<sup>64</sup>, especialmente, na criação e veiculação dos anúncios publicitários de produtos e serviços destinados à população infantil.

#### **2.4.1.2 O CONTROLE JUDICIAL**

O controle judicial da publicidade decorre do princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça de lesão aos direitos da criança e do consumidor (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), garantindo o acesso formal aos órgãos jurisdicionais e assegurando a tutela contra qualquer forma de denegação da Justiça.

O Código de Defesa do Consumidor, em atenção ao comando constitucional, autoriza a propositura de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos dos consumidores (artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor), permitindo o ajuizamento de ações de conhecimento (declaratórias, constitutivas e condenatórias), cautelares, mandamentais e de execução, na defesa de direitos difusos, coleti-

---

<sup>63</sup> ALMEIDA, João Batista de. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>64</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 108.

vos e individuais (homogêneos ou não) de consumidores<sup>65</sup>. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, seguindo as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, afirma serem admissíveis todas as espécies de ações para a defesa dos direitos e interesses da criança (artigo 212), significando “que o sistema processual há de ser interpretado de modo a autorizar a conclusão de que nele existe sempre uma ação capaz de propiciar, por um provimento adequado, a tutela efetiva e concreta de todos os direitos materiais”<sup>66</sup> assegurados à população infantil.

As ações coletivas de consumo e as ações civis públicas, por certo, constituem-se nos instrumentos jurídicos mais eficazes para coibir a publicidade abusiva voltada ao público infantil, garantindo, a esta parcela da população, a concretização de seus direitos fundamentais. A publicidade, por ser veiculada nos meios de comunicação de massa, como regra, gera uma relação jurídica difusa ou coletiva, atingindo um número indeterminado de crianças (artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente). A atividade publicitária, ao causar danos, “dificilmente o faz de maneira individual ou isolada. Sua danosidade é, como regra, difusa e coletiva, embora com repercussão na esfera privada de cada consumidor. Seus riscos são sociais e seus danos, em série”<sup>67</sup>.

O consumidor e, especialmente, a criança, vivendo em uma sociedade cada vez mais globalizada, somente serão efetivamente protegidos se reconhecermos o caráter difuso e transindividual com que deve se revestir a proteção dos consumidores e do público infantil, indiscutivelmente a parte mais fraca da relação de consumo<sup>68</sup>. A publicidade, como se tem afirmando, “não é dirigida a cada um de nós individualmente, senão a largas parcelas da comunidade, buscando alvos difusos e não identificáveis para as mensagens comerciais”<sup>69</sup>. Os bens, na sociedade contemporânea, passaram a ser produzidos não mais para atender às necessidades dos particulares, mas destinados a consumidores indeterminados. O interesse difuso, por conseguinte, está manifestamente presente na publicidade, porquanto repercute diretamente no universo indeterminável de consumidores.

---

<sup>65</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. *A Defesa Coletiva dos Consumidores no Brasil*. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 16, out./dez. 1995, p. 42/43.

<sup>66</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Comentários ao artigo 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente*. In: CURY, Munir (coord.); AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do (coord.); MENDEZ, Emilio Garcia (coord.). *Op. cit.*, p. 696.

<sup>67</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>68</sup> ALMEIDA, José Antonio. *Op. cit.*, p. 106/107.

<sup>69</sup> NARCHI, Edney G. *Da publicidade e sua disciplina no CDC*. *Justitia*, São Paulo, nº 160, out./dez. 1992, p. 77.

Pertinente e adequada, assim, a utilização das ações coletivas de consumo e das ações civis públicas visando à proteção da criança contra os abusos praticados no meio publicitário, que exploram indevidamente a ingenuidade e a deficiência de julgamento e experiência do público infantil. A criança, sozinha,

(...) não consegue fazer frente aos abusos massificados da publicidade. O fenômeno, por ser coletivo, não permite que cada consumidor, individualmente, se proteja contra os abusos e desvios publicitários. Ou se protege a todos, conjunta e indistintamente, ou não se resguarda ninguém. Qualquer intervenção estatal na matéria, em consequência, deve levar em conta esta dimensão coletiva”<sup>70</sup>.

Para ilustrar a questão relativa ao controle judicial da atividade publicitária dirigida às crianças, busca-se exemplo citado por Evelena Boening<sup>71</sup>, referente à ação civil pública promovida pela Associação de Proteção ao Consumidor, perante a 7ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre, protocolada sob o nº 01191112364, em que se discutia a abusividade de dois comerciais publicitários veiculados pela empresa Nestlé. No primeiro, denominado *Armazém*, meninos invadem, furtivamente e à noite, um estabelecimento comercial, a fim de se apropriarem e comerem produtos Nestlé que estavam na geladeira. O vigia noturno, ao acordar, tenta impedir as crianças, mas escorrega em bolinhas de gude, que foram espalhadas pelos garotos, e acaba caindo no chão. As crianças fogem do local com os produtos, não havendo menção de terem pago pelas guloseimas. No segundo comercial, chamado *Perereca*, meninos vestidos de capa de chuva, à noite, portando várias gaiolas com rãs em seu interior, amedrontam e coagem um grupo de meninas a entregarem-lhes os produtos Nestlé, que se encontram na geladeira da casa. A ação das crianças, nos filmes publicitários, enseja a prática de atos infracionais de furto qualificado e extorsão. A exposição de crianças em ações condenáveis, como se fossem aceitáveis e normais, importa em evidente aproveitamento da inexperiência do público infantil, bem como séria deturpação de valores sociais, motivo pelo qual restaram considerados abusivos os anúncios publicitários, a teor do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. A ação civil pública foi julgada procedente, confirmando a liminar deferida *initio litis*, que determinou a suspensão da veiculação dos comerciais intitulados *Armazém* e *Perereca*.

<sup>70</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>71</sup> BOENING, Evelena. *Op. cit.*, nota 173, p. 200/234.

Mais recentemente, em outro caso, o Colendo Superior Tribunal de Justiça manteve condenação de uma empresa do ramo alimentício, proferida em ação civil pública oriunda do Tribunal de Justiça de São Paulo, por publicidade dirigida diretamente ao público infantil, considerando que a campanha publicitária tratava de venda casada que se aproveitava da ingenuidade das crianças (Recurso Especial nº 1.558.086)<sup>72</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor, a fim de conferir efetiva proteção ao universo indeterminável de crianças atingidas pela publicidade abusiva, atribui ao Ministério Público, à União, Estados e Municípios, aos órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, encarregados da defesa do consumidor, bem como às associações de proteção e defesa da população consumidora, legitimação concorrente para o ajuizamento das ações coletivas (artigo 82). O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, igualmente atribui legitimidade para a propositura de ações cíveis fundadas em interesses difusos e coletivos de crianças ao Ministério Público, à União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios (artigo 210, incisos I e II). No entanto, confere, ainda, legitimação para o ajuizamento de demandas judiciais às associações, constituídas há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos assegurados à população infantil (art. 210, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Podemos afirmar, portanto, a teor do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, que o rol de legitimados para o ajuizamento das ações coletivas, visando à coibição dos abusos cometidos no âmbito da publicidade voltada ao público infantil, foi ampliado, incluindo, além dos órgãos e entes previstos na legislação consumidora (artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor), as associações de proteção e defesa da criança, expressamente previstas no artigo 210, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Criança é prioridade absoluta e merecedora de proteção integral, não havendo como afastar a legitimidade das associações de defesa da população infantil para a propositura de ações coletivas, quando o ordenamento jurídico-constitucional atribui a todos, sociedade e poder público, o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais da criança, em especial, os direitos à liberdade de escolha, ao respeito e à dignidade humana, inequivocamente violados pela publicidade abusiva (artigo 227 da

---

<sup>72</sup> A íntegra do acórdão pode ser acessada no sítio do Superior Tribunal de Justiça na internet. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495560&num\\_registro=201500615780&data=20160415&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495560&num_registro=201500615780&data=20160415&formato=PDF)> (Acesso em: 14 abr. 2016).

Constituição Federal). A proteção da criança contra os abusos cometidos nos anúncios publicitários pode ser repressiva, reparatória ou preventiva, revelando-se, a última, “a forma ideal, implicando, para sua efetividade, agilidade do Estado, especialmente do Poder Judiciário”<sup>73</sup>. No entanto, após a ocorrência da divulgação social da publicidade abusiva, “esta não mais poderá ser preventivamente controlada, restando somente ao controle da publicidade atuar de forma repressiva, procurando evitar que este ato publicitário lesivo venha a causar maiores danos à coletividade”<sup>74</sup>.

Na esfera judicial, havendo a publicidade abusiva, pode ser requerida a imediata suspensão da veiculação do anúncio, mediante ações próprias, com a concessão de tutelas de urgência, bem como pleiteada a reparação pelos danos morais e patrimoniais sofridos, em razão da divulgação da mensagem publicitária infratora do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. As medidas judiciais contra a publicidade abusiva, no âmbito da infância, devem ser eficazes e urgentes, contendo mecanismos de coerção que impeçam, imediatamente, a veiculação do anúncio publicitário, ante a efemeridade dos interesses postos em juízo, além de providências que assegurem o resultado prático da demanda (artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor).

Objetiva-se, assim, prevenir a ocorrência de dano ou prejuízo às crianças, que acabam emocionalmente frustradas, em razão de não ganharem o produto anunciado, bem como aos seus pais, os quais, muitas vezes, mesmo não reunindo condições econômicas, são levados a adquirirem os produtos veiculados nos comerciais, em razão dos apelos insistentes dos filhos. A autoridade judicial, além de deferimento da liminar de cessação da veiculação da publicidade abusiva, deverá impor pesada multa diária ao réu (astreintes), independentemente do pedido do autor da demanda (artigo 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor), assegurando o cumprimento das decisões judiciais, garantindo à população infantil o respeito às normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, na mesma linha de interpretação do Código de Defesa do Consumidor, também permite ao Julgador a adoção de providências que assegurem a efetividade do processo, impedindo a ocorrência de práticas abusivas contra a população infantil, prevenindo, ainda, a imposição de medidas coercitivas, como as astreintes, a fim

---

<sup>73</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>74</sup> MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. *Op. cit.*, p. 100.

de garantir o cumprimento das decisões judiciais (artigo 213). O Estatuto da Criança e do Adolescente,

(...) atribui mais poderes ao juiz (...) para conferir ao processo, mais especificamente ao seu provimento, maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto. Assim é que poderá ele impor multa diária, independentemente de pedido do autor, caso seja essa solução suficiente e mais compatível com a obrigação, e poderá, ainda, determinar a adoção de todas as providências *legítimas e compatíveis* à tutela específica da obrigação ou ao atingimento do resultado prático correspondente (art. 213, caput e § 2º) (“destaque do original”)<sup>75</sup>.

Anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação que divulgam anúncios em desacordo com as regras previstas na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, aproveitando-se da imaturidade e da reduzida capacidade de resistência consciente da criança às mensagens publicitárias, devem ser punidos, mesmo depois de o anúncio ter sido retirado de circulação, sob pena de ocorrer a repetição dos abusos cometidos no meio publicitário. A publicidade considerada abusiva acaba ferindo lesivamente os direitos da personalidade da criança, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

O operador do direito dispõe, no ordenamento jurídico, de mecanismos eficientes para a coibição das mensagens publicitárias abusivas, não podendo, na pós-modernidade, ficar inerte à violação dos direitos fundamentais assegurados à população infantil, anuindo com a reiteração dos abusos praticados contra as crianças. Impõe-se, portanto, na atualidade, que as distorções existentes na publicidade sejam amplamente objeto de repulsa pelo Poder Judiciário, através da utilização de tutelas inibitórias ou de pretensões reparatórias, a fim de garantirmos, de forma integral e com prioridade absoluta, a efetiva proteção das crianças, consoante preconizado pelo artigo 227 da Constituição Federal.

---

75 WATANABE, Kazuo. **Comentários ao artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: CURY, Munir (coord.); AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do (coord.); MENDEZ, Emilio Garcia (coord.). *Op. cit.*, p. 700.

### 3 CONCLUSÃO

A publicidade é um fenômeno de imensa repercussão na sociedade pós-moderna, constituindo-se, na atualidade, no principal vetor externo de consecução dos negócios jurídicos de consumo. A atividade publicitária tem o poder de mudar hábitos e costumes e influenciar comportamentos, criando necessidades, gerando desejos e expectativas, persuadindo, estimulando e conduzindo os consumidores à aquisição dos produtos e serviços anunciados. Entre os consumidores atingidos pela publicidade encontram-se, inevitavelmente, as crianças, naturalmente desprotegidas e vulneráveis aos ardis utilizados nas criações publicitárias. As crianças, por não serem auto-suficientes, face a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, não podem ser tratadas da mesma maneira que os demais consumidores adultos, porquanto não reúnem condições de entender o caráter persuasivo da publicidade e de se defender da abusividade dos anúncios, mostrando-se mais vulneráveis à influência das mensagens publicitárias.

A publicidade, ao estabelecer normas e padrões de comportamento, incitando a criança ao consumo de bens e serviços, por vezes, pode extrapolar os parâmetros e limites impostos pela legislação, necessitando ser controlada, a fim de serem coibidos os abusos existentes no meio publicitário. A publicidade, ao estimular massivamente o consumo de bens e serviços, pode estar revestida de caráter abusivo, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, sendo necessário o seu controle, sob pena de restar ameaçada a própria sociedade e os valores protegidos pelo ordenamento jurídico. O que deve ser coibido é a publicidade abusiva, a qual é repulsiva, não só moralmente como também juridicamente, desrespeitando o consumidor e atingindo de forma mais agressiva a criança, passando a exigir maior proteção do Direito, não para tutelar a publicidade em si, mas para resguardar os demais bens jurídicos afetados pelos anúncios.

A Constituição Federal de 1988, seguida pelo Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe novos parâmetros para o controle da publicidade dirigida ao público infantil. Com a incorporação da Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico pátrio, a criança passou a ser considerada sujeito de direitos, prioridade absoluta e pessoa em desenvolvimento, atribuindo-lhe a legislação um gama de direitos fundamentais, os quais devem ser protegidos pela família, sociedade e Estado. A publicidade, ao afastar-se desses parâmetros, reclama a intervenção de órgãos públicos e privados, bem como a utilização de mecanis-

mos de controle dos abusos, a fim de assegurar a proteção do consumidor e, especialmente, da criança, além de manter hígido o mercado de consumo e o próprio fenômeno publicitário. O controle da publicidade dirigida à criança destina-se, inequivocamente, a coibir os atos abusivos praticados nos meios de comunicação social, quando existentes, assegurando a esta parcela da população, mais frágil e vulnerável, a efetividade dos direitos previstos, com tanta clareza, na legislação.

A Doutrina da Proteção Integral exige da sociedade e do Poder Público, em âmbito judicial ou extrajudicial, uma postura positiva em relação aos direitos da criança, inexistindo espaço para a omissão, devendo ser realizado um efetivo controle, de forma preventiva ou repressiva, das mensagens publicitárias em que o público-alvo, ao final, é a criança, a fim de garantir, de forma integral, a efetiva proteção desta parcela desprotegida da população, consoante preconizado pelo artigo 227 da Constituição Federal.

#### 4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aliette Marisa S. D. N. Teixeira de. **A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, p. 11/38, jan./mar. 2005.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA, José Antonio. **Publicidade e defesa do consumidor**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, p. 105/111, jan./mar. 1997.

ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Souza. **O Estatuto da Criança e do Adolescente em face do novo Código Civil – Cenários da infância e juventude brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9, p. 25/57, jan./mar. 1994.

BOENING, Evelena. **Porque o CONAR**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, p. 200/234, out./dez. 1992.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONAR. Casos. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>> Acesso em: 01 jul. 2016.

CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULA; Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_.(coord.); AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do (coord.); MENDEZ, Emílio García (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FRADERA, Vera M. Jacob de. **A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, p. 173/191, out./dez. 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares *et al.* **Comentários ao código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KARSAKLIAN, Eliane. **O comportamento do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2000.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo & propedêutica do controle**. Curitiba: Juruá, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **A ‘Guerra’ do Vestibular e a Distinção entre Publicidade Enganosa e Clandestina**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, p. 219/231, abr./jun. 1993.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NARCHI, Edney G. **Da publicidade e sua disciplina no CDC**. Justitia, São Paulo, n. 160, p. 73/83, out./dez. 1992.

NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, p. 44/77, out./dez. 1992.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Defesa Coletiva dos Consumidores no Brasil**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 16, p. 37/44, out./dez. 1995.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Júlio *et al.* **Tudo que você queria saber sobre propaganda e ninguém teve paciência para explicar**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1989.

RODYCZ, Wilson Carlos. **O Controle da Publicidade**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 8, p. 58/68, out./dez. 1993.



# ORDEM PÚBLICA E PRISÃO PREVENTIVA: UMA INVESTIGAÇÃO HISTÓRICO-POLÍTICA

Guilherme Henrique Mariani de Souza<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo objetiva problematizar o contexto histórico-político em que foi criado o Código de Processo Penal, procurando identificar qual a possível relação entre a prisão preventiva e as práticas políticas vigentes no Estado Novo, época de elaboração da legislação processual. A hipótese, confirmada ao final do trabalho, é a de que a previsão do encarceramento com o fim de “garantia da ordem pública” foi criada e utilizada, em seu período inicial, como fundamento para a repressão e o isolamento dos inimigos do regime político presidido por Getúlio Vargas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão Preventiva. Estado Novo. Ordem Pública. Processo Penal.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Breves Antecedentes do Estado Novo. 3. A Constituição de 1937 e o Autoritarismo Repressivo. 4. Repressão e Processo Penal. 5. Ordem Pública e Prisão Preventiva. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro é fortemente criticado, no âmbito de alguns setores doutrinários, em razão de sua origem autoritária. Grande parte das críticas se refere ao seu modo de elaboração, que foi criação exclusiva do Poder Executivo. A atual legislação processual, datada do ano de 1941, foi lançada por meio de um decreto-lei assinado por Getúlio Vargas, e possui muitos dispositivos que ainda se mantêm em vigor, apesar das diversas reformas realizadas desde então.

Dentre as questões ainda muito discutidas, encontra-se o instituto da prisão preventiva, mais especificamente, a possibilidade de imposição da prisão preventiva com o fim de garantia da ordem pública, hipótese prevista no artigo 312 do atual diploma processual, e que já estava presente em sua

---

<sup>1</sup> Estudante do Curso de Especialização em Direito Público da Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Assessor de Juiz de Direito (TJRS).

redação original. Partindo-se desse problema, busca-se, no presente trabalho, investigar o contexto histórico-político em que foi gestado o Código de Processo Penal brasileiro, e mais especificamente, as origens da inserção da prisão preventiva com a finalidade de garantia da ordem pública.

Desse modo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, pretende-se avaliar qual a relação existente entre o período político do Estado Novo - vivenciado à época da criação do Código - e o instituto jurídico da prisão preventiva, bem como identificar de que modo o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, interpretava e aplicava esse dispositivo, especialmente em relação ao quesito “ordem pública”.

## **2 BREVES ANTECEDENTES DO ESTADO NOVO**

A escalada do fascismo na Europa, com a ascensão de Adolf Hitler ao poder na Alemanha (1933) e as vitórias de Francisco Franco contra os republicanos espanhóis (1936-1939), refletia-se no Brasil. Aqui houve a formação de um partido de orientação fascista, a Ação Integralista Brasileira, fundada por Plínio Salgado (CÁCERES, 1993, p. 276).

Plínio Salgado havia unificado três correntes pró-fascistas brasileiras para organizar a Ação Integralista Brasileira (AIB). Seu programa político atacava a democracia liberal, o imperialismo norte-americano e o inglês e, principalmente, o que chamava de “barbárie comunista”. Pregava também a formação de um Estado totalitário que conseguisse unificar a nação (CÁCERES, 1993, p. 276).

A Ação Integralista Brasileira foi olhada com simpatia por Getúlio Vargas, durante certo período, pois era considerado um freio às manifestações esquerdistas. Porém, o alastramento do fascismo na Europa e o fortalecimento da Ação Integralista no Brasil levaram democratas, socialistas e comunistas brasileiros a criar uma frente única (Aliança Nacional Libertadora) para resistir ao fascismo. Luís Carlos Prestes era presidente de honra da ANL (CÁCERES, 1993, p. 277).

Assim, durante o período em que Getúlio Vargas governou constitucionalmente a nação – entre 1934 e 1937, dois grupos políticos, com ideologias totalmente diversas, ganharam destaque na vida pública brasileira. Trata-se da Ação Integralista Brasileira (integralismo) e da Aliança Nacional Libertadora (aliancismo) (COTRIM, 1999).

A ANL radicalizava suas posições, sob a influência das ideias políticas progressistas. O governo Vargas colocou a Aliança na ilegalidade no dia 11 de junho de 1935. Dois dias depois, a polícia fechou a sede do movimento (CÁCERES, 1993, p. 277).

Esses movimentos de rebeldia, que passaram para a história com o nome de Intentona Comunista, não visavam apenas a implantar o comunismo no Brasil. A Intentona foi um movimento aliancista, a soma de descontentamentos e frustrações, civis e militares. A repressão aos levantes serviu politicamente aos que preconizavam o autoritarismo. O país, sob a evocação permanente da “ameaça comunista” feita pelas autoridades, foi submetido ao regime de estado de sítio de trinta dias, que se renovava nos anos seguintes (CÁCERES, 1993, p. 278).

Criou-se um tribunal de exceção para julgar de maneira sumária todos os envolvidos. Efetuaram-se centenas de prisões. O país foi submetido a um estado de terror: sufocavam-se todos os movimentos populares e de oposição, mesmo os que nada tiveram que ver com o levante de 1935. A polícia do Distrito Federal, liderada pelo ex-tenente Filinto Müller, torturava os prisioneiros comunistas (CÁCERES, 1993, p. 278).

O episódio de 1935 teve sérias consequências, pois abriu caminho para amplas medidas repressivas e para a escalada autoritária. O “fantasma” do comunismo internacional ganhou enormes proporções, tanto mais porque Moscou havia enviado ao Brasil alguns quadros de dirigentes estrangeiros – como o alemão Berger e o argentino Ghioldi – para ajudar nos preparativos da insurreição (FAUSTO, 2002, p. 361).

Como se vê, todo esse contexto repressivo estava respaldado institucionalmente, com a instalação de diversos órgãos, tais como a “Delegacia Especial de Segurança Política e Social” (DESPE). Essa “polícia política” foi criada em 10 de janeiro de 1933 pelo Decreto nº 22.332, com o objetivo de entrever e coibir comportamentos políticos divergentes, considerados capazes de comprometer “a ordem e a segurança pública”. Era diretamente subordinada à Chefia de Polícia do Distrito Federal e possuía uma tropa de elite, a Polícia Especial. Constava de suas atribuições examinar publicações nacionais e estrangeiras e manter dossiês de todas as organizações políticas e indivíduos considerados suspeitos (CPDOC, 2012d).

A DESPE serviu de modelo para a criação de delegacias estaduais, já que à Chefia de Polícia do Distrito Federal cabia determinar as diretrizes

básicas do controle social a ser exercido pelas polícias dos estados, ainda que estas fossem formalmente subordinadas aos governos locais. Para essa centralização foi decisiva a atuação de Filinto Müller, homem de confiança de Vargas e chefe de Polícia do Distrito Federal de 1933 a 1942 (CPDOC, 2012d).

As atividades da polícia política iriam se intensificar em meados da década de 1930, sob o pretexto de combater manifestações perturbadoras da ordem. O rápido crescimento da Aliança Nacional Libertadora justificou a promulgação, em quatro de abril de 1935, da Lei de Segurança Nacional, definindo crimes contra a ordem política e social. Em seguida, a revolta comunista de novembro serviu para justificar o aumento da ação repressiva contra todos aqueles que possuíssem vínculos reais ou presumidos com o Partido Comunista do Brasil e o comunismo internacional (CPDOC, 2012d).

A Lei de Segurança Nacional (LSN) definia crimes contra a ordem política e social. Sua principal finalidade era transferir para uma legislação especial os crimes contra a segurança do Estado, submetendo-os a um regime mais rigoroso, com o abandono das garantias processuais (CPDOC, 2012c).

A LSN foi aprovada, após tramitar por longo período no Congresso e ser objeto de acirrados debates, num contexto de crescente radicalização política, pouco depois de os setores de esquerda terem fundado a Aliança Nacional Libertadora. Nos anos seguintes à sua promulgação foi aperfeiçoada pelo governo Vargas, tornando-se cada vez mais rigorosa e detalhada. Em setembro de 1936, sua aplicação foi reforçada com a criação do Tribunal de Segurança Nacional (CPDOC, 2012c).

Após a queda da ditadura do Estado Novo em 1945, a Lei de Segurança Nacional foi mantida nas Constituições brasileiras que se sucederam. No período dos governos militares (1964-1985), o princípio de segurança nacional<sup>2</sup> iria ganhar importância com a formulação, pela Escola Superior de Guerra, da doutrina de segurança nacional. Setores e entidades democráticas da sociedade brasileira, como a Ordem dos Advogados do Brasil, sempre se opuseram à sua vigência, denunciando-a como um instrumento limitador das garantias individuais e do regime democrático (CPDOC, 2012c).

---

<sup>2</sup> Para uma introdução ao desenvolvimento da doutrina da segurança nacional, consultar a obra de Roberto R. Martins (1986).

Após diversas reformulações – especialmente durante o período da ditadura militar -, segue ainda em vigor uma lei de segurança nacional, a de nº 7.170, instituída em dezembro de 1983 pelo então presidente João Figueiredo. Ainda que se possa questionar a sua não recepção pela Constituição Federal, ela provoca repercussões ainda hoje, como pôde ser visto durante as manifestações populares ocorridas no país no ano de 2013, em que duas pessoas foram presas na cidade de São Paulo sob a alegação de infringência à Lei de Segurança Nacional (CASAL, 2013).

Pois bem. Junto à Lei de Segurança Nacional, criou-se o Tribunal de Segurança Nacional (TSN), tribunal de exceção instituído em setembro de 1936, subordinado à Justiça Militar. Era composto por juízes civis e militares escolhidos diretamente pelo presidente da República e deveria ser ativado sempre que o país estivesse sob o estado de guerra (CPDOC, 2012e).

A criação do TSN está ligada à repressão aos envolvidos no fracassado levante comunista de novembro de 1935, quando militantes da Aliança Nacional Libertadora se insurgiram contra o governo de Getúlio Vargas nas cidades de Natal, Recife e Rio de Janeiro. A função do tribunal era processar e julgar, em primeira instância, as pessoas acusadas de promover atividades contra a segurança externa do país e contra as instituições militares, políticas e sociais. Entre setembro de 1936 e dezembro de 1937, 1.420 pessoas foram por ele sentenciadas (CPDOC, 2012e).

Com a implantação da ditadura do Estado Novo, em novembro de 1937, o TSN deixou de se subordinar ao Superior Tribunal Militar e passou a desfrutar de uma jurisdição especial autônoma. Ao mesmo tempo, tornou-se um órgão permanente. Nesse período passou a julgar não só comunistas e militantes de esquerda, mas também integralistas e políticos liberais que se opunham ao governo. O TSN foi extinto após a queda do Estado Novo, em outubro de 1945 (CPDOC, 2012e).

Como visto, no ano de 1935 deu-se a criação da Lei de Segurança Nacional, com o que houve forte repressão aos movimentos populares de insatisfação com o governo. Em janeiro de 1938, haveria eleições para presidente da república e a para os governos estaduais. Mesmo falando em garantir as eleições, Vargas pensava em prorrogar os mandatos, com o apoio do interventor e de políticos de Minas Gerais. Os interventores e governadores do Rio Grande do Sul, Bahia, Pernambuco e São Paulo eram francamente contrários à prorrogação. Getúlio, juntamente aos militares autoritários, começou a defender a mudança do regime e da Constituição.

Faltava apenas um pretexto para justificar a intervenção militar, e por isso foi criado o Plano Cohen (CÁCERES, 1993, p. 279).

Em fins de setembro de 1937, divulgou-se nos jornais a existência de um plano arquitetado pelos comunistas, o “Plano Cohen”, que criou clima favorável para que Getúlio Vargas decretasse um novo estado de guerra, prendendo todos os possíveis adversários do regime (COTRIM, 1999, p. 277). O documento divulgado pelo governo brasileiro teve sua autoria atribuída à Internacional Comunista, e segundo informado, continha um plano para a tomada do poder pelos comunistas. Anos mais tarde, ficaria comprovado que o documento foi forjado com a intenção de justificar a instauração da ditadura do Estado Novo, em novembro de 1937 (CPDOC, 2012f).

No dia 10 de novembro de 1937, Vargas ordenou o cerco militar ao Congresso determinando o seu fechamento. Na mesma noite, através de uma cadeia de rádio, anunciou ao povo brasileiro a nova Constituição, que substituiria a Carta liberal de 1934 (COTRIM, 1999, p. 277).

Vargas, em seu pronunciamento, procurou justificar o golpe revelando a suposta ameaça de insurreição comunista. Milhares de opositoristas, de liberais a comunistas, civis e militares, foram detidos. O Brasil entrava no Estado Novo, com a censura, as prisões, as torturas e o terror policial (CÁCERES, 1993, p. 279).

Com o que já foi visto até aqui, pode-se corroborar a afirmativa de Antônio Carlos Wolkmer (2005, p. 116), no sentido de que o processo histórico nacional evidencia que as instâncias do Direito Público jamais foram resultantes de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, pois a evolução destas foi fragmentária, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais.

### **3 A CONSTITUIÇÃO DE 1937 E O AUTORITARISMO REPRESSIVO**

O Estado Novo foi implantado sem grandes mobilizações. O movimento popular e os comunistas tinham sido abatidos e não poderiam reagir; a classe dominante aceitava o golpe como coisa inevitável e até benéfica. O Congresso dissolvido se submeteu, a ponto de oitenta de seus membros irem levar solidariedade a Getúlio, a 13 de novembro, quando várias de seus colegas estavam presos (FAUSTO, 2002, p. 364-365).

A centralização do poder que já vinha sendo feita desde 1930 foi plenamente consolidada no Estado Novo. Os interventores dos estados eram nomeados pelo poder central, que também passou a controlar as polícias estaduais. As pessoas que realmente decidiam eram o presidente da República, seus ministros, a alta burocracia civil e, principalmente, a cúpula das forças armadas (CÁCERES, 1993, p. 280). Os Estados passaram a ser governados por interventores, eles próprios controlados, a partir de um decreto-lei de abril de 1939, por um departamento administrativo. Esse departamento era uma espécie de substituto das assembleias estaduais, pois o orçamento e todos os decretos-leis dos interventores dependiam de sua aprovação para serem expedidos (FAUSTO, 2002, p. 366).

Escrita pelo político e jurista mineiro Francisco Campos, a Constituição de 1937 ficou conhecida como Polaca, por inspirar-se na Constituição fascista da Polônia, e sofreu influência das Constituições autoritárias da Alemanha, Itália e Portugal. A Carta de 37 fortaleceu o Executivo nacional, acabando com a autonomia dos estados e o federalismo. Os Poderes Legislativo e Judiciário foram enfraquecidos. Na prática, não existiu poder legislativo durante o Estado Novo, pois todas as câmaras e o senado foram extintos. Os direitos individuais foram suspensos e extinguíram-se os partidos políticos. Na realidade, essa Constituição nunca foi verdadeiramente aplicada, pois deveria ser legitimada por um plebiscito, que jamais se realizou (CÁCERES, 1993, p. 280).

Justamente por isso é que Francisco Iglésias (1985) aponta que o Estado Novo, visto desde o ângulo constitucional, é quase nulo. Sua Carta não foi aplicada. O governo poderia ter o mesmo procedimento sem ela, pois só contou com o seu desejo e a segurança de ação bem determinada relativa a seus fins. Não houve Constituinte, o documento que o impôs foi apenas um exercício intelectual, que poderia ter sido dispensado. Nas palavras de Iglésias, “uma curiosidade na história do Direito nativo, não mais” (1985, p. 59).

A Carta de 37 implantou uma ditadura do executivo (todos os poderes concentrados nas mãos do presidente da república) que se permitia legislar por decretos-leis e reduzir arbitrariamente a função do congresso nacional, bem como dirigir a economia do país, intervir nas organizações sociais, partidárias e representativas, além de restringir a prática efetiva e plena dos direitos dos cidadãos (WOLKMER, 2005, p. 113-114). O próprio artigo 73 da Carta é ilustrativo nesse sentido, segundo o qual “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos ór-

gãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País”.

Durante o período do Estado Novo, não foram realizadas eleições, de modo que o processo legislativo foi completamente delegado ao presidente da República, que governou exclusivamente por decretos e decretos-leis, com base no artigo 180 da Constituição, que dispunha, *ipsis litteris*: “Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”. Mesmo assim, por meio desses decretos, criou-se um arcabouço institucional que não foi desmontado nas décadas seguintes: foi legitimado com a redemocratização de 1946 (LOPES, 2008, p. 362).

Fazendo um retrospecto histórico acerca das Constituições brasileiras, Roberto Amaral (2004, p. 88) refere que as constituições de 1934 e 1937 foram escritas para não serem cumpridas, e não foram cumpridas, solapada a primeira pelo candidato a ditador, e solapada a segunda pelos seus próprios autores. Em seu texto e em sua justificativa, estão os fundamentos do poder constituinte da força, que legitima a si próprio pela autoefetivação do Direito que dita. Dessa forma, a Carta “Polaca” – assim denominada por remontar à ditadura do Marechal Joséf Pilsudski – antecipa 1964 na teorização do direito revolucionário que está no preâmbulo do Ato mediante o qual o movimento militar de 1964 se institucionaliza. Nesse sentido, é interessante a leitura do seu preâmbulo:

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil: Atendendo ás legítimas aspirações do povo brasileiro á paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos factores de desordem, resultantes da crescente aggravação dos dissídios partidarios, que uma notoria propaganda demagógica procura desnaturar em lucha de classes, e da extremação, de conflictosideologicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violencia, collocando a Nação sob a funesta imminencia da guerra civil;

Attendendo ao estado de apreensão creado no paiz pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remedios, de caracter radical e permanente;

Attendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normaes de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem estar do povo; Com o apoio das forças armadas e cedendo ás inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas deante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e politicas; Resolve assegurar á Nação a sua unidade, o respeito á sua honra e á sua independencia, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz politica e social, as condições necessarias á sua segurança, ao seu bem estar e á sua prosperidade; Decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o paiz [...].

Não sem explicação e consequências lógicas, os dois documentos teriam o mesmo redator, o jurista Francisco Campos, ministro da Justiça da ditadura Vargas (AMARAL, 2004, p. 91). Na retórica campista, o golpe de 1937 figura como uma medida preventiva, não apenas para sanar os “equivocos” da Constituição de 1934 – tida como excessivamente liberal –, mas para afastar os perigos que a inadequação daquele regime suscitavam (SANTOS, 2007). Não é à toa também que, dentro do governo de Getúlio, Campos fosse um forte simpatizante das potências do Eixo (Alemanha, Itália e Japão), no contexto da Segunda Grande Guerra (COTRIM, 1999, p. 280).

A instauração do Estado Novo em 1937, o levante integralista em 1938 e o desenrolar da Segunda Guerra Mundial reforçaram a tendência à criminalização de toda e qualquer dissidência política em relação ao governo. Juntaram-se assim aos comunistas, como alvo das ações repressivas, os integralistas e os "estrangeiros nocivos", considerados difusores de "ideologias exóticas" (CPDOC, 2012d).

O Estado Novo intensificou a atmosfera de Estado policial presente desde a repressão dos levantes de novembro de 1935. As medidas de segurança interna triplicaram sob a inspiração do novo Ministro da Justiça, Francisco Campos. Por sua vez, Filinto Muller, que conservara a chefia de polícia, tinha acesso direto ao presidente (LEVINE, 1980, p. 232). Assim, no primeiro período do Estado Novo<sup>3</sup>, pois, entre os anos de 1937 e 1941, prevaleceu um autoritarismo desmobilizador, fundado basicamente na coerção via censura e repressão (GOMES, 2010, p. 55).

---

<sup>3</sup> Para maiores reflexões acerca desse período político da história brasileira, ver a obra de Oliveira, Velloso e Gomes (1982).

A essência autoritária e centralista da Constituição de 1937 a colocava em sintonia com os modelos de organização político-institucional então em voga em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país. Sua principal característica era a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo. Do ponto de vista político-administrativo, seu conteúdo era fortemente centralizador, ficando a cargo do presidente da República a nomeação das autoridades estaduais, os interventores. Aos interventores, por seu turno, cabia nomear as autoridades municipais (CPDOC, 2012a).

O Estado Novo foi instaurado no Brasil ao mesmo tempo em que uma onda de transformações varria a Europa, instalando governos autoritários e reforçando a versão de que a democracia liberal estava definitivamente liquidada. Mussolini chegou ao poder na Itália em 1922 e aí implantou o fascismo; Salazar se tornou primeiro-ministro (presidente do Conselho de Ministros) de Portugal em 1932 e inaugurou uma longa ditadura; Hitler foi feito chanceler na Alemanha em 1933 e tornou-se o chefe supremo do nazismo. A guerra civil espanhola, que se estendeu de 1936 a 1939, banhou de sangue a Espanha antes que Franco começasse a governar o país com mão de ferro (CPDOC, 2012b).

Apesar de Vargas negar qualquer similaridade com os regimes nazifascistas, a realidade política sustentada pelo Estado Novo afinava-se com os rumos trilhados na Alemanha e na Itália, cujos modelos ideológicos serviam de paradigmas para os intelectuais e os dirigentes políticos integrados ao projeto étnico-político que marcou a Era Vargas (CARNEIRO, 2014, p. 25).

O nacionalismo alemão transformou-se em fonte de inspiração para a construção de um Estado nacional, uniforme e padronizado cultural e politicamente. Esta uniformização implicava a exclusão de grupos estrangeiros estranhos ao projeto de nacionalização e que, de alguma forma, contestassem o regime imposto (CARNEIRO, 2014, p. 25).

O governo do Estado Novo foi centralizador (ou seja, concentrou no governo federal a tomada de decisões antes partilhada com os estados) e autoritário (isto é, entregou ao Poder Executivo atribuições anteriormente divididas com o Legislativo). Sua ideologia recuperou práticas políticas autoritárias que pertenciam à tradição brasileira, mas também incorporou outras mais modernas, que faziam da propaganda e da educação instrumentos de adaptação do homem à nova realidade social. Era esse o papel do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), destinado não só a

doutrinar, mas a controlar as manifestações do pensamento no país (CP-DOC, 2012b).

A criação do programa de rádio “Hora do Brasil” refletia e repercutia a novidade totalitária, o culto da personalidade, as excelências de um regime forte, apresentado como a única maneira de evitar o caos administrativo, a desordem política e a infiltração comunista. Não havia mais estados dispostos de forças militarizadas para o levante inicial (SILVA; CARNEIRO, 1983, p. 59).

A popularidade de Getúlio Vargas aumentou nas camadas humildes. Cresceu, igualmente, nas classes armadas, que apoiaram o golpe de 10 de novembro. Em contrapartida, agrupou os vencidos de todos os golpes e contragolpes desencadeados desde outubro de 30, avolumando a oposição. A implantação do Estado Novo não cindira o país entre totalitários e liberais. Estabeleceu uma divisão entre getulistas e adversários de Getúlio (SILVA; CARNEIRO, 1983, p. 58-59).

Nesse sentido, Maria Luiza Tucci Carneiro (2014, p. 25) assinala que o signo “ordem e progresso” continuou a ser reivindicado pelo Estado, à custa da repressão policial, da domesticação da massa operária e do controle do pensamento.

Após 1937, os sonhos republicanos caíram por terra, fragilizados pelos atos autoritários que obstruíram os caminhos que poderiam levar à soberania popular. O “estado de agonia” da República foi resultado da valorização de um Estado forte, intolerante e tutor da sociedade civil, e que defendeu, através de atos e programas legais, a homogeneidade racial e combateu o comunismo – tratado como ideologia “exótica” e assassina (CARNEIRO, 2014, p. 25).

O Estado Novo, corporativo, tomou seu nome do regime imposto por Salazar ao povo português em 1933. Os autores do Estado Novo, como conservadores que eram, viam as raízes da ineficiência e da baixa produtividade nos excessos do constitucionalismo liberal: fé injustificada no regime representativo, falta de disciplina, falta de liderança unificada, orgulho nacional inadequado. Os fundamentos do Estado Novo tinham elementos do fascismo, como a confiança na autoridade e no planejamento nacional, a fé (positivista) numa elite burocrática desinteressada. A isso se acresciam a instintiva desconfiança do brasileiro conservador pela expressão aberta e seu receio de uma potencial subversão da ordem (LEVINE, 1980, p. 231-232).

Segundo o que se acreditava, o Estado autoritário poria fim aos conflitos sociais, às lutas partidárias, aos excessos de liberdade de expressão que só serviam para enfraquecer o país. A ideia da corrente autoritária era a de que, num país desarticulado como o Brasil, cabia ao Estado organizar a nação para promover dentro da ordem o desenvolvimento econômico e o bem-estar geral (FAUSTO, 2002, p. 357). Nesse contexto, o golpe empreendido em 10 de novembro esteve amparado em discursos que trataram de naturalizar o lance político como decorrência dos anseios populares frente aos rumos que tomara o país nos últimos anos, sujeito que estava aos planos desestabilizadores de comunistas e integralistas. Frente às supostas ameaças de golpe, a democracia liberal mostrava-se frágil, não oferecendo os instrumentos necessários para a manutenção da ordem (SANTOS, 2007).

Como visto, a doutrina estadonovista propunha a concentração do poder no Estado, visto como única instituição capaz de garantir a coesão nacional e de realizar o bem comum. Havia muitas semelhanças com a doutrina fascista, e foi a partir dos aspectos comuns que muitas vezes o Estado Novo foi identificado com o fascismo (CPDOC, 2012b).

Dentre esses pontos comuns, pode-se destacar a valorização da missão histórica da nação representada pelo Estado; o reconhecimento dos direitos individuais, mas apenas daqueles que não entravam em conflito com as necessidades do Estado soberano; a solidariedade entre o capital e o trabalho assegurada pela estrutura corporativa; o anti-liberalismo, e o anti-parlamentarismo. Ambas as doutrinas apresentavam traços totalizadores, já que seu campo de ação não se atinha somente à ordem política, mas envolvia também outros aspectos da vida social: cultura, religião, filosofia (CPDOC, 2012b).

No entanto, por outro lado, o regime fascista italiano resultou de um movimento organizado que tomou o poder. O partido, naquele contexto, teve um papel fundamental como propulsor das transformações por que iria passar o novo Estado, era uma entidade que possuía a pretensão de representar a vontade da nação, mobilizando intensamente a população e chegando a assumir feições militarizadas. Já o regime de 1937 no Brasil não resultou da tomada do poder por nenhum movimento revolucionário, nem era sustentado por qualquer partido (CPDOC, 2012b).

Em realidade, não havia partido algum, pois todos tinham sido proibidos. E, além disso, conforme já mencionado, os fascistas souberam desenvolver um movimento de massas. Vargas, ao contrário, não impôs a ditadura do Estado Novo respaldado na mobilização de centenas de milhares

de simpatizantes. Ela veio de surpresa, apoiada por políticos tradicionais e pelas Forças Armadas. O fascismo se apresentava como uma ideologia internacional; já o Estado Novo, jamais teve essa pretensão. Propunha-se como solução nacional, e só (SCHMIDT, 2009, p. 565).

Assim, ainda que haja semelhanças no tocante ao cerceamento da liberdade individual, percebe-se que, tanto do ponto de vista doutrinário como da realidade histórica, o Estado Novo brasileiro não foi a reprodução literal do fascismo italiano (CPDOC, 2012b).

De um modo ou de outro, é inegável que as bases estruturantes do Regime Vargas são fortemente carecedoras de legitimação democrática e, infelizmente, influenciaram muito fortemente a produção do Direito do período, provocando sérias repercussões no campo jurídico-penal, conforme se verá a seguir.

#### **4 REPRESSÃO E PROCESSO PENAL**

Dentro do contexto autoritário que se articulava nessa época, não é difícil concluir qual seria o caráter do Código de Processo Penal que se produziria nesse período. Com efeito, utilizando-se da atribuição que lhe fora conferida pelo artigo 180 da então Constituição, o presidente da República, junto com Francisco Campos, instituía o novo diploma processual por meio do decreto-lei nº 3.689, datado de três de outubro de 1941.

O Código previa, em seu artigo 313, *caput*, a hipótese de decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Na redação do texto legal, a expressão “ordem pública” ganha especial relevo, notadamente em virtude de seu caráter mais abstrato e “poroso”, suscetível de interpretações díspares e variadas. De acordo com Patrick Mariano Gomes (2013, p. 64), além das influências dos autores italianos e alemães no desenvolvimento da ideia de ordem pública, esse conceito já vinha sendo desenvolvido no Brasil, antes mesmo das expulsões de estrangeiros no início do século passado, acusados de propagarem ideias subversivas perante a massa de trabalhadores que começava a exigir melhores condições de trabalho.

Nesse sentido, é ilustrativo o trabalho de Boris Fausto (1984, p. 33-37), que ao analisar os dados sobre prisões na cidade de São Paulo, entre 1892-1896 e 1912-1916, avalia a intensa preocupação policial com a ordem

pública, especialmente na repressão às contravenções mais comuns da época, como “embriaguez”, “desordens” e “vadiagem”. No entanto, entre esses dois períodos, houve uma inversão nos números em relação às prisões por embriaguez e desordens: estas diminuíram ao longo do tempo, e aquelas aumentaram.

Ao tentar explicar essa tendência de inversão, Boris Fausto (1984, p. 37-39) salienta que não se pode ignorar a fluidez da distinção entre as contravenções, pois com muita frequência os desordeiros estavam bêbados. Ainda assim, admitida a ressalva, subsiste a seguinte questão: por que preferir nessas situações o rótulo de “bêbado” e não o de “desordeiro”? Segundo o historiador, a grande incidência desproporcional das desordens nas prisões efetuadas entre 1892 e 1896 se liga à presença em massa de novas levas de imigrantes na cidade, cujo comportamento deve ter atraído a atenção da polícia, preocupada que estava com a manutenção da ordem pública.

De fato, nesse mesmo contexto, é Luís Antônio Francisco de Souza (p. 407) quem aponta que, ao definir a vadiagem como contravenção, a sociedade brasileira de fins do século XIX procurava valorizar o trabalho. A partir do Código Penal, um amplo sistema de punição e controle dos trabalhadores imigrantes e dos grupos “indesejáveis” passou a ser concebido. Em consonância com o notável processo de institucionalização e racionalização das práticas punitivas e da administração da justiça, estava a preocupação em: a) coibir a vadiagem, fazendo com que os indivíduos fixassem suas residências; b) refrear a criminalidade; c) punir e regenerar o criminoso; e d) construir uma nova ordem social baseada na ideia de ordem pública.

Na realidade, a exposição acima nos conduz a uma análise sobre o conservadorismo e a desigualdade do Direito Penal brasileiro, que de há muito corrobora a tese da “criminalização da pobreza”. Veja-se que, outorgada a Constituição do Império em 1824, permaneceu-se com as Ordenações Filipinas até o ano de 1830, quando foi editado o Código Criminal, nitidamente direcionado a uma “clientela”: escravos e congêneres (STRECK, 2009, p. 92).

Esse veio a ser o primeiro código penal da América Latina, e possuía a mesma inspiração da Constituição: o iluminismo jurídico-penal do século XVIII. A própria Constituição, em seu artigo 179, já dispunha sobre a política penal a ser seguida, e determinava, dentre outras coisas, a abolição dos açoites, da tortura e de “demais penas cruéis”. Nesse ponto, um grande debate se deu em torno da manutenção da pena de morte de galés. Para al-

guns, a pena de morte era incompatível com a Constituição, pois nada seria mais cruel do que a morte. Porém, ao final, as duas penas acabaram sendo aprovadas. Veja-se, pois, que apesar de todo o empenho em dar ao país um Código liberal, é claro que o direito penal de uma sociedade desigual conservou as desigualdades. Assim é que o artigo 60 do Código conservou para os escravos a pena de açoites, expressamente extinta pela Constituição (LOPES, p. 264-266).

Proclamada a República em 1889, já no ano seguinte se tinha um novo código, agora dirigido a uma nova clientela: ex-escravos e congêneres (a “capoeiragem”, por exemplo, era considerada uma contravenção). Afinal, centenas de anos de escravidão marcaram indelevelmente o sentido de classe do Direito, em especial do Direito Penal (STRECK, 2009, p. 92). De notar-se, pois, que o controle penal colocado a serviço da garantia da ordem pública naquela época era exercido em desfavor não só dos imigrantes, mas também dos vadios, desordeiros e ébrios (GOMES, 2013, p. 64).

Com o passar do tempo, continuou-se a privilegiar a proteção da propriedade privada, dos “costumes” e dos interesses das camadas dominantes, o que ficou visível no código de 1940 (veja-se a pena do crime de furto qualificado) (STRECK, 2009, p. 92-93). No entanto, além da defesa da propriedade e dos “costumes”, a Lei de Contravenções Penais, decretada no mesmo dia do CPP – e também encaminhada a Getúlio por Francisco Campos –, previa igualmente a punição do vadio, do ébrio e do mendigo (esta foi revogada somente em 2009; as outras duas continuam em vigor). O CPP, por sua parte, previa a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando, nos crimes afiançáveis, apurava-se no processo que o réu era vadio.

Dentre os doutrinadores de processo penal brasileiros, Nereu Giacomoli (2008, p. 7) destaca que o CPP brasileiro recebeu nítida influência do processo penal italiano de 1930, o qual foi gestado por Vincenzo Manzini, cujas objeções foram defendidas pelo Ministro Alfredo Rocco. O referido Código Rocco, assim denominado, era dotado de um invejável “espírito reacionário”, em que o papel da defesa era considerado supérfluo. Os acusados, nesse modelo, são presumidamente culpados e sobre eles recai a regra da prisão, cuja detenção preventiva é indefinida. Também Eugênio Pacelli (2014, p. 5-6) aponta que o Código de 1941 teve inspiração na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, tendo sido elaborado, portanto, em bases notoriamente autoritárias. Desse modo, o princípio fundamental que norteava o CPP era o da presunção de culpabilidade.

Uma breve leitura da Exposição de Motivos do Código, escrita por Francisco Campos na data de oito de setembro de 1941, revela as ideias que nortearam a sua elaboração. De início, resta claro que havia uma forte preocupação com a ideia de unidade nacional, que seria proporcionada pela “homogeneidade do direito judiciário penal no Brasil”. Na sequência, Campos (1941) revela um dos objetivos principais da reforma processual, em trecho que merece ser aqui transcrito:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do Processo Penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficácia e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudo-direitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do Poder Público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu a elaboração do presente projeto de Código.

Na continuação do texto, percebe-se que a influência do pensamento italiano é explícita, de modo que Campos chega a citar o próprio Ministro Rocco. Campos (1941) explica também que foi restringida a aplicação do *in dubio pro reo*, e ampliada a noção de flagrante delito. Em relação à prisão preventiva, ele refere que a sua decretação, em certos casos, deixa de ser uma faculdade e converte-se em dever imposto ao juiz, adquirindo assim suficiente elasticidade “para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal”. Mais adiante, também se encontra a referência de que a prisão preventiva estaria desprendida “dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade”. Assim, pressuposta a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime, pode ela ser decretada, “toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal”.

Ao final do texto, porém, apesar das inúmeras referências à redução das “imunidades” e “subterfúgios” utilizados pelos acusados, Campos (1941) ameniza seu discurso, afirmando que o espírito do Código norteou-se no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e da defesa individual. Desse modo, “se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado”.

Em outra oportunidade, desta vez na redação da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940, Campos exalta o trabalho e os valores postos em prática por Vargas. Conforme dito pelo ministro: “Acredito que, na perspectiva do tempo, a obra de codificação do Governo de Vossa Excelência há de ser lembrada como um dos mais importantes subsídios trazidos pelo seu Governo, que tem sido um governo de unificação nacional, à obra de unidade política e cultural do Brasil” (CAMPOS, 1940). Vê-se, portanto, a importância que a figura de Francisco Campos representou para o regime estadonovista, especialmente na conformação do arcabouço jurídico dessa época.

## **5 ORDEM PÚBLICA E PRISÃO PREVENTIVA**

De acordo com Cristina Zackseski (2006, p. 55), interesse público e bem comum são duas referências constantes no conceito de ordem pública, e também são frequentes as menções à convivência harmoniosa e pacífica. Trata-se, pois, de um conceito com conteúdo indeterminado, que se tenta explicar a partir de outros, igualmente indeterminados, e que, portanto, só são passíveis de explicitação pela observação de práticas políticas.

Assim, em geral, quando a ordem pública é mencionada nos textos legais e nos discursos institucionais e acadêmicos ela aparece unida à palavra “manutenção”. Esta união tem, seguramente, um significado conservador, pois não se abre a possibilidade de modificação da noção de ordem pressuposta. Parte-se do pressuposto de que existe uma ordem que deva ser respeitada, estando claro que manter a ordem é manter pessoas na condição de excluídas (ZACKSESKI, 2006, p. 363).

Dessa forma, quando os textos das leis e das políticas trazem afirmações sobre a manutenção da ordem pública ou da ordem estabelecida, estão sendo referidas as condições sociais e urbanas desiguais de nossa sociedade, que serão mantidas pelo recurso ao Direito Penal ou a outros ramos do Direito, que desempenha aí sua missão conservadora através de

um novo discurso justificador de uma velha forma de controle (ZACKSESKI, 2006, p. 370).

Se for possível demarcarmos a entrada da garantia da ordem pública como legitimadora do encarceramento provisório no ano de 1941, data da entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, historicamente, a lógica da segregação e exclusão daqueles que rompiam os padrões estabelecidos, os chamados “indesejáveis” do sistema, começa já na Primeira República. O Decreto nº 1.641, de 7 de janeiro de 1907, determinava a expulsão de estrangeiros que, por qualquer motivo, comprometessem a segurança nacional ou a tranquilidade pública e ficou conhecida como Lei Adolfo Gordo (GOMES, 2013, p. 29).

Nesse contexto, é importante pensar a ordem pública como discurso apto a se adaptar pronta e facilmente a qualquer realidade política (GOMES, 2013, p. 32). O poder punitivo servia para, não somente confirmar as teses políticas e ideológicas de existência de um perigo geral (muitas vezes externo) para o bem comum que representavam aqueles que discordavam do projeto político posto – os inimigos da nova ordem –, como também, para levar ao isolamento todo aquele que tentasse questionar a ordem vigente, sendo que para isolar e segregar, nada melhor para este fim que as prisões (GOMES, 2013, p. 38).

Daí a existência de uma reformulação completa na estrutura do aparato policial durante o Estado Novo, centralizado, sempre, pelo poder político na sua mais alta esfera. Não se estranha, portanto, que diante deste conturbado contexto social e político, o conceito de ordem pública, assim como ocorrido na Alemanha em 1935, tenha se irradiado da política para a junção à prisão provisória, prevista no art. 312 do Código de Processo Penal de 1941 (GOMES, 2013, p. 38).

De modo semelhante, Miguel Tedesco Wedy (2013, p. 131) observa que “uma concepção reacionária do Direito Processual Penal usa o termo ‘ordem pública’ para perseguir os desviantes, em geral os menos aquinhoados, os pobres, os miseráveis, como sendo verdadeiras ameaças ao *establishment*”.

Atento ao problema da definição de “ordem pública” para fins de imposição da prisão preventiva, o pesquisador Patrick Mariano Gomes dedicou-se ao estudo das decisões do Supremo Tribunal Federal, temática de especial importância, tendo-se em conta que a sua jurisprudência possui

uma capacidade de irradiação para o sistema de justiça criminal. Outrossim, conforme o próprio autor esclarece, o Tribunal Supremo, agindo como instância formal de controle social, atua na criminalização secundária dos indivíduos, determinando quais comportamentos devem continuar a receber a punição por meio do encarceramento provisório (GOMES, 2013, p. 61).

Portanto, por meio de sua pesquisa, Patrick Mariano Gomes (2013, p. 71) analisou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atinente à prisão preventiva, e observou que, no período de 1936 a 1945, houve uma sensível diminuição do número de julgamentos relativos a essa matéria, especialmente em função do Tribunal de Segurança Nacional, que se encarregava das decisões.

No entanto, diante da análise da jurisprudência deste período histórico, é possível afirmar que o principal destinatário da ação repressiva estatal com vistas à manutenção da ordem pública foi o comunista ou a quem se atribuía a simpatia ou profusão dos ideais comunistas. Segundo o pesquisador, a entrada em vigor do novo CPP, em 1941, não alterou o direcionamento repressivo iniciado antes do Estado Novo (GOMES, 2013, p.72).

Em realidade, desde antes da vigência do novo Código, já existiam decisões que abordavam a relação entre ordem pública e liberdade, de modo que a previsão legislativa apenas reforçou a possibilidade de segregação para fins de preservação da ordem pública. De frisar-se, também, que todos os acórdãos do STF encontrados no período 1936-1945, e que fazem menção à ordem pública, se referem a crimes de natureza política. Não se encontrou nenhuma decisão ligada a “crimes comuns”, o que reforça a tese de que o cárcere possibilitou, num primeiro momento, “[...] o afastamento da vida política do País daqueles que se constituíam entrave ao exercício sem limites do poder central” (GOMES, 2013, p. 72).

Além disso, é de se notar que, entre os anos de 1931 e 1950, o termo chave mais utilizado nas decisões do STF para denegar as ordens de habeas corpus foi o “acautelamento do meio social”, critério de difícil aferição, mormente quando os julgadores somente têm contato com os fatos do processo meses ou até anos após a data do crime (GOMES, 2013, p. 127).

Logo, revela-se aí nitidamente o perfil maleável e generalizante do conceito de ordem pública, que pode ser manipulado argumentativamente para fazer incluir nele condutas que não seriam merecedoras do encarceramento provisório.

## 6 CONCLUSÃO

A partir de tudo o que foi exposto até aqui, por meio de uma reconstrução dos principais fatos e características do período inicial do Estado Novo, resta confirmada a hipótese inicialmente colocada, no sentido de que a prisão preventiva para a “garantia da ordem pública”, instituída no Código de Processo Penal de 1941, foi utilizada, em seu período inicial, como fundamento para a repressão e o isolamento daqueles indivíduos que poderiam representar uma ameaça ao regime político da época.

Nesse sentido, concorda-se com a afirmação de Patrick Mariano Gomes (2013, p. 131), para quem a prisão e o Direito Penal desempenharam relevante papel político para sufocar, com base no conceito de “ordem pública”, os descontentes, ora denominados de anarquistas, ora de comunistas e ora de subversivos por aqueles que exerciam o poder político.

Sendo assim, os inimigos da ordem são aqueles os quais o poder político punitivo assim determina e opta por selecionar durante determinado período ou processo histórico. Inicialmente, e durante as primeiras décadas do século passado, a ordem pública serviu para o isolamento e a estigmatização de inimigos políticos que ousaram discordar do pensamento dominante por meio das ideias (GOMES, 2013, p. 132).

Portanto, pode-se demonstrar que, além de a legislação processual penal brasileira possuir, em sua origem, um grave déficit democrático, também as práticas judiciárias daquele período histórico estavam entrelaçadas com o autoritarismo do contexto social e político então vivenciado.

## 7 REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto. O constitucionalismo da Era Vargas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, jul./set. 2004.

CÁCERES, Florival. **História do Brasil**. São Paulo: Moderna, 1993.

CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. Disponível em: <<http://biblioteca-digital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos do Código Penal (1940). In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 247-266.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (1941). In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 357-366.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Quando um país se apequena. p. 22-25. **Revista de História da Biblioteca Nacional**. Ano 9, n. 103, abril 2014. Rio de Janeiro.

CASAL preso em protesto em SP é indiciado na Lei da Segurança Nacional. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 08 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1353782-casal-presos-em-protesto-em-sp-e-indiciado-na-lei-de-seguranca-nacional.shtml>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2014.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL (CPDOC). **Constituição de 1937**. Rio de Janeiro, 2012a. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/Constituicao1937>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Estado Novo e Fascismo**. Rio de Janeiro, 2012b. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/EstadoNovoFascismo>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei de Segurança Nacional (LSN)**. Rio de Janeiro, 2012c. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/RadicalizacaoPolitica/LeiSegurancaNacional>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Polícia Política**. Rio de Janeiro, 2012d. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/RadicalizacaoPolitica/PoliciaPolitica>>. Acesso em 07 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Segurança Nacional (TSN)**. Rio de Janeiro, 2012e. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/RadicalizacaoPolitica/TribunalSegurancaNacional>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Plano Cohen**. Rio de Janeiro, 2012f. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/GolpeEstadoNovo/PlanoCohen>>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

COTRIM, Gilberto. **História e Consciência do Brasil**. 7 ed. São Paulo: Sarai-va, 1999.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano**: a criminalidade em São Paulo (1880-1924). São Paulo: Brasiliense, 1984. Disponível em: [http://www.cedec.org.br/files\\_pdf/Crimeecotidiano.pdf](http://www.cedec.org.br/files_pdf/Crimeecotidiano.pdf). Acesso em: 15 de dezembro de 2014.

\_\_\_\_\_. **História do Brasil**. 10 ed. São Paulo: Edusp, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal (?)**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Angela de Castro. Estado Novo: ambigüidades e heranças do autoritarismo no Brasil. In: ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha Viz (Org.). **A construção social dos regimes autoritários**: legitimidade, consenso e consentimento no século XX. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 37-70.

GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem**: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública. 2013. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

IGLÉSIAS, Francisco. **Constituintes e Constituições Brasileiras**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

LEVINE, Robert M. **O Regime de Vargas**: os anos críticos, 1934-1938. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Roberto R. **A segurança nacional**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi; VELLOSO, Mônica Pimenta; GOMES, Ângela Maria de Castro. **Estado Novo**: ideologia e poder. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. **Locus**: revista de história, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, 2007. Disponível em: <http://locus.ufjf.emnuvens.com.br/locus/article/viewFile/1235/981>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014.

SCHMIDT, Mario Furley. **Nova História Crítica**. São Paulo: Nova Geração, 2009.

SILVA, Hélio; CARNEIRO, Maria Cecília Ribas. **Os presidentes:** Getúlio Vargas – 2ª Parte. São Paulo: Grupo de Comunicação Três, 1983.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. **Lei, cotidiano e cidade:** polícia civil e práticas policiais na São Paulo republicana (1889-1930). São Paulo: IBC-CRIM, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em terraebrazilis. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 Anos de Constituição:** os Direitos Humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 91-116.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZACKSESKI, Cristina. **A construção do conceito de ordem pública nas políticas de segurança dos distritos federais do Brasil e do México (1980-2005).** 2006. 400 f. Tese (Doutorado em Estudos Comparados sobre as Américas) – Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: <[http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=4127](http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4127)>. Acesso em: 12 de dezembro de 2014.



# SISTEMA PENAL E SELETIVIDADE SOCIAL: O SISTEMA PENAL COMO REPRODUTOR DA DESIGUALDADE SOCIAL

Victor Matheus Bevilaqua<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo abordar a operacionalidade do subsistema penal, suas práticas e seus efeitos na sociedade, bem como as suas funções latentes, contrastando-as com a sua programação normativa teleológica que a (auto)legitima, embora em permanente crise, a partir de uma visão crítica, baseada, sobretudo, nos estudos da Criminologia Crítica. A partir disso, redefine-se o conceito corrente de criminalidade como seletividade, onde a regra é a impunidade/imunidade e a seleção a exceção no sistema penal, que se dá fundamentalmente com base nos estereótipos criminais, do autor e da vítima. Ao final, busca-se explicitar a função real do sistema penal como reprodução material e ideológica da desigualdade social, isto é, o sistema penal como instrumento a garantir a vigência do sistema capitalista patriarcal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema penal. Controle formal. Desigualdade social. Seletividade. Criminalização. Criminologia Crítica.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Criminalização e seletividade do sistema penal. 3. Os efeitos da orientação seletiva do sistema penal e seus estereótipos criminais. 4. Uma “resposta marginal”. 5. Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir da década de 1960, em razão da crise – fiscal e de legitimação – que assolou o Estado-Providência nas sociedades de capitalismo avançado, sobretudo os Estados Unidos, houve um real impulso desestruturador, isto é, um verdadeiro ataque crítico contra as fundações ideológicas e institucionais do sistema (de controle) penal, tendo como principal protagonista o interacionismo simbólico do *labelling approach*, do qual resultou o paradigma criminológico da reação social e a criminologia crítica

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul (PUC/RS; 2013/2). Aluno do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC/RS (Especialização em Ciências Penais Ed. 2014/2015). Assessor de Juiz na Comarca de General Câmara/RS.

ca, possuindo como aliados a crítica historiográfica foucauldiana, a crítica marxista, a crítica abolicionista e a crítica feminista.

Na busca de respostas para as causas da criminalidade, a criminologia interacionista afastou o homem e seus subjetivismos do núcleo de estudo (criminologia positiva) e passou a analisar o controle sociopenal, sua estrutura, operacionalidade e as suas reais funções, expondo a violação encoberta e aberta da programação normativa e teleológica (dogmática penal) do sistema penal, da qual resulta a sua (permanente) crise de legitimidade, em que pese conviva com a sua autolegitimação.

A tese central do *labelling approach* é a de que o desvio – criminalidade – não é uma qualidade intrínseca a conduta ou uma entidade ontológica preconstituída ao controle social, mas uma qualidade (etiqueta) dada a determinados sujeitos através de processos formais e informais de definição e seleção (processos de interação social). Assim, não há falar em criminalidade, ou seja, mera prática de fatos definidos como crime, senão em criminalização, consistente na ação praticada pelo sistema penal àqueles indivíduos que se encaixam no estereótipo do criminoso. Pode-se dizer que o *labelling approach* “*alarga o elenco dos personagens responsáveis pelo crime, elevando à categoria de <<factores>> criminógenos as instâncias formais de controle*”<sup>2</sup>.

Assim, ao invés de indagar, como fez a criminologia tradicional, “*quem é o criminoso? Por qual motivo o criminoso comete crime?*”, passa-se a indagar “*quem é definido como criminoso? Mediante quais condições este indivíduo é definido como criminoso? Quem define quem?*”, de forma que a investigação se desloca dos controlados para os controladores e, desta forma, para o poder de controlar.

Veja-se que entender a configuração, operacionalidade e função do (sub)sistema penal é compreender, ao fim e ao cabo, o próprio sistema social, econômico e de gênero em que vivemos, pertencemos e estamos submetidos – de acordo com a nossa vulnerabilidade -, porquanto ele apenas expressa e reproduz a estrutura e o simbolismo de gênero, contribuindo para a reprodução do patriarcado e do capitalismo, reforçando o controle capitalista patriarcal de classe. Enfim, em uma sociedade desigual o sistema penal apenas reproduz e reforça esta desigualdade, ao invés de servir como instrumento de tutela e direitos particulares dos indivíduos.

---

<sup>2</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 161.

Dito isso, o presente estudo trata diretamente da operacionalidade e das reais funções do subsistema de controle formal penal, além da contras-tação entre a operacionalidade e a programação (discurso oficial da dog-mática penal) do sistema penal e a sua violência institucionalizada com a reprodução da violência estrutural.

## 2 CRIMINALIZAÇÃO E SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL.

Reiteradamente se sustenta que o direito penal, através da proteção aos bens jurídicos, tem como função garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando tais objetivos não possam ser efetuados por outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos indivíduos<sup>3</sup>.

Em que pese esse discurso oficial, Hulsman<sup>4</sup> afirma que o sistema penal visivelmente cria e reforça as desigualdades sociais. Por intermédio das definições legais de crimes e penas o legislador protege substancialmente os interesse das classes dominantes, construindo tipos de condutas proibidas sobre uma seleção de bens jurídicos próprios das classes domi-nantes, garantindo seus interesses de classe a as condições à sua domina-ção e reprodução como classe<sup>5</sup>.

Na produção, na aplicação e na execução da lei está claramente presente a função (latente) do sistema penal na manutenção e reprodução da ordem exploradora e opressora, que caracteriza a formação social capi-talista<sup>6</sup>.

A lei penal constitui apenas um marco abstrato de decisão (crimina-lização primária<sup>7</sup>), desfrutando os agentes do controle social-penal de am-

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 16-19.

<sup>4</sup> HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 2ª ed. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1997, p. 75.

<sup>5</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 26.

<sup>6</sup> KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 75.

<sup>7</sup> A *criminalização primária* consiste na elaboração de leis que incriminam certas condutas e permitem a punição de certas pessoas, enquanto que a *criminalização secundária* é a ação punitiva propriamente dita, que ocorre quando chega ao conhecimento das agências policiais a suposta prática de um crime por determinada pessoa, que passam a investigá-la, podendo privá-la da liberdade de ir e vir, submetendo-a à agência judicial que legiti-ma o procedimento e admite o processo, no qual se busca esclarecer a autoria do crime que, se comprovada, autoriza a imposição de uma pena, a ser executada por uma agência penitenciária (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editora Ediar, 2005. p. 11-12). As agências penais são os entes, tais como, a Polícia, o Ministério Público, os parlamentos, as penitenciárias, os juizes, bem como o *mass media* e as universidades, enfim, todos que operam e (re)produzem a criminalização primária e secundária. Cada

pla margem de discricionariedade na seleção que realizam (criminalização secundária), de acordo com as suas particulares concepções acerca da fronteira entre a conduta delitiva e a não delitiva, que tem como base substancialmente o estereótipo do criminoso.

Assim, criminalização trata-se fundamentalmente de seleção, até porque acaso todas as relações sociais fossem submetidas ao sistema penal haveria um indesejável controle social absoluto, de modo que a impunidade é a regra e a criminalização a exceção.

Nesse sentido, Zaffaroni afirma que é abissal a disparidade entre o exercício de poder programado (deve-ser) e a capacidade operativa dos órgãos do sistema penal (ser), de forma que se excepcionalmente este poder programado correspondesse a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de criminalizar várias vezes toda a população<sup>8</sup>.

A partir dos estudos da criminalidade de colarinho branco e da cifra negra (*dark number*)<sup>9</sup> houve uma desqualificação do valor das estatísticas oficiais na quantificação da criminalidade real, reconhecendo-se que ela

---

agência possui seus próprios interesses, atuando de forma que lhe convém, sem se preocupar com o que ocorre com as demais agências, e apresentam um discurso legitimador para justificar a sua existência e a disparidade entre seus fins oficiais e latentes, não sendo raro uma agência atribuir à outra a responsabilidade do seu insucesso, de forma que o sistema penal não segue apenas uma ideologia, mas sim uma pluralidade delas, às vezes contraditórias entre si. Nesse contexto, de conflito e, inclusive, competição entre as agências, surge a ideia de que a repressão é o recurso apto para resolver os problemas sociais, dispensando-se uma reflexão crítica, que é substituída pela atuação da mídia, que dissemina ideias autoritárias, tais como, as políticas de lei e ordem, tolerância zero, etc, havendo, ao fim, uma sensação de guerra contra a delinquência convencional de escassa gravidade (HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 2ª ed. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1997, p. 59; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 4ª ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. Editora Revan: Rio de Janeiro: 1999. p. 14; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Editora Monte Avila Latinoamericana, 1993. p. 47).

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 26.

<sup>9</sup> O estudo das estatísticas criminais, que tem por objeto a análise da atividade desenvolvida pelas agências penais oficiais de combate à criminalidade, bem como a investigação da lógica do controle social e das suas clientelas específicas, revela a existência de uma defasagem entre a chamada criminalidade real, isto é, a totalidade de crimes que efetivamente são praticados, e a criminalidade estatística – os crimes registrados oficialmente -, chamada de cifra negra (ou cifra oculta). O crime, na maioria das vezes, sequer chega a existir como fato estatístico – integram o rol da cifra oculta, pois “entre o acontecer do crime e o seu registro estatístico, aquele é submetido à ação erosiva e transformada de múltiplas vicissitudes, que torna a conversão do ‘crime real’ em ‘crime estatístico’ altamente contingente” (DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. pp. 132-133). A criminalidade de cifra negra ainda inclui os crimes do colarinho branco (*White-Collar Criminality*), assim intitulada por Sutherland em sua Teoria da Associação Diferencial, para designar os crimes praticados por pessoas de alto prestígio social, os quais, em grande parte das vezes, é impune. Após, o próprio Sutherland, indagou se, devido a esta impunidade, eram crimes, os crimes de colarinho branco (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 260).

proporciona dados precisos sobre a magnitude e qualidade da criminalização e, assim, dos modelos de comportamento das agências penais e das suas clientelas.

Ao fundamentar o conceito corrente da criminalidade como fenômeno pouco presente nos estratos superiores e concentrado nos estratos inferiores da sociedade, as estatísticas criminais, por via transversa, explicam que a criminalidade (seletividade) está vinculada a fatores pessoais e sociais correlativos da pobreza.

Desta forma, a criminalidade, além de ser uma conduta majoritária, é ubíqua, isto é, presente em todos os estratos sociais. Ocorre que, segundo Vera Andrade, a criminalização é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal. Os pobres, portanto, não têm uma maior tendência a delinquir, mas sim a serem criminalizados, até pela própria incapacidade operacional do sistema penal, como acima delineado<sup>10</sup>.

Contudo, a operacionalidade seletiva do sistema penal não depende tão somente da defasagem entre a programação penal (dever-ser) e a sua estrutura material para a sua operação – que, aqui, se denomina seletividade quantitativa –, mas também a outra variável: a especificidade da infração e conotações sociais dos autores e vítimas, que se denomina seletividade “*qualitativa*”, que, inclusive, recria cifras negras ao longo do seu processo de criminalização.

Com efeito, se a conduta criminal é majoritária e presente em todos os estratos sociais, mas a clientela do sistema penal constitui basicamente por pessoas pertencentes aos estratos sociais mais baixos, isto indica que o sistema penal se dirige contra certas pessoas, mais do que contra determinadas condutas legalmente definidas como crime.

Assim, a “*minoría criminal*” a que se refere à explicação etiológica (e a ideologia da defesa social sustentada pela criminologia positiva) é o resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de pessoas, enquanto a conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Isto se dá porque os grupos dominantes possuem a capacidade de impor uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Além disso, enquanto o sistema subestima e imuniza as condutas que causam os danos sociais mais altos e difusos (delitos econômicos, eco-

---

<sup>10</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 264.

lógicos, etc.) – praticados geralmente pela classe dominante –, superestima infrações de menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como os crimes contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, débeis e marginalizados<sup>11</sup>.

Esta imunidade das classes altas e criminalização das baixas, as quais estão traduzidas no predomínio desproporcionado de pobres nas prisões e nas estatísticas oficiais da criminalidade, é dada por um código social (second code) latente integrado por mecanismos de seleção, sobretudo os estereótipos (de autores e vítimas), associado ao senso comum (punitivo) sobre criminalidade.

### Segundo Vera Andrade<sup>12</sup>

A heterogeneidade de variáveis decisórias extralegais (...) tem recebido assim uma recondução unitária a uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade que, pertencente ao second code da Polícia, do Ministério Público e dos juízes (assim como ao “senso comum” dos cidadãos), condiciona suas subseleções que têm, por outro lado, um caráter conservador e reprodutivo das assimetrias de que, afinal, se alimentam os estereótipos.

(...)

E uma vez que os estereótipos de criminosos tecidos por variáveis (status social, cor condição, condição familiar), majoritariamente associadas a atributos pertencentes a pessoas dos baixos estratos sociais, torna-os extremamente vulneráveis, além de outros fatores concorrentes, a uma maior criminalização.

Neste tópico, portanto, pode-se dizer que a clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma maior tendência a praticar delitos, mas precisamente por serem mais vulneráveis<sup>13</sup> a serem

<sup>11</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 266.

<sup>12</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 268.

<sup>13</sup> A vulnerabilidade, por sua vez, consiste na posição concreta de risco criminalizante alcançada por aqueles cujas características pessoais se enquadram no estereótipo do criminoso; que praticam a conduta criminosa grosseira, resumidas em “ações ilícitas toscas, e, por conseguinte, de fácil detecção” – em suma, crimes contra o patrimônio; e, por fim, aqueles que assumem o papel de delinquente quando desta forma são rotulados e passam a agir como tal: “a profecia se autorealiza” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro;

criminalizados e etiquetados como delinquentes, e a população carcerária demonstra bem isso.

### 3 OS EFEITOS DA ORIENTAÇÃO SELETIVA DO SISTEMA PENAL E SEUS ESTERÉOTIPOS CRIMINAIS

Nas ruas, nos ônibus, nas periferias, vilas e favelas, na blitz e na abordagem regular, a realidade é filtrada pelas escolhas policiais, que, na sequência, servem ao Ministério Público e à Justiça o prato feito. As sentenças cospem no sistema penitenciário e nas chamadas entidades socioeducativas os personagens de sempre, “restos” da sociedade, “sobras” indigestas. Os presídios estão repletos de pobres e negros, do sexo masculino, jovens<sup>14</sup>.

O sistema penal atua como uma espécie de filtro, mas não de condutas, senão de pessoas, isto é, aquelas pessoas, os outros, que vivem à margem da sociedade e que sofrem as consequências decorrentes da desigualdade social, sobretudo, da distribuição desigual de renda.

Os “*homens de bem*” não são percebidos pelo sistema penal na mesma amplitude. Praticam condutas típicas, mas não são os criminosos. Em nada se parecem com aqueles que superlotam o sistema penitenciário, pois não se enquadram ao estereótipo do delinquente.

O estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa e, por conseguinte, com educação primitiva, cujos eventuais delitos, em geral, apenas podem ser obras toscas, o que só faz reforçar ainda mais os preconceitos racistas e de classe, à medida que a comunicação oculta o resto dos ilícitos cometidos por outras pessoas de uma maneira menos grosseira e *mostra as obras mais toscas como os únicos delitos*<sup>15</sup>.

Neste ponto, o sistema penal atua sob a ótica da criminologia positiva, isto é, não questiona o rótulo de 'desviante' que será imposto a certas condutas e em desfavor de determinadas pessoas, de modo que o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência

---

SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003. p. 47).

<sup>14</sup> SOARES, Luiz Eduardo. ATHAYDE, Celso. BILL, MV. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 188.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003. p. 48.

da aplicação por outras pessoas de regras e sanções a um 'transgressor'. Enfim, o desviante é alguém a quem aquele rótulo foi aplicado com sucesso; comportamento desviante é o comportamento que as pessoas rotulam como tal<sup>16</sup>.

Não se pretende aqui afirmar que a falta de instrução e a pobreza são corolários lógicos para a conduta criminosa. Em outras palavras, a baixa escolaridade e a escassez de recursos não conduzem, necessariamente, o indivíduo à vida do crime, mas o “qualificam” como um criminoso em potencial. Não se trata de sorte, senão de um rótulo, um estigma<sup>17</sup>. O que se quer dizer é justamente o contrário: a seletividade do sistema penal se volta àqueles que estão à margem sociedade.

Segundo Karam, a seleção dos que irão desempenhar o papel de criminoso, de inimigo, também obedece à regra básica da sociedade capitalista de desigualdade na distribuição de bens. Como se trata da distribuição de um atributo negativo, os escolhidos para recebê-lo são preferencialmente e necessariamente os membros das classes subalternas, fato de fácil constatação em nosso país, bastando olhar para quem está preso ou para quem é vítima de grupos de extermínio<sup>18</sup>.

Deste modo, a criminalidade em suma (a etiqueta do criminoso) é considerada com um 'bem negativo' que a sociedade (controle social) reparte com o mesmo critério de distribuição de outros bens positivos, tais como, o status social e o papel das pessoas: fama, patrimônio, privilégios etc., mas em relação inversa e em prejuízo das classes sociais menos favorecidas. E, como tal, é submetida a mecanismos de distribuição análogos, porém em sentido inverso à distribuição destes<sup>19</sup>.

Assim, verifica-se a influência de variáveis associadas a atributos pertencentes a pessoas dos baixos estratos da sociedade na orientação seletiva do sistema penal, influenciando na criação de estereótipos criminais que condicionam a atividade das agências penais. De modo que as chances

---

<sup>16</sup> BECKER, Howard. **Los extraños**: sociología de la desviación. Trad. Juan Tubert. Argentina: Tiempo Contemporáneo, 1971. p. 162.

<sup>17</sup> Estigma é um termo latino utilizado para designar “*um atributo profundamente depreciativo*” daquele indivíduo que está “*inabilitado para a aceitação social plena*”. Nesse interim, quando o indivíduo se enquadra no estereótipo perseguido pelo sistema penal lhe é atribuído o estigma de criminoso. (GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4ª ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 7-13).

<sup>18</sup> KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 206.

<sup>19</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 276.

e riscos do etiquetamento criminal não dependem tanto da conduta executada, mas da posição do indivíduo na pirâmide social.

De outro lado, assim como a imagem da delinquência está associada a certos estigmas que indicam quem fica dentro e quem fica fora do seu universo, a imagem da vitimização também o está, sobretudo o da mulher.

No patriarcado a essência do controle feminino é o controle da sexualidade, que se dá através do seu aprisionamento na função de reprodutora e de trabalho doméstico, reforçando os papéis de gênero – *porque lugar de esposa e mãe é em casa*. Por isso, violência contra a mulher e vitimização feminina serão recortadas pelo sistema penal como violência e vitimização sexual, nuclearmente, o estupro<sup>20</sup>.

Aqui o sistema penal segue a lógica da seletividade sobre as pessoas, autor e vítima, antes que sobre o fato-crime cometido, de acordo com os estereótipos de violentadores e vítimas. O diferencial é que reside a 'lógica da honestidade', estabelecendo-se uma linha divisória entre mulheres consideradas honestas<sup>21</sup> – do ponto de vista da moral sexual dominante, isto é, patriarcal – e desonestas, em que a prostituta é o seu modelo radical e é abandonada pelo sistema por não se adequar ao padrão imposto.

O julgamento de um crime sexual, portanto, é uma arena onde se julgam simultaneamente autor e vítima, especialmente o seu comportamento e vida pregressa. Ao lado disso, também está em jogo para a mulher a sua 'reputação sexual', que, juntamente com *status* familiar, é nevrálgico para o reconhecimento da vitimização sexual feminina quanto o *status* social o é para a criminalização masculina.

Em processos criminais, não raras vezes a palavra da mulher perde credibilidade se não for ela considerada uma mulher honesta de acordo com o padrão moral sexual patriarcal, causando a absolvição do imputado, mesmo em situações de flagrante delito ou em que o laudo pericial atesta a materialidade do fato, o que vale, inclusive, para meninas menores de 14 anos, que possuem em seu favor a presunção de vulnerabilidade<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 146-147.

<sup>21</sup> Não obstante a Lei n.º 11.106/2005 tenha suprido o adjetivo “honesta”, jungido ao substantivo “mulher”, nos crimes de posse sexual mediante fraude (art. 215 do CP) e atentando violento ao pudor mediante fraude (art. 216 do CP), ocorre que a constatação de a mulher ser – ou não – honesta continua a ser elemento fático-circunstancial relevante para o julgamento de crimes sexuais.

<sup>22</sup> Uma breve pesquisa jurisprudencial demonstra que a sindicância da vida pregressa da vítima, isto é, constatação de ela ser – ou não – honesta e conviver em uma ambiente familiar estável (ou não), é requisito a ser considerado quando da valoração da sua palavra. Ilustro os seguintes casos: “*Sabe-se que crianças vulneráveis, criadas*

Assim, segundo Vera Andrade,

as mulheres estereotipadas como “desonestas” do ponto de vista da moral sexual, inclusive as menores e em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, como podem, com o auxílio das teses vitimológicas mais conservadoras, ser convertidas de vítimas em acusadas ou réus, num nível crescente de argumentação que inclui a possibilidade de ter, ela mesma, “consentido”, “gostado” ou “tido prazer”, “provocado”, “forjado o estupro” ou “estuprado” o pretense estuprador, especialmente se o autor não corresponder ao estereótipo de estuprador, pois correspondê-lo é condição fundamental para condenação<sup>23</sup>.

Sob essa perspectiva, o senso comum das agências penais – sobretudo o policial e o judicial – não diferem, mais uma vez, do senso comum social, regido pela moral patriarcal. O sistema penal distribui a vitimização sexual feminina da mesma forma que distribui a honra e reputação feminina: a conduta sexual.

#### 4 UMA “RESPOSTA MARGINAL”

Diante da perspectiva histórica das revoluções mercantil e industrial, bem ainda da revolução tecnocientífica e das mudanças sociais oriundas desse contexto de conflitos, Zaffaroni expôs a necessidade de uma “resposta marginal” à latente deslegitimidade do sistema jurídico-penal, o qual não atua em conformidade com o discurso que lhe outorga o poder (deve-ser).

O autor revela uma realidade cotidiana desse conjunto de agências que se mostra violenta, cuja atuação caracteriza um genocídio em anda-

---

*e famílias pouco estruturadas, tendem a ser vítimas de abusos sexuais, até pela falta de controle sobre seus atos. No caso concreto, percebe-se que B. costumava vagar pelas ruas do bairro, sem controle materno, sendo seguidamente chamada ao Conselho Tutelar por suas “fugas”.* Trecho retirado do voto do relator, onde houve a absolvição do imputado, embora a materialidade do crime estivesse demonstrada pela laudo de conjunção carnal (AC 70062036793, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

Ainda, nesse sentido, parte de ementa de outro julgado: “*Nos crimes sexuais a palavra da vítima, de regra a única em linha acusatória, está frequentemente em confronto direto com a versão dos fatos ditada pelo réu, que tem a seu favor a presunção constitucional de inocência. Neste panorama é indeclinável que a versão da ofendida seja cuidadosa e minudentemente sindicada, tanto no que tange aos aspectos de caráter objetivo, dentre os quais os de tempo, lugar e modo de execução do crime, bem como os de caráter subjetivo passíveis de aferição, i.é, os que dizem respeito à personalidade objetiva da vítima, seu relacionamento social e familiar e principalmente sua relação, acaso existente, com o réu, de molde a que se permita aferir a credibilidade de suas declarações*” (AC 70053765723, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul) (grifo meu).

<sup>23</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 151.

mento. A atividade do sistema jurídico-penal, além de inoperante frente à grande quantidade de mortes por negligência e imprudência que não pôde evitar, exerce paralelamente, produzindo ainda mais mortes.

Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamentos sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais e parapoliciais que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.). Há “mortes anunciadas” de testemunhas, juízes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não “aguentaram” e de outros em que os torturadores “passaram do ponto”. Há mortes “exemplares” nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos próprios órgãos dos sistemas penais. Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa instigação pública. Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes [...]<sup>24</sup>

Este *genocídio em andamento* recai principalmente sobre os setores vulneráveis da sociedade, a “*região marginal*”, e é ainda mais flagrante quando motivado por preconceito étnico (“*o nítido domínio de negros, mulatos e mestiços entre presos e mortos*”<sup>25</sup>).

O exercício do poder discricionário – ou melhor, arbitrário - criminalizante das agências penais não judiciais se desenvolve com a chancela da agência judicial, que a confirma e confere legitimidade a militarização da

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amír Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 124-125.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amír Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 125.

atividade policial, tendo em vista a burocratização de sua atividade operacional judicial.

Paradoxalmente, verifica-se que as agências penais militarizadas (agências policial e penitenciária) são compostas por pessoas recrutadas dos estratos mais baixos da sociedade, ou seja, nos mesmos segmentos sociais de onde são selecionados os criminosos. Esses agentes policizados<sup>26</sup> se assemelham na faixa etária masculina dos criminalizados, e também seguem um estereótipo. O que os diferem é a posição que ocupam: um é a caça, o outro o caçador<sup>27</sup>.

Constitui a característica dessas agências penais militarizadas o discurso externo moralizante e a prática interna corrupta, que facilmente percebida pela população em face do estereótipo popular que reflete a polícia como indivíduos “vivos”, “espertos” e “corruptos”.

As agências de comunicação social, por sua vez, disseminam a dúvida quanto à eficácia do sistema penal no combate ao crime, reproduzindo os fatos conflitivos da maneira que lhes convém, gerando uma sensação de insegurança na sociedade com o propósito de influenciar a opinião pública da necessidade de respostas mais rígidas à criminalidade.

Os meios de comunicação de massa transmitem precocemente<sup>28</sup> um modelo ideal de soluções de conflitos por intermédio da “*comunicação de diversão*”. Reproduzem séries policiais importadas que refletem a realidade de outros sistemas penais que nada tem a ver com a demanda nacional.

A mídia sensacionalista atemoriza a população e lança as campanhas de lei e ordem, induzindo-a a cobrar das agências política e judicial leis mais severas e sentenças exemplares para punir o delinquente perigoso.

---

<sup>26</sup> Zaffaroni conceitua policização como “o processo de deterioração ao qual se submetem pessoas dos setores carentes da população que se incorporam às agências militarizadas do sistema penal e que consiste em deteriorar sua identidade original e substituí-la por uma identidade artificial, funcional ao exercício de poder da agência” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 141).

<sup>27</sup> Essa afirmação, sob o prisma do estigmatizado, é bem decifrada pelo grupo de rap Racionais Mc's, que, na música 500 anos, expressa que o marginalizado, excluído da sociedade patriarcal consumidora, tenta se incluir de forma diversa nela, conforme os instrumentos que estão a seu dispor: “É doutor seu títanic afundou, quem ontem era a caça, hoje pah é o predador, encapuzou, virou bandido, e não deixa barato (...)”.

<sup>28</sup> Como bem destaca Zaffaroni, “as crianças costumam passar mais horas diante da televisão do que diante da professora”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 128.

A agência judicial, no que lhe diz respeito, muitas vezes cede ao clamor público e profere sentenças moralizantes, não raro com declarações autoritárias que lhe conferem notoriedade pública. Tudo a despeito de justiça.

Os meios de comunicação de massa como hábeis reprodutores da violência, se valem da publicidade de casos de crueldade gratuita para vincular tais condutas ao estereótipo do criminoso, para que assumam em seus papéis, conteúdos de maior reprovabilidade.

Ao ser selecionado pelo estereótipo do criminoso, o indivíduo é submetido a diversos processos de deteriorização (maus-tratos, ameaças, torturas, etc.). O primeiro deles é, sem dúvida, o estigma. Uma vez estigmatizado, a violência no trato com o indivíduo é flagrante, cuja (pretensa) justificativa reside na ideia pré-concebida do desviante como alguém desqualificado e indigno. Trata-se de uma continuidade degradante que se verifica na atividade de cada agência.

A prisão, particularmente, configura uma verdadeira máquina de deteriorar<sup>29</sup>. O indivíduo segregado no estabelecimento prisional é submetido a condições de vida totalmente diferentes àquela que estava acostumado: perde sua privacidade, seu espaço e sua dignidade, e passa a viver em um ambiente superlotado, cuja alimentação é precária, sem a devida higiene e assistência sanitária. Deveras distante do discurso ressocializador no qual está calcada.

Não obstante, o processo de deteriorização conduzido pela prisão nem sempre é eficaz na qualidade de reprodutor da clientela. A reação do indivíduo frente ao tratamento que lhe é dispensado dependerá de sua ma-

---

<sup>29</sup> Do ponto de vista instrumental, a prisão é um fracasso, é uma falência porque não consegue combater a criminalidade, tanto que há três séculos nós estamos girando em torno do mesmo discurso da prisão lutando contra a criminalidade. Do ponto de vista das funções da prisão não declaradas, a prisão é um sucesso, ela vem-se reproduzindo satisfatoriamente bem porque os índices de criminalização da pobreza não cessam de se reproduzir. Além disso, no Brasil, a aplicação desenfreada de prisões provisórias contribui para o considerável aumento da população carcerária. Tal medida cautelar está cada vez mais se tornando 'normal' - aliás, no Brasil a tendência é tornar 'normal' o anormal; veja-se, por exemplo, a flexibilização das garantias penais e processuais penais, a aceitação de provas obtidas por meio ilícitos ou produzidas sem as formalidades legais e a (de)mora jurisdicional penal - no decorrer do processo penal ou na investigação preliminar, havendo evidente afronta ao princípio da presunção de inocência. A prisão preventiva tornou-se um símbolo da (falsa) eficiência do sistema penal, estando longe de ser utilizada como meio para assegurar o andamento do processo e a execução das penas, tornando-se um dos mecanismos de controle/dirigismo/contenção das consequências da miséria. De outra banda, a política dos substitutos penais (suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, penas restritivas de direitos etc.) - que veio para suprir a falta de vagas nos estabelecimentos prisionais e para servir de instrumento de combate à crise da pena de prisão - não retirou a centralidade da pena de prisão. Pelo contrário, os substitutos penais são aditivos às prisões que, quando não prolongam o encarceramento, aumentam a rede de controle social penal. A extensão da rede de vigilância é ampliada; não se enfraquece a prisão que, por outra via, acaba por sair revigorada em sua função - de repressão e, sobretudo, de contenção.

turidade. Aquele que tiver maturidade suficiente para distinguir nitidamente os limites de seu mundo exterior, estará blindado à “lavagem cerebral” do sistema penal.

Em um pequeno número de casos, esta invasão terá um efeito destruturante e a deterioração do indivíduo será em direção à psicose ou ao suicídio; em um número muito maior o indivíduo se deteriorará assumindo o papel de acordo com as exigências; em um pequeno número de casos resistirá e sua deterioração não se desenvolverá em nenhum dos dois sentidos. Há ainda um pequeno número de hipóteses nos quais o indivíduo, mesmo na prisão, não “se vê” como “criminoso” e, portanto as exigências do papel são diferentes<sup>30</sup>.

A perda de legitimação das agências penais evidencia que a atuação do sistema é incompatível com a ideologia programada dos direitos humanos e, portanto, com o pacto social.

Rousseau, ao propor a realização de um contrato social cujo objeto é o pacto de convivência, idealizava um estado social comandado por um governo pautado na igualdade moral entre os homens.

A propósito:

Em vez de destruir a igualdade natural, pelo pacto fundamental substitui, ao contrário, uma igualdade moral e legítima, à qual a natureza pode atribuir a desigualdade física entre os homens, e que, podendo ser desigual em força ou gênio, torna-os todos iguais por convenção e por direito.

Nota: sob maus governos esta igualdade não é senão aparente e ilusória; só serve para manter o pobre na miséria e o rico em sua usurpação. De fato, todas as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm. Donde se segue que o estado social não é vantajoso aos homens, senão enquanto todos possuem alguma coisa e algum deles nada tem demais<sup>31</sup>.

Assim, encontrar uma solução à deslegitimação do sistema penal se mostra como medida imperativa e urgente para restabelecer os preceitos do contrato social em favor da plena realização dos direitos humanos.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Editora Revan: Porto Alegre, 1991. p. 136.

<sup>31</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios de direito políticos**. Tradução: J. Cretella Jr., Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002. p. 41.

## 5 CONCLUSÃO

Tentou-se buscar no presente estudo fundamentalmente a função real do sistema penal na reprodução material e ideológica da desigualdade social, característica intrínseca do sistema econômico capitalista.

Não apenas as normas penais se criam e se aplicam de forma seletiva e a distribuição desigual de criminalidade, isto é, imunidade e criminalização, obedece geralmente à desigual distribuição de poder e da propriedade e, assim, à consequente hierarquia dos interesses em jogo; o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa dessa estrutura vertical da sociedade, conservando e reproduzindo as suas relações desiguais.

Em outras palavras, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica do sistema social global, caracterizado pelo capitalismo patriarcal, isto é, reproduz as relações de poder, de gênero e de propriedade existentes, ao invés de servir como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos.

Não se olvida que o sistema penal se relacionado com a sua programação normativa, isto é, o seu dever-ser – segundo os princípios norteadores, como igualdade, humanidade, legalidade, etc. -, na grande parte dos casos, é um sistema de violação deles, ao invés de proteção, de modo que a realização dos seus postulados é, em definitivo, uma ilusão, além de constituir uma contradição estrutural entre a sua lógica seletiva e os direitos humanos, nos quais se autolegitima.

Assim, conclui-se que o direito penal, representado pelo sistema penal, não serve como um modelo de resolução de conflitos, diferentemente de outras áreas do direito, mas sim, ao revés, como gerador de problemas e conflitos, de modo que, ao menos para minimizar os danos decorrentes desta lógica penal, imperiosa a adoção de medidas não envolvam o sistema penal, tal como, a justiça restaurativa.

## 6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECKER, Howard. **Los extraños**: sociología de la desviación. Trad. Juan Tubert. Argentina: Tiempo Contemporáneo, 1971.

DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4ª ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. 2ª ed. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1997.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios de direito políticos**. Tradução: J. Cretella Jr., Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SOARES, Luiz Eduardo. ATHAYDE, Celso. BILL, MV. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 4ª ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. Editora Revan: Rio de Janeiro: 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Editora Monte Avila Latinoamericana, 1993.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editora Ediar, 2005.

# ENCARCERAMENTO DA POPULAÇÃO NEGRA: ANÁLISE DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO COM BASE NA TEORIA DO LABELING APPROACH E NA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Zeni Xavier Siqueira dos Santos<sup>1</sup>  
Felipe da Veiga Dias<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata sobre a aplicação da Teoria do *Labeling Approach* ou Rotulação Social e da Criminologia Crítica para analisar as estatísticas de encarceramento/aprisionamento da população negra brasileira. Deste modo, a presente pesquisa tem a seguinte problemática: analisando o atual cenário de encarceramento e homicídios da população negra, pode-se afirmar que este grupo social é o alvo preferencial do sistema punitivo brasileiro e das agências de controle social formal, segundo a Teoria do *Labeling Approach* e Criminologia Crítica? Portanto, o objetivo geral trata-se de verificar se a população negra é o alvo preferencial do sistema punitivo brasileiro e das agências de controle social formal, com enfoque na análise do sistema prisional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminologia Crítica. Encarceramento. *Labeling Approach*. Negros. Racismo.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Cenário do sistema prisional brasileiro: negros no cárcere. 3. Principais características da teoria do *Labeling Approach* ou rotulação social e da criminologia crítica. 4. Racismo: uma abordagem conceitual e noções dos reflexos sociais do pensamento racista. 5. O racismo no sistema punitivo brasileiro: análise das agências de controle social formal sob o prisma da teoria do *Labeling Approach* ou rotulação social e da criminologia crítica. 6. Conclusão. 7. Referências.

---

<sup>1</sup> Autora: Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES) – zenixsiqueira@gmail.com

<sup>2</sup> Coautor: Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista CAPES - Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo, nas áreas de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Autor em co-autoria com a Dra. Marli M. Moraes da Costa da obra intitulada “Sistema Punitivo e Gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos”, além de diversos artigos e publicações científicas na seara jurídica. Advogado – felipevdias@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo abordar a questão étnico-racial no sistema punitivo brasileiro, fazendo uma análise dos atuais dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN (2014), verificando a incidência do racismo nas agências de controle social formal sob o prisma da Teoria *Labeling Approach* ou Rotulação Social juntamente à Criminologia Crítica.

Sendo assim, a presente pesquisa delinea-se a partir da seguinte problemática: analisando o atual cenário de encarceramento e homicídios da população negra, pode-se afirmar que este grupo social é o alvo preferencial do sistema punitivo brasileiro e das agências de controle social formal, segundo a Teoria do *Labeling Approach* e da criminologia crítica?

O objetivo geral trata-se de verificar se a população negra é o alvo preferencial do sistema punitivo brasileiro e das agências de controle social formal, com enfoque na análise do sistema prisional, utilizando como referencial a teoria do *Labeling Approach*, juntamente com a criminologia crítica.

Os objetivos específicos da presente pesquisa foram: a) expor as características da teoria do *Labeling Approach* segundo os principais teóricos, juntamente com o pensamento criminológico crítico contemporâneo; b) estudar o racismo no Brasil e analisá-lo sob o prisma da teoria do *Labeling Approach*, bem como examinar as taxas de homicídios no Brasil, segundo o Mapa da Violência 2014; c) examinar os dados atuais da população carcerária no Brasil segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN (2014).

A importância desta pesquisa mostra-se evidente quando analisados os dados mais recentes do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN (2014) apontando um crescimento de 136% na população prisional brasileira durante o período de 1995 a 2010, ou em números absolutos é demonstrado que atualmente há 607.731 pessoas presas, ou seja, um contingente de mais de meio milhão de pessoas encarceradas no país.

Neste contexto, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN (2014), destaca-se uma problemática étnico-racial alarmante ao se verificar que durante todo o período pesquisado a maioria das pessoas que cumprem pena no sistema penitenciário brasileiro são pessoas negras, ou seja, quanto mais cresce a população carcerária brasileira no país maior é o número de pessoas negras sendo presas.

Assim, na atual situação de encarceramento da população negra, existe uma indignação nos movimentos sociais negros e outros segmentos sociais, o que demonstra a pertinência desta pesquisa, que procura analisar este contexto sob o prisma da teoria *Labeling Approach*, juntamente ao pensamento criminológico crítico contemporâneo, que tem como postulado que o próprio sistema punitivo dita quais condutas delitivas e quais pessoas devem ser “atingidas”, ou seja, existe uma seletividade altamente discriminatória, na qual certos grupos sociais são atrelados a etiquetas, impondo-lhes a rotulação de sujeitos potencialmente criminosos (marginais, desviantes), o que os torna mais vulneráveis ao sistema penal e as agências de controle social formal (Polícia, Ministério Público, Judiciário, Sistema Prisional).

Para tanto, esta pesquisa utilizará o método de abordagem dedutivo, já que se refere a um conceito amplo para chegar a um ponto específico. Neste caso, aborda-se a temática da questão étnico-racial na aplicação do sistema punitivo brasileiro, passando a analisar os atuais dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2014), com base na Teoria *Labeling Approach* ou Rotulação Social e da criminologia crítica.

O método de procedimento que será utilizado é o monográfico, pois o trabalho tem um uma base de bibliografias e referências sobre o tema a fim de proporcionar um estudo aprofundado de uma unidade individual, qual seja, a população negra carcerária.

Enfim, cabe referir que será adotada como técnica de pesquisa a documentação direta, tendo como base a pesquisa bibliográfica que abrange a análise, interpretação e fichamentos de livros, revistas jurídicas, periódicos, artigos científicos que abordam a temática escolhida.

## **2 CENÁRIO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: NEGROS NO CÁRCERE**

A presente pesquisa tem como principal objetivo analisar a questão étnico-racial no sistema punitivo brasileiro e nas agências de controle social formal, com enfoque no sistema prisional, considerando os atuais dados trazidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN (2014).

Segundo os mais recentes dados trazidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN (2014), houve um aumento de 119% na população prisional brasileira durante o período de 2000 a 2014,

ou seja, no ano de 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Hoje, conforme os dados mais recentes, o país atingiu uma gigantesca população carcerária de 607.731 pessoas. Pela primeira vez, o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil. Segundo a mencionada pesquisa, caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos.

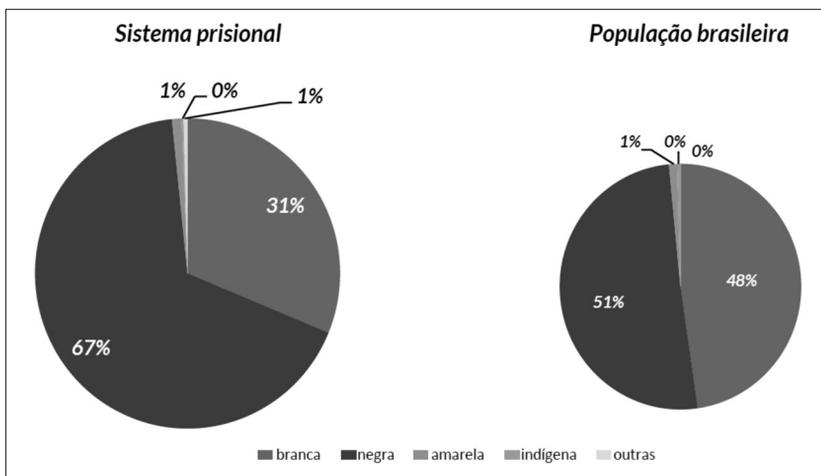
O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2014) destaca que o crescente número de aprisionamentos no país fez com que o Brasil ocupasse o 4º lugar no ranking dos países que mais aprisionam no mundo, conforme demonstrado abaixo na Figura 1. E ainda, pontua-se que a tendência do país ao crescimento da população carcerária mostra-se contrária aos demais países. Considerando que desde 2008, os Estados Unidos, a China e a Rússia, estão reduzindo seu ritmo de encarceramento, ao passo que o Brasil vem acelerando o ritmo. (INFOPEN, 2014, p. 15)

Os índices da referida pesquisa ainda apontam uma disparidade entre o número de brancos e negros apenados uma vez que o contingente de pessoas brancas apenadas no país é minoria. O que se destaca é a proporção de pessoas negras presas: dois em cada três presos são negros. Esta desproporção está demonstrada na figura 2, na qual se verifica que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, ao passo que na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor, 51%, segundo dados do IBGE (IBGE, 2010) esta desproporção está demonstrada na figura 2. (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN- 2014).

Importante mencionar que é no sistema prisional que se concentram as maiores mazelas sociais e desumanas do país, segundo Bitencourt (2004, p. 230-231), as deficiências do sistema carcerário brasileiro “são tão graves que qualquer pessoa que conheça certos detalhes da vida carcerária fica profundamente comovida”. Conforme o autor, na maioria dos sistemas penitenciários, podem ser encontradas as seguintes deficiências: a falta de orçamento, pois nos orçamentos públicos, infelizmente, o financiamento do sistema penitenciário não é considerado prioridade, salvo quando ocorrem motins carcerários. Via de regra, o pessoal técnico das penitenciárias é despreparado e ainda, a ociosidade dos presos somada à falta de programas que possibilitem a ressocialização (partindo do pressuposto de que ela seria possível) são marcas do atual sistema.

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Estados Unidos	2 228 424	698	102,70%	20,40%
China	1 657 812	119	-	-
Rússia	673 818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607 731	300	161,00%	41,00%
Índia	411 992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308 093	457	133,90%	20,60%
México	255 638	214	125,80%	42,00%
Irã	225 624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167 163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165 033	212	101,20%	13,90%
África do Sul	157 824	290	127,70%	26,00%
Vietnã	142 636	154	-	12,80%
Colômbia	116 760	237	149,90%	35,20%
Filipinas	110 925	113	316,00%	63,10%
Etiópia	93 044	111	-	14,00%
Reino Unido	85 704	149	111,60%	14,40%
Polónia	78 139	203	90,20%	7,70%
Paquistão	74 944	41	177,40%	66,20%
Marrocos	72 816	221	157,80%	46,20%
Peru	71 913	232	223,00%	49,80%

**Figura 1:** Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – 2014



**Figura 2:** Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – 2014

Outras graves deficiências trazidas pelo autor supramencionado como a superlotação das prisões, a alimentação deficiente, o estado das instalações, falta de orçamento, fazem com que a prisão se torne um castigo desumano. A maior parte das rebeliões é causada pelas deploráveis condições materiais que a vida carcerária desenvolve. Estes foram os motivos que levaram a motins, como o que ocorreu no “Massacre do Carandiru”, em São Paulo no ano de 1992, o autor ainda ressalta que: “os motins penitenciários são a prova mais evidente da crise que a pena privativa de liberdade enfrenta”, demonstrando que os motins dos apenados são reivindicações contra estes tratamentos desumanos (BITENCOURT, 2004, p.231-232).

Entende-se que este desrespeito à dignidade do preso e a violência física e psicológica que ocorrem nas penitenciárias são uma das maiores afrontas aos Direitos Humanos que ocorrem atualmente.

Apesar da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal apresentarem-se sensíveis à vulnerabilidade do preso e terem se esmerado em listar-lhes seus direitos, os relatórios de inspeção do Depen parecem demonstrar que nenhuma penitenciária no país os atende plenamente. Em muitos casos, verificou-se não haver sequer acesso à água, seja para higiene seja para o consumo vital. As denúncias de estruturas prediais precárias, com presença de lixo, esgoto, insetos, por vezes alagamentos, muito calor, sistemas elétricos e sanitários em colapso. A isto se acrescenta o oferecimento de co-

mida de baixa qualidade ou em baixa quantidade. Não raro, a combinação de pouco arejamento e insolação, problemas com a manutenção de um padrão básico de higiene e deficiência no oferecimento de serviços de saúde culminam na proliferação de doenças. A própria condição de promiscuidade e violência entre os internos se encarrega da disseminação de outras doenças ainda mais graves como a Aids.

[...]

Os brasileiros submetidos a penas privativas de liberdade, seja porque condenados em sentença transitada em julgado, seja porque presos preventivamente, suportam nos estabelecimentos prisionais uma violação ao núcleo essencial de seus direitos fundamentais, notadamente a dignidade humana, para além das balizas definidas legal e judicialmente. (RODRIGUES, 2015, p. 11)

Rodrigues (2015, p. 11) considera que as condições carcerárias precárias, as quais estes indivíduos estão sujeitos, evidenciam uma omissão estatal específica na prestação de alimentação, saúde e segurança, elementos que são essenciais para uma existência digna. Deve-se considerar que os presos podem até ter sua liberdade restringida, em suas diversas formas, mas em hipótese alguma perdem sua dignidade, atributo incondicionado e inerente a todos os seres humanos, em patamar de igualdade.

Ao cenário de encarceramento ainda se soma uma alarmante conjuntura nacional que também vem atingindo a população negra: as altas taxas de homicídios de negros no país. Segundo o Mapa da Violência (2014) morreram proporcionalmente 146,5% mais negros do que brancos no Brasil, considerando o período entre 2002 e 2012 e comparando o número de mortes de negros com o número de brancos, a vitimização negra mais que dobrou.

A Anistia Internacional (2015, p. 7) ao citar os dados do Mapa da violência, afirma que a violência letal no país não atinge a todos de maneira igual. Considerando que das mais de 56 mil vítimas de homicídios no Brasil em 2012, 30 mil eram jovens de 15 a 29 anos. Ademais, desse total de jovens, mais de 90% eram homens e 77% eram negros. Ressalta-se que a discriminação racial e as desigualdades dela resultantes fazem com que a população negra, especificamente os jovens negros, viva uma situação de discriminação estrutural na qual seus direitos de acesso ao ensino superior, saúde, trabalho, moradia digna, entre outros, têm sido gravemente afetados o que podem ser fatores que levam a esta conjuntura que caracteriza um genocídio da população negra.

Portanto, tendo em vista o atual cenário de encarceramento e homicídios da população negra, surge o questionamento fundamentado pelo pensamento criminológico crítico contemporâneo, se a população negra é o alvo preferencial do sistema punitivo brasileiro e das agências de controle social formal.

### **3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA TEORIA DO LABELING APPROACH OU ROTULAÇÃO SOCIAL E DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

No presente capítulo, importa abordar as principais características da Teoria do *Labeling Approach* e da Criminologia Crítica, demonstrando conforme alguns dos seus principais teóricos a ruptura com o pensamento criminológico tradicional e mudança de paradigma que estas teorias trouxeram aos estudos criminológicos.

Segundo Baratta (2011), a teoria do *Labeling Approach* ou Rotulação Social surge mostrando uma mudança de paradigma em relação aos estudos criminológicos. Ocorre uma mudança de enfoque em relação ao criminoso, não há mais indagações em relação à identificação e diferenciação de um indivíduo criminoso (delinquente), mas quais motivos que o fazem ser rotulado como tal.

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é o criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *Labeling Approach*, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?” (BARATTA, 2011, p.88-89).

A respeito do rótulo de desviante, Becker (2008), um dos principais teóricos da Teoria do *Labeling Approach* ou Rotulação Social, discorre que rotulação é oriunda de uma reação social, um controle, que atribui rótulos de criminoso (marginal) a determinados indivíduos, ao afirmar que:

[...] o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal (BECKER, 2008, p. 22).

Nesta senda, a Teoria da Rotulação Social foi desenvolvida abordando dois níveis fundamentais: a criminalização primária e secundária. Assim, o sistema penal passa a ser concebido como um processo articulado e dinâmico, em que todas as agências de controle social formal concorrem no processo de criminalização. Isto ocorre desde o legislador que tipifica a conduta criminosa (criminalização primária) passando pela polícia, o Ministério Público e a Justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e os mecanismos de controle social informal. A partir desta nova abordagem da Criminologia, a visão do sistema penal não está mais reduzida a um complexo estático de normas, mas um eficaz processo de criminalização de indivíduos (ANDRADE, 2008, p. 42-43).

Portanto, o que se vislumbra com a Teorização do *Labeling Approach* é uma ruptura com o pensamento criminológico tradicional, passando de uma análise do indivíduo criminoso para uma análise dos processos de criminalização. No entanto, cumpre salientar que através do desenvolvimento da Criminologia Crítica houve um avanço teórico que proporcionou o preenchimento de algumas lacunas na teoria supracitada quando abordada as dimensões de poder, política e econômica.

Numerosos são assim os aportes teóricos recebidos pela Criminologia crítica que, indo por dentro do paradigma da reação social e para além dele, desenvolve a dimensão do poder – considerada deficitária no labelling (...). A criminologia crítica recupera, portanto a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originaram, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente, conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores do poder econômico e político, a criminalidade organizada etc. (ANDRADE, 2008, p. 47-48).

Ainda sobre o avanço teórico que a Criminologia Crítica proporcionou às ciências criminais, Carvalho (2013) afirma que, neste atual cenário de criminalização seletiva, esta vem fornecendo instrumentos para a melhor compreensão destas violências, e ainda o autor, põe o fenômeno social do crescimento da população carcerária como uma das problemáticas centrais da Criminologia, tendo em vista a busca pela efetivação dos direitos humanos.

[...] a criminologia crítica, no atual cenário de criminalização seletiva, que resulta no encarceramento massivo de pessoas e grupos vulneráveis, segue fornecendo instrumentos sofis-

ticados para a compreensão das violências. Violências que são inerentes às estruturas dos poderes políticos e econômico e as instituições de controle social que as sustentam e as legitimam. (...) A crítica do fenômeno do grande encarceramento, bem como as práticas e aos discursos fundadores, configura um dos problemas centrais de um pensamento criminológico que tenha como horizonte a efetividade dos direitos humanos (CARVALHO, 2013, p. 300).

Zaffaroni (2003, p. 44-46), ao discorrer a respeito da criminalização primária e secundária trazida pela Criminologia Crítica, afirma que, desta maneira, a criminalização primária e secundária estão incumbidas de decidir quais são as pessoas criminalizadas, e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais a serem protegidas. Entende-se, portanto, que a seleção não opera sobre os criminalizados apenas, mas também sobre os vitimizados. A regra geral da criminalização secundária se traduz na seleção: a) por atos grosseiros (obra tosca de criminalidade, cuja detecção é mais fácil) b) pessoas que causam menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político ou comunicação massiva). Ademais estes atos cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados como os únicos delitos cometidos, o que gera a criação de um estereótipo no imaginário coletivo (ZAFFARONI, 2003, p. 44).

Por tratar-se de pessoas desvaloradas são associadas a estas todas as cargas negativas existentes na sociedade em forma de preconceitos. O resultado disto é uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos e estéticos (ZAFFARONI, 2003, p. 44-46).

Ainda, entende-se que o Direito Penal opera em forma de filtro, para acabar selecionando determinadas pessoas que se encontram em estado de vulnerabilidade ao poder punitivo, ou seja, o estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo consoante a correspondência com a dimensão (maior ou menor) do estereótipo. Esta seletividade mais acentuada ocorre em sociedades estratificadas, com maior polarização de riquezas e escassas possibilidades de mobilidade social, o que coincide com a atuação mais violenta das agências de criminalização secundária (ZAFFARONI, 2003, p. 49-50).

Portanto, a utilização dos postulados da Teoria do *Labeling Approach* ou Rotulação Social juntamente à Criminologia Crítica são importantes para a análise do atual cenário de encarceramento da população negra, tendo em vista que as mencionadas teorias apontam no sentido de que o contingente negro brasileiro pode fazer parte das pessoas potencialmente estigmatizadas e rotuladas como desviantes, o que as tornam mais vulne-

ráveis às agências de controle social formal. Um dos principais fatores que levam à rotulação e marginalização das pessoas negras no país é o racismo, tal problemática social será abordada no seguinte capítulo onde se realizará uma abordagem conceitual e histórica do racismo, assim como os reflexos sociais do pensamento racista no Brasil.

#### **4 RACISMO: UMA ABORDAGEM CONCEITUAL E NOÇÕES DOS REFLEXOS SOCIAIS DO PENSAMENTO RACISTA**

É plausível entender que as práticas violentas de encarceramento da população negra podem ser fruto de um racismo enraizado na sociedade brasileira, que por sua vez também se faria presente nas agências de controle social formal. No entanto, primeiramente, faz-se necessário conceituar e caracterizar a ocorrência do racismo, para posteriormente discorrer sobre sua incidência no sistema punitivo brasileiro.

O racismo foi conceituado pela Unesco, na Declaração sobre a Raça e os preconceitos raciais em seu artigo 2º, item 2:

O racismo engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas em preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a ideia falaz de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentares, e de práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos anti-sociais; obstaculiza o desenvolvimento de suas vítimas, perverte aqueles que o praticam, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais do direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais (UNESCO, 1978).

Ainda sobre o conceito de racismo, Munanga (2004, p. 8) afirma tratar-se de uma crença em uma hierarquização natural das raças, em que no imaginário racista, a inferioridade da outra raça alcança aspectos físicos, morais, intelectuais e culturais.

Neste sentido, Géledes - Instituto da Mulher Negra-, ao conceituar o racismo afirma que se trata de um fenômeno de abrangência ampla e complexa que é capaz de perpetuar privilégios e hegemonias.

O racismo é uma ideologia que se realiza nas relações entre pessoas e grupos, no desenho e desenvolvimento das políticas públicas, nas estruturas de governo e nas formas de organização dos Estados. Ou seja, trata-se de um fenômeno de abrangência ampla e complexa que penetra e participa da cultura, da política e da ética. Para isso requisita uma série de instrumentos capazes de mover os processos em favor de seus interesses e necessidades de continuidade, mantendo e perpetuando privilégios e hegemonias (GÉLEDES - INSTITUTO DA MULHER NEGRA, 2013, p. 11).

Deste modo, entende-se que o racismo é uma imposição de inferiorização direcionado, neste caso, à população negra, conforme evidenciou Fanon (2008, p. 90) “a inferiorização é o correlato nativo da superiorização européia (sic). Precisamos ter a coragem de dizer: é o racista que cria o inferiorizado”.

Moore (2007, p. 285) afirma que a pessoa racista além de se sentir superior, vive uma vida, de fato, superior; beneficiando-se do racismo em vários sentidos, quais sejam social, política, econômica, militar e psicologicamente, isto por deter um poder hegemônico na sociedade em âmbito global.

o racismo beneficia e privilegia os interesses exclusivos da raça dominante, prejudicando somente os interesses da raça subalternizada. O racista usufrui de um poder total, enquanto o alvo do racismo experimenta exatamente a situação contrária. Contudo a luta contra o racismo é em prejuízo de todos aqueles que, de um modo ou de outro, se beneficiam concretamente com os privilégios e vantagens que uma estrutura racista coloca livremente a sua disposição pelo único fato de possuir um fenótipo “apropriado”. O racista se beneficia do racismo em todos os sentidos: econômica, política, militar, social e psicologicamente. Nessas circunstâncias, é insensato pregar a sua mera “reconversão” moral, pois se trata menos de moral que de acesso monopolista e institucionalizado aos recursos da sociedade em função, precisamente, da raça (MOORE 2007, p. 285).

O autor supracitado ainda afirma que o problema está além do fato do racista sentir-se superior à população-alvo, mas está na realidade de que este efetivamente vive uma vida superior àquele que oprime. O racista usufrui privilégios sociais e econômicos que são negados à população-alvo, e estes ainda reproduzem as estruturas de dominação sócio-raciais que são transmitidas aos seus descendentes.

O problema não reside necessariamente no fato de que o racista se sente superior, mas no fato que ele vive uma vida efetivamente superior à daqueles que o oprime. O racista usufrui privilégios econômicos e sociais que são negados a população-alvo. Detém um poder hegemônico, de fato, na sociedade em termos globais, que lhe permite reproduzir e perenizar estruturas de dominação sociorraciais em favor da sua prole e dos descendentes genéticos desta última a linha de usufruto do racismo é vertical-ascendente e concatenada. Se trata de um poder total (MOORE, 2007, p. 286).

Acrescenta Moore (2007, p. 286) que o racismo é fundamentalmente transversal, ou seja, ele atravessa todos os seguimentos da sociedade e todas as formas de organização sociais: partidos políticos, religiões, ideologias, entre outras. O racismo afeta, ainda, todas as camadas da sociedade, sendo um fator majoritário no universo onde se sustenta emocional e historicamente. Ressalta-se que se o racismo ainda resiste com tanta virulência, expandindo-se cada vez mais, apesar de todos os esforços morais e culturais e de todos os avanços nos conhecimentos científicos sobre o desenvolvimento das sociedades humanas, é porque ele tem se tornado, ao longo do tempo, “numa realidade tenaz, arraigada na consciência e na prática social, e que se beneficia materialmente, em todos os sentidos aos usufrutuários de um sistema racializado e fenotipocêntrico”. (MOORE, 2007, p. 286)

Zaffaroni (2003, p. 573) ao discorrer sobre racismo em seu capítulo intitulado “*racionalização do controle policial racista*” aborda as ideias racistas formuladas por Cesare Lombroso (1835-1909), médico italiano, cujo livro mais conhecido – *L’omo delinquente* – publicado em 1878, desenvolveu a teoria do “criminoso nato”, verificando que suas ideias de hegemonia se perpetuaram ao longo dos anos.

Para Lombroso, o delinquente era um ser atávico, um europeu que não havia completado seu desenvolvimento embrionário [...] e, portanto, consistia numa detenção do processo embrionário que resultava em um ser semelhante ao selvagem colonizado: não tinha moral parecia fisicamente com o indígena ou o negro, possuía pouca sensibilidade a dor, era infantil, perverso etc. (ZAFFARONI 2003, p. 573).

Sabe-se hoje que a seleção criminalizadora efetua-se de acordo com os estereótipos racistas e que também “graças ao Lombroso, os estereótipos de sua época se nutriam das características físicas dos colonizados: todo mau era feio, como um americano ou africano”. Considerando que,

obviamente, Lombroso quando mencionava americanos estava se referindo aos indígenas como criminosos natos, assim como africanos e seus descendentes. Verifica-se, portanto, que os postulados de Lombroso serviram de suporte para o imaginário racista, e pode-se perceber sua influência nos atuais discursos racistas e de hegemonia (ZAFFARONI, 2003, p. 573)

Pode-se constatar que os postulados racistas de Lombroso foram introduzidos no país por um dos seus reconhecidos seguidores, Nina Rodrigues, médico maranhense, que foi um dos teóricos brasileiros do racismo (pseudo) científico. Em um de seus livros, intitulado “As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil” (1938, p. 193-199), aludido autor, ao melhor estilo lombrosiano, apresenta resultados obtidos com o exame das medidas cefálicas de três “menores” afrodescendentes que se encontravam presos em uma penitenciária. O autor concluiu que dois eram criminosos natos e o outro, *“atendendo a sua origem, de pais escravos e negros ou mulatos escuros, atendendo aos vícios inerentes a sua condição de escravizado, é possível que este menor seja antes um criminoso de ocasião do que um criminoso nato”* (RODRIGUES, 1938, p. 200) o que evidencia sua vertente racista e criminalizadora das pessoas negras.

Nina Rodrigues constrói e dá legitimidade a uma visão das raças no Brasil. Da análise do problema do controle social, feita em seu primeiro livro, *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal*, passa, posteriormente, para criação de uma obra de estudos antropológicos das populações negras, *Os africanos no Brasil*, pela qual foi lembrado como pioneiro em dois campos: o da “etnologia afro-brasileira” e da “Medicina legal”. Dentre os intelectuais brasileiros de seu tempo foi o que mais diretamente reconstruiu a interseção entre teorias criminológicas e teorias raciais.

[....]

a obra de Nina Rodrigues integra um paradigma racista comum, porque se baseia em um conjunto de premissas e problemáticas que orientavam outros estudos. Porém, ela se destaca por construir um modelo explicativo de um problema específico, ou seja, estrutura-se a partir da perspectiva de construir ou reconstruir um controle social garantidor da supremacia das elites brancas. Portanto, o paradigma “nina-lombrosiano” é, na verdade, um dos aspectos de um paradigma racista mais amplo, aceito pelas elites brasileiras (DUARTE, 1998, p. 319).

Verifica-se que as consequências do pensamento racista são drásticas e perduram até hoje. O racismo arraigado na sociedade brasileira está

sendo evidenciado pelo movimento negro e diversos movimentos sociais. Conforme noticiado pela Revista Fórum (06 de outubro de 2015), o pensamento racista está explicitado em uma das paredes da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que foi “pichada” com os seguintes dizeres: “Lugar de negro não é no Mackenzie. É no presídio”, esta é uma das diversas manifestações racistas que ocorrem frequentemente no país. Portanto, entende-se que o racismo contra a população negra abrange diversas apreensões sócio-políticas-culturais, fazendo surgir outros valores meritórios que inibirão a auto-estima daqueles indivíduos e desconstituir a capacidade de desenvolvimento de toda a comunidade negra, desagregando sua humanidade e conseqüentemente sua condição de sujeito de direito (BERTULIO, p. 3, 2001).

Ainda, importa discorrer que, conforme reconhecido escritor africano e militante na luta contra o *Apartheid*, na África do sul, Steve Biko (1973, p. 10) “o racismo não implica apenas a exclusão de uma raça por outra - ele sempre pressupõe que a exclusão se faz para fins de dominação”. Partindo desse pressuposto podem-se auferir as drásticas conseqüências sociais do pensamento racista e entender este como fonte de exclusão e dominação.

Assim sendo, a partir da exposição do conceito de racismo, passa-se a discorrer sobre as práticas discriminatórias que ocorrem no âmbito das agências de controle social formal, tendo como enfoque principal o sistema punitivo brasileiro sob o prisma da Teoria do *Labeling Approach* ou Rotulação Social e da Criminologia Crítica contemporânea.

## **5 O RACISMO NO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: ANÁLISE DAS AGÊNCIAS DE CONTROLE SOCIAL FORMAL SOB O PRISMA DA TEORIA DO LABELING APPROACH E DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Segundo Flauzina (2008), existe um racismo arraigado ao sistema penal, e que seu uso ostensivo tem como objetivo o controle da população negra.

[...] o Sistema Penal está vinculado ao racismo desde seu nascedouro [...]. A apropriação simbólica peculiar da questão racial pelas elites nacionais, convertendo esse território da barbárie no paraíso terrestre do convívio entre as raças nunca abriu mão do uso ostensivo do sistema penal no controle da população negra. Assim, a relação estabelecida entre racismo e sistema penal no Brasil se dá de uma maneira íntima e enviesada, apesar de todo o esforço em se construir

uma imagem em sentido oposto. Passemos então a nos ocupar desse relacionamento tão frutífero quanto incestuoso em que se transformou a convivência entre racismo e sistema penal nessa “amostra terrestre do paraíso” chamada Brasil (FLAUZINA, 2008, p.44).

Neste mesmo sentido, Carvalho (2014, p. 13) afirma que houve uma naturalização de práticas violentas pelo sistema punitivo brasileiro, das quais cada vez mais se demonstram como um apego inquisitório à tortura e à compulsão policialesca pelo encarceramento seletivo da juventude negra da periferia, que parece ser o legado insolúvel que está infiltrado nas instituições jurídicas e políticas e que, ao longo do século passado, ocorreu nas trágicas experiências das Ditaduras Civil-Militares.

O autor Wacquant (2001, p. 94-95) ao discorrer sobre o diferencial de encarceramento entre brancos e negros nos Estados Unidos, afirma que o fato de ter ocorrido um aumento rápido e contínuo da distância entre brancos e negros - no que diz respeito ao número de negros encarcerados comparados ao número de brancos - não demonstra que as pessoas negras têm mais propensão em cometer delitos, mas o que ocorre é uma implementação de dispositivos ultra-repressivos combinados com “o caráter fundamentalmente discriminatório das práticas policiais e judiciais” no país que adota a controversa política da lei e ordem. Ainda acrescenta o autor:

a prisão é portanto um domínio no qual os negros gozam de fato de uma “promoção diferencial”, o que não deixa de ser uma ironia no momento em que o país vira as costas para os programas de *affirmative action* com vistas a reduzir as desigualdades raciais mais gritantes no acesso à educação e ao emprego (WACQUANT, 2001, p. 95).

A maior “clientela” do sistema penal é constituída de pobres (que são a minoria criminal) não porque tenham uma maior tendência a cometer crimes, mas porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como marginais, delinquentes etc. As possibilidades de resultarem etiquetados, com suas graves implicações, encontram-se distribuídas de acordo com as leis de um *second code* (fase da criminalização secundária) que conforme a autora é: “constituído especialmente por uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade” (ANDRADE, 2008, p. 54).

No Brasil, o que se vislumbra é uma desigualdade flagrante na aplicação da lei, que se apresenta como uma relação direta de dependência ao

status pessoal do violador das leis. Tal realidade determina que as leis, quando repressivas, tenham efetividade privilegiada nas populações marginais. Isto alimenta uma regra implícita e muito utilizada pela Polícia Militar e Polícia Judiciária, de que o Direito no Brasil se aplica preferencialmente aos famosos três “P”: pobres, pretos e prostitutas (BERTULIO, p. 18, 2001).

Ainda, ao analisar o sistema jurídico pode se perceber que existe uma manutenção da elite dominante e/ou os seus mantenedores, que não são “perturbados” pelo Direito.

A elite dominante e/ou os seus mantenedores, via de regra, não são “perturbados” com o Direito ou, têm resguardados os princípios universais de garantias dos direitos constitucionais. Neste contexto, seguir ou respeitar as leis no Brasil pode ser mais uma questão de poder dentro da estrutura social/racial do que de manutenção de um sistema jurídico estabelecido que, paradoxalmente, é o próprio mantenedor do sistema. O racismo institucional exercido na estrutura jurídica apresentada, compõe, assim, uma das violências mais explícitas no cotidiano das vidas negras no Brasil. Quer em seu sistema repressivo institucionalizado – as polícias, quando exercem seus poderes de controle e repressão e investigação, o exercem preponderantemente sobre a população negra, pela razão única de pertencimento racial ao grupo negro (BERTULIO, 2001, p. 18-19).

Isto se verifica no sistema jurídico brasileiro e nas agências de controle social formal, pois enquanto a intervenção do sistema praticamente imuniza as condutas criminosas as quais são cometidas pelas classes mais abastadas, embora tenha danos sociais mais difusos – por exemplo, delitos econômicos, ecológicos, grandes desvios dos órgãos estatais –, superestima infrações relativamente menores em termos de danosidade social, embora tenham mais visibilidade, como os crimes contra o patrimônio (furto, roubo, etc.), especialmente os que são praticados por indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados (ANDRADE, 2008, p. 52).

A respeito da situação de criminalização da população negra – que gera consequentemente seu encarceramento – percebe-se que um mecanismo fundamental para esta distribuição desigual da criminalidade são os estereótipos de autores e vítimas que, tecidos por variáveis geralmente associadas aos pobres, o baixo status social e a cor torna-os mais vulneráveis à criminalização (ANDRADE, 2008, p. 53).

Ao analisar a incidência de estereótipos e de preconceitos na aplicação jurisprudencial da lei penal, Baratta (2011) afirma que pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitudes valorativas e emotivas dos juízes face a classe social do indivíduo a ser julgado, o que os leva a um julgamento desfavorável aos indivíduos provenientes dos extratos sociais inferiores da população, chegando ao ponto de um juiz que pertencia a um grupo pelo qual foi direcionada uma pesquisa afirmar que *“um acadêmico na prisão.... é, para nós, uma realidade inimaginável”* (BARATTA, 2011, p.177-178).

Ao discorrer a respeito do racismo à brasileira, Valente (1987) descreve uma situação fática, em que o racismo nas agências de controle social formal (neste caso, a polícia) não tinha a intenção de velar o seu pensamento racista e estereotipado da população negra, ao reproduzir em uma de suas paredes, mais uma das faladas anedotas racistas:

analise seriamente esta inscrição gravada na Escola de Polícia de São Paulo: “um negro parado é suspeito; correndo é culpado”. (...) Essas frases são exemplos das imagens estereotipadas que se tem do negro. Estereótipos são imagens simplificadas, falsas e geralmente, negativas sobre determinado indivíduo ou grupo de indivíduos (VALENTE, 1987, p. 25).

Conforme já reproduzido na música do grupo musical o Rappa “todo camburão tem um pouco de navio negreiro”, entende-se que a crítica da letra corrobora com a visão de Wacquant (2001, p. 95) ao afirmar que o controle punitivo dos negros (na maioria periféricos) pelo aparelho policial e judicial permite explorar e alimentar uma hostilidade racial e um desprezo pelos pobres.

O controle punitivo dos negros do gueto pelo viés do aparelho policial e penal [...] permite explorar – e alimentar ao mesmo tempo- a hostilidade racial latente do eleitorado e seu desprezo pelos pobres, com um rendimento midiático e político máximo (WACQUANT, 2001, p. 95).

De outra forma, o caráter político eleitoreiro com rendimentos midiáticos referidos pelo autor supracitado, ocorre no país com a superexposição dos acusados nas mídias, na maioria pessoas negras, que quando são presas têm, por muitas vezes, sua imagem exposta antes mesmo de alguma condenação em processo transitado em julgado. Isto ocorre no sentido de difundir uma falácia à sociedade: a imagem de “dever cumprido” do Es-

tado e a punibilidade das condutas criminosas; no entanto, o que se percebe é que isto se trata de uma prática criminalizadora e estigmatizadora de quem faz parte do controle social informal – a mídia.

Deve-se registrar que, a carga estigmática não é provocada apenas pela condenação formal, mas o simples contato com o sistema penal já é o suficiente, o autor ainda afirma que: “os meios de comunicação em massa contribuem para isso em alta medida, ao difundirem fotografias e adiantarem-se às sentenças com qualificações como ‘vagabundo’, ‘chacais’, etc.” (ZAFFARONI, 1991, p. 134).

A atual situação de a população negra ser maioria no sistema penitenciário brasileiro pode demonstrar um caráter de discriminação e perpetuação da marginalização das pessoas negras, pois uma vez que são presas existe um estigma social sobre essas, gerado pelo próprio sistema criminal, difícil de ser revertido.

*A carga estigmática produzida por qualquer contato do sistema penal, principalmente com pessoas carentes, faz com que alguns círculos alheios ao sistema penal aos quais se proíbe a coalizão com os estigmatizados, sob pena de considerá-los contaminados, comportam-se como a continuação do sistema penal. [...] É necessário advertir que no sistema penal não se trata simplesmente de um acordo externo, mas também de um sério “tratamento” integrado em um complexo processo de deterioração cuja a parte mais importante é feita pela prisão ou cadeia e perfeitamente legalizado através de registros de reincidência, da possibilidade de impedir ou dificultar qualquer exercício de trabalho honesto por parte das agências do sistema penal que se ocupam em propagar o status do criminalizado [...] A prisão ou a cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina de deteriorante: gera uma patologia cuja a principal característica é a regressão [...] (ZAFFARONI, 1991, p. 134-135).*

Segundo Wacquant (2001), a discriminação racial ocorre nas burocracias policiais e judiciárias, e demonstram que as pessoas negras têm um tratamento diferenciado por parte da polícia, somando-se à situação de terem mais dificuldade de acesso à ajuda jurídica, chegando a ocorrer que em um crime igual, os negros são punidos com penas mais pesadas que os acusados brancos, e uma vez condenados são submetidos à situação desumanas no sistema penitenciário brasileiro.

O recorte da hierarquia de classes e da estratificação etnorracial e a *discriminação baseada na cor*, endêmica nas burocracias policial e judiciária. Sabe-se, por exemplo, em São Paulo, como nas outras grandes cidades, os indiciados de cor “se beneficiam” de uma vigilância particular por parte da polícia, têm mais dificuldade de acesso a ajuda jurídica e, pro um crime igual, são punidos com penas mais pesadas que seus comparsas brancos. E uma vez atrás das grades, são ainda submetidos às condições de detenção mais duras e sofrem violências mais graves. Penalizar a miséria significa aqui “tornar invisível” o problema negro e assentar a dominação racial dando-lhe um aval de Estado (WACQUANT, 2001, p. 11).

A respeito das condições que são submetidos os apenados no Brasil, sem esquecer que a maioria hoje são pessoas negras, Wacquant (2001) afirma que este *“acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo”*. O entupimento estarrecedor dos estabelecimentos prisionais no Brasil, traduzem-se por condições de vida e higiene abomináveis, isto se caracteriza pela falta de espaço, ar, luz e alimentação e isto se soma à negação de acesso à assistência jurídica e a falta de cuidados com a saúde, cujo o resultado é a aceleração da propagação de doenças, como o HIV, a violência entre os apenados, sob a forma de maus tratos, “sovas”, estupro, isto tudo em razão da superlotação superacentuada entre outros fatores (WACQUANT, 2001, p. 11).

A superlotação do sistema penitenciário brasileiro é mais um apontamento do caráter criminalizador do sistema penal, o fato da maioria da população prisional ser negra pode demonstrar a problemática do racismo no sistema punitivo nacional. A respeito do tratamento desumano que é oferecido nos presídios superlotados, observa-se que o preso de fato é ferido em sua auto-estima e de outras formas imagináveis, a perda da privacidade, a submissão às revistas degradantes e isto somado à alimentação paupérrima, à falta de higiene e assistência sanitária, levando ao ponto de Zaffaroni (1991, p. 135-136) afirmar que as cadeias tratam-se de verdadeiras *“máquinas de deteriorar”*.

O efeito da prisão, que se denomina prisionalização, segundo Zaffaroni (1991, p. 135-136), sem dúvida é deteriorante e submerge a pessoa numa *“cultura de cadeia”*. A prisão *“invade”* o indivíduo com suas exigências do papel que também lhe são formuladas por outras agências do sistema – e que a prisão apenas exacerba – em uma continuidade ofensiva realizada por todas as agências de controle social formal, incluindo o sistema Judiciário. O que ocorre no processo de prisionalização é uma verdadeira *“lavagem ce-*

rebral”, da qual podem até fazer parte, inclusive, os demais prisioneiros que interagem com aquele submetido ao tratamento criminalizante.

Segundo os dados mais recentes do Conselho Nacional de Justiça (2014) o déficit atual de vagas no sistema penitenciário nacional alcançou o patamar de mais de 231.062 mil vagas, e ainda aponta que o Brasil hoje possui a quarta maior população carcerária do mundo (se contabilizados os presos domiciliares, alcança o 3º lugar no *ranking* mundial), denunciando o caráter criminalizador do sistema penal, especialmente dos indivíduos (ou grupos sociais) hipossuficientes, aos quais Zaffaroni (1991, p. 148) critica afirmando que “*não é difícil imaginar Cristo ou Buda condenados por “vadiagem” e, a pior das hipóteses, “desaparecidos” por terem atentados contra a “segurança nacional” [...]*”.

Neste contexto discriminatório, o crescimento da população carcerária e a população negra ser maioria, percebe-se que sistema penal exerce a função social de reproduzir as relações sociais e de manter a estrutura vertical da sociedade e os processos de marginalização (SANTOS, 2013, p. 53).

O sistema penitenciário brasileiro trata-se de um dos setores que tem sido, frequentemente, objeto de denúncia por suas celas superlotadas, má administração e até mesmo tortura. Enfim, o sistema penal é um sistema que não tem garantido os direitos mínimos dos apenados. O discurso jurídico que, por sua vez, dá racionalidade a esse sistema é o direito penal, que não tem tido uma fundamentação eficaz na proteção dos Direitos Humanos (SANTOS, 2013, p. 53).

Ante a abordagem deste trabalho, verifica-se que no Brasil houve um crescimento da população carcerária, e ainda que, a maioria destes apenados são indivíduos negros. Esta problemática sócio-racial vem sendo pauta em movimentos negros do país, e ainda conforme demonstrado, um tema investigado pela Criminologia Crítica. Este contexto discriminatório tem instigado uma preocupação quanto ao papel das agências de controle social formal, principalmente o sistema penitenciário brasileiro que através de tratamentos desumanos que são ofertados, demonstram uma situação dramática de negação dos Direitos Humanos aos apenados, principalmente aos indivíduos negros que são hoje maioria nos presídios brasileiros. Este cenário brasileiro de encarceramento dos indivíduos negros somado às altas taxas de homicídios contra a população negra, resta o pensamento que hoje no Brasil, conforme já denunciado na música de Elsa Soares, “a carne mais barata do mercado é a carne negra: que vai de graça pro presídio e para debaixo do plástico[...]”. Portanto, reforça-se a importância dessa pesquisa como contribuição criminológica e social no Brasil.

## 6 CONCLUSÃO

Através da análise dos Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN (2014) verifica-se que há disparidade entre o número de brancos e negros apenados. Depara-se com o seguinte cenário: o contingente de pessoas negras apenadas no país é maioria, ou seja, dois em cada três presos são negros, e, além disso, soma-se o fenômeno do crescente número de aprisionamentos nos últimos anos no país. Resta concluir que no Brasil há um trágico cenário de crescente encarceramento da população negra.

O Brasil hoje, segundo os dados apresentados, ocupa o 4º lugar no ranking dos países que mais aprisionam no mundo, atingindo o patamar de mais de meio milhão de pessoas vivendo seus dias nos presídios do país, sendo a maioria dessas pessoas negras. A mesma parcela da sociedade, homens e mulheres negras, são as vítimas preferenciais dos homicídios no país, quando o Mapa da violência aponta que proporcionalmente 146,5% mais negros do que brancos no Brasil, pouco resta a divergir que além do encarceramento da população negra existe uma tendência genocida desta população.

Assim os presídios brasileiros em muito se parecem com um lugar de castigo desumano, neles ocorrem violações excessivas aos Direitos Humanos. Estar no sistema penitenciário do país, não é ter apenas a sua liberdade restrita, mas é um sequestro da dignidade, do senso de valor humano, aos poucos o apenado é sucumbido pela verdadeira máquina de deteriorar - a prisão. Cumpre salientar que a maior parte das pessoas condicionadas a estas mazelas são pessoas negras, que são submetidas à superlotação das prisões, à alimentação precária, ao péssimo estado das instalações das celas carcerárias, transmissão de doenças, péssimas condições de higiene pessoal, entres outras das maiores mazelas e desrespeitos aos direitos humanos e fundamentais.

Ademais, persiste o racismo como uma das mais drásticas e cruéis problemáticas do país, subjungando a cada dia a população negra, impondo uma inferioridade a esta parcela da sociedade em que abrange os seus aspectos físicos, morais, intelectuais, além de culturais. O racismo arraigado na sociedade brasileira promove privilégios ao racista, ou seja, o racista não apenas crê que é um privilegiado, como de fato vive uma vida de privilégios sociais que são renegados à população negra. Destarte perpetuam-se as benesses que abrangem os descendentes de racistas sucessivamen-

te, cumprindo-se na prática a incidência da atual hegemonia social: a exclusão social e discriminação da população negra. O racismo incide e atinge em vários aspectos a população negra, a falta de acesso à educação de qualidade, a submissão a subempregos, trabalhos subalternos, a dificuldade de ascensão social, entre outras, são as situações impostas ao contingente negro fruto do racismo na sociedade brasileira.

Este contexto de encarceramento da população negra foi analisado sob o prisma da teoria do *Labeling Approach*, juntamente ao pensamento criminológico crítico, que tem como postulado a existência da seletividade altamente discriminatória no sistema punitivo, assim ocorre no país: o próprio sistema punitivo dita quais condutas delitivas e quais pessoas devem ser “atingidas”, na qual certos grupos sociais são atrelados a etiquetas de desviantes.

A população negra é apontada como parte do grupo social que é alvo preferencial desse sistema de rotulação, ou seja, a esta parcela da sociedade é imposta a rotulação de sujeitos potencialmente criminosos (marginais, desviantes), o que torna uma pessoa negra mais vulnerável ao sistema penal e às agências de controle social formal (Polícia, Ministério Público, Judiciário, Sistema Prisional).

A criminologia crítica aponta que não existe uma propensão maior das pessoas negras cometerem delitos, mas que as agências de controle social formal as rotulam como potencialmente criminosas e desse modo agem com um tratamento diferenciado. Essa constatação se confirma pela situação de negros terem mais dificuldade de acesso à assistência jurídica, ou quando ocorre um crime igual e a pessoa negra é punida com uma pena mais rígida do que as pessoas brancas, o que ocorre é a verdadeira penalização da miséria, fundamentada pela dominação racial, com o aval do Estado.

Como já denunciado na letra rap de Racionais Mc's - Racistas Otários, que “a lei é implacável com os oprimidos, tornam bandidos os que eram pessoas de bem... gente negra e carente... esteja constante ou abrião o seu bolso, e jogarão um flagrante num presídio qualquer”. Através da teoria *Labeling Approach* e do pensamento criminológico crítico, entende-se que o encarceramento da população negra, é mais uma faces de um sistema punitivo baseado em estereótipos e rótulos sociais que subjagam uma das parcelas mais vulneráveis da sociedade – os negros – ao cárcere.

## 7 REFERÊNCIAS

ADORNO, S. Racismo, criminalidade e justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho**: Homicídios cometidos pela polícia militar no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução a sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERTULIO, Dora Lucia de Lima. **Racismo, Violência e Direitos Humanos**: Considerações sobre a Discriminação de Raça e Gênero na sociedade Brasileira. Disponível em: <http://200.18.45.28/sites/afirme/docs/Artigos/dora02.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

BIKO, Bantu Steve. **Escrevo o que eu quero**: a consciência negra e a busca de uma verdadeira humanidade. Disponível em: <http://kilombagem.org/a-consciencia-negra-e-a-busca-de-uma-verdadeira-humanidade-bantu-phen-biko/>. Acesso em: 23 de outubro de 2015

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causa e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Salo de. As permanências autoritárias no sistema punitivo brasileiro e a práxis de resistência da Criminologia Crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 22 - nº 262, São Paulo, 2014.

CARVALHO, Salo de. Criminologia Crítica: Dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** nº 104 / 2013. São Paulo, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, 2014.

DECLARAÇÃO sobre a Raça e os preconceitos raciais. **Conferência da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/dec78.html>. Acesso em 05 de maio de 2015.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/77655>. Acesso em: 26 de outubro de 2015

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Brasília: Contraponto, 2006.

GÉLEDES, INSTITUTO DA MULHER NEGRA. **Racismo Institucional**: uma abordagem conceitual. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/publicacoes/publicacoes-recentes/racismo-institucional>. acesso em 10 de maio de 2015

MOORE, Carlos. **Racismo e sociedade**: novas bases epistemológicas para entender o racismo. Belo Horizonte: Mazza, 2007.

MOURA e RIBEIRO, Tatiana Whately de e Natália Caruso Theodoro. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN 2014**. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2015.

MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: BRANDÃO, André Augusto P. (Org.). **Cadernos PENESB**. Rio de Janeiro: EdUFF, 2004.

REVISTA FORUM, **Estudantes denunciam pichação racista em faculdade de Direito de SP**, disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/10/estudantes-denunciam-pichacao-racista-em-faculdade-de-direito-de-sp/>. Acesso em 08 de outubro de 2015.

RODRIGUES, Savio Guimarães. O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sistema carcerário brasileiro. **Revista dos Tribunais**. nº 911/207, ano 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>. Acesso em 23 de outubro de 2015

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos Humanos e as práticas de racismo**. Disponível em:[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/39/direitos\\_humanos\\_e\\_as\\_praticas\\_de\\_racismo.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/39/direitos_humanos_e_as_praticas_de_racismo.pdf). Acesso em 19 de maio de 2015.

VALENTE, Ana Lucia E. F.. **Ser negro no Brasil hoje**. São Paulo: Moderna; 1987.

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

WASELFISZ, Julio J. **Mapa da Violência 2014: os jovens do Brasil**. Rio de Janeiro: Flacso Brasil, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

## (IN)IMPUTABILIDADE INDÍGENA: UM DEBATE ENTRE O DIREITO CONSUETUDINÁRIO E O DIREITO ESTATAL

**Bruna Sebastiani Baptista<sup>1</sup>**  
**Henrique Fensterseifer da Silva<sup>2</sup>**  
**Jaqueline Reginaldo de Almeida<sup>3</sup>**  
**Tatiane Meinhard Lowe<sup>4</sup>**  
**Vitória Damiano da Silva<sup>5</sup>**  
**Vera Maria Werle<sup>6</sup>**

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo averiguar a posição que o ordenamento jurídico brasileiro vem adotando em relação à responsabilização penal dos povos indígenas. Para tanto, a pesquisa analisou a conjuntura do índio desde a colonização brasileira até os dias atuais, abordando a proteção conferida nos textos constitucionais brasileiros, tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento pátrio que asseguram os direitos humanos e fundamentais aos povos indígenas, para assim debater o tema central do trabalho: o tratamento jurídico-penal dispensado ao indígena. Evidentemente que, em razão da diferença cultural, os indígenas necessitam de um tratamento particular na seara penal que considere sua cultura, crenças e tradições. Sob esse entendimento o estudo analisa a tese da exclusão da culpabilidade em razão do erro de proibição ou da inexigibilidade de conduta diversa como uma solução adequada ao tratamento penal dos povos indígenas, com a finalidade de corporificar, na seara, os direitos à autodeterminação e a manifestação cultural, protegidos constitucionalmente.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 4º período do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA.

<sup>2</sup> Acadêmico do 4º período do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA.

<sup>3</sup> Acadêmica do 4º período do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA. Bolsista de Iniciação Científica da referida Instituição.

<sup>4</sup> Acadêmica do 4º período do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA.

<sup>5</sup> Acadêmica do 4º período do curso de graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA.

<sup>6</sup> Graduada em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA. Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Professora titular do IESA Santo Ângelo nos cursos de graduação e pós-graduação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Índios. (In)imputabilidade penal. Culpabilidade. Direitos indígenas.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Histórico indígena no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Conjuntura atual do índio no complexo constitucional-legal brasileiro. 4. Rede internacional e regional de proteção aos direitos humanos dos povos indígenas. 5. (In)imputabilidade penal indígena? 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, as ordenações jurídicas têm assumido um papel relevante na efetivação dos direitos das minorias. As transformações sociais demarcam a formação primária do jurídico e, à vista disso, o Direito não pode simplesmente se fechar dentro de um contexto de regras estáticas e proposições genéricas, pois precisa voltar-se aos interesses e necessidades dos agrupamentos comunitários, abrangendo à realidade das relações sociais e adaptando-se a uma ampla rede de situações que deve organizar. Diante disso, é de suma importância o estudo da situação jurídica indígena no contexto brasileiro, dado que esses povos, assim como todas as demais culturas existentes no território nacional, carecem de ter sua cultura respeitada e preservada ante a atuação estatal. O presente artigo tem como finalidade investigar os dispositivos legais-constitucionais que fazem referência aos povos indígenas, bem como as posições doutrinárias e jurisprudenciais, para dessa forma construir um entendimento sobre a conjuntura penal que abrange os índios atualmente no Brasil.

Os direitos humanos e fundamentais servem como base estruturante no desenvolver do trabalho, já que as populações indígenas são dotadas de peculiaridades inerentes a sua cultura composta por tradições, crenças, normatividades e riquezas próprias. O direito à diferença tem um espaço relevante nesse estudo, visto que a diversidade que compõe as sociedades contemporâneas não pode ser simplesmente ignorada pelo aparato estatal. Os ordenamentos jurídicos, nesse contexto, e suas normas totalmente genéricas, embasadas em uma homogeneidade incontestável, precisam ser adaptados à atual realidade para que não sejam reprodutoras de discriminações, injustiças e privações.

A pesquisa objetiva averiguar o tratamento jurídico conferido ao índio no Brasil, com enfoque na seara penal, analisando, primeiramente, de forma breve, a história desses povos na sociedade brasileira, seguindo com

a inquirição do paradigma atual de proteção aos índios no plano nacional e internacional, com enfoque na Constituição Federal e nas declarações e tratados de direitos humanos. Para tal fim, a exploração científica valeu-se das pesquisas bibliográfica e documental, com subsídios legais e doutrinários, a partir do método de abordagem dedutivo. O tema é muito controverso, visto que há um debate sobre interpretação e aplicação de normas dentro de dois universos completamente divergentes: de um lado encontra-se um sistema normativo basicamente oral, informal e flexível, e do outro um ordenamento essencialmente formal, dogmático e previsível.

Por conseguinte, o estudo busca avaliar em quais casos o direito consuetudinário indígena deve prevalecer sobre a legislação geral e em quais casos o direito estatal deve ser aplicado, ou melhor, em quais ocorrências o índio poderá ser processado e julgado pelo direito penal comum, assim como as especificidades que devem ser respeitadas dentro desse trâmite. Basicamente, pode-se identificar duas posições, por sinal muito conflitantes, referentes à responsabilização penal indígena: a primeira defende que a eventual inculpabilidade indígena reside na exclusão da culpabilidade pela inimputabilidade, alegando que os índios têm o desenvolvimento mental incompleto ou retardado por não conviverem em ‘civilização’; a segunda posição afirma que é totalmente falsa a concepção de que o índio é portador de algum problema mental pelo simples fato pertencer a uma cultura diferente, sustentando que a ocasional inculpabilidade indígena deve residir no erro de proibição ou na inexigibilidade de conduta diversa.

## **2 HISTÓRICO INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A medida que os europeus foram chegando à América, particularmente ao Brasil, por volta de 1500, depararam-se com uma grande extensão territorial, habitada por homens e mulheres que, em um primeiro momento, foram considerados como selvagens, um aglomerado de pessoas sem cultura alguma, vivendo em uma desorganização social. Contudo, nada impediu que os colonizadores levassem índios para a Espanha para a realização de trabalho escravo assim como outras riquezas dessa terra, como o ouro, o pau-brasil e a prata. Os primeiros relatos que os portugueses enviaram à Corte faziam referência aos povos indígenas como um amontoado de bárbaros sem lei e sem normas de convivência, mas, na realidade, os colonizadores não reconheciam a forma particular de ordenação adotada pelos índios. Por conseguinte, os portugueses e os espanhóis dividiram previamente a América e começaram a aplicar suas normas, aplicar

o seu estereótipo de organização social, independentemente do que já existia aqui.

Como afirma Carlos Frederico Marés de Souza Filho “o Estado colonial deixou como herança ao Estado Nacional brasileiro nascente, um silêncio piedoso sobre os povos indígenas, um punhado de escravos, uma situação de direitos confusa e uma estrutura fundiária tão ultrapassada quanto injusta” (1998, p. 56). Logo, em 1822, com a declaração da Independência do Brasil, proclamada por D. Pedro, foi outorgada a primeira Constituição brasileira em 1824, que não compreendeu nenhum dispositivo em relação aos indígenas que, conseqüentemente, acabaram ficando sem nenhum amparo legal na época. Somente em 1832 foi editado o Ato Adicional à Constituição do Império, que estabeleceu a competência do Estado de catequizar e civilizar os índios.

Apenas em 1850 teve início a tutela legal para com as terras indígenas. Nesse ano foi editada a lei 601 que regulamentava o regime de propriedade territorial, passando o domínio de todas as terras ao poder público, revogando definitivamente a legislação portuguesa e estabelecendo conceitos jurídicos que vigoram até hoje, como as terras devolutas, o registro de imóveis e as reservas indígenas. A lei 601/1850 instituiu que toda propriedade deveria ser medida e registrada para que a inscrição oficial do imóvel fosse concedida, entretanto, esses atos exigiam muito dinheiro, o que acabou favorecendo apenas grandes fazendeiros. Essa dificuldade para a legitimação da posse acabou por beneficiar grandes crueldades e injustiças contra os índios. No parecer de Roberto Lemos dos Santos Filho (2005), houve um grande silêncio com a Constituição do Império e um grande rigor na exigência de titulação de posse para reconhecimento da propriedade e isso acabou legitimando o processo de espoliação das terras dos índios, demonstrando o grande prejuízo causado aos índios pela legislação do império.

Em 1891 foi promulgada a segunda Constituição brasileira, a primeira do Brasil República, que seguiu o mesmo enredo da Constituição Imperial, pois não conteve nenhuma previsão considerável relacionada aos índios, apenas cogitava a existência desses povos e assegurava a não-violação de seus territórios. No ano de 1910 foi criado por decreto o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que posteriormente foi transformado em Serviço de Proteção ao Índio (SPI), consolidando a forma republicana acolhida pelo Brasil. Entretanto, Souza Filho (1998) atenta para o fato de que tais ações nutriam uma política inte-

gracionista, ou seja, apoiavam a expectativa de acabar com as culturas indígenas para assimilá-las à cultura nacional. Até esse período, não houve em nenhum momento a preocupação de garantir os direitos indígenas de forma concreta, tendo em vista que a intenção de catequizar e civilizar os índios prevalecia sobre qualquer outra medida.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 6º, inciso IV, estabelecia que os índios ou silvícolas eram relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, necessitavam ser assistidos na vida civil. O Código previa que essa tutela devia cessar na medida em que os índios fossem sendo integrados à ‘civilização’ do país. Em 1934, foi promulgada a terceira Constituição brasileira, a primeira que tratou dos direitos dos povos indígenas. Como atesta Santos Filho (2005), o diploma constitucional assegurava aos índios o direito à posse permanente dos territórios ocupados, conferindo à União a responsabilidade pela promoção e execução da política indigenista. Com a Constituição outorgada de 1967 ocorreu a substituição do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que se conserva até os dias atuais. Denota Santos Filho (2005) que, a emenda à Constituição de 1969, por muitos considerada uma nova Constituição por possuir mais artigos que a vigente, manteve os direitos já garantidos aos indígenas e firmou a competência da União para legislar sobre a nacionalidade, cidadania e incorporação dos silvícolas a comunidade nacional.

No ano de 1973 foi editada a Lei 6.001, o Estatuto do Índio, que disciplinou as relações do Estado e da sociedade para com os índios. Regulamentou também a situação jurídica dos índios e de suas comunidades, firmando bases para a preservação da cultura indígena, mas buscando a integração à comunidade nacional, em sua maior parte. Souza Filho adverte que o Estatuto do Índio “é um retrocesso do ponto de vista teórico em relação à tutela, porque recria a ideia da emancipação e a possibilidade de devolução das terras indígenas ao Estado, justamente por seus titulares perderem a qualidade de índios” (1998, p. 103).

### **3 CONJUNTURA ATUAL DO ÍNDIO NO COMPLEXO CONSTITUCIONAL-LEGAL BRASILEIRO**

Antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 jamais existiu um período com a densidade de proteção aos direitos e as liberdades básicas, não somente quanto aos índios, mas da população em geral, que se tem atualmente. Apenas com a inauguração de um novo regime jurídico-político instaurado pela Constituição de 1988 é que o

Brasil se ressignifica, passando a concretamente valorizar a diversidade existente dentro de seu território, onde os direitos e garantias fundamentais passam a ser um guia para a atuação estatal. Como observa Souza Filho (1998), a legislação brasileira sempre teve comandos protetores, mas, de certo modo, bastante intervencionistas e paternalistas no que tange aos povos indígenas, isto é, protegia-se para integrar, prevalecendo sempre a ideia de que a integração era o melhor que se podia oferecer aos índios, e que o mais adequado para esses povos era viver em civilização. Apenas com a nova ordem constitucional que essa concepção é superada, visto que

a constituição de 1998 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Essa concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 5 de outubro 1998, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio (SOUZA FILHO, 1998, p. 107).

A Constituição Cidadã de 1988 reserva um capítulo exclusivo aos índios. O art. 231 reconhece a organização social indígena, os direitos básicos e imanentes a sua memória, seus costumes, suas línguas, crenças e tradições, que também fazem parte da história do Brasil, desde que compatíveis com os direitos humanos assegurados em âmbito internacional e com os direitos fundamentais ratificados pelo ordenamento nacional, já que a dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É inadmissível dizer que os índios não podem ser índios. Assim como qualquer outro indivíduo, eles merecem ter sua diferença reconhecida. A ideia de um processo de ‘aculturação’ como melhor solução para o caso dos indígenas precisa ser superada, tendo em vista que a Constituição vigente adotou o paradigma da interação, que não objetiva anular a cultura indígena, pelo contrário, tem o intuito de reconhecer todos os grupos do social, cada qual com seus traços étnicos e culturais. O Código Civil vigente não declara os índios como incapazes, apenas manifesta que a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Os povos indígenas têm o direito originário<sup>7</sup> sobre as terras, tradicionalmente ocupadas, assegurado pela Constituição Federal. Souza Filho (1998) contempla que a ocupação tradicional, definida na Constituição, re-

---

<sup>7</sup> Fala-se em direito originário, pois se entende que o direito dos índios sobre suas terras é anterior ao próprio direito estatal.

fere-se às terras habitadas pela comunidade em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, e também das necessárias à sua reprodução física e cultural, de acordo com seus usos, costumes e tradições. É nítida a importância de uma zona territorial para o exercício da cultura de cada tribo indígena, que se evidencia pelo direito de ter sua própria terra, ou melhor, o seu espaço cultural. Observa-se ainda que no ordenamento jurídico pátrio as terras indígenas são de propriedade da União, com posse reservada permanentemente aos índios, que são destinatários exclusivos desse usufruto.

A legislação brasileira, no art. 3º do Estatuto do Índio, define que todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional será considerado como índio ou silvícola e, todo conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo estarem neles integrados é considerado como comunidades indígenas ou grupos tribais. O artigo seguinte da referida lei ainda classifica os índios como isolados, em vias de integração e integrados, uma divisão claramente paternalista e muito questionada no que diz respeito a sua constitucionalidade.

O Estatuto do Índio também trata das terras indígenas, no que foi recepcionado pela Constituição de 1988, já que o diploma indígena é de 1973. No art. 17 o Estatuto define as terras indígenas como aquelas áreas habitadas ou ocupadas pelos silvícolas e, ainda, o art. 18 atesta que tais terras não podem ser objeto de arrendamento ou de qualquer outro negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse indígena. O art. 20, no seu § 3º, trata da remoção do grupo tribal das terras que ocupa, atitude essa que só poderá ocorrer quando for impossível ou totalmente desaconselhável a permanência do grupo na área ocupada. A Fundação Nacional do Índio (FUNAI) é o órgão federal de assistência e defesa dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas, tanto judicialmente como extrajudicialmente. A FUNAI é o organismo indigenista oficial, vinculada ao Ministério da Justiça, que protege e promove os direitos indígenas no Brasil.

Manifestamente a Constituição de 1988 absorveu muitos direitos e garantias previstos no Estatuto do Índio, dando um status constitucional a tal questão. A Carta brasileira ampliou os direitos indígenas, reconhecendo de maneira expressa a legitimidade para os índios e suas comunidades in-

gressarem em juízo na defesa de seus direitos, devendo o Ministério Público intervir em todos os atos processuais. A Constituição também reconhece a organização social dos índios em seu art. 231, bem como seus costumes, tradições, crenças e línguas. Nesse sentido, pode-se afirmar que o pluralismo jurídico é aceito no Brasil, tendo em vista que as organizações normativas indígenas, estabelecidas em cada tribo ou comunidade, são válidas e respaldadas pela própria ordem constitucional. As ordenações indigenistas têm a função primordial de organizar a vida em comunidade, possuindo legitimidade para resolver os conflitos que envolvam apenas os integrantes da tribo. De acordo com Souza Filho, “é incontestável que os grandes povos indígenas do Brasil mantêm uma jurisdição própria, como sistema de julgamento e decisão segundo regras conhecidas e respeitadas pelo grupo” (1998, p. 160).

Cada comunidade indígena ou grupo tribal estatui seu próprio sistema normativo que define normas de conduta, princípios e valores comunitários, a organização interna da comunidade, as relações familiares, as relações de trabalho, o uso dos recursos naturais disponíveis, deliberações grupais, crenças, tradições e rituais, instituições, cargos e funções tribais, exercício do poder, sanções devidas à condutas reprovadas, solução de conflitos e determinados casos que poderão ser submetidos ao aparato estatal. Luiz Fernando Villares constata que o reconhecimento dos sistemas jurídicos indigenistas e suas autoridades não é uma concessão do direito estatal, mas “trata-se do reconhecimento pelo Estado de que o desenvolvimento da sociedade inclui os povos indígenas, respeitadas as suas peculiaridades. O Estado é construído em bases mais sólidas se todas as culturas que o compõe se desenvolvem igualmente” (2009, p. 23). É preciso considerar que muitas condutas reprovadas pela sociedade nacional dominante, por exemplo, determinadas ações ou omissões previstas no Código Penal como crimes podem ser condutas totalmente aceitas dentro de uma tribo indígena e ainda, as sanções previstas nas diferentes ordenações tribais também variam significativamente, podendo ir de uma simples reprovação moral ao banimento comunitário.

As normas reunidas ou sistematizadas das mais diversas comunidades etnias indígenas são sistemas jurídicos, o que não os rebaixa, pois na maioria das vezes são mais legítimos (pela coesão da coletividade que os utiliza), abrangentes, eficazes e efetivos. As normas são aplicadas pelos próprios membros da comunidade, sem a especialização do direito, sem os tribunais, sem o aparato estatal [...] (VILLARES, 2009, p. 23).

Márcio Andrade Torres verifica a necessidade do reconhecimento indígena dentro de um país democrático, contemplando que “uma verdadeira política de reconhecimento impõe a aceitação da autonomia e validade a um direito penal indígena, apto a resolver as lides penais que envolvam os membros da comunidade indígena, de acordo com seus princípios e procedimentos” (2015, p. 103). O direito brasileiro confere legitimidade aos sistemas jurídicos indígenas, contudo, considera limitado seu alcance para a resolução de certos conflitos, respeitando dessa maneira a autodeterminação dos povos indígenas, suas peculiaridades e sua plena realização cultural, direitos esses assegurados não apenas pelo Estatuto do Índio de 1973, mas também pela Constituição Federal. Como regra geral, os sistemas normativos indígenas devem ser aplicados nas relações entre índios e sua comunidade, devendo o direito comum ser acionado nas demais relações para com a sociedade brasileira. Um grande desafio ao direito brasileiro é saber em quais casos o direito estatal deve ser aplicado, e de que maneira, às tribos indígenas.

Cabe salientar a competência da Justiça Federal, art. 109, XI da Constituição Federal, para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, ou seja, qualquer caso que englobar os direitos coletivos indígenas elencados no art. 231 da Constituição, será de alçada da Justiça Federal. Tal competência não abrange delitos isolados praticados sem nenhum envolvimento da comunidade indígena, desse modo, cabe à Justiça Estadual processar e julgar os crimes comuns praticados por índios, mesmo aqueles consumados dentro da tribo, ou aqueles crimes onde o índio é vítima, pois, nesses casos, não estão envolvidos direitos coletivos indígenas, mas direitos individuais. Nesse sentido, firmando o entendimento, foi editada a súmula 140 do Superior Tribunal de Justiça, que certifica que cabe à Justiça Comum Estadual processar e julgar o crime de homicídio praticado contra índio por não índio, fora da reserva natural.

Outro problema é que os sistemas normativos indígenas não são conhecidos pelos cientistas, juízes e advogados, são um campo nebuloso para o ordenamento jurídico, o que gera muitas dúvidas no momento de sua observação pelo aparato estatal, motivo que pode produzir graves injustiças. Villares (2009) propõe a aplicação dos sistemas indígenas nas tribos através de um aparato institucional do Estado, no qual as decisões continuariam sendo tomadas por membros da comunidade e o Estado apenas seria um colaborador que visa a melhor resolução do embate. As ordenações normativas indígenas se diferem em alto grau do ordenamento jurídico

co comum. São regradas por um conjunto de valores, geralmente inspirados pelas crenças e tradições, nas quais algumas condutas são incentivadas e outras são reprovadas e proibidas. As sanções previstas pela prática de condutas inapropriadas ao contexto comunitário são firmadas pelos costumes e aplicadas de maneira quase que imediata, decididas por uma reunião da comunidade.

O livre exercício da cultura indígena é um direito, previsto não apenas na legislação nacional, como também em documentos internacionais. O art. 48 do Estatuto do Índio estende aos indígenas o sistema de educação vigente no país, mas assegura que a alfabetização dos índios se dará na língua do grupo a que pertençam e também em português, salvaguardando a língua originária. O artigo 50 do Estatuto é alvo de muitas críticas pois estabelece que a educação dos índios será orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional. O alcance do exercício do direito à cultura é amplo, devendo abranger, inclusive, o uso da língua tradicional no pleito de direitos perante o ordenamento jurídico nacional. Qualquer índio em juízo, seja para prestar depoimento quando comete um crime ou em defesa de algum direito, pode usar sua língua, sendo dever do Estado providenciar tradutores<sup>8</sup> para garantir o efetivo exercício dos direitos positivados. Sobre o tema, Villares observa que uma atenção especial foi direcionada aos índios na nova ordem constitucional, pois o

ordenamento passa, então a reconhecer os povos indígenas enquanto tais, dotados de culturas, organizações sociais, línguas, religiões, modos de vida, visões de mundo peculiares a cada grupo ou povo. Abandona-se definitivamente o conceito, inclusive jurídico, de que índios são seres humanos com uma cultura inferior primitiva, de que a aproximação com a sociedade ocidental brasileira condena-os à civilização ocidental e à consequente perda de sua identidade indígena (2009, p. 20).

O respeito à diversidade é uma das bases de um Estado Democrático, como bem observa Bernardo Gonçalves Fernandes (2013), a democracia atual não se confirma apenas pela possibilidade de escolha dos representantes políticos, mas precisa incluir uma ordenação que seja capaz de sustentar a superioridade e a supremacia constitucional, a existência de direitos fundamentais e um sistema de garantias jurídicas e processuais. A regra absoluta

---

<sup>8</sup> Na maioria dos casos os tradutores convocados pelo Estado são índios que falam a língua portuguesa.

da maioria dentro das democracias substanciais passa por uma releitura, já que a vontade de uma maioria não pode justificar a privação aos direitos dos grupos minoritários, sob esse aspecto, a verdadeira decisão democrática precisa ouvir, respeitar e articular as reclamações de todos os grupos do social, considerando as diferenças identitárias, bem como todas as peculiaridades das diversas culturas, etnias e classes existentes no território.

#### **4 REDE INTERNACIONAL E REGIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS**

Os direitos humanos consagram e protegem direitos e liberdades básicas a todos os seres humanos, sem distinções raciais, econômicas, sociais ou culturais, são inerentes ao homem pelo fato de sua humanidade. Os direitos humanos são uma conquista histórica e, apenas a partir da Revolução Francesa é que o homem passa a ser considerado como um sujeito de direitos e não mais apenas de deveres para com sua comunidade. José Afonso da Silva cogita que “o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos” (2005, p. 149).

Apesar de alguns autores considerarem como sinônimos, é necessário reparar a diferença entre os termos ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’. Os direitos humanos são uma categoria jusnaturalista-universalista, ou seja, são de cunho universal, e encontram-se positivados em declarações, tratados e convenções internacionais ou regionais. Em contrapartida, os direitos fundamentais estão localizados em uma dimensão constitucional, são assegurados no âmbito constitucional de cada país, são internalizados nos ordenamentos jurídicos nacionais, logo passam por um processo de constitucionalização. Somente após o término da Segunda Guerra Mundial é que os direitos humanos passam a ser garantidos de uma maneira contundente na esfera internacional. O documento de maior expressão até os dias atuais é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a dignidade inerente a todo ser humano, certificando, já em seu primeiro artigo, que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. A Carta veda qualquer

forma de discriminação, assegurando que todos os seres humanos podem conjurar os direitos e liberdades positivados na declaração sem que sejam marginalizados. Essa importante declaração abriu precedente para outras diversas cartas de proteção aos direitos humanos, seja no âmbito internacional ou regional, seja de forma genérica ou de forma específica. O pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que foi aderido no Brasil apenas em 1992, é um documento genérico que dá autonomia para que todos os povos desenvolvam de forma adequada sua cultura. O pacto viabiliza a todos os povos o direito à autodeterminação, no qual cada povo pode livremente determinar seu estatuto político, econômico, social e cultural, podendo livremente dispor de suas riquezas e recursos naturais para o alcance de seus objetivos.

O art. 27 do Pacto dos Direitos Civis é de relevante importância para os povos indígenas, pois prescreve que todos os Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas integrantes dessas minorias não podem ser privadas do direito de ter sua vida cultural, de professar e praticar sua religião e de falar suas línguas. Contudo, é com a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho de 1957, que os índios foram relacionados pela primeira vez, de forma expressa, ao sistema especial de proteção internacional, devido a investigações de submissão dos povos nativos a trabalhos forçados. Tal convenção, que visa proteger indígenas e populações tribais, é um dos principais documentos internacionais voltado para a proteção dos índios. Ela tratou também da questão da responsabilidade penal do índio, levando em conta seu conhecimento e desenvolvimento cultural, além de tentar erradicar qualquer forma de discriminação contra as populações tribais. Conquanto, essa convenção foi muito criticada por ter uma visão extremamente integracionista e paternalista no tratamento indígena. Enio Cordeiro contempla que “a questão indígena, enquanto expressão do reconhecimento de direitos coletivos de populações culturalmente diferenciadas, ‘ressurge’ no plano internacional poucas décadas atrás, pela via da elaboração normativa em torno da temática dos direitos humanos” (1999, p. 109).

A Convenção 169 de 1989, também da Organização Internacional do trabalho, foi ratificada pelo Brasil em 2004, é uma revisão à Convenção 107 da OIT, que igualmente trata dos povos indígenas e tribais. A convenção confere aos Estados a responsabilidade de desenvolver, conjuntamente com os povos interessados, ações coordenadas e sistemáticas para proteger os direitos dos indígenas e tribais, bem como para respeitar sua integridade. O

documento preconiza que todos esses povos desfrutarão plenamente dos direitos humanos e das liberdades fundamentais sem que sofram com impedimentos e discriminações, além de salvaguardar o reconhecimento dos valores das práticas sociais, culturais e religiosas de tais grupos. A convenção confirma o direito à diferença, pois o artigo 8º assegura que na aplicação da legislação nacional aos povos indígenas e tribais devem ser consideradas, além de suas leis consuetudinárias, todas as práticas que não contrariem os direitos humanos. Ademais, na imposição de sanções penais previstas na legislação geral aos integrantes desses povos deverá ser dada prioridade a outros métodos de punição que não o encarceramento.

Os povos indígenas são parte importante da multiplicidade cultural e comportamental que forma o Brasil, ainda assim, sua cultura, suas práticas e tradições sofrem com fortes intimidações e coibições oriundas da cultura nacional dominante. Como alternativa de resguardo dos direitos e também da cultura indígena, importantes diplomas específicos internacionais e nacionais foram criados para que os índios possam interagir com toda sociedade, sem que renunciem a sua cultura. Doglas Cesar Lucas destaca que “numa sociedade multicultural, permeada por diferentes identidades, os direitos humanos devem ser o referencial comum para um diálogo intercultural, capaz de aproximar as diferenças e reconhecê-las em sua perspectiva histórica” (2010, p. 244).

Apenas em 2007, a ONU aprova a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, documento de substancial relevância ao contexto mundial. O conteúdo do diploma é bastante próspero e habilitado para atender as principais demandas indígenas atuais. São 46 artigos que reconhecem o direito à diferença indígena, que levam em consideração as injustiças sofridas historicamente por esses povos e visam erradicar com qualquer tipo de doutrina que pregue a superioridade entre culturas, povos, etnias ou nacionalidades. A declaração reafirma o direito à autodeterminação e ao autogoverno dos povos indígenas, assegura a liberdade para conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, bem como os direitos básicos, como à vida, à integridade física e mental, à paz e à segurança.

O art. 8º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas merece destaque, pois confere aos índios o direito de não sofrer nenhum tipo de assimilação forçada ou de destruição de sua cultura. O art. 10 ampara o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, vedando traslados sem consentimento e sem acordo pré-

vio de uma indenização equitativa. O documento também ratifica o direito de que a dignidade e a diversidade de suas culturas, tradições, histórias e aspirações sejam refletidas na educação e nos meios de informação públicos. É assegurado aos índios o direito de participar de escolhas e decisões que os afetem, seja de forma direta ou indireta, por meio de representantes eleitos de acordo com seus procedimentos tribais. O diploma ressalva uma particular atenção que deve ser dedicada aos idosos, mulheres, jovens, crianças e portadores de necessidades especiais indígenas, para que esses desfrutem de maneira plena, sem sofrer com nenhum tipo de violência e discriminação, os direitos e liberdades consagradas na declaração.

Esse entrelaçado de proteção aos direitos humanos indígenas é imprescindível, tendo em vista que os índios foram historicamente excluídos do contrato social e, dessa forma, perderam em certa medida a legitimidade para pleitear a proteção de seus direitos. Todas essas normas protetoras visam consolidar a identidade indígena e proteger a cultura desses povos, para que todos possam participar, de forma paritária, das deliberações e dos debates públicos, sem que sejam excluídos ou discriminados. Ensina Luiz Fernando Villares que, “os direitos humanos traduzem as necessidades vitais elementares dos homens e as estruturas de uma sociedade, um mínimo sem o qual a convivência seria insustentável” (2009, p. 41).

## **5 (IN)IMPUTABILIDADE PENAL INDÍGENA?**

Para a investigação da situação jurídico-penal do indígena no Brasil, é preciso esgotar todos os conceitos e pré-conceitos edificados historicamente por sistemas de dominação patriarcais e excludentes. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consolidou o Estado Democrático de Direito, é uma carta que certifica a multiculturalidade da sociedade brasileira. Além de assegurar a preservação e a afirmação das múltiplas culturas existentes dentro de seu território, a Magna Carta brasileira assegura o direito à diferença, destinando-se a erradicar com todas as formas de discriminação para assim consolidar uma república solidária e inclusiva. Um dos temas mais controversos e, paradoxalmente, pouco discutido dentro do ordenamento jurídico brasileiro é a situação penal do índio. São várias as correntes doutrinárias que tratam do assunto, porém, de forma bastante superficial e com poucos pontos de convergência. Faz-se necessário, para tal análise, tracejar alguns conceitos básicos do direito penal com a finalidade de situar o índio dentro do ordenamento jurídico pátrio.

O crime pode ser conceituado, no sentido material, como uma ação ou omissão lesiva ou potencialmente perigosa, a um bem penalmente protegido, é a violação de um interesse jurídico protegido pelo direito penal. Em seu conceito formal, segundo Damásio Evangelista de Jesus (2011), seguindo a teoria finalista, o crime é um fato típico e antijurídico. É típico porque se encaixa em um tipo penal previsto na legislação e é antijurídico porque, além de ser um ato ilícito, é contrário ao ordenamento jurídico como um todo. Dessa forma, quando alguma ação ou omissão se enquadrar em um tipo penal e for contrária ao ordenamento jurídico, será reputada como crime, em sentido amplo. A partir do momento em que um crime é consumado, surge o dever/poder de o Estado punir a conduta que transgrediu a ordenação jurídica. Contudo, para que a pena seja aplicada, é necessário que sejam avaliados outros dois requisitos que não integram o conceito de crime: a culpabilidade e a punibilidade, ou seja, é preciso examinar se a conduta criminosa praticada, com todas suas peculiaridades, é culpável e punível.

A culpabilidade é a condição para se aplicar a pena, é a possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade por algum fato, isto é, toda pena pressupõe de culpabilidade, todavia, é preciso observar que a culpabilidade, de acordo com a teoria prevalecente, não é elemento do crime. Cezar Roberto Bitencourt (2014) afirma que a culpabilidade se apresenta como fundamento e limite para a imposição de uma pena justa. A culpabilidade é formada por três elementos: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa. Se algum desses três pressupostos fazer-se ausente, não é possível aplicar qualquer sanção penal. No parecer de Fernando Capez (2011), a culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal e, por isso, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito.

Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido. Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – a capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade –

como elemento da determinação ou mediação da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros fatores, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – vista como conceito contrário à responsabilidade objetiva, ou seja, com identificador e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva (BITENCOURT, 2014, p. 437).

O primeiro pressuposto da culpabilidade é a imputabilidade. Para Jesus imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa, logo, para o autor, a imputabilidade penal “é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível” (2011, p. 513). O Código Penal brasileiro não conceitua a imputabilidade, mas é possível defini-la, a contrario sensu do art. 26 do diploma. O aludido artigo define que são inimputáveis aqueles indivíduos portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Dessa forma, com base no raciocínio de Jesus (2011), é inimputável aquele que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não possui, no momento da prática do fato, capacidade de entender o caráter ilícito da conduta ou de se determinar conforme esse entendimento.

Através de uma interpretação inversa do artigo, constata-se que todo o indivíduo com saúde mental completa e desenvolvida, apto para entender a ilicitude do fato e capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento é imputável. Leciona Jesus (2011), em consonância com a teoria da imputabilidade moral, que o homem é um ser inteligente e livre, e, por esse motivo, responsável pelos atos praticados. Desse modo, aqueles que não têm esses atributos são inimputáveis. Agora, se o indivíduo é livre, ou seja, tem plenas condições de escolher entre o bem e o mal, e mesmo assim pratica uma conduta que lesa interesses jurídicos alheios, deve sofrer as consequências pelo seu comportamento.

A partir dessa apreensão, a imputabilidade é entendida como a capacidade de entender e querer, devendo essa se fazer presente no momento da prática da infração, isto é, para que o ato praticado seja culpável o agente deve ser imputável, já que a inimputabilidade é umas das causas de exclusão de culpabilidade. Bitencourt concebe a imputabilidade como a

capacidade ou aptidão para ser culpável, e segue esclarecendo que “estará presente a imputabilidade toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquicas mínimas para que possa ser considerado como um sujeito capaz de ser motivado pelos mandados e proibições normativos (2014, p. 474). Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli ponderam que a imputabilidade possui dois níveis, “um que deve ser considerado como a capacidade de entender a ilicitude, e outro que consiste na capacidade para adequar a conduta a esta compreensão” (2011, p. 540). Nessa perspectiva, Fernando Capez define a imputabilidade como

[...] a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento (2011, p. 331-332).

As causas que excluem a imputabilidade são: a) doença mental; b) desenvolvimento mental incompleto; c) desenvolvimento mental retardado; d) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. Logicamente que as causas que excluem a imputabilidade tornam o sujeito inimputável. A doença mental pode ser compreendida, de acordo com Capez (2011), como qualquer perturbação mental ou psíquica que seja capaz de eliminar ou afetar a capacidade de compreender a ilicitude do ato, ou que impeça o indivíduo de se portar de acordo com esse entendimento, abrangendo psicoses, neuroses, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias, bem como a dependência patológica de substâncias psicotrópicas. O desenvolvimento mental incompleto pode ser entendido como aquele que ainda não se conclui, e o desenvolvimento mental retardado é aquele incompatível com o estágio de vida da pessoa, um desenvolvimento mental abaixo do normal para determinada idade cronológica. A embriaguez acidental também pode excluir a imputabilidade do agente quando decorrer de caso fortuito, ou seja, um episódio ocasional ou raro, ou por força maior, que deriva de uma força externa do agente. Logo, todo aquele inimputável por algumas das razões citadas acima, não poderá sofrer sanção penal, uma vez que se faz ausente um dos pressupostos da culpabilidade, que é a imputabilidade.

O segundo elemento da culpabilidade é a potencial consciência da ilicitude que nada mais é do que a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato. Em conformidade com Capez (2011), o que interessa é investigar se o indivíduo, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social a qual pertence, com seus costumes e tradições, com sua formação cultural e inúmeros outros fatores. A potencial consciência da ilicitude só poderá ser afastada quando, além de não conhecer o caráter ilícito do ato, o sujeito não tiver nenhuma possibilidade de conhecê-lo.

“Para que uma ação contrária ao Direito possa ser reprovada ao autor, será necessário que conheça ou possa conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude” (BITENCOURT, 2014, p. 457). A possibilidade do conhecimento do injusto, não afasta o dolo da conduta, apenas afasta a culpabilidade no caso de erro de proibição invencível, ou diminui a culpabilidade quando o erro de proibição for superável. Averiguar a potencial consciência da ilicitude consiste em examinar se, com o somatório de informações adquiridas pelo agente ao longo da vida, havia a real possibilidade de compreender a reprovabilidade e a ilicitude do ato praticado. Tal averiguação sempre leva em consideração a cultura, os costumes e os hábitos do meio social em que o indivíduo vive.

O terceiro e último requisito da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, isto é, somente haverá culpabilidade quando o sujeito, podendo e devendo agir em conformidade com o ordenamento jurídico, comporta-se de maneira contrária, concretizando um crime. André Estafem assevera que “se, por outro lado, verificar-se que as condições exteriores não lhe davam outra saída senão agir daquela maneira, seu ato não poderá ser tido como censurável. A ausência da censurabilidade acarreta a falta de culpabilidade, e, desta forma, isenta-o de pena” (2012, p. 298). Destarte que, sempre que não era exigível comportamento diverso, será excluída a culpabilidade.

Não é suficiente que o sujeito seja imputável e tenha cometido o fato com possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito para que surja a reprovação social (culpabilidade). Além dos dois primeiros elementos, exige-se que nas circunstâncias do fato tivesse possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A conduta só é reprovável quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido (JESUS, 2011, p. 523).

Cada um dos elementos da culpabilidade analisa um aspecto particular do sujeito e/ou da conduta do sujeito. A imputabilidade analisa a saúde da mente do agente, bem como o seu desenvolvimento mental e sua capacidade de se portar de acordo com esse entendimento. Já, a potencial consciência da ilicitude analisa a possibilidade de o agente entender o caráter ilícito e injusto do ato que praticou. O último pressuposto da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa, no qual o sujeito somente será culpável se agir de maneira diferente, quando podia e deveria ter agido de acordo com o ordenamento jurídico. Se alguns dos três requisitos se fizerem ausente, extingue-se a culpabilidade.

Por conseguinte, as causas que excluem a culpabilidade são: a) inimputabilidade – seja por menoridade (artigo 27 C.P.), por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput* C.P.) ou por embriaguez completa acidental (art. 28, § 1º C.P.); b) erro de proibição (art. 21, *caput* C.P.); c) coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte); d) obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte). A doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade e a embriaguez fortuita excluem a imputabilidade. O erro de proibição exclui a potencial consciência da anti-juridicidade, da ilicitude. A coação moral irresistível e a obediência hierárquica e outras causas supraleais podem excluir a exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade não se confunde com a punibilidade, tendo em vista que essa última se refere a uma consequência jurídica. A punibilidade, conforme Capez (2011, p. 198), nada mais é do que a aplicação da sanção, ou melhor, a possibilidade jurídica de ser imposta uma sanção penal.

Cumprido destacar que nossa legislação pátria, em momento algum, menciona de forma expressa o índio como inimputável, pelo contrário, a lei 6.001/1973, o Estatuto de Índio, prevê em seu art. 56 que no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deve ser atenuada e o juiz deve atentar para o grau de integração do indígena. O parágrafo único desse mesmo artigo ainda assegura que as penas de reclusão e detenção deverão, preferencialmente, ser cumpridas no regime de semiliberdade, no órgão de proteção indígena mais próximo da habitação do condenado. Logo, diante da análise dos dispositivos legais, demonstra-se equivocada afirmar que o índio é inimputável. Entretanto, muitos penalistas renomados defendem o argumento de que os índios podem ser considerados inimputáveis por terem o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, se consubstanciando no art. 26 do Código Penal.

A situação penal do índio pode ser avaliada a partir de dois paradigmas distintos. O primeiro caso remete-se às organizações normativas indi-

genistas, regulamentos essencialmente consuetudinários que estabelecem normas e sanções que vinculam a todos integrantes da tribo. Tais ordenações tribais estão limitadas a impor sanções que não sejam contrárias aos direitos humanos, sendo expressamente vedada a pena de morte. À vista disso, todas as controvérsias que envolvam apenas os habitantes da tribo serão resolvidas pelo próprio direito consuetudinário silvícola, devendo, nesses casos, ser afastado o direito estatal. No entanto, as normas vigentes na tribo podem expressamente declarar os casos em que a jurisdição estatal poderá ser invocada.

Os arranjos indigenistas são aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que os tribunais pátrios sustentam o entendimento de que se um indígena for punido por sua tribo, ele não pode mais ser punido pelo direito estatal em virtude do mesmo fato, uma vez que o princípio do non bis in idem veda a dupla punição, firmando-se assim outra circunstância em que o direito consuetudinário indígena triunfa sobre o direito estatal. Nesse sentido, uma decisão que ficou conhecida em todo Brasil foi a do caso Basílio, a Ação Penal nº 92.0001334-1, que tramitou na Justiça Federal de Roraima. Em 1986 o indígena Basílio Alves Salomão foi julgado pelo homicídio de outro indígena. A sessão do Júri Federal ocorreu no ano de 2000, quase quatorze anos após o cometimento do crime. O acusado declarou que já tinha sido punido por sua tribo e que as penas impostas foram cavar a cova e enterrar a vítima, além do afastamento por tempo indeterminado da comunidade.

Em plenário houve a oitava de uma antropóloga, a qual assegurou que na tradição Macuxi, o índio que comete um crime é submetido a um conselho que analisa a gravidade do caso e aplica a pena que entender adequada de acordo com a conduta. A maior pena para um índio dessa comunidade é ser banido da tribo, pois no entendimento do conselho a aplicação dessa pena implica na perda da convivência tribal. O membro do Ministério Público Federal requereu que o réu fosse absolvido, com a justificativa de que o acusado já havia sido punido com a pena máxima, aplicada por sua comunidade. Os sete jurados do Tribunal do Júri, foram questionados se as sanções tribais aplicadas eram suficientes para isentar o índio do julgamento perante o Estado. O réu indígena foi absolvido por unanimidade pelo júri que acolheu uma causa suprallegal de exclusão de culpabilidade.

O segundo paradigma vincula os indígenas ao direito estatal, tendo em vista que os índios são atingidos pelo direito penal por vias transversas, ou seja, somente serão submetidos à legislação penal quando suas condutas afrontarem outras comunidades indígenas ou quando lesarem membros

da sociedade não índia. Basicamente, pode-se encontrar na doutrina brasileira duas principais correntes que avaliam a situação jurídico-penal do índio de forma diversa. A primeira corrente doutrinária apoia a eventual exclusão da culpabilidade do índio pela inimputabilidade por motivo de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. O penalista Capez (2011) insere os indígenas no rol dos indivíduos com o desenvolvimento mental incompleto, afirmando que a falta de convivência com a sociedade ocasiona a imaturidade mental e emocional, mas com o incremento das relações sociais, com a integração dos índios à cultura dominante, o pleno desenvolvimento mental pode ser alcançado. No mesmo sentido, Damásio de Jesus (2011) atribui a condição de inimputável aos índios com a polêmica afirmação de que o desenvolvimento mental desses povos é incompleto, indicando os que os indígenas ainda não concluíram o processo de desenvolvimento mental, no entanto, Jesus admite que essa questão é controversa. Cezar Bitencourt (2014) defende tese semelhante, afirmando que o art. 26 do Código Penal pode abarcar os silvícolas inadaptados, que por motivo de sua situação peculiar, podem sofrer os mesmos efeitos psicológicos que são produzidos pelo desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Bitencourt (2014) segue defendendo que é preciso averiguar se os índios passaram pelo processo de aculturação, destacando que a situação dos indígenas não tem natureza patológica, mas decorre da ausência de adaptação à vida social. Logo, em conformidade com esse raciocínio, se o indígena não passou por esse suposto processo de ‘aculturação’ ele poderá ter a culpabilidade excluída em razão do estado de seu desenvolvimento cognitivo. Todos os autores partidários a essa divisão doutrinária excluem a culpabilidade do indígena pela inimputabilidade, ou seja, sob a alegação de um suposto desenvolvimento mental incompleto ou retardado, derivado da falta de integração com a cultura nacional dominante, e, por essa razão não são capazes de portar-se como um não índio. Guilherme Madi Rezende manifesta que “há autores estrangeiros, no entanto, que sustentam a inimputabilidade do índio não em razão de seu desenvolvimento mental incompleto, mas sim, em razão de uma suposta inferioridade social, econômica e educacional que, em regra, o atinge” (2009, p. 51).

A segunda corrente doutrinária reprovava a tese da inimputabilidade indígena, pois considera o índio desenvolvimento mentalmente de maneira completa, e sustenta a tese da eventual exclusão da culpabilidade, seja pela falta da potencial consciência da ilicitude, seja pela inexigibilidade de conduta diversa, como adequada ao tratamento jurídico-penal dos índios. Indubitavelmente que os índios necessitam de um tratamento penal especial que

seja capaz de conservar os traços de seu povo, posto que toda manifestação cultural deve ser preservada e não exterminada. Entretanto, na visão dos autores, essa diferença cultural não se aproxima, de modo nenhum, a uma patologia e nem a um problema de desenvolvimento mental, muito pelo contrário, faz parte da diversidade que compõe nosso país. De acordo com a segunda corrente doutrinária, se manifesta mais congruente, ao contrário de excluir a culpabilidade do indígena ao abrigo do argumento da inimputabilidade por seu estado mental, optar pela excludente da potencial consciência da ilicitude, dado que em razão de sua cultura, suas tradições e suas práticas, o indígena pode não conseguir compreender o caráter ilícito do ato que praticou ou pode não ser capaz de portar-se de acordo com tal entendimento, e não por ter o desenvolvimento mental retardado ou inconcluso.

As ações praticadas por indígenas devem ser questionadas frente ao condicionamento cultural que o impossibilita de compreender a norma penal e seu alcance. Ou seja, uma conduta que é penalmente reprovada, através da figura do crime e de sua punição, pode ser interiorizada na cultura indígena como ato obrigatório ou mesmos um ato lícito, que reside na esfera da liberdade individual, ou mesmo um ato moralmente tolerado. O Brasil é um país riquíssimo de exemplos de costumes indígenas que são, numa análise rasa, repudiados pelo Direito Penal, mas protegidos pela Constituição, logo, devem ser internalizados em todos os ramos do direito (VILLARES, 2009, p. 300).

Faz-se necessário contemplar que “o indivíduo que tenha sido educado numa cultura diferente e tenha internalizado as regras de conduta desta cultura diferente tem dificuldade de internalizar a regra de conduta dada pela norma. Assim, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, o indivíduo tem dificuldades de se portar de acordo com a norma” (REZENDE, 2009, p. 53). A doutrina faz referência ao erro de proibição, que exclui a potencial consciência da ilicitude, o que não se confunde com o desconhecimento da lei, já que o artigo 21, parágrafo único do Código Penal expressa que o desconhecimento da lei é inescusável, ou seja, ninguém pode alegar que desconhece a lei. “O erro de proibição de modo algum pertence à tipicidade, e nem com ela se vincula, sendo um puro problema de culpabilidade. Chama-se erro de proibição àquele que recai sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta” (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2011, p. 551).

Vimos que a potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade. Além de o sujeito ser imputável, é preciso que no momento da prática do fato tenha possibi-

lidade de verificação de que o comportamento contraria o ordenamento jurídico (art. 21, parágrafo único). Se o sujeito não tem possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade fica afastada. Surge o erro de proibição: erro que incide sobre a ilicitude do fato (JESUS, 2011, p. 532).

O erro de proibição pode ser escusável ou inescusável. Será escusável, ou seja, inevitável, aquele erro que qualquer pessoa prudente e com discernimento poderia cometer. Sobre a questão Jesus destaca que o erro será inevitável quando o “[...] sujeito atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando não lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse conhecimento” (2011, p. 533). Em contrapartida, haverá erro de proibição inescusável, ou melhor, evitável, quando o sujeito incidir no erro por leviandade, por imprudência, desatenção etc. De acordo com o artigo 21 do Código Penal, “[...] considera-se evitável o erro se o sujeito atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse conhecimento” (JESUS, 2011, p. 533). No caso de erro de proibição escusável a culpabilidade é excluída e, consequentemente, o indivíduo será absolvido. Se o erro for inescusável a culpabilidade poderá ser atenuada e a pena diminuída de 1/3 a 1/6.

Assim, para que haja culpabilidade é imprescindível que haja potencial consciência da ilicitude, já que esta é elemento daquela. O erro de proibição atua sobre a culpabilidade, incidindo exatamente nesse seu elemento: potencial consciência da ilicitude, podendo, ao afastá-la, isentar de pena, por ausente a culpabilidade, o agente que pratica um fato típico e antijurídico. O erro de proibição pode ser direto ou indireto. Será direto, quando o erro recair sobre o conhecimento da norma proibitiva; e indireto, quando recair sobre a permissão da conduta (REZENDE, 2009, p. 81).

O Estatuto do Índio, em seu art. 4º, faz uma separação entre os índios isolados, em vias de integração e integrados. Embasados no artigo citado, muitos autores e tribunais adotam o entendimento da primeira corrente doutrinária, patrocinando que os índios isolados são inimputáveis, aqueles em via de integração são semi-imputáveis (podem ter a culpabilidade atenuada), e os integrados são imputáveis. Discute-se muito se tal dispositivo foi ou não recepcionado pela Constituição de 1988, já que em momento algum a Constituição classifica os indígenas sob esse viés. Nada obstante, essa classificação não pode, em momento algum, substituir o exame antropológico para a condenação do indígena.

Qualquer índio que infringir uma norma penal estatal fora de sua comunidade ou que atinja alguém não pertencente a sua comunidade, precisa, necessariamente, passar por um exame antropológico para averiguar se a conduta que praticou era condizente com seus traços culturais internalizados e não para averiguar sua condição psicológica ou mental. No entendimento de Bruno Cezar Luz Pontes “o que interessa é seu padrão cultural, seu nível de adequação à nossa cultura e a sua aceitação e compreensão interna dos nossos padrões éticos materiais e de proporcionalidade das penas” (2010, p. 190). Contudo, através de pesquisas jurisprudenciais é possível verificar que o exame antropológico é frequentemente dispensado pelos magistrados, sob o argumento de que o índio acusado é completamente integrado. “O julgador não pode, por mais que desconheça a índole constitucional, aplicar a lei ao acusado com traços étnicos indígenas como aplicaria a outra pessoa, se realmente existem aqueles traços étnicos” (PONTES, 2010, p. 171).

Todavia, atualmente evidencia-se uma mudança de posição, ainda muito tímida, nos tribunais brasileiros. A título exemplar, é relevante citar uma decisão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, em resposta à apelação criminal nº 135015/2013, na qual a jurisdição de primeiro grau tinha dispensado o exame antropológico, alegando que haviam provas suficientes da integração do indígena, condenando o réu a 12 anos de reclusão pela prática de homicídio qualificado. No acordão os magistrados destacam a importância do exame antropológico para que o juiz possa decidir com segurança. A decisão do Tribunal do Estado do Mato Grosso anulou o processo em que o índio foi submetido em primeira instância, determinado ainda que a perícia antropológica deve ser realizada.

Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução que não a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade de nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias. As disposições da Lei 6.001, de 19.12.1973 (Estatuto do Índio), que mostra uma aparente atitude de benevolência para com o indígena, fazem uma constante referência a sua "integração", esquecendo-se que o silvícola está integrado, só que está integrado na sua cultura, acerca da qual nós estamos tão desintegrados como ele da nossa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 559).

Os doutrinadores adeptos à tese da exclusão da culpabilidade por falta da potencial consciência da ilicitude ou por inexistência de conduta diversa advertem que, de modo nenhum, principalmente em um Estado Democrático, pode-se amparar a temática de que o índio seja inimputável pelo simples fato de ser integrante de uma cultura diferente. Os indígenas podem ou não ser inimputáveis, mas pelas mesmas razões de qualquer outra pessoa não índia. Sobre esse tema, Janaína Conceição Paschoal explica que “ter costumes, crenças, hábitos próprios não implica desenvolvimento mental incompleto, ou retardado. O desenvolvimento mental do índio, independentemente de seu estágio de integração à sociedade ‘branca’, é completo” (2010, p. 84). A eventual inculpabilidade do índio deve consistir na investigação da internalização dos valores protegidos pela norma penal violada, bem como a intenção de ferir a ordenação jurídica e o entendimento da ilicitude. Para isso, de acordo com Paschoal (2010), o laudo antropológico precisa avaliar as diferenças culturais e os valores cultivados por determinados povos indígenas e sua equivalência com os valores tutelados pela sociedade dominante.

Outro problema que se coloca perante a classificação do artigo 4º do Estatuto do Índio é se aqueles índios presumidamente integrados à sociedade dominante podem internalizar completamente os preceitos e os paradigmas da cultura não índia, sem que sua cultura primária tenha influência em seus atos e escolhas. É possível encontrar índios totalmente inteirados à sociedade, mas que, mesmo assim, mantêm fortes laços espirituais com sua comunidade originária. Pontes (2010) observa que é muito difícil que um índio esteja completamente integrado ao plano social dominante, e adverte que é preciso ter cuidado para que, diante de uma aparente ‘completa’ integração, o juiz acabe por levar em consideração, para a classificação do índio, somente os dados externos, como a existência de um título eleitoral, desprezando totalmente os dados internos, que é a consciência do índio perante a comunidade branca e ao ilícito praticado.

Os autores que criticam o critério da inimputabilidade para o tratamento jurídico penal do índio, apontam como solução viável o critério do erro, em especial, do erro de proibição. O erro de proibição, assim como a inimputabilidade, atua sobre a culpabilidade, já que tanto a imputabilidade como a potencial consciência da ilicitude são elementos da culpabilidade. Posto que são seus elementos, são diferentes entre si, tanto na essência, quanto nas consequências (REZENDE, 2009, p. 79).

A substancial diferença entre a inimputabilidade e as demais causas de exclusão da culpabilidade, consoante com Rezende (2009), reside em que o inimputável é psicologicamente incapaz, seja por alguma doença mental ou pelo desenvolvimento incompleto ou retardado da mente, enquanto que o inculpável é completamente capaz, porém, determinada conduta praticada não pode ser reprovada e, conseqüentemente culpável, por motivo de erro ou por não ser exigida outra atitude em dada circunstância. Além disso, a consequência das exculpantes aceitas no ordenamento jurídico brasileiro também são completamente distintas, uma vez que o efeito da inimputabilidade é a absolvição conjuntamente com a aplicação de uma medida de segurança, e a consequência da inculpabilidade pelo erro de proibição é apenas a absolvição do agente, se for escusável, e atenuação da culpabilidade, se for inescusável. Zaffaroni e Pierangeli (2011) inovam com o instituto do erro culturalmente condicionado, analisando o erro sobre o conhecimento da ilicitude e o erro sobre a compreensão da ilicitude. Os autores afirmam que o conhecimento é mais abrangente que a compreensão, sendo o primeiro pressuposto do segundo.

No erro culturalmente condicionado o agente pode conhecer a norma, contudo, pode não compreendê-la. Se a não compreensão da antijuricidade ocorrer em razão de um condicionamento cultural, estamos diante de um erro culturalmente condicionado, pois é a cultura diversa do agente que impede a compreensão dos valores protegidos pela norma. Guilherme Madi Rezende salienta que o erro de compreensão culturalmente condicionado também pode apresentar-se na situação em que o agente, mesmo conhecendo a ilicitude do fato, não é capaz de compreendê-lo, “por não internalizar os valores contidos na norma que o rege. E, não internaliza estes valores porque desconhecidos ou incompatíveis com aqueles que pertencem à sua cultura” (2009, p. 84).

No entendimento de Santos Filho, “não importa se o índio mantém contato perene ou esporádico com membros da cultura preponderante, é necessário apenas aferir se o índio possuía ao tempo do fato, de acordo com a sua cultura e seus costumes, condições de entender o caráter ilícito previsto da lei posta pelos não-índios” (2006, s.p.). Nessa conjuntura, Márcio Andrade Torres (2015) se posiciona contrariamente à tese que sustenta a incapacidade ou a imaturidade indígena por distúrbios mentais. O que o índio tem é uma cultura diferenciada que abriga no seu ordenamento costumeiro regras de convivência sobre parentesco, trabalho, poder de decisão, representatividade. Esses povos são totalmente capazes de identificar

os conceitos do bem e do mal de acordo com a maneira de relacionar-se com a natureza e com seus semelhantes.

Rezende (2009) sustenta outra possível tese que poderia ser mais adequada do que o próprio erro de proibição para o caso dos indígenas. O autor parte da premissa de que se o erro é a falsa suposição de algo, não pode ser o erro de proibição a justificativa para a exclusão da culpabilidade dos povos indígenas, visto que não há nada de errado na conduta de um indivíduo que age de acordo com os valores internalizados por sua cultura, desde sua infância, e que são completamente aceitos dentro do meio social em que vive. Em conformidade com essa análise, o índio não atua por erro, mas atua segundo pressupostos e postulados de sua cultura, que acolhem diferentes padrões e valores, que não são formas errôneas de perceber o mundo, e sim o oposto, são uma maneira própria e totalmente válida. O teórico afirma que o erro de proibição, tanto quanto a inimputabilidade atribuída a esses povos, é uma forma etnocêntrica e discriminadora de ajustar os indígenas. Rezende propõe outra exculpante – supralegal – para os índios, a inexigibilidade de conduta diversa, que é verificada quando não pode ser exigida conduta diversa daquela que praticada pelo agente, em razão das circunstâncias do caso concreto e, por isso, não pode ser culpado pelo modo que se comportou. Raciocínio que se amoldaria perfeitamente ao caso dos índios, posto que, ao agir de acordo com seus valores e padrões culturais, não há como se exigir conduta diversa do agente.

Ao lado da consciência da ilicitude e da imputabilidade, como elemento da culpabilidade, está a exigibilidade da conduta conforme ao direito. Ou seja, para que se possa dizer da existência de culpabilidade é imprescindível que se possa exigir do agente, nas circunstâncias em que se dá a conduta, que ele se porte de acordo com a norma. Se, por alguma razão – inclusive o condicionamento cultural – não se puder exigir do agente que se comporte de acordo com a norma, não se poderá culpá-lo por não tê-lo feito, ou ainda, não se poderá culpá-lo pelo que fez em desacordo com a norma. Assim, se, por um lado, é elemento da culpabilidade a exigibilidade de conduta conforme ao direito, por outro, a inexigibilidade de conduta diversa (diversa da conduta típica e antijurídica adotada pelo agente) é causa excludente da culpabilidade (REZENDE, 2009, p. 94).

Dentro do contexto brasileiro, é preciso reconhecer as diferenças culturais existentes, respeitando a autonomia e o direito de autodeterminação

dos diversos povos e culturas para que todos tenham seus direitos humanos e fundamentais concretizados e não apenas formalizados. O direito penal não é a única forma de intervenção estatal, pelo contrário, é a ultima ratio, e a solução para esses problemas não se encontra na seara penal, em razão de ser um ramo repressor do direito, que não previne os fatos e nem trata as causas da violência, apenas trabalha com fatos consumados.

## 6 CONCLUSÃO

Diante da situação dos povos indígenas no Brasil entramos em um paradoxo entre a igualdade e a diferença que nos faz perceber que esses grupos necessitam de tratamento específico para que possam preservar sua cultura. As comunidades indígenas são regidas por normatividades próprias reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro e, pode-se claramente identificar duas ocorrências em que o direito consuetudinário prevalecerá sobre o direito estatal: em primeiro lugar, os conflitos que envolvam apenas integrantes e interesses da mesma tribo serão resolvidos, em regra, pelas próprias ordenações tribais; e, no segundo caso, quando um índio sofrer sanções de sua tribo, esse não poderá ser penalizado novamente pelo direito penal. Contudo, quando um indígena praticar uma conduta criminosa que alcance a sociedade não índia, esse será submetido à jurisdição estatal. Logo, afirmar que os índios são inimputáveis é errôneo, pois eles podem ser processados e julgados criminalmente.

Destarte que, quando algum índio for sujeitado ao aparato estatal deve ser realizado o exame antropológico que averiguará a consciência da ilicitude do ato praticado de acordo com as crenças e tradições culturais da comunidade ou da tribo. Como discutido no presente estudo, a primeira corrente doutrinária afirma que se o índio, especialmente o não integrado, não for capaz de internalizar a ilicitude do fato praticado, deve ser aplicado o instituto da inimputabilidade, dado que por não conviver com a sociedade dominante, o desenvolvimento mental do indígena pode ser incompleto ou retardado. Tal tese, defendida por grande parte da doutrina e também pela jurisprudência, revela-se bastante questionável, em virtude de acolher uma visão patológica e etnocentrista da condição indígena, demasiadamente discriminatória, já que posiciona a cultura não índia como superior e como um caminho que deve ser seguido pelos índios, manifestando a concepção de que os povos indígenas somente terão o desenvolvimento mental completo a partir do momento em que passarem por um suposto processo de “aculturação”.

Considerar os índios como portadores de um retardo intelectual em virtude da diferença cultural é uma proposição totalmente contrária aos princípios e postulados de um Estado Democrático e plural como o Brasil. Em regra, todos os indígenas são imputáveis – exceto aqueles que incidirem em uma das causas excludentes da imputabilidade – entretanto, a resposta final varia de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, pois o laudo antropológico, poderá afastar a culpabilidade do indígena – mas nunca a imputabilidade – tendo em vista que o exame mencionado não ajuza as condições mentais do indivíduo, mas sim, se os valores culturais que cercam-no eram capazes de oferecer o entendimento sobre a ilicitude do ato.

Por intermédio da pesquisa realizada, pode-se concluir que a eventual inculpabilidade ou atenuação da culpabilidade indígena deve residir no erro de proibição ou na inexigibilidade de conduta diversa. Quando um indígena praticar algum crime, será por regra imputável, todavia, tal ato precisa ser questionado frente ao seu condicionamento cultural que o (im) possibilita compreender a norma penal e seu alcance, pois o indígena pode não ser capaz de internalizar o valor protegido pela norma penal em razão de sua cultura, ou ainda, o fato definido como crime no ordenamento jurídico brasileiro pode não ser ilícito na ordenação tribal indígena, o que será averiguado pelo exame antropológico, instrumento hábil e indispensável para a verificação da culpabilidade indígena. O erro de proibição é sustentável para o caso dos indígenas, pois exclui a potencial consciência da ilicitude, dado que existem alguns delitos que os índios podem perfeitamente compreender, mas há outros em que seus padrões culturais podem não o deixar entender a ilicitude da conduta, o que pode acontecer não apenas com a cultura indígena, mas com qualquer outra. A inexigibilidade de conduta diversa é outra alternativa promissora colocada para a situação penal dos índios, pois segundo essa tese, o índio não age por erro, mas sim de acordo com sua cultura, vivenciada desde sua infância, e, dessa forma, não haveria possibilidade de exigir uma conduta diversa do agente.

O sistema penal brasileiro tem o dever de respeitar a livre determinação dos povos e às diferenças identitárias existentes no território nacional, premissas imprescindíveis na efetivação dos direitos humanos e fundamentais dos indígenas. É inadmissível obrigar os índios a internalizar valores estranhos a sua cultura, impondo-lhe padrões da sociedade dominante. Ademais, não é possível exigir que algum indivíduo siga valores culturais desconhecidos ou incompatíveis com os seus. Respeitar o direito à diferença é um dos pressupostos da democracia, aplicar o direito penal indiscrimi-

nadamente ou sem algum critério racional aos povos indígenas não se mostra uma solução adequada, nem tampouco justa. O Brasil tem o desafio de gerar uma política criminal que se afigure efetivamente multicultural que seja capaz não de apenas estabelecer uma relação de controle, mas também de respeitar as múltiplas diferenças culturais e comportamentais que compõem a sociedade.

## 7 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 08 de maio de 2016.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Estatuto do Índio**. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm)>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 140**. Terceira Seção, julgado em 18 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORDEIRO, Enio. **Política Indigenista Brasileira e Promoção Internacional dos Direitos das Populações Indígenas**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. Parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade**. Um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Apelação criminal nº 135015/2013**. Terceira Câmara Criminal, Campo Grande. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/jurisprudencia/home/RetornaDocumentoAcor dao?tipoProcesso=Acordao&id=280812&colegiado=Segunda>>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

OIT. **Convenção nº 107 sobre Povos Indígenas e Tribais de 1957**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/popula%C3%A7%C3%B5es-ind%C3%ADgenas-e-tribais>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

OIT. **Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/513>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas de 2007**. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 13 de maio de 2016.

ONU. **Declaração Uni versal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 13 de maio de 2016.

PASCHOAL, Janaína Conceição. O índio, a inimizabilidade e o preconceito. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

PONTES, Bruno César Luz. O índio e a justiça criminal brasileira. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

REZENDE, Guilherme Madi. **Índio – tratamento jurídico-penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e imputabilidade penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1171, set. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8924/indios-e-imputabilidade-penal>>. Acesso em: 09 de maio de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

TORRES, Márcio Andrade. O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 46, edição especial 2015. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/edicao/o-lugar-da-cultura-na-culpabilidade-dos-indios>>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VILLATES, Luiz Fernando. Direito penal na ordem jurídica pluriétnica. In: \_\_\_\_\_ (coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

# O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO E A REALIDADE DO EGRESSO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

**Lorena Silva Pereira<sup>1</sup>**

**RESUMO:** Elucidando-se de que modo o sistema carcerário recepciona o indivíduo que passa a integrá-lo, este trabalho se propõe a demonstrar a importância do apoio ao egresso e de que maneira tal suporte social contribui na transformação de vidas comprometidas e no auxílio legítimo da ressocialização. Demonstrar-se-á, no decorrer desta pesquisa, por quais motivos a pena privativa de liberdade pura e simples, não possui a função ressocializadora genuína. Abordar-se-á, sucintamente, por meio da perspectiva da Criminologia, de que forma a sociedade visualiza o indivíduo, para, então, adentrar-se ao objeto de estudo. Compreende-se que a ressocialização ocorre após a execução penal, e não durante a mesma. Observar-se-á, a partir disso, as reações negativas advindas da prisionização, as relações sociais rompidas e a importância da recuperação do indivíduo para o convívio social, por meio de iniciativas coletivas. Busca-se, desta feita, demonstrar, na prática, de que maneira são minimizados os problemas trazidos pelos modelos disciplinares de controle existentes no Direito Penal e analisar aspectos da ressocialização a partir do engajamento social.

**PALAVRAS-CHAVES:** Prisão. Criminologia. Egresso. Ressocialização. Sociedade.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Da pena restritiva de liberdade e sua relação com o sistema penitenciário. 2.1. Análise histórica do castigo e sua aplicação no direito penal moderno. 2.2. Estrutura dos presídios: hábitos, rotinas e o fenômeno da “prisonalização”. 2.3. Consequências oriundas do encarceramento e os motivos que remetem à prática recorrente de novos delitos. 3. Da Criminologia Social. 3.1 A teoria do *labelling approach* – etiqueta do crime. 4. Casos práticos: Penitenciárias Brasileiras. 5. Conclusão. 6. Referências.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Mato Grosso.

## 1 INTRODUÇÃO

A estruturação do sistema prisional aponta a drástica crise instalada pelo descaso e falha do Estado, e da sociedade, em relação aos apenados que ali se encontram. Com nitidez se vislumbra que o caráter educativo é escasso nas penitenciárias, cujas finalidades deveriam ser dotadas do indiscutível propósito de se criar outra estrutura cultural, apta a resgatar aquele que se desviou do bem.

A preocupação e o fiel cumprimento da dignidade humana deve se estender, de forma incisiva, ao sistema penitenciário, visando-lhe como elemento primordial na busca por uma sociedade mais justa e igualitária. Tal preocupação se justifica pelo fato de o condenado não desmerecer, com a pena, os direitos que lhe são garantidos constitucionalmente, tornando-se urgente tal providência, a fim de se desmontar a visão e a prática atuais – preconceituosas e segregacionistas.

Nota-se o caráter punitivo que as instituições prisionais adquiriram no decorrer do tempo. O abandono e a negligência por parte, não só dos governantes, mas da sociedade como um todo, são alarmantes e apontam para a necessidade de uma reflexão: Basta apenas retirar o infrator do meio social? Ou é preciso criar um modelo que se torne hábil para sua reabilitação, de modo que retorne ao convívio social recuperado dos vícios que o levaram a delinquir?

Nesta senda, tal reflexão está intimamente ligada ao modo como as políticas sociais atuam para reestruturar a vida de quem retorna à sociedade, em conjunto com a atuação de entidades sociais, que se destinam ao auxílio e inclusão do indivíduo.

Além dos supracitados, a reinserção social passa por diversos outros pilares, tais como: capacitação e qualificação dos servidores penitenciários, melhoria das instalações penais, transporte digno do recuperando, oferta de alimentação de qualidade, atendimento humanizado de saúde, entre outros. Medidas como essas são verdadeiros “pilares”, que contribuem para a transformação gradativa do antigo sistema carcerário, conclusivamente já defasado, para o atual sistema penitenciário. Ademais, é fundamental que, de fato, o egresso possa vislumbrar oportunidades de melhora de vida, almejando um emprego que possa garantir, a si e a seus familiares, condições básicas de vida, como moradia, saúde e alimentação.

Retratando brilhantemente o tema, observa-se o testemunho do Magistrado Sidinei Brzuska, em entrevista concedida ao site Consultor Jurídico em julho de 2011:

[...] A prisão não escapa da questão punitiva. No entanto, a pena não deveria se esgotar na punição, a fim de melhorar o preso. Como não chegamos até este patamar, não podemos falar em ressocialização ou profissionalização do preso. Quando acontece, é uma exceção. São iniciativas pontuais, individuais, de um diretor, de um juiz ou promotor, e não do Estado. Porque o Estado não tem uma política clara, objetiva, massiva, que beneficie milhares de presos. Simplesmente, esta política não existe. Existem exemplos de boas práticas, mas que não se transformaram em política pública, que atinja a todos. Na verdade, não temos nada. Nós vamos jogando as pessoas na prisão e pensando que estamos fazendo o bem. Simplesmente, jogamos estas pessoas na prisão, de forma que se virem lá dentro. O resultado disso é um desastre<sup>2</sup>.

A sociedade não pode se olvidar da situação carcerária existente, tampouco ignorar ou virar as costas ao egresso, que vive efetivamente as consequências de um sistema prisional arruinado, mas ainda vigente. O indivíduo que ali se encontra, em breve, retornará ao convívio social.

Por conseguinte, diante da ineficácia do Estado quanto à temática, torna-se essencial questionar a relação existente entre as consequências do procedimento do sistema penal sobre o indivíduo e a avaliação de uma prática reincidente.

## **2 DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE E SUA RELAÇÃO COM O SISTEMA PENITENCIÁRIO**

Uma boa e emblemática representação da prisão seria a visão dos muros dos presídios como simbologia separatista, que segrega a sociedade de uma parte das suas próprias deficiências, seus próprios erros e imperfeições. Compreender o significado da pena, não apenas de forma abstrata ou conceitual, mas sim de forma prática se atesta crucial para o estabelecimento do elo entre esta e o sistema prisional.

---

<sup>2</sup> BRZUCA, Sidinei. Estado Esconde o Preso e Vira Refém. *Consultor Jurídico*. 11 jun.2011. Entrevista concedida a Jomar Martins. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-11/entrevista-sidinei-brzuska-juiz-vara-execoes-porto-alegre>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

O ambiente o qual o Estado destina ao cárcere do cidadão condenado a cumprir pena, de acordo com a lei penal, e que em consequência do delito praticado tem como condenação a sua liberdade restringida, presumindo que a pena venha a punir, ressocializar e recuperar este indivíduo infrator é um fato contemporâneo, segundo Grescham Sykes<sup>3</sup>.

O despreparo, não só dos governos, mas também da sociedade de resolverem suas mazelas fica escancarado quando nos deparamos com o grau de desumanidade e rejeição em que hoje se encontram os presídios. O tratamento que seres humanos ali recebem é vergonhoso e constrangedor. E essa situação se detecta a mesma há décadas.

Nesta baila, por meio da leitura do artigo 5.º, inciso XLVII da Constituição Federal, extraímos os princípios expressos que deveriam ser respeitados na aplicação da pena, contudo, não é isso que detectamos. Vejamos:

Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”<sup>4</sup>.

## **2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DO CASTIGO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO PENAL MODERNO**

Aprofundando-se os estudos sobre o sistema penitenciário, nota-se que a ressocialização se exprime como um mito, lenda, sem fundamento, que é perpetuada por diversas gerações.

Ao longo dos anos, instalou-se uma discussão, envolvendo diversos autores em relação ao sentido do castigo, da punição, que antecede o próprio surgimento do direito penal moderno. Diversas teorias se levantaram, tentando alicerçar a serenidade e benignidade do poder punitivo, colocando-o como um poder apto de propagação do bem, sendo que, na verdade,

<sup>3</sup> SYKES, Grescham M. *Crime e Sociedade*. Rio de Janeiro: Bloch, 1969.

<sup>4</sup> BRASIL. Assembleia Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

verifica-se a sua alta capacidade destrutiva. Afinal, como se esperar de alguma medida um resultado que vise à ressocialização pela pena privativa de liberdade, quando, efetivamente, esta consiste num exercício de poder voltado para a dor e capacitado para o extermínio?

Nesta conjuntura, Eugênio Raúl Zaffaroni define a pena como um exercício de poder, e criticando-a, denota que nela transparecem os mais acentuados traços da barbárie: o irracionalismo, a inexistência de garantias e a tolerância às práticas genocidas. Por meio de tal analogia, Zaffaroni visa legitimar e ampliar o poder jurídico, buscando a contenção do poder punitivo e reconduzindo a questão da pena ao âmbito político<sup>5</sup>.

Relacionado a este fato, Augusto Thompson faz uma análise em relação aos complexos e finalidades a que as prisões se destinam, e a relação paradoxal e antagonica que possuem, pois:

[...] Oferecem espantosa combinação: confinamento, ordem interna, punição, intimidação particular e geral, regeneração – tudo dentro de uma estrutura severamente limitada pela lei, pela opinião pública e pelos próprios custodiadores<sup>6</sup>.

Destarte, crimes e castigos existem na sociedade humana desde os primórdios. Ocorrendo-se um crime, a reação a ele era imediata, instintiva por parte da própria vítima, por seus familiares ou por sua tribo. Normalmente tal reação sobressaía à intensidade da própria agressão, inexistindo a ideia de proporcionalidade. Expõem-se alguns exemplos da utilização do castigo no decorrer da história.

O que se conhecia antigamente como Direito Penal era a chamada vingança penal. Doutrinariamente, neste período primitivo, a vingança penal possuía três fases: vingança divina, vingança privada e vingança pública.

No que tange à vingança privada, esta consistiu num período marcado por lutas entre famílias e tribos, gerando um enfraquecimento e até mesmo a extinção destas. O que de fato prevalecia era a relação entre os indivíduos e os grupos sociais, e não a influência dos deuses e divindades em geral. Ocasinou-se o surgimento de regras para evitar o aniquilamento

---

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, **Em Busca das Penas Perdidas**: A Perda da Legitimidade do Sistema Penal. Rio de Janeiro. Revan, 1991.

<sup>6</sup> THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**: De Acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

total e assim foi obtida a primeira conquista no âmbito repressivo: a Lei de Talião, que equivale ao castigo na mesma medida da culpa. Esta se tornou a primeira delimitação do castigo, em que o crime deveria atingir o seu infrator da mesma forma, gravidade e intensidade do mal causado por ele.

No decorrer da história, a Lei de Talião foi se alterando, surgindo a possibilidade de o agressor satisfazer a ofensa mediante indenização em moeda ou espécie (gado, vestes e etc). Consistia na Composição.

Já no tocante à vingança divina, esta aludia ao direito penal imposto pelos sacerdotes, fundamentalmente teocrático. Nesse momento histórico, o Direito Penal se fundia com a própria religião e a prática de penas cruéis era comum, já que a ideia de crime e pecado se mesclava, e apenas a purificação, através do castigo, concederia a salvação divina.

Esse tipo de vingança, resultante da influência da religião na vida dos povos antigos, era manuseada para punir-se o crime e dar a “recompensa” aos deuses pela ofensa praticada como exemplo de sua utilização, pode-se citar o Código de Hamurabi. Segundo Mirabete, os castigos eram extremamente cruéis, isto é, completamente desumanos, vez que se tratava de uma época de pouco desenvolvimento cultural e de misticismos e crenças sobrenaturais<sup>7</sup>.

Na vingança pública, por fim, a imposição da pena era um mecanismo de centralização do poder estatal, através de seus representantes. Sobre esse tipo de vingança, Roumeu Falconi expõe:

Visava essa modalidade de aplicação do Direito Penal antigo, garantir a integridade e autoridade dos príncipes e soberanos. Era entendimento da época que, quanto maior e mais cruel fosse à pena, melhor e mais eficiente seria a emenda do criminoso. Como sanção era sempre a pena capital ou o desterro, chega-se à conclusão de que, na realidade, a pena tinha conotação de prevenção geral<sup>8</sup>.

Desta feita, sobre a abordagem da pena e seu real significado, expõe-se a descrição de Cesare Beccaria sobre a eficácia desta:

---

<sup>7</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17.

<sup>8</sup> FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Icone, 1997, p. 34.

Toda pena que não derive da necessidade absoluta, diz o grande Montesquieu, é tirânica; proposição essa que pode ser generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da necessidade absoluta é tirânico<sup>9</sup>.

## 2.2 ESTRUTURA DOS PRESÍDIOS: HÁBITOS, ROTINAS E O FENÔMENO DA “PRISIONALIZAÇÃO”

A ênfase quanto ao cotidiano dos egressos, sua vivência e práticas rotineiras está intimamente ligada ao que está por vir: as consequências e resultados oriundos do período em que estiveram reclusos. E diante disso, observa-se a ineficácia do sistema penal por meio do conhecimento das condições desumanas, degradantes e precárias a que os condenados estão submetidos, bem como as rebeliões e os motins realizados pelos presos, como forma de exteriorizar o caos interno dos presídios.

Cezar Roberto Bitencourt expõe que apenas os motins, as rebeliões e os violentos conflitos penitenciários são as provas evidentes da crise que a pena privativa de liberdade enfrenta. E tais motivos são atribuídos não apenas à superlotação, mas a outras condições desumanas<sup>10</sup>.

No interior dos presídios, o que se observa são celas que se transformaram em verdadeiros “amontoados de presos”, em muitas não há banheiros, alimentação digna, ventilação, higiene pessoal, saneamento básico e nem ao menos local apropriado para dormir. A situação é de extrema precariedade e muitos intitulam o sistema prisional como um “reprodutor de criminalidade” em que o egresso, diante do tratamento desumano que ali recebe, distancia-se completamente de qualquer capacidade de ressocialização.

De acordo com dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN), a população carcerária brasileira, em junho de 2013, era de 574.027 mil presos, sendo 317.733 mil o número de vagas nas Secretarias de Administração Penitenciária<sup>11</sup>. Ou seja, em meados de 2013, o país já registrava um *déficit* de vagas na ordem de 256.294, o que apenas reafirma a tese de que o sistema penitenciário está comprometido, em razão de sua superlotação.

<sup>9</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 42.

<sup>10</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>11</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Avaliação da População Prisional Brasileira*. Brasília: 2013. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&params=itemID=%7B28F66113-72A7-4939-B136-20568ADC9773%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F-4CB26%7D>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

Segundo o magistrado Sidinei Brzuska, as principais causas do insucesso do sistema penitenciário brasileiro são: falta de uma política coerente e de verbas públicas destinadas a manter as estruturas físicas; falta de funcionários qualificados; falta de orçamento para tratar de problemas como a superlotação das celas; instalações precárias; má alimentação; ausência de condições de higiene básicas; problemas ligados à saúde dos presos; educação e trabalho<sup>12</sup>.

Mais precisamente em relação à estrutura física dos presídios, muito se critica quanto à precariedade de tais estabelecimentos, no que tange aos próprios preceitos legais. Todavia, infelizmente, a ciência de que estes estabelecimentos infringem os preceitos legais, quanto à insalubridade, ao espaço das celas e às exigências mínimas de sobrevivência, ante a hostil realidade amarga são apenas “letra morta”, como afirma Maria Palma Wolff<sup>13</sup>.

Quanto à temática da violência, intrinsecamente relacionada com a superlotação, Newton Fernandes afirma:

Prisões superlotadas são extremamente perigosas: aumentam as tensões, elevando a violência entre os presos, tentativas de fugas, e ataques aos guardas. Não é surpresa que uma parcela significativa dos incidentes de rebeliões, greves de fome e outras formas de protestos nos estabelecimentos prisionais do país sejam diretamente atribuídas à superlotação<sup>14</sup>.

Outro elemento característico, além dos citados, para o fracasso no propósito da ressocialização consiste na falta de profissionais destinados a tratar os problemas sociais do egresso. A “guarda” se propõe tão somente a disciplina do estabelecimento e não do preso em si<sup>15</sup>. Analisando-se o efeito que o caráter da disciplina intolerante e rígida ocasiona no preso, Salo de Carvalho expõe:

O caráter adestrador dos sistemas prisionais disciplinares exerce efeitos degradantes na individualidade dos apenados, sendo totalmente contrários aos postulados pedagógi-

<sup>12</sup> BRZUSKA, Sidinei. Estado Esconde o Preso e Vira Refém. *Consultor Jurídico*. 11 jun. 2011. Entrevista concedida a Jomar Martins. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-11/entrevista-sidinei-brzuska-juiz-vara-execucoes-porto-alegre>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>13</sup> WOLFF, Maria Palma. *Antologia de Vidas e Histórias na Prisão: Emergência e Injunção de Controle Social*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.26.

<sup>14</sup> FERNANDES, Newton. *A Falência do Sistema Prisional Brasileiro*. São Paulo: RG Editores. 2000, p.163-164.

<sup>15</sup> THOMPSON, Augusto, *op.cit*, p.17.

cos da educação. O estímulo ao autorrespeito, à espontaneidade e à individualidade, característicos de uma pedagogia voltada ao crescimento e à autodeterminação, são degradados pelo servilismo de modelo cujo imperativo é a disciplina. [...] <sup>16</sup>

Ainda em relação à decadência das prisões, outro elemento que a acentua e deve ser analisado é a má qualidade da alimentação. A precariedade do alimento disponibilizado e a quantidade inferior à necessidade dos egressos para que tenham sua fome saciada são fatores que contribuem para o descaso ao sistema prisional. Aliado a isso, as galerias nos presídios possuem seu próprio mercado, com valores inflacionados, cinco vezes maiores do que o valor normal do produto. Em determinados presídios, é autorizada a utilização de fogões elétricos para a preparação das refeições. Cabe ressaltar que as refeições são servidas de maneira improvisada, em embalagens plásticas <sup>17</sup>.

Em relação às condições de higiene, em diversos casos não há vasos sanitários, ou estes se encontram danificados, entupidos, exalando odor forte e desagradável. Quanto às duchas, estas muitas vezes inexistem, e os egressos tomam banho através dos canos que saem das paredes, obviamente sem água quente ou qualquer outro conforto que proporcione o bem-estar do egresso <sup>18</sup>.

Outro fator gravoso e constante na realidade dos que em cárcere estão é o acesso aos mais diversos tipos de drogas e ingestão de bebidas alcohólicas dentro dos presídios. Muitos presos, no intuito de amenizarem o sentimento negativo e aliviar as frustrações vividas, fazem uso de drogas <sup>19</sup>.

Destarte, os pontos supracitados, como estrutura, alimentação, uso de drogas exemplificam alguns dos elementos que contribuem para a ruína do propósito original da ressocialização. E o resultado dessa somatória de fatos, no decorrer do tempo, é a “prisionalização”. Consiste no fenômeno em que o preso, quando em convivência com os demais egressos, adquire traços marcantes do ambiente em que está submetido. O preso aprende a viver

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.190.

<sup>17</sup> FERNANDES, Newton. **A Falência do Sistema Prisional Brasileiro**. São Paulo: RG Editores. 2000, p.210.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p.207.

<sup>19</sup> WOLFF, Maria Palma. **Antologia de Vidas e Histórias na Prisão: Emergência e Injunção de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.57.

e limitar-se dentro daquilo que lhe é proposto<sup>20</sup>. Entretanto, não há solidariedade ou sentimento de amizade e companheirismo entre os presos, pois:

[...] Falta um foco ideológico ou político para a formação de um grupo entre reclusos e um denominador comum de estar sendo fabricado um criminoso mais propenso a conduzir repulsa do que em sentido de unidade. Uma aliança cooperativa deve depender das ligações de amizade. Homens na prisão, no entanto, são geralmente aqueles indivíduos que exibiram fracassos passados nas relações interpessoais; eles estão num sentido sem treino para participar do complexo cultural da amizade, e o ambiente da prisão oferece pouco estímulo para a cultivação original da arte. [...] <sup>21</sup>

Augusto Thompson analisa o caso de forma sucinta, crendo que, para o preso, existem apenas duas opções: “ou ele se adapta ao sistema em que foi lançado pela sociedade, ou sofrerá os males insuportáveis existentes. Logo, a solução será a prisionização”<sup>22</sup>.

Cezar Bittencourt, por sua vez, afirma que o efeito que a prisionalização desencadeia, dentre outros, é o mais determinante e marcante a ser produzido no indivíduo. Além disso, expõe que tal fenômeno é antagônico à ressocialização, já que “a prisionalização sempre produzirá graves dificuldades aos esforços que se fazem em favor de um tratamento ressocializador”<sup>23</sup>.

Assim, observa-se que muito se diverge ainda sobre essa questão, e também sobre a eficácia da prisão e/ou sua extinção. Foucault, por exemplo, defende que, ainda que sejam conhecidas todas as impropriedades das prisões, não podem ser extintas, já que:

[...] E se, em pouco mais de um século, o clima de obriedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão<sup>24</sup>.

Já para Carnelluti, as transformações essenciais estão relacionadas aos costumes e não às leis propriamente ditas:

<sup>20</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.187.

<sup>21</sup> SYKES, Gresham M. **Crime e Sociedade**. Rio de Janeiro: Bloch, 1969, p.95-96.

<sup>22</sup> THOMPSON, Augusto, *op.cit*, p.95.

<sup>23</sup> BITENCOURT, *op.cit*, p. 186.

<sup>24</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 37.ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p.218

A batalha não é para a reforma da lei, mas para a reforma do costume. A lei, especialmente com as modificações mais recentes, faz pelo condenado aquilo que pode. Não precisa pretender tudo ao Estado. Infelizmente este é um dos hábitos que cada vez mais se consolidam entre os homens; e também este é um aspecto de crise da civilização. Sobretudo não se pode pedir ao Estado aquilo que o Estado não pode dar. [...]<sup>25</sup>

Bittencourt, por sua vez, acredita que, de fato, o ambiente prisional necessita de reformulações. Contudo, a reforma que mais se adequaria seria a reforma incisiva da lei. Assim, este autor propõe substitutivos penais para penas de duração breve, já que se comprovaram serem inúteis as penas privativas de liberdade para casos como estes<sup>26</sup>.

Apesar de pensamentos diversos, como os citados, o que se vê, de fato, é que a sociedade, há anos reconhece o debate sobre a reforma do sistema penitenciário, sendo amplamente estudada por doutrinadores, juristas e pesquisadores. Porém, muito pouco foi feito para alterar tal realidade, e essa estagnação tem gerado e agravado a situação atual.

### **2.3 CONSEQUÊNCIAS ORIUNDAS DO ENCARCERAMENTO E OS MOTIVOS QUE REMETEM À PRÁTICA REINCIDENTE DE NOVOS DELITOS**

Após a exposição das dificuldades do sistema prisional, o enfoque será sobre as consequências negativas trazidas pelo confinamento, seus efeitos psicológicos e sociais. Alessandro Baratta aborda que estudos e pesquisas realizadas constataram os efeitos negativos do encarceramento, e concluiu-se que “a possibilidade de transformar um delinquente [sic] antissocial violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir”<sup>27</sup>.

No tocante aos efeitos, o que se vislumbra é a drástica alteração da identidade social, já que durante o tempo que ali permanecer aprisionado o indivíduo estará sujeito ao cinismo e dissimulação causados pelo abalo de sua identidade. Compreendem-se dois desenvolvimentos do preso: “aprende a ser criminoso” ou “aprende a ser um bom preso”<sup>28</sup>. Ainda acerca da identidade social dentro da prisão, Cezar Bitencourt faz uso dos seguin-

<sup>25</sup> CARNELUTTI, Francisco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Edicamp, 2004, p.33.

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.235.

<sup>27</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 184.

<sup>28</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 183

tes termos: “os políticos” e “os tipos bons e corretos”, explicando que estes agem de acordo com as normas estabelecidas dentro das prisões e são companheiros fiéis aos seus colegas de cárcere. Em contrapartida, “os políticos” se aproveitam dos reclusos mais débeis e possuem os privilégios<sup>29</sup>.

A transformação da identidade social incide também quando do término da pena. Ao retornar ao convívio social, o egresso traz consigo, na maioria das vezes, traços de violência originados do sentimento de rejeição, das condições desumanas e situações vexatórias e humilhantes enfrentadas. Assim, para Cezar Bittencourt o maior atingido é o ego do preso<sup>30</sup>.

Infere-se por muitos, erroneamente, que o egresso adquire disciplina e, por tal razão, estaria apto a retornar ao convívio da sociedade. Presume-se que já esteja “reeducado” para assim não cometer mais crimes. Todavia, os altos índices de reincidência dos criminosos oriundos do cárcere demonstra que tal raciocínio é inverídico<sup>31</sup>. Para Foucault, as prisões não modificam os índices de reincidência. Na verdade, ocorre o efeito contrário: “a detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar pra ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos”<sup>32</sup>.

Em relação aos efeitos psicológicos causados no cárcere, a Psicologia compreende que ficam comprometidos os mecanismos da psique; tudo isso porque não há o equilíbrio psíquico e saúde mental do recluso. Os desequilíbrios gerados podem ser de uma reação de psicopatía ocasional, ou até mesmo um excessivo e perdurável quadro psicótico<sup>33</sup>. Bittencourt, ao abordar os efeitos psicológicos, acredita que são inevitáveis os transtornos psicológicos produzidos, motivo pelo qual reforça incontestavelmente a falência dos estabelecimentos prisionais<sup>34</sup>.

O tempo, conjuntamente com as consequências expostas, se estabelece como outro fator determinante, de acordo com Cezar Bittencourt. Quanto maior a condenação do preso e maior o tempo em que viverá dentro da prisão, maiores serão as sequelas do sistema social prisional<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, *op.cit.*, p. 174.

<sup>30</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 166.

<sup>31</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 17.ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 221.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, *op.cit.*, p. 195.

<sup>34</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>35</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 171.

Exprime-se, de acordo com Alessandro Baratta que, para se atingir a efetiva educação do preso e reinserção na sociedade, os valores de comportamentos presentes na sociedade em que quer se inserir o preso devem ser revistos<sup>36</sup>. Pois, ao aceitar a prerrogativa de que o cárcere e as prisões retratam a sociedade<sup>37</sup>, deduz-se que a real reeducação deverá iniciar a partir de uma análise do corpo social.

Baratta, de forma esplêndida, finaliza a tese afirmando que: “antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão”<sup>38</sup>.

### 3 DA CRIMINOLOGIA SOCIAL

Com o intuito de se compreender o problema criminal, faz-se importante abordar a ciência que visa desvendar e doutrinar estudos envolvendo o crime, o criminoso e seu comportamento, e os recursos operacionais empregados pela sociedade para enfrentar o crime e atos desviantes: a Criminologia<sup>39</sup>.

Mesmo inexistindo unanimidade de qual o exato objetivo da Criminologia, o exame criminológico segue caminhos expansivos e prósperos<sup>40</sup>. Shecaira, defensor da corrente doutrinária majoritária, aborda quatro esferas determinantes que são analisadas ao aferir-se o objeto de estudo da Criminologia: o delito, o homem delinquente, a vítima e o controle social<sup>41</sup>.

Primeiramente, diferenciando-se o campo de atuação do Direito Penal e da Criminologia, elenca-se que esta aborda o crime e os atos desviantes não apenas como um problema individual, mas também como um problema que envolve toda a sociedade, um problema social. De acordo com Antônio Molina e Luiz Flávio Gomes, a Criminologia ocupa-se em com-

---

<sup>36</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.186.

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, **Em Busca das Penas Perdidas**: A Perda da Legitimidade do Sistema Penal. Rio de Janeiro. Revan, 1991, p.16

<sup>38</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.186.

<sup>39</sup> SOARES, Orlando Estevão da Costa. **Curso de Criminologia**: O Fenômeno Criminal, Evolução da Criminalidade, Crime Organizado, Narcotráfico, Mediocridade, Astúcia, Indolência, Sexismo, a Criminologia sob a Ótica da Escola de Direito do Evolucionismo, Estratégia Operacional de Combate à Criminalidade, Globalização e seus Efeitos Criminológicos, Terrorismo, Pena de Morte. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.349.

<sup>40</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. 2.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p.63.

<sup>41</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.49.

preender e buscar alternativas de prevenção do crime e intervenção benéfica na pessoa do infrator<sup>42</sup>.

Ainda quanto à diferenciação, Shecaira distingue a Criminologia do Direito Penal, elencando que:

A criminologia aproxima-se do fenômeno delitivo sem prejuízos, sem mediações, procurando obter uma informação direta deste fenômeno. Já o direito limita interessadamente a realidade criminal, mediante os princípios da Fragmentariedade e seletividade, observando a realidade sempre sob o prisma do modelo típico. Se a criminologia interessa saber como é a realidade, para explicá-la e compreender o problema criminal, bem como transformá-la, ao direito penal só lhe preocupa o crime enquanto fato descrito na norma legal, para descobrir sua adequação típica<sup>43</sup>.

Intrínseco ao delito, sustenta-se o argumento de que determinada circunstância somente pode ser intitulada como “problema social” se nela contiver as seguintes condições: que tenha ocorrência massiva na população; que a ocorrência seja dolorosa; que possua tenacidade espaço-temporal; ausência de um consenso a respeito da sua etiologia e procedimentos capazes de intervenção; por fim, percepção social global quanto a sua negatividade. Efetivamente no crime é que se incidirão todas as condições para determinar na esfera penal os conflitos sociais existentes<sup>44</sup>. Assim, com a exata identificação do problema social, podemos adentrar na questão do “controle social”.

O controle social possui dois sistemas-base: controle social formal e controle social informal. Os controles sociais formais se referem às instâncias do poder público e do Estado que atuam diretamente na esfera criminal como polícia, Ministério Público, sistema penitenciário, leis, etc. Os controles sociais informais, por sua vez, são as instituições e sanções sociais que visam à disciplina do indivíduo, como a educação, escolas, faculdades, senso comum, trabalho, família, igrejas, etc<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: Introdução a seus Fundamentos Teóricos; Introdução às Bases Criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.33.

<sup>43</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.50.

<sup>44</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: Introdução a seus Fundamentos Teóricos; Introdução às Bases Criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>45</sup> MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: Introdução a seus Fundamentos Teóricos; Introdução às Bases Criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribu-

Ressalta-se que há uma interligação entres os fatores “delito” e “controle social”, pois aquele, na qualidade de resistência social, possui como base dos estudos sociológicos e criminológicos, alternativas que possibilitem o controle social. Por tal razão, com o intuito de se manter a ordem civil, a sociedade necessita criar recursos disciplinares que mantenham e conservem a convivência pacífica entre os indivíduos. Os mecanismos para o controle social, segundo Orlando Soares, consistem num conjunto de normas e sanções disciplinares que serão estipuladas e submetidas ao indivíduo para a vida no coletivo<sup>46</sup>.

No contexto histórico, desde o início dos estudos da Criminologia, o homem delinquente recebeu diferentes concepções e definições. De acordo com a Escola Clássica, a imagem do criminoso mesclava com a ideia de um pecador que optou pelo mal, e, apesar de sua escolha, ainda assim deveria respeitar a lei. A igreja, nesse contexto, possuía o poder punitivo e aplicava, como consequência do mal gerado, penas de caráter puramente vingativo<sup>47</sup>. Quanto aos positivistas, estes argumentavam que o criminoso adquiriu tal perfil devido à sua natureza patológica e biológica. Ou seja, era uma característica inerente desde o seu nascimento, carregando consigo um traço criminoso aflorado e vulnerável. Já os correccionalistas definiram o criminoso como um ser débil e incapaz, e por essa razão, necessitava da intervenção e zelo do Estado<sup>48</sup>. A corrente marxista, por sua vez, acreditava que o criminoso é fruto da luta de classes e produto da ordem política, econômica e administrativa. Segundo tal corrente, as estruturas econômicas seriam as reais causas responsáveis pelo acontecimento dos crimes e, nesse quesito, o delinquente passaria a ser o vitimado de uma sociedade manipuladora e capitalista. Para sua sobrevivência e conquistas, o delinquente deveria fazer usufruto de sua força e selvageria<sup>49</sup>.

Contudo, é importante frisar que não existe uma conceituação específica, característica ou fator que explique, de fato, seu comportamento, já que o criminoso é um ser indefinido e suas determinantes são variáveis. Assim, faz-se necessário compreender, segundo Shecaira, que as teorias ex-

---

nais, 1997.

<sup>46</sup> SOARES, Orlando Estevão da Costa. **Curso de Criminologia: O Fenômeno Criminal, Evolução da Criminalidade, Crime Organizado, Narcotráfico, Mediocridade, Astúcia, Indolência, Sexismo, a Criminologia sob a Ótica da Escola de Direito do Evolucionismo, Estratégia Operacional de Combate à Criminalidade, Globalização e seus Efeitos Criminológicos, Terrorismo, Pena de Morte.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.49.

<sup>47</sup> FARIAS JUNIOR, João. **Manual de Criminologia.** Curitiba: Educa, 1990, p.6-7.

<sup>48</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.58-59.

<sup>49</sup> SOARES, Orlando Estevão da Costa, *op.cit.*, p.362.

postas não devem ser aniquiladas, mas sim adaptadas ao fato de que o criminoso pode sofrer oscilações e reprimir os mais diversos motivos que o conduzam a cometer tal ato ilícito<sup>50</sup>.

Além da análise sobre o problema social, o delito e o homem delinquente em si, a Criminologia também aborda a questão da vítima e o resgate da dignidade dos princípios fundamentais da pessoa humana. E essa questão se faz de extrema importância para que de fato a vítima não somente seja analisada como um componente do delito, mas sim como a figura vulnerável de toda essa sistemática, que necessita de proteção do Estado. Desde o início do estudo do direito penal, a vítima transitou por três fases, elencadas pela doutrina como: a “idade ouro” da vítima, a neutralização do poder da vítima, e a revalorização do papel da vítima<sup>51</sup>.

Em relação a estas fases, vejamos. Quanto à primeira fase, esta é marcada pela descentralização da vítima, que passa a possuir um papel secundário, atingindo até mesmo a dissolução do seu papel. Tal período teve início desde o surgimento das civilizações e se estendeu até meados da queda do Império Romano, em que o sistema inquisitivo era predominante<sup>52</sup>. O segundo momento se caracterizava pelo surgimento das escolas penais, incidindo na neutralização do poder da vítima. Esta se mantinha neutra e adormecida, devido ao fato de que os estudos eram direcionados incisivamente apenas ao delinquente, ao crime e a própria pena. Quanto a tal entendimento, Luiz Flávio Gomes e Antônio Garcia Pablos de Molina afirmam que, relacionada a esta fase, evidenciado está o abandono da vítima em qualquer das esferas das ciências penais, e até mesmo criminais<sup>53</sup>. No terceiro período, intitulado como “revalorização do papel da vítima”, esta volta a ser objeto de estudo dos criminólogos e passa a ter a devida importância, antes perdida. Período intrinsecamente relacionado à Declaração Universal dos Direitos Humanos e ao término da Segunda Guerra Mundial, reavê à vítima os direitos assegurados pela Declaração Universal dos Direitos da Vítima<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.59.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.60-61.

<sup>52</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>53</sup> MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*: Introdução a seus Fundamentos Teóricos; Introdução às Bases Criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.173.

<sup>54</sup> PIEDADE JÚNIOR, Heitor; Reflexões sobre Vitimologia e Direitos Humanos In: KOSOVISKI, Ester; SÉGUIN, Elida. *Temas de Vitimologia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p.3-4.

Ressaltando a fragilidade e vulnerabilidade que recai à vítima, expõe-se o posicionamento de Zaffaroni, que possui uma visão crítica em relação a ela, crendo que ainda existe o abandono da vítima, afirmando que o direito confiscado não é restituído através do poder punitivo:

Os chefes dos clãs deixaram de recolher as reparações, os juizes deixaram a sua função de árbitros desportivos, porque uma das partes (a vítima) foi substituída pelo senhor (estado ou poder político). O senhor começou a selecionar conflitos e, quando ocorriam, apartava as vítimas, afirmando que a vítima sou eu. Foi assim que o poder político passou a ser também o poder punitivo e a decidir os conflitos, sem contar em nada com a vítima, que até hoje está desaparecido do cenário penal<sup>55</sup>.

### 3.1 A TEORIA DO LABELLING APPROCH – ETIQUETA DO CRIME

Com origem nos anos 60, a teoria *Labelling approach* teve seu surgimento no contexto de revoluções e novas ideologias. Perdurava, principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, o conceito de Estado de Bem Estar Social. De forma antagonica, o corpo social, na realidade, se direcionava a conflitos existentes que, a cada década, ficavam ainda mais evidentes<sup>56</sup>. Gabriel Ignácio Anitua disserta:

Tudo começou a mover-se no interior dos Estados centrais alguns anos depois do aparente sucesso do desenho de equilíbrio social, defendido por Keynes e aplicado pelas políticas do *New Deal*, primeiro nos Estados Unidos e, após a vitória deste país, na Europa, embora a experiência de Estados do bem-estar seja anterior nos países nórdicos. Esses movimentos estariam relacionados com a tomada de consciência de que o dito “equilíbrio” significava política e socialmente, antes que a mudança das condições econômicas fizesse explodir o sistema anos depois<sup>57</sup>.

Em relação aos conflitos criminais, até o surgimento desta teoria, focava-se apenas no homem delinquente e no crime. No decorrer do tempo, adquiriu-se uma nova óptica, que transcendia e passava também a consi-

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo Alberto Branco de. *Criminologia e Política Criminal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.251.

<sup>56</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão, *op.cit*, p.287.

<sup>57</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio; tradução Sérgio Lamarão. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.569.

derar o sistema de controle social, bem como a função da vítima neste vínculo delitual<sup>58</sup>.

O princípio substancial da teoria *Labelling approach* acerca da conduta desviante exprime que esta não possui em si mesma capacidade para ser taxada como maléfica ou benigna. Segundo Jorge Dias, o delinquente se diferencia do homem comum devido à estigmatização e rotulação em que nele recai<sup>59</sup>. Nesse contexto, Vera Regina Pereira de Andrade afirma a tese central desta teoria:

[...] o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção<sup>60</sup>.

A criminologia interacionista, ou *labelling approach* visa ao sistema de controle do Estado no âmbito preventivo, normativo e seletivo de como reagir à criminalidade. O que se visualiza não são os motivos da prática criminosa, mas sim os meios de seleção das instâncias de controle. No sentido amplo do termo estigma, que é utilizado de forma pejorativa, Goffman relata que todos aqueles que sofrem possuem as mesmas peculiaridades sociológicas dos demais, contudo, por alguma razão, o traço se evidencia:

Um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social cotidiana possui um traço que pode-se impor à atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus. Ele possui um estigma, uma característica diferente da que havíamos previsto<sup>61</sup>.

A sociedade, nesse quesito, ao condenar e submeter o indivíduo desviante a um processo ritualizado o insere e o faz participar de uma “*cerimônia degradante*”, que conduzirá na perda da sua identidade social e, conse-

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, p.287.

<sup>59</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p.104-105.

<sup>60</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da Violência na Era da Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.41.

<sup>61</sup> GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a Manipulação de Identidade Deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988, p.14.

quentemente, receberá uma identidade degradada<sup>62</sup>. E essa forma de lidar com o indivíduo, apenas potencializa a violência e a degradação da sua visão como ser humano. O que se tem visto é que, ao invés de reeducar o desviado e prevenir a criminalidade, tem ocorrido um desvirtuamento do propósito, tornando a pena irracional e criminógena<sup>63</sup>. Equivalente a isso, Howard Saul Becker afirma:

Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriado, especificando algumas ações como “certas” e proibindo outras como “erradas”. Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se esperava viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um *outsider*<sup>64</sup>.

Sobre a análise de cada ser sobre seu semelhante e o reflexo desse entendimento, que se torna ponto determinante para se tratar de um indivíduo desviante, Becker expõe:

Ser apanhado e marcado como desviante tem importantes consequências para a participação social mais ampla e a autoimagem do indivíduo. A mais importante é uma mudança drástica em sua identidade pública. Cometer o ato impróprio e ser apanhado lhe confere um novo status. Ele revelou-se um tipo de pessoa diferente do que supostamente era. E rotulado de “bicha”, “viciado”, “maluco” ou “doido”, e tratado como tal<sup>65</sup>.

Cotidianamente, basta apenas um ato ilícito para que o novo status de desviante seja delegado a quem cometeu tal ação. A problemática se instala quando o desviado resiste em acatar, diante da sociedade, o rótulo que lhe foi atribuído, já que não se vê como apenas um desviante. A sociedade, por sua vez, o reconhece cada vez mais e usa o ato desviante como elemento identificador do indivíduo. E justamente neste processo de reconhecimento e construção da sua imagem social, o sujeito carrega pra si a

<sup>62</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p.350.

<sup>63</sup> MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: Introdução a seus Fundamentos Teóricos; Introdução às Bases Criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.322.

<sup>64</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008, p.15.

<sup>65</sup> BECKER, Howard Saul, *op.cit.*, p.42.

visão e o estereótipo que a sociedade tem dele. Este fenômeno é titulado de “*role engulfment*” e consiste numa das maiores consequências da rotulação. Sérgio Salomão Shecaira exprime a consequência desta relação: “surgirá uma espécie de subcultura delinquente [sic] facilitadora da imersão do agente em um processo espiral que traga o desviante cada vez mais para a reincidência”<sup>66</sup>.

Gabriel Ignácio Anitua traz um conceito quanto ao processo da rotulação e os efeitos gerados entre outros indivíduos estigmatizados:

Este processo, chamado de “rotulação” (*tagging*), atribui certas características ao indivíduo, que será por elas expulso da sociedade honrada e recebido pela delinquencial, já que só entre outros delinquentes pode encontrar afeto, reconhecimento, aceitação e até prestígio. Em seguida, o indivíduo se adapta ao delito como forma natural da vida<sup>67</sup>.

Conclui-se, portanto, que a ineficácia do sistema prisional está alinhada à forma como a sociedade lida com aqueles que transgrediram a lei, rotulando-os e praticamente os “entregando” ao mundo do crime, de forma mais profunda e gravosa, já que é nesse “mundo” que os egressos têm encontrado espaço e amparo.

## **4 CASOS PRÁTICOS: PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS**

Tal capítulo tratará da exposição de duas penitenciárias, ambas em nosso país, mas completamente distintas uma da outra: Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís (MA) e Penitenciária Industrial Jucemar Cesconetto, em Joinville (SC). Por meio da análise de ambas, veremos os erros e os acertos, e os resultados advindos do tratamento que o egresso ali recebe.

### **4.1 COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE PEDRINHAS**

Como breve relato histórico, expõe-se que o Estado do Maranhão, desde a sua fundação, via a necessidade da criação de uma cadeia pública. Vejamos os registros feitos em 1709:

Em 16 de outubro de 1709, a Câmara oficiou ao Governador Cristóvão da Costa Ferreira (então no Pará), acusando a re-

<sup>66</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.313.

<sup>67</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio; tradução Sérgio Lamarão. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.589.

cepção do alvará sobre a concessão da finta pra as obras da cadeia desta cidade (...).

A Câmara Municipal, em 8 de janeiro de 1830, enviou ao Presidente da província a planta de uma nova cadeia para a capital<sup>68</sup>.

Com o crescimento do Estado, tornou-se ainda mais urgente a sua criação, ocasionando, em 1848, o advento da primeira penitenciária de Maranhão, localizada no bairro dos Remédios. Em 1948, o Governador Sebastião Archer da Silva autoriza a transferência da Penitenciária do Estado para outro setor, afastada da região urbana da Ilha de São Luís. Essa mudança se justificou, principalmente, devido ao péssimo estado de conservação em que se encontrava a cadeia pública. O local escolhido foi o município de Alcântara. Contudo, os idênticos problemas são detectados neste novo estabelecimento prisional, e novamente o presídio retorna à capital do Estado, mas desta vez na localidade intitulada como “Pedrinhas”:

Presos transferidos: Na tarde de ontem foram recambiados do 1º Distrito Policial, todos os presos que ali se encontravam para a nova Penitenciária de Pedrinhas, que fora inaugurada desde domingo último.

(...)

Como se pode bem observar, deu-se a inauguração da Penitenciária no lugar de Pedrinhas, no dia 12 de dezembro de 1965, ainda na gestão do então Governador do Estado do Maranhão, Newton de Barros Belo<sup>69</sup>.

Atualmente, mesmo passados tantos anos e o alto crescimento populacional, o Estado do Maranhão continua contando com apenas um presídio, que continua sendo Complexo Penitenciário de Pedrinhas.

Tal complexo, marcado por um histórico brutal de rebeliões e chacinas, ganhou ainda mais repercussão em todo o país após registrar quase 60 mortes no ano de 2013, em uma série de rebeliões regadas a vídeos contendo decapitações e as mais diversas atrocidades de tortura. É um complexo caracterizado por unidades prisionais superlotadas, onde, segundo especialistas, a origem dos conflitos se encontra nas facções criminosas PCM

<sup>68</sup> CASTRO, Zacarias da Silva. **Apontamentos para a história da Secretaria de Estado da Justiça do Estado do Maranhão 1914 – 1992**. São Luís: Secretaria de Estado da Justiça do Estado do Maranhão, 1993, p.2.

<sup>69</sup> CASTRO, Zacarias da Silva. **Apontamentos para a história da Secretaria de Estado da Justiça do Estado do Maranhão 1914 – 1992**. São Luís: Secretaria de Estado da Justiça do Estado do Maranhão, 1993, p.25.

(Primeiro Comando do Maranhão), formado por presos do interior do Estado, e o Bonde dos 40, grupo formado por criminosos de São Luís.

Acumulam-se, ali, dezenas de mortes violentas, esfolamentos e até mulheres entregues para serem estupradas a fim de garantir a segurança de seus familiares presos. As imagens de presos que foram decapitados pelos seus colegas indignou a muitos, afinal, seria correto veicular tais cenas, a nível nacional, onde famílias e crianças teriam acesso?

Apesar da indignação de muitos, tal veiculação, além de correta, é necessária. Essas cenas são essenciais para que a nossa sociedade compreenda, de uma vez por todas, que são pessoas os seres depositados nesses ambientes desumanos e altamente insalubres. É um fato inquestionável que estas pessoas possuem sim contas a prestar com a sociedade, contudo, de acordo com nossa legislação penal, essa prestação não absorve a tortura seguida de morte, como exposto nas filmagens.

A realidade da unidade prisional de Pedrinhas simboliza um tipo ideal às avessas, em que se vangloria o tratamento cruel e desumano como punição. As formas de violência e degradação do ser humano que possam existir, infelizmente, estão presentes em Pedrinhas. Isso foi apreendido numa inspeção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na qual se constatou que o Centro de Detenção Provisória (CDP) de Pedrinhas é: uma penitenciária superlotada, sucateada e controlada por facções criminosas diante um poder público omissivo.

Nesse sentido, faz-se importante rever a obra: “A Questão Penitenciária”, do criminalista Augusto Thompson, escrita em 1976. O autor já denunciava a rotina violenta das prisões, suas limitações físicas e a falência do propósito da ressocialização. O que se constata é que a prisão tem se tornado um verdadeiro depósito de sentenciados, sendo que a finalidade é apenas retirar os estereótipos como criminosos de circulação, desconectando-os do restante da sociedade.

Infelizmente, situações semelhantes à de Pedrinhas não são isoladas ou escassas: proliferam-se pelas unidades prisionais brasileiras. E, além disso, trazendo mais complexidade e dificuldade à questão, prevalece no senso comum de grande parte das pessoas a ideia de que investir em prisões é beneficiar bandidos. Muitos ainda defendem a tese, arcaica e descompassada, de que as prisões devem ser mesmo tenebrosas e cruéis, para que os que ali se encontrem paguem por seus crimes. Seria justamente essa a real vingança da sociedade contra os criminosos.

A barbárie do Complexo Penitenciário de Pedrinhas não pode ser analisada de forma isolada. Essa tragédia ocorrida ali é, além da demonstração eficaz da prova do descaso do governo estadual, a constatação da grave crise sintomática do sistema prisional brasileiro. Assim, se continuarmos com o mesmo pensamento de que a violência será sanada apenas com o “desconectar” dos criminosos de nosso meio social, iremos continuar nos deparando com atrocidades como essa, e veremos essa realidade se espalhar pelo país.

#### **4.2 PENITENCIÁRIA INDUSTRIAL JUCEMAR CESCNETTO**

A Penitenciária Industrial de Joinville, inaugurada em 2005 pelo Governo do Estado, é administrada por uma empresa privada. Considerada referência estadual por oferecer aos apenados oportunidades de profissionalização e ressocialização, possui cerca de 660 internos. Deste total, 200 estudam ou prestam serviço para 18 empresas de diferentes ramos instaladas no próprio local. Conhecida como “creche”, “spa” e “colônia de férias” entre os criminosos, ela se destaca pelo tratamento humano e pela perspectiva de reintegração social que oferece, por meio da educação e do trabalho.

Tal penitenciária foi a primeira do Estado de Santa Catarina e uma das primeiras do país a ser administrada pelo sistema de cogestão. Foi construída e equipada pelo governo estadual, mas é administrada pela iniciativa privada. A Montesinos, que venceu a primeira licitação em 2005 e a segunda em 2011, ganhou o direito de gerenciar a unidade até 2016, em troca de R\$ 26,4 milhões por ano (R\$ 2,2 milhões por mês), pagos pelo governo catarinense. Conhecida como a maior administradora de prisões no país, Montesinos é responsável pela segurança, limpeza e manutenção, e também se encarrega pela disciplina, alimentação, material de higiene pessoal, uniformes e roupas de cama e de banho dos presos. Além de tais atribuições, se encarrega do fornecimento remédios e administra o atendimento médico, odontológico e psicológico.

O sucesso dessa penitenciária se constata através de alguns fatos: não se tem notícia de motins ou rebeliões. Quase não há relatos de fugas: quatro presos do regime fechado fugiram desde 2006. Não há superlotação: há apenas 20 presos além da capacidade máxima, de 646 pessoas. As celas têm, no máximo, quatro presos, acomodados em dois beliches, onde quase todas têm TV. As instalações são limpas. A comida é melhor que na média das prisões brasileiras. Assim, tais fatos a diferenciam, notadamente, da realidade do sistema prisional a nível nacional.

Outro elemento diferenciador, que tem grande parcela no sucesso da Penitenciária de Joinville, é a efetividade da ressocialização por meio do trabalho e do estudo dos egressos. Do total de 666 presos, em média 200 deles fazem pelo menos algum curso na penitenciária. Os egressos podem optar pelo ensino regular ou por cursos profissionalizantes, como montagem de computador, eletricista, garçom e auxiliar de manutenção predial. Os cursos são oferecidos, em geral, nas celas adaptadas como salas de aula, onde os professores são separados dos presos por uma grade. Existem também oficinas de artes e música e curso de “danças urbanas”, como *rap*.

Além disso, contam com o apoio da associação empresarial de Joinville, em que 18 empresas, entre elas Tigre (de tubos e conexões) e Ciser (de parafusos e porcas), montaram ilhas de trabalho na prisão. Os internos fazem tarefas como inspeção de peças de borracha, polimento de torneiras e empacotamento de toalhas de banho. A própria Montesinos usa os presos na limpeza e na conservação da prisão. Outra conquista da região é que a prefeitura também oferece vagas para trabalhos em obras e serviços na cidade. No total, 384 presos trabalham em canteiros na penitenciária e outros 20 foram autorizados pela Justiça a trabalhar fora da prisão, com registro em carteira, a convite das próprias empresas. São portas abertas, como essas, que possibilitam ao egresso o entendimento de que podem sim ter novas chances no convívio social.

Cabe ressaltar que, mesmo oferecendo condições mais humanas, em nenhum momento este estabelecimento deixa de ser uma prisão, em que se constata nitidamente uma disciplina rígida. Os egressos são vigiados 24 horas por um circuito fechado de TV com 52 câmeras, e ficam até 22 horas na cela e duas no pátio de cada ala, em grupos de no máximo 30. Além disso, trabalham até seis horas por dia ou estudam três. Os muros da penitenciária são vigiados por uma empresa de segurança, e o bloqueador de celular funciona de forma eficaz, impedindo o envio e o recebimento de mensagens, fotos e vídeos.

Expõe-se assim, a Penitenciária Industrial Jucemar Cesconeto como um modelo para o sistema penitenciário brasileiro, por suas ações que se desvinculam completamente do que vemos no restante do país. Há, de fato, um tratamento humano direcionado àqueles que optaram por se desviar do bem, mas, pela conscientização e ressocialização, conseguem mensurar e aproveitar das novas oportunidades oferecidas para que assim, consigam mudar a trajetória do seu futuro.

## 5 CONCLUSÃO

Por meio do presente artigo, nota-se que, de fato, a criminalidade é um complexo elemento presente em nossa realidade. É nítida a constatação de que não contribuem para minimizar os índices de violência os meios aplicados pela sociedade e o Estado, no tocante ao controle social, visando à redução do crime na sociedade. O que, de fato, tem ocorrido é uma reação inversa: promoção e estímulo à prática de atos ilícitos. Observa-se a perda do caráter ressocializador que a pena deveria possuir, enaltecendo-se apenas o caráter punitivo e retributivo que adquiriu, não apenas na atualidade, mas desde seu caráter original.

Ao se fazer a análise dos aspectos gerais do cárcere, verifica-se que não resta ao sistema penitenciário sua extinção: mesmo que esteja em desacordo com princípios de dignidade da pessoa humana, se faz, ainda, necessário para o controle da criminalidade. Dessa forma, a aplicação da medida restritiva de liberdade deve ser aplicada em casos extremos, e não utilizada da forma que tem sido aplicada atualmente, em larga escala. Hoje, o que se vê é a aplicação da prisão por milhares de normas incriminadoras e genéricas, em uma tentativa desenfreada e ineficaz de prevenir a criminalidade. Consequência dessa postura, constatam-se as superlotações das celas e os problemas decorrentes desta política de combate da criminalidade.

Defende-se, assim, que, ainda que não seja viável a extinção por completo do sistema prisional, deve-se agir no sentido de que ele seja, ao menos, humano e favorável àquele que ali se situa. Não se trata de conceder “regalias” aos presidiários, mas é fundamental refletir que o condenado, antes de qualquer outra denominação, é um cidadão, e por tal razão possui direitos que preservam a sua integridade física. Posturas vingativas e ardilosas de que o condenado, ao cometer o crime, deve passar pelas piores mazelas que um ser humano pode suportar, sofrer, com o pensamento de que “está pagando pelo que fez” não podem vigorar em pleno século XXI.

É gritante a necessidade de conscientização de que o condenado que hoje sofre as injúrias da execução penal, ao longo dos dias, estará apto ao seu regresso na sociedade. E devido a isso, deve-se buscar efetivamente a sua ressocialização de forma que possibilite a este cidadão sua convivência com a sociedade. Infelizmente, o que se percebe é que este, ao adquirir a sua condição de egresso, sofre na própria sociedade estigmas e rejeições, não possibilitando em nada, a facilidade da prevenção da reincidência criminal.

A prevenção efetiva da criminalidade ocorrerá quando houver a conscientização de que o problema do crime não consiste apenas em uma preocupação do Estado e sim da sociedade. Diante disso, políticas que atuem anteriores ao crime, como criação de instituições que apoiem a classe dos menos favorecidos, como educação, saúde, segurança, trabalho e moradia, são cruciais.

A sábia crítica ao Direito Penal se origina a partir da percepção de que este parece ignorar os motivos que levam a maior parte dos crimes a acontecerem. A chave para a efetiva ressocialização dos egressos é o apoio oferecido e a desmistificação da cultura de rotular.

O ponto de partida para análise da teoria da ressocialização não existirá a partir da concepção de que a pena possui a função ressocializadora. Não há como analisar a ressocialização, nem ponderar estes efeitos, uma vez que é nítido que não ocorrem, a prova disto é a reincidência.

A ressocialização que se refletirá, com tudo exposto no presente artigo, encontra sentido diante da falha estatal. De que forma, a sociedade como um todo pode atuar para que este egresso possua sua vida reintegrada e consiga atingir os objetivos comuns a todo cidadão, que são os de adquirir educação, emprego e moradia? Acredita-se, assim, que a ressocialização possa existir e efetivamente atuar, amenizando os altos índices de reincidência no Brasil, a partir de atitudes e iniciativas que partem do corpo social do egresso.

Cabe ao Estado garantir uma vida íntegra para que, a partir dessa grande conquista, o egresso, antes de tudo, possa se sentir um cidadão, dotado de direitos, assim como os demais.

## 6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da Violência na Era da Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignácio; tradução Sérgio Lamarão. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. A **Construção Social da Realidade**. 20.ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Novas Penas Alternativas: Análise Político-criminal das Alterações da Lei n.9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRZUSKA, Sidinei. Estado Esconde o Preso e Vira Refém. **Consultor Jurídico**. 11 jun. 2011. Entrevista concedida a Jomar Martins. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-11/entrevista-sidinei-brzuska-juiz-vara-execucoespo-alegre>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

CARNELUTTI, Francisco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Edicamp, 2004.

CARVALHO, Salo de. Criminologia Cultural, Complexidade e as Fronteiras de Pesquisa nas Ciências Criminais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol.81, nov 2009.

\_\_\_\_\_. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_; (Et al). **Introdução ao Pensamento Sociológico**. 18.ed. São Paulo: Centauro, 2008.

FARIAS JUNIOR, João. **Manual de Criminologia**. Curitiba: Educa, 1990.

FERNANDES, Newton. **A Falência do Sistema Prisional Brasileiro**. São Paulo: RG Editores. 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Penal (Integral)? In. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (Org.) **Garantismo Penal Integral: Questões Penais e Processuais, Criminalidade Moderna e a Aplicação do Modelo Garantista no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 17.ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 29.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 37.ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário. Disponível em:< <http://www.faes-p-rs.org.br/objetivos.php> >. Acesso em: 15 abr. 2013.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: Introdução a seus Fundamentos Teóricos; Introdução às Bases Criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a Manipulação de Identidade Deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, v.1, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. 4.ed.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A Fábrica de Penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PASSETTI, Edson. **Sociedade de Controle e Abolição da Punição**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102=88391999000300008-&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102=88391999000300008-&script=sci_arttext) Acesso em: 30 set. 2013.

PIEADADE JÚNIOR, Heitor; Reflexões sobre Vitimologia e Direitos Humanos In: KOSOVISKI, Ester; SÉGUIN, Elida. **Temas de Vitimologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SÁ, Alvino Augusto de. **Reincidência Criminal: O Enfoque da Psicologia Clínica Preventiva**. São Paulo: E.P.U., 1987.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal**. Disponível em: [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia\\_critica\\_reforma\\_legis\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf) Acesso em 27 set. 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOARES, Orlando Estevão da Costa. **Curso de Criminologia: O Fenômeno Criminal, Evolução da Criminalidade, Crime Organizado, Narcotráfico, Mediocridade, Astúcia, Indolência, Sexismo, a Criminologia sob a Ótica da Escola de Direito do Evolucionismo, Estratégia Operacional de Combate à Criminalidade, Globalização e seus Efeitos Criminológicos, Terrorismo, Pena de Morte**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SYKES, Grescham M. **Crime e Sociedade**. Rio de Janeiro: Bloch, 1969. .

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária: De Acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

WACQUANT, Loic. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

WOLFF, Maria Palma. **Antologia de Vidas e Histórias na Prisão: Emergência e Injunção de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

WOLFF, Maria Palma. *op. Cit.*; OLIVEIRA, José Luciano Góis. Exclusão Social – questões conceituais e Doutrinárias. **O social em questão**. São Paulo. 1997 In: \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: A Perda da Legitimidade do Sistema Penal.** Rio de Janeiro. Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Edmundo Alberto Branco de. **Criminologia e Política Criminal.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

# DIREITO AO ESQUECIMENTO DE INFRAÇÕES PENAIS

Augusto Reis Ballardim<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo estuda o direito ao esquecimento aplicado a infrações penais, pretensão reconhecível em favor dos envolvidos em um evento pretérito de natureza criminal no âmbito do Direito Público. Busca-se identificar parâmetros seguros para sua aplicação em casos futuros a partir da apresentação de situações em que já se discutiu sua incidência nas cortes pátrias e internacionais, além da consulta a referências relacionadas ao tema. Reconhece-se o pleno exercício da atividade jornalística, buscando compatibilizá-la com os direitos fundamentais relacionados à personalidade e à dignidade humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao esquecimento. Infrações penais. Interesse público. Historicidade.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A memória e o direito. 3. O direito ao esquecimento. 4. Parâmetros para o direito ao esquecimento. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o direito ao esquecimento de infrações penais, assunto de marcante atualidade para as Ciências Jurídicas. Trata-se da possibilidade de os sujeitos envolvidos em um fato tutelado pelo Direito Penal caírem no olvido, permitindo-lhes que sigam com suas vidas, em consonância com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da privacidade, da ressocialização e outros valores afins.

Não há dúvida de que a veracidade das informações atinentes aos crimes é autorização suficiente para que sejam noticiados, visto que a liberdade de imprensa é inatacável dentro de regimes que se pretendam democráticos. A regra para os processos e julgamentos é a publicidade; o sigilo é

---

<sup>1</sup> Procurador do Município de Caxias do Sul, lotado no IPAM – Instituto de Previdência e Assistência Municipal. Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 94.093. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal, em convênio com a Universidade de Caxias do Sul. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, campus Capão da Canoa/RS. Ex-conciliador criminal da Vara Criminal de Capão da Canoa/RS. Ex-estagiário da Defensoria Pública de Capão da Canoa/RS.

a exceção e deve ser expressamente ressalvado pela lei, com fulcro na proteção da ordem pública e na segurança dos envolvidos. É cristalino que a falsidade enseja ilicitude, para a qual o controle jurisdicional é medida pacificamente admitida.

Entretanto, o problema proposto é diverso: *a simples passagem do tempo pode inviabilizar a exploração de um fato pretérito verídico, em proteção aos direitos dos envolvidos?* Não se fala de inverdade do dado em questão, mas em averiguar se há abuso em sua revisitação, em virtude do período transcorrido desde sua ocorrência. Até que momento é adequado, lícito ou mesmo jurídico repeti-lo, invadindo-se novamente a intimidade dos sujeitos?

A construção da exposição passa pelos próximos capítulos. Em um primeiro momento, são analisadas as relações entre a memória e o Direito, demonstrando a importância que a sociedade confere à lembrança do passado e sua valorização negativa do fenômeno do esquecimento. Aborda-se a delicada questão do interesse público na divulgação dos sujeitos envolvidos em infrações penais do pretérito, bem como uma análise dos elementos que permitem concluir pela sua presença nas situações concretas.

A seguir, apresenta-se o atual estado da arte no tocante ao direito ao esquecimento, demonstrando-se sua verificação no plano material e seu desenvolvimento no seio da doutrina. Os recentes precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, pioneiro no julgamento da matéria, são apresentados e detidamente examinados, sem embargo da discussão de outros casos internacionais a respeito do tema de que se tem notícia, de modo a identificar na prática alguns dos conteúdos discutidos, bem como delimitar parâmetros que facultem sua utilização com segurança em situações futuras.

## **2 A MEMÓRIA E O DIREITO**

A memória é atributo inerentemente humano. Através dela, torna-se possível ao se reproduzir fatos passados, recordar acontecimentos e perpetuar momentos efêmeros, como o são todos os instantes que vivemos. Individualmente considerada, a palavra significa uma capacidade mental, isto é, a revivescência interna de determinada ocorrência pretérita. Coletivamente, representa a tradição, um patrimônio comum a vários seres, um liame imaterial que os une.

Neste último sentido, voltado à exteriorização, a fala e a escrita, historicamente, são os seus repositórios mais comuns. Desde os desenhos do homem primitivo nas cavernas até o livro, das histórias contadas em torno da fogueira aos espirituosos adágios populares, parece ínsito à condição humana querer depositar as vivências tanto em veículos físicos quanto incorpóreos, na intenção de que possam ser revisitados e reproduzidos na posteridade. Socialmente, lembrar confere legitimidade ao indivíduo diante do meio, podendo-se vislumbrar um substrato comum de pertencimento ao grupo.

Memória e tempo são conceitos indissociáveis na vivência. Só o que já aconteceu no passado pode ser lembrado no presente. Recordar-se é sempre recorrer a um tempo já escoado. Certos fatos se tornam de rememoração mais dificultosa à medida que os anos passam, mas há eventos que, de tão marcantes, quando a memória é acionada, parecem acontecer diante dos olhos.

A evolução científica proporciona o intenso armazenamento desses conteúdos. Com um simples telefone celular é possível registrar desde o pronunciamento de um líder nacional até os primeiros passos de um filho no quintal da própria casa. Atende-se, em primeiro lugar, ao anseio de transmitir os acontecimentos imediatamente a quem interessar, cumprindo o desejo de informar. Todavia, de forma latente, já se identifica a vontade pessoal de perenizá-los, já que, muitas vezes, são irrepetíveis.

Nenhuma crítica é tecida a partir dessa constatação. A recordação é efetivamente imprescindível em todos os setores. Ora, se os cientistas de hoje não iniciassem suas pesquisas já sobre os ombros dos erros e acertos de seus predecessores, dificilmente logriam alcançar resultados distintos no decorrer de suas breves vidas, excetuando-se as genialidades catalisadoras do progresso que aportam no orbe de tempos em tempos.

Organicamente, a falta de memória no ser humano é associada à patologia, à senilidade, à perturbação das funções cerebrais. Encara-se o olvido como uma falha, como uma fraqueza que deve a todo custo ser evitada. Vários alimentos são indicados para combatê-la em razão de suas propriedades nutricionais. A indústria farmacêutica aufer substanciosos rendimentos apenas com a comercialização de pílulas que supostamente melhoram a capacidade de retenção de informações.

Nessas breves linhas, o fio condutor é único: *o esquecimento é valorado negativamente pela sociedade*. A adoção de tantos e tão complexos

mecanismos para salvaguardar o passado é a maior prova disso, demonstrando a importância que se dá para o que a humanidade já vivenciou nos seus milênios de registros documentados das mais variadas maneiras.

Como paradoxo, o volume de informações produzidas é gradativamente maior. O homem da atualidade é bombardeado por distintos e velozes estímulos a cada minuto, sem que disponha de condições suficientes para discernir entre o que vale a pena ser lembrado e o que não o prejudicará caso acabe descartado, produzindo mais um foco de tensão em seu cotidiano. A “aldeia global” passa a ser, ao mesmo tempo, um aliado e um adversário implacável.

Lembrar-se de absolutamente tudo, sem qualquer espécie de filtro, é incompatível com um estado psíquico saudável. Como lembra Nietzsche, só o esquecimento criterioso possibilita o equilíbrio do indivíduo, atuando ativamente como “guardião da porta” e permitindo que apenas o que é realmente relevante seja internalizado<sup>2</sup>. O olvido do mal causado (ou, no mínimo, a superação da dor emocional), faculta a cura pelo perdão.

Paulo José da Costa Júnior, em palavras gestadas há quase cinquenta anos, já advertia para o “processo de corrosão das fronteiras da intimidade”, cada vez mais inquietante frente à evolução própria da era tecnológica. Falou de seu “dinamismo próprio” e cientificismo desprovido de diretrizes morais, apesar dos nobres propósitos de seus inventores<sup>3</sup>.

É inegável que o julgamento popular é implacável. A pessoa condena os outros exatamente pela falha que reprime em si. Não se permite ao indivíduo mudar de opinião, aprender com os erros, superar suas próprias falhas, vencer seus preconceitos; a recordação alheia faz com que expie pereneamente, perante o (hipócrito) juízo de seus pares, uma conduta isolada no tempo e no espaço, que frequentemente não mais reflete o seu modo de vida ou a sua compreensão da existência. O passado torna-se eterno e presente.

Diante desse contexto, a reverberação da transgressão criminal novamente trazida a lume é ainda mais grave. Não é difícil pensar em exemplos que podem simplesmente destruir qualquer esforço que tenha sido envidado pelos envolvidos para superá-la. O condenado por um crime patrimonial que cumpriu a reprimenda e voltou a ter uma vida normal; o acu-

<sup>2</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Genealogia da Moral. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 47-48.

<sup>3</sup> COSTA JR., Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 14.

sado execrado pela opinião pública que acaba sendo absolvido em juízo, porque comprovada sua não concorrência para o fato; a vítima que teve sua intimidade completamente devassada pela imprensa durante a elucidação do crime. Como mensurar os efeitos psicológicos, emocionais e sociais que uma revisitação midiática e amplamente divulgada do crime pode acarretar anos ou décadas depois?

Conquanto seja tentadora a possibilidade de protegê-los com o sigilo absoluto, diferentemente de uma informação apenas moralmente desabonadora, o ilícito penal é extremamente delicado. Algumas infrações ferem frontalmente direitos inalienáveis de milhares de indivíduos. Outras são corriqueiras, mas, por suas particularidades, como a relação entre o perpetrador e a vítima ou sua maneira de execução, adquirem grande repercussão. A esmagadora maioria dos eventos não pertence só ao indivíduo; em larga escala, a história da comunidade (às vezes até da própria humanidade) é contada através do delito. Defensável, portanto, é que isso aconteça de maneira a não impedir que os envolvidos vivam sem essa interminável confrontação.

Certo é que, de qualquer maneira, o crime é uma ruptura da ordem pública, havendo legítimo interesse coletivo na sua investigação, no seu processamento, na aplicação da sanção e na propagação de notícias a respeito. Porém, ela não pode gerar consequências ilimitadas, pois os envolvidos precisam seguir em frente, não se lhes podendo negar tal possibilidade apenas porque a conduta se revestiu de certa gravidade. O réu condenado cumpriu sua pena, encerrando o interesse social no fato cometido, mas precisará viver em um ambiente que o estigmatiza de qualquer forma. O acusado absolvido foi injustamente exposto à opinião pública, não bastando eventual indenização pecuniária para curar as chagas abertas nos seus laços de convivência. À vítima, quando sobrevivente ao fato, deve-se assegurar que não torne a sofrer mal equivalente ao que já ocorreu.

Mas não é só. É impossível pretender equiparar violações de direitos humanos a crimes comuns, por mais propalados que tenham sido. Embora sejam graves (do contrário, não mereceriam a tutela penal), estes não são propriamente extraordinários: a subtração patrimonial, o homicídio passionais e a fraude no exercício de uma função pública, por exemplo, encontram-se dentro de uma fenda de transgressões até certo ponto esperadas dentro das sociedades contemporâneas, o que não se pode dizer do genocídio, da guerra, da tortura e dos desaparecimentos forçados, entre outros. Mesmo essa classificação não é pacífica, havendo certa artificialidade em

sua construção, pois depende fartamente da consciência jurídica e moral do povo em determinado momento histórico.

A questão que se coloca é a seguinte: *como compatibilizar as necessidades de preservar o passado sem que ele comprometa o futuro?* Lembrar certas coisas é tão necessário para a vida quanto esquecer outras. A pergunta vale, como se viu, perante a pessoa, diante da coletividade em que se insere e em face da história e da cultura que a humanidade produz. Até quando deve perdurar a exposição dos envolvidos em infrações penais? A partir de quando os sujeitos do crime podem viver com a tranquilidade de que não será perturbado pelos fantasmas de seu passado?

Primeiramente, é necessário recordar que a Constituição da República Federativa do Brasil promoveu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento, conforme disposto em seu art. 1º, inciso III. Dentre seus objetivos, previstos no art. 3º, avultam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entre os direitos fundamentais do art. 5º, a Carta Magna prevê a liberdade da manifestação do pensamento (inciso IV), o direito de resposta proporcional ao agravo (inciso V), a inviolabilidade de intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (inciso X), o acesso à informação (XIV), a inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV), a vedação de penas de caráter perpétuo e de banimento (inciso XLVII) e a presunção de inocência (LVII). Valores distintos, alguns até francamente contrapostos, caso analisados em sua abstração e sem as ferramentas próprias da ciência jurídica. Isso sem mencionar que o rol não é exaustivo, admitindo-se outros princípios decorrentes, como exposto em seu §2º.

A proteção da personalidade é disciplinada, sobretudo, pela codificação civilista, contribuindo para a densificação das previsões constitucionais. O art. 17 do Código Civil preceitua que o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Da mesma forma, seu art. 20 preconiza que, para a divulgação do nome, a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, deve-se obter sua autorização ou haver necessidade à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

A respeito dessa proteção, a doutrina elenca uma série de características inerentes aos direitos da personalidade, como sua condição de direi-

tos subjetivos, inatos, absolutos, extrapatrimoniais, vitalícios, irrenunciáveis, intransmissíveis, indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis<sup>4</sup>. Saliente-se que há expressões ou desdobramentos dessa posição jurídica que registram certo conteúdo econômico, como a imagem, que são passíveis de utilização comercial, demonstrando a relatividade de alguns dos atributos declinados.

Importa analisar, também, as previsões de natureza penal e processual penal. Os arts. 109 a 118 do Código Penal disciplinam a figura da prescrição. O art. 202 da Lei nº 7.210/1984, em consonância com o art. 748 do Código de Processo Penal, ainda menciona ser automático o sigilo sobre as condenações pretéritas após o cumprimento ou a extinção da pena. Os arts. 93 a 95 do Código Penal, a seu turno, contemplam a reabilitação criminal, que pode ser requerida 2 (dois) anos depois da extinção ou do cumprimento da pena, a fim de assegurar o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Além das facetas retributiva e preventiva, a sanção penal também objetiva a reinserção social do apenado, o que traduz sua função ressocializadora, para a qual contribuem os institutos da repristinação do prazo de reincidência (art. 64, I do Código Penal) e a reabilitação criminal, conforme consta do art. 1º da Lei nº 7.210/1984. Ou seja, até mesmo o Direito Penal, disciplinador da punição, protetor dos bens jurídicos mais caros e fomentador de tamanha repercussão, permite que o delinquente tenha uma segunda chance, fazendo tábula rasa de seus equívocos pretéritos para diversos fins.

Com relação aos acusados absolvidos do delito porque comprovadamente dele não participaram, bem como no que tange às vítimas, o ponto de partida é marcadamente diverso. Ao contrário dos verdadeiros perpetradores, assim reconhecidos pela jurisdição criminal, os indivíduos referidos não puderam optar por emprestar ou não a concorrência de suas condutas ao curso causal, vez que foram tragados para o centro de ocorrência iniciada por terceiros, sem que se lhes possa atribuir igual responsabilidade. Assim, maior restrição deve haver na divulgação reiterada do dano cuja autoria lhes foi incorretamente atribuída ou que vieram a suportar, de modo a evitar que sejam duplamente atingidas em sua dignidade.

Leigamente, com rotineira frequência, a absolvição é encarada mais como uma insuficiência dos esforços empregados do que como uma legítima confissão do erro cometido em função da falibilidade dos instrumentos

---

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 93.

estatais. O absolvido continua culpado aos olhos da mídia e, por conseguinte, da população em geral. Esse sentimento queda ainda mais exacerbado quando o inquérito, o processo ou a pena não são levados adiante ou terminam extintos não por um decreto absolutório, mas com fulcro em institutos de natureza diversa, como o arquivamento por insuficiência de provas e a prescrição.

A vítima, por sua vez, sofre as maiores violências dentre todos os envolvidos. Primeiramente, porque suporta os efeitos do delito: vulnera-se a vida, a integridade física, o patrimônio, a liberdade sexual e outros tantos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Em segundo lugar, não lhe é oferecido o protagonismo necessário no Processo Penal, já que são tímidas as oportunidades para reparar os prejuízos que sustentou, não sendo materialmente possível ao Estado, muitas vezes, garantir sua incolumidade no decorrer da instrução quando corra fundado risco. Por fim, quando o caso ganha alguma repercussão midiática, seu nome, sua imagem e sua história são devassados e propalados aos quatro ventos, tornando-se associados a uma brutalidade a que o ofendido não deu causa.

Aliás, é bastante curioso que a mídia, na esmagadora maioria das situações, associe as infrações ao nome da vítima e não ao do perpetrador, não parecendo haver outro motivo para tal procedimento além de sensibilizar o público-alvo (leitor, ouvinte, telespectador) para o drama que tenha sofrido. A jurisprudência já formulou interpretação a respeito, identificando o método com a indissociabilidade do crime com a figura da vítima, argumento não inteiramente convincente, como se discutirá.

O esclarecimento mais importante é devido aqui: a liberdade de imprensa e de informação são direitos fundamentais e valores imprescindíveis à vida comunitária pautada por ideais democráticos, insuscetíveis de limitação pela lei. Ao contrário do que se possa pensar, o direito ao esquecimento não pode envolver censura jornalística, inadequada em um contexto democrático duramente conquistado e que se pretende preservar. Todavia, como qualquer outro direito consagrado pela ordem constitucional, não se mostra absoluto para todos os casos, merecendo diversas relativizações, muito em decorrência do princípio da unidade da constituição e da coerência sistemática dos direitos fundamentais.

O primeiro filtro é o da veracidade: não se admite a divulgação de informações falsas, cuja ocorrência reclama imediata retificação. O postulado é aplicável à atividade jornalística como um todo, não se limitando à

questão penal. O segundo crivo consiste na existência de interesse público, vinculado à sua utilidade social.

A existência da liberdade jornalística é absoluta, mas sua extensão não é ilimitada. Assim como a crítica pode ser acerba, desde que informativa, o pior dos eventos pode ser narrado, desde que atenda ao interesse público, sob pena de, caso desconectada de intenção legítima, constituir um abuso com que a Constituição Federal não coaduna, além de gerar a responsabilização civil, penal e administrativa daquele que a proferiu<sup>5</sup>.

Também não se pode simplesmente negar vigência a qualquer das posições verificadas, já que, como lembra Bobbio, praticamente nenhum direito fundamental que concorra com outro de mesma natureza deixa de impor a necessidade de se fazer uma opção entre ambos no caso concreto<sup>6</sup>. Há que se ponderar, nas situações que se apresentem, qual deve prevalecer, sem que, automaticamente, o outro deixe de integrar o ordenamento, o que seria absurdo. Ademais, mesmo nessa aparente litigiosidade entre os direitos fundamentais, não se pode deixar de identificar que o sistema que os acolhe é único, íntegro e que deve compatibilizá-los, pois, como afirma Ingo Sarlet, “tendo em vista que um certo grau de coerência interna é algo inerente à noção de sistema, é possível falar de uma unidade dos direitos fundamentais”<sup>7</sup>.

Diante disso, não se quer dizer que um fato criminoso deve deixar de ser noticiado, mesmo quando não seja contemporâneo à sua ocorrência; apenas que o interesse público deve, necessariamente, servir como filtro para tal intenção. Além disso, essa expressão também se presta à constatação de real necessidade na divulgação do nome e da imagem dos envolvidos, que, se inexistente, configurará o abuso do direito de informar.

Já se afirmou, genericamente, que o interesse público justifica a pretensão de se noticiar um fato pretérito. Deve-se aferir se a construção é válida, tomando por base situações mais próximas das que rotineiramente acontecem na sociedade contemporânea em contraste com outras, manifestadas em condições extraordinárias. Nesse contexto, seria possível que um evento de natureza considerada grave, por si só, fosse marcado por um interesse público tão acentuado que tivesse o condão de impedir o esquecimento dos sujeitos que nele se envolveram?

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 45.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 20.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 72.

Há um sentimento comum a cada ser humano pela ocorrência de um acontecimento excessivamente traumático. A título de exemplo, o ataque terrorista ao World Trade Center, em Nova Iorque, nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, incorporou-se tanto à história quanto à mentalidade ocidental de forma indelével. A política externa foi grandemente alterada depois do evento, mas não só: o indivíduo nacional encontrou solidariedade mesmo que não tivesse perdido nenhum amigo ou familiar na tragédia, pois uma referência para o seu patriotismo foi completamente aniquilada.

As práticas do totalitarismo também se enquadram no elenco de crimes inolvidáveis. As ditaduras, sobretudo as sul-americanas, representaram um longo rol de ofensas aos direitos humanos, que ainda hoje os Estados buscam reparar. No Brasil, a Comissão Nacional da Verdade, instituída pela Lei nº 12.528/2011, busca examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas entre 1961 e 1979, reconhecendo que torturas, assassinatos e desaparecimentos forçados ocorridos no período merecem ser elucidados e recordados, independentemente de sua punibilidade em âmbito criminal, rejeitada pela Lei nº 6.683/1979, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>8,9</sup>.

Em todas as referências deduzidas, que não esgotam os exemplos possíveis, há uma certeza: *é preciso lembrar*. Não raras vezes, a memória das grandes tragédias traz concomitantemente a vergonha por seu cometimento e a fortaleza para os desafios futuros. A história efetivamente se repete, e somente a correta assimilação das lições pretéritas pode impedir que consequências nefastas do passado voltem a se verificar, sob pena de, diante das dificuldades do porvir, sucumbir-se ao saudosismo e desejar a volta de uma situação cuja verdadeira gravidade terminou sendo esquecida<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Brasília: DF, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>9</sup> A abrangência deste trabalho não comporta a discussão sobre o acerto ou não desse posicionamento da Corte Suprema, sempre contestado por parte da doutrina e das Cortes Internacionais. Registra-se, apenas, sua existência, de modo a evidenciar a real estatura do problema.

<sup>10</sup> Recorde-se que, em várias manifestações populares ocorridas no Brasil nos últimos anos, fez-se apologia ao retorno da ditadura militar, a pretexto de se tratar de um período em que a segurança pública seria uma prioridade do Estado, contrastada com a insegurança que atualmente grassa. Em verdade, porém, a presença de agentes públicos nas ruas servia não à pacificação tal qual querida pela população, mas ao controle social, apoiando diversas das violações de direitos humanos que ainda hoje se busca esclarecer. Enquanto outras nações, como a Alemanha, fazem questão de não esquecer das atrocidades do passado, o Brasil, por não cultivar sua própria história, corre o risco de incorrer nos mesmos equívocos do pretérito, em virtude de um saudosismo irrefletido.

Há unanimidade na conclusão de que essa classe de acontecimentos é inesquecível: suas circunstâncias são repisadas à exaustão, suas personagens são objeto de obras literárias e cinematográficas, reportagens televisivas alusivas são transmitidas a cada aniversário do fato. Não há contestações à sua relevância ou ao nível de perturbação à paz social produzido. Seu impacto é intenso, confundindo-se com a história de um povo ou de toda a humanidade. O interesse público, nessas situações, não encontra limitação na contemporaneidade do fato.

Em escala mais reduzida, contudo, a história (do Brasil, inclusive) reserva uma longa lista de crimes igualmente inesquecíveis, que geralmente só adquirem repercussão por influência da mídia. Trata-se de infrações involgares, sem qualquer ineditismo, envolvendo circunstâncias como a relação de proximidade entre o perpetrador e a vítima, o grau de frieza empregado pelo agente, os folhetinescos requintes de crueldade verificados na sua execução ou a simples quantidade de sujeitos atingidos acabam chegando ao conhecimento das comunidades mais distantes graças à intervenção dos noticiários. Em sua maioria, tiveram motivação passional, política ou econômica, distantes de preconceitos raciais ou étnicos ou imbuídos do intuito de subjugação coletiva.

Advirta-se que, em momento algum, pretende-se justificar tais crimes ou lhes reduzir a carga de ilicitude, sob o viés do discurso abolicionista e patriarcal tão prevalente no Brasil, em que se confere muito mais importância ao perpetrador do que à vítima. O que se afirma é que a culpabilidade deve ser devidamente apurada em processo judicial, impondo-se a pena de forma proporcional e com o rigor característico do Estado Democrático de Direito, mas que, depois de cumprida a sanção correspondente, deve-se investigar a constitucionalidade da nova invasão nos direitos fundamentais do condenado, que, ao menos em princípio, já teria esgotado a reprimenda que lhe competia, por outros particulares.

### **3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Otávio Luiz Rodrigues Júnior identifica no magistério de Edson Ferreira da Silva a primeira manifestação da doutrina brasileira acerca da inclusão do direito ao esquecimento aos conceitos de vida privada, lembranças pessoais, intimidade do lar e outros correlatos, no ano de 1993. Também refere que, em 2004, Carlos Affonso Pereira de Souza escreveu sobre o direito ao esquecimento como limitador da abordagem jornalística de fatos cri-

minosos diante do princípio da ressocialização, havendo pleno interesse público em reportagens que tratem de “crimes históricos, como os grandes genocídios”<sup>11</sup>.

A Lei nº 5.250/1967, popularmente conhecida como Lei de Imprensa, já tipificava como crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tivesse cumprido a pena a que tivesse sido condenado em virtude do seu cometimento, conforme previsão de seu art. 21, §2º. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, julgou que o diploma legal não havia sido recepcionado pela Constituição Federal vigente<sup>12</sup>.

Os juristas reconheceram no direito ao esquecimento um campo de estudo extremamente relevante. Na VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013, os estudiosos presentes aprovaram a seguinte proposta de texto:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados<sup>13</sup>.

Releva-se a exceção formulada na construção: não há propriamente um direito à extinção de informações, apenas um obstáculo a sua nova veiculação, quando não atenda ao interesse público. Não são poucas as tentativas de pessoas, inclusive públicas, que pretendem proibir o acesso à determinada informação verídica armazenada no passado. Nesse sentido, o enunciado é bastante coerente: a reutilização das informações é que deve

<sup>11</sup> RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Brasil debate o direito ao esquecimento desde 1990. Consultor Jurídico. São Paulo: 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6054111>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>13</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

atender ao interesse público presente, mas a tentativa de exclusão dos dados pretéritos adequadamente obtidos e difundidos é infundada e inviável.

O primeiro caso de repercussão a alcançar os tribunais brasileiros com relação ao direito ao esquecimento envolveu uma socialite, vítima de homicídio em 1976, que resultou na condenação do denunciado. O programa televisivo Linha Direta, da Rede Globo, recontou a história em 2003. Embora o autor da infração penal tenha conseguido liminar para evitar sua transmissão, ela acabou sendo revogada e a reportagem foi ao ar. Posteriormente, o interessado pleiteou indenização, que foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob o argumento de que a garantia da liberdade de expressão da emissora não poderia ser afetada pela pretensão ventilada. O feito não chegou às Cortes Superiores<sup>14</sup>.

Na interessante exposição de Otávio Luiz Rodrigues Júnior, encontram-se informações acerca de alguns precedentes internacionais que abordam o tema. Exemplificativamente, em 1983, na Suíça, no julgamento do caso *Imniger*, o Poder Judiciário local vetou que um documentário que abordava a história do penúltimo homem condenado à pena de morte naquele país, em 1939, fosse transmitido, atendendo ao requerimento de seus familiares<sup>15</sup>.

Na decisão do caso *Lebach 1*, que data de 1973, na Alemanha, referenciado pelo Superior Tribunal de Justiça, os responsáveis pelo assassinato de quatro militares conseguiram impedir a veiculação de um programa a respeito do fato, que seria exibido em data vizinha à sua soltura. A pretensão foi rejeitada em duas instâncias até ser finalmente acolhida pela Suprema Corte, com base na ausência de atualidade dos fatos. Não sendo contemporânea, considerou-se que a liberdade comunicativa poderia sofrer limitações em razão do dano à personalidade potencialmente causado, porquanto a exibição da reportagem justamente nas proximidades da retomada da liberdade pelos condenados equivaleria a condená-los novamente perante a opinião pública<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> CONSULTOR JURÍDICO. *Doca Street não terá de ser indenizado pela Globo, confirma TJ-RJ*. São Paulo: 12 jun. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jun-12/doca\\_street\\_ nao\\_indenizado\\_globo](http://www.conjur.com.br/2006-jun-12/doca_street_ nao_indenizado_globo)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>15</sup> RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ*. Consultor Jurídico. São Paulo: 25 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097-RJ. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

A solução para o caso Lebach 2, de 1999, em que outra emissora de televisão pretendeu transmitir documentário acerca do fato, foi diversa: considerando que os riscos à ressocialização haviam sido reduzidos pela passagem do tempo, permitiu-se a veiculação da reportagem, sobretudo porque a abordagem conferida ao evento não guardava qualquer sensacionalismo (o que não havia sido respeitado no precedente anterior). Embora não se tenha a correta noção de como ocorreu, informa-se que os nomes e as imagens de alguns dos envolvidos teriam sido protegidos de desnecessária exposição, o que atendeu ao interesse público incidente sobre o fato sem invadir seus direitos de personalidade<sup>17</sup>.

Atualmente, o direito ao esquecimento serve como sustentação para as pretensões mais singelas. Qualquer informação que se pretenda retirar dos mecanismos de busca na internet, por exemplo, pode ser objeto de requerimento individual. Embora não haja tratamento legal específico para a matéria, a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, no art. 7º, inciso I, assegura aos seus usuários a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, entre outras disposições, o que pode ser incorretamente interpretado como um permissivo para o apagamento integral do passado.

Em que pese essa lacuna, o Direito Constitucional, ao se desgarrar de uma concepção literal dos diplomas legislativos, que limitava a ciência à mera positivação, pacificou a afirmação de que os direitos fundamentais não se restringem às previsões textualmente dispostas. O significado material que merece a palavra “Constituição” encontra-se irradiado por todo o ordenamento jurídico, de modo que não há uma limitação de direitos, catálogo de permanente construção.

Assim, em face do caráter aberto do elenco, a compreensão de um direito ao esquecimento, que, em um primeiro momento, parece limitada à solução de um conflito entre princípios opostos, pode representar a exteriorização de uma nova faceta de algum valor já existente, sendo defensável até mesmo o entendimento que o considere como um *novo* direito fundamental<sup>18</sup>. Sob outro prisma, posições contrárias ao seu enquadramento neste rol buscam evitar que pretensões individuais sem qualquer critério

---

<sup>17</sup> RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. Consultor Jurídico. São Paulo: 25 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protexao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>18</sup> MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; Curso de Direito Constitucional. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 275.

comecem a ser deduzidas (e, pior, acolhidas) em sede judicial, cautela que também merece consideração<sup>19</sup>.

Na jurisprudência brasileira, a primeira oportunidade em que as Cortes Superiores se debruçaram sobre o tema aconteceu no julgamento conjunto de dois precedentes pelo Superior Tribunal de Justiça, relativos aos casos Chacina da Candelária e Aída Curi.

No primeiro, objeto do Recurso Especial nº 1.334.097-RJ<sup>20</sup>, a Globo Comunicações e Participações S/A transmitira programa acerca do fato, treze anos depois de sua ocorrência, tendo citado o nome dos envolvidos, inclusive do autor, que restara absolvido pelo Tribunal Popular, expondo-o novamente a uma situação vexatória que já restara afastada pelo Poder Judiciário. Reacendeu-se, a respeito do autor, a imagem de chacinador, bem como o ódio social, que afetou sua vida profissional e a tranquilidade de sua família. Assim, pleiteava indenização em virtude de diversos constrangimentos causados, como a desconfiança provocada em seus pares e sua não admissão em um prospectivo emprego em decorrência da reportagem.

A sentença da 3ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ concluiu pela improcedência da demanda; o Tribunal de Justiça do Estado, por sua vez, reformou-a para conferir-lhe provimento, tendo a ré sido condenada ao pagamento de reparação pecuniária, razão pela qual foram manejados recursos especial e extraordinário.

O voto do relator, Min. Luís Felipe Salomão, é modelar. Retrata com fidelidade não só a complexidade da questão, mas também a competência da Corte para exercer jurisdição constitucional no âmbito do recurso especial quando o ponto em exame decorra de má compreensão do sistema. Salienta tratar-se de “litígio de solução transversal”, exigindo a intervenção dos Direitos Civil e Constitucional, sobretudo, na solução do conflito entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.

Com base em Zygmunt Bauman e Paulo José da Costa Júnior, esclarece estar ocorrendo a eliminação da fenda antes existente, que separava

---

<sup>19</sup> FREITAS, C.T. e MENEGUETTI, P. G. Direito fundamental ao esquecimento é insustentável. Consultor Jurídico. São Paulo, 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-fundamental-esquecimento-afirmacao-insustentavel>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097-RJ**. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

as esferas do público e do privado, como um “dano colateral da modernidade líquida”. A privacidade passa a ser um elemento compartilhável no espaço coletivo, tanto pelo seu detentor quanto por qualquer terceiro que venha a ter conhecimento de algum dado inserido nessa órbita reservadíssima. Prescinde-se, ademais, do consentimento do interessado para sua utilização, que acaba ocorrendo de maneira incontrollável e sem garantia de que seu conteúdo não será deformado.

Ao mesmo tempo em que reconhece, com veemência, a liberdade de informação, recrimina sua eventual hipertrofia, quando ofensora da dignidade humana, postulado que reconhece o ser como fim em si mesmo, expressão máxima da filosofia de Immanuel Kant. Em regra, o sistema comporta “uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana”, o que não impede valoração diversa conforme as particularidades incidentes sobre situações concretas.

No que tange à suposta historicidade das infrações penais, efetivamente verifica haver íntima conexão entre o retrato dos valores éticos de determinado momento e os crimes cometidos ao longo do tempo. Contudo, sustenta também a artificialidade em algumas de suas manifestações, “obra da exploração midiática exacerbada e do populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões”, que não é desenvolvida em atenção ao dever de informar, com fundamento de validade no interesse público. As pautas jornalísticas, ocultas à população comum, muitas vezes consagram interesses escusos, vontades políticas e até mesmo a subjetividade de seus profissionais.

Escudado em bibliografia específica, revela que o programa televisivo em que foram veiculadas as informações objeto da ação judicial empregava artifícios abusivos, como o estilo da dramatização, a semelhança entre o ator e o suposto perpetrador e os recursos visuais e auditivos nele constantes, produzindo uma aparente coerência da versão exibida em sua integralidade, que dificilmente corresponde à realidade da investigação e do processo criminal, repletos de dúvidas e discrepâncias.

Assim, a alegação de historicidade não pode irrefletidamente obstar à aplicação do direito ao esquecimento, porquanto, em tantas oportunidades, é meramente fabricada pelos meios de comunicação. Pelo contrário: pode representar um “corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia”.

Com relação à presença do interesse público, o Ministro Relator evidencia que qualquer delito o possui, em virtude da própria natureza da conduta contemplada pelo Direito Penal, havendo nítida distinção entre o legítimo interesse público e o mero interesse do público, como já se defendeu neste trabalho em seção anterior. Este pode ser (e com frequência o é) extremamente volátil, punitivista e desconectado dos valores preconizados pela Constituição Federal.

O julgado relata alguns dos casos internacionais, ainda há pouco explorados neste trabalho, nos quais restou acolhida a tese do direito ao esquecimento mesmo sem fundamento legal expresso, do que se conclui ser passível de aplicação também pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as cláusulas abertas que nele são prestigiadas.

Além disso, o Min. Salomão tece uma analogia entre os ramos consumerista e criminal: ninguém cogita da exposição pública do devedor que constou em um cadastro de crédito depois de escoado o prazo em que era lícito nele manter seu nome. Assim, a veracidade não representa a única baliza que autoriza a divulgação de qualquer dado, por mais singelo que seja. Nesse mesmo sentido, refere a existência da reabilitação criminal e a determinação de exclusão das condenações anteriores dos registros do sentenciado após o cumprimento da pena como institutos correlatos, de pacífico acolhimento jurisprudencial.

Afirma-se que o direito ao esquecimento se mostra também como um direito à esperança, em consonância com os princípios da ressocialização e da presunção de inocência. Ressalva da oponibilidade do esquecimento os crimes naturalmente históricos, como os “grandes genocídios”, que não devem ser relegados ao olvido em virtude de sua importância para o avanço dos padrões ético-jurídicos da comunidade.

Afora os pontos teóricos acima aventados, no caso concretamente posto a exame, o julgador entende que teria sido perfeitamente possível recontar a história da Chacina da Candelária sem expor o nome e a imagem do autor da ação, que constituiria uma ponderação de valores adequada a conferir a melhor solução do conflito. Sua manutenção na reportagem acarretou renovada desconfiança acerca de sua personalidade, uma vez que “a receptividade do homem médio brasileiro” aos noticiários reforçou não a sua condição real de absolvido, mas a de suspeito ou indiciado, comprovadamente equivocada.

Decreta, ao final, que o direito ao esquecimento deve ser reconhecido na espécie, já que o programa, assistido pelas pessoas comuns sob as lentes dos “valores sociais” da contemporaneidade, teria transformado um “inocente injustamente acusado” em um “culpado acidentalmente absolvido”. Resumindo o julgado, a decisão foi unânime no sentido de reconhecer o direito ao esquecimento de um acusado que restou absolvido da imputação, garantindo-lhe, por conseguinte, importância pecuniária a título de indenização por danos morais.

Entende-se que a aplicação do direito ao esquecimento ao caso analisado é consentânea com a ordem constitucional vigente. Se a ressocialização é um objetivo reservado aos condenados por infrações penais durante e depois do cumprimento da reprimenda, conforme os tantos dispositivos legais já citados neste trabalho, o que dizer da necessidade de se proteger a figura de um acusado que, ao cabo do processo penal, tenha sido absolvido da imputação.

Concomitantemente ao feito anterior, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.335.153-RJ<sup>21</sup>. Na ocasião, irmãos de Aída Curi, vítima de estupro seguido de homicídio em 1958, ingressaram em juízo contra uma rede de televisão que veiculara reportagem a respeito do crime (contrariando notificação extrajudicial dos autores para que não o fizessem), alegando danos morais pelo sofrimento que lhes teria sido novamente imposto, além de lesão material pelo enriquecimento ilícito da ré, que teria explorado a imagem da ofendida, tanto tempo depois do delito, com suposto propósito comercial, uma vez que o programa se destinava a um público telespectador.

Em primeiro (47ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ) e em segundo grau (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro), a sentença de improcedência foi, respectivamente, proferida e depois mantida, ao que sobrevieram recursos especial e extraordinário por parte dos demandantes.

Em razão do julgamento conjunto, a pesquisa realizada e a linha argumentativa desenvolvida pelo Min. Luís Felipe Salomão, novamente relator, foram quase integralmente mantidas. Acrescenta-se o reconhecimento de que também as vítimas de crimes e seus familiares possuem o direito de

---

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153-RJ. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=2011100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 jun. 2016

serem protegidas da exposição de fatos pretéritos que tenham sido realizados em seu desfavor. Do contrário, haveria uma séria incoerência no sistema, conquanto é reconhecido ao perpetrador, o responsável pelo fato típico, ilícito e culpável, idêntico direito.

Entretanto, o julgado considera que a suposta repercussão nacional que o delito adquiriu à época inviabilizaria que fosse conferida proteção à personalidade da vítima na mesma proporção, uma vez que é sua a figura mais associada à infração, o que a tornaria indissociável da abordagem do crime por qualquer meio de comunicação. Exemplifica, aduzindo que seria impossível falar do caso Dorothy Stang sem citar seu nome, por exemplo. Nessa toada, o Ministro afirma que a narrativa em exame entrou para o domínio público, “de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi”.

Destarte, a fundamentação favorável à existência do direito ao esquecimento é reafirmada, inclusive referindo a historicidade fabricada pela imprensa e as artimanhas abusivas dos programas do gênero, mas a solução, ainda assim, é negá-lo no caso concreto, porque, supostamente, não teria havido “essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime”.

Em suma, o referido julgamento foi concluído em sentido oposto à pretensão dos autores: referiu-se que a historicidade do fato impossibilitaria seu esquecimento, não sendo possível à imprensa fazer referência ao “caso Aída Curi”, de domínio público, sem que dela se falasse, ausentando-se seu nome da matéria ou lhe omitindo a imagem. Atendendo-se à notoriedade da ocorrência, afastou-se, igualmente, o entendimento segundo o qual o uso indevido da imagem configuraria dano moral *in re ipsa*.

Desse modo, por apertada maioria (três votos a dois), rejeitou-se o suposto dever de indenizar, principalmente pelo decurso do tempo, cuja passagem alegadamente diminuiria a dor da família de forma gradual. Além disso, a obrigação reparatória não seria simplesmente presumida mesmo na hipótese de o direito ao esquecimento ter sido reconhecido, já que dependente de fatores não comprovados nos autos.

Não há como não criticar algumas das questões suscitadas no julgado. Destaca-se que a postulação indenizatória não merece qualquer destaque no bojo desta obra, restando-lhe apenas cotejar as ilações que façam referência ao interesse público. Há de se dissociar, assim, os diferentes fundamentos do esquecimento e da reparação. O fio condutor do julgamento é favorável ao primeiro (mormente quando repete a fundamentação cons-

tante do julgado anterior), mas o rejeita no caso concreto, do que decorre a ausência de qualquer valor pecuniário devido aos postulantes.

É bastante discutível a afirmação de que à vítima não socorre o direito ao esquecimento em razão de seu nome estar vinculado à infração penal, sobretudo quando a notoriedade não é natural, mas fabricada. Conforme o posicionamento defendido nestas linhas, somente a eventualidade de um acontecimento realmente histórico, o olvido não mereceria cogitação, o que não parece ser o caso.

A ocorrência foi grave, seguramente, mas ordinária, não guardando particularidades que a diferenciasses de outras que se sucederam em períodos próximos. A identificação da ofendida poderia ter sido, no mínimo, mitigada, com a adoção apenas de suas iniciais, a omissão do seu sobrenome ou a ausência de fotografias suas, sem que isso implicasse qualquer censura à atividade jornalística. O evento até pode pertencer ao domínio público, mas às pessoas deve-se reconhecer uma fração de intimidade insuscetível de apropriação coletiva.

Encerrando a apresentação do precedente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de Repercussão Geral no caso, havendo controvérsia constitucional relevante, consubstanciada, basicamente, no embate entre o direito de informação e a dignidade da pessoa humana<sup>22</sup>. Por se tratar da primeira ocasião em que a Corte Máxima adentrará profundamente na discussão do direito ao esquecimento, aguarda-se seu pronunciamento com ansiedade, ainda que não esgote a questão, já que limitada à exploração televisiva da imagem da vítima, o que constitui apenas fragmento da real aplicabilidade do instituto em comento.

#### **4 PARÂMETROS PARA O DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Conforme apontado em momento anterior, parece correto afirmar que o interesse público não necessariamente desaparece com a passagem do tempo em determinada espécie de acontecimentos tutelados pelo Direito Penal. Abrangem atos terroristas, genocídios, guerras, torturas e desaparecimentos forçados, entre outras infrações de incontestável gravidade. Essa espécie de delitos está agrupada no presente trabalho sob a alcunha

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248-RJ. Rel. Min. José Antônio Dias Toffoli. Brasília, DF, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4623869>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

de “violações de direitos humanos”, atendendo às Declarações e Convenções de Direitos que assim as consideram.

Pode-se apontar que cada violação de direitos humanos é absolutamente singular, o que justificaria um interesse público perene sobre a exploração midiática tanto dos fatos quanto das pessoas que dela participaram, quer na condição de autores, quer na de vítimas.

Sua historicidade e sua notoriedade são naturais, prescindindo de qualquer sensacionalismo para afirmarem sua relevância social, confundindo-se com a própria narração dos povos. Não se pode contar a história da Alemanha sem citar as atitudes de cada integrante do Partido Nazista. O combate às organizações criminosas na Itália é inexplicável sem que se revele tanto o nome dos mafiosos presos quanto dos juízes brutalmente assassinados. Não se consegue falar da América Latina sem referenciar seus ditadores, seus regimes militares e as incontáveis pessoas que foram subtraídas de suas famílias por meras suspeitas de participação em atividades contrárias ao interesse dos detentores do poder.

Por esse motivo, sua lembrança é imprescindível. Fornecem não apenas um quadro estanque acerca das valorações morais de uma comunidade em determinado momento histórico, mas também constituem o norte a partir do qual certas atitudes passaram a ser tomadas, tendentes à repressão de novas ocorrências semelhantes. É evidente, por exemplo, que a existência de tantos monumentos alusivos ao nazismo na Europa não visa a exaltar os feitos dos seres humanos que participaram daquela época, mas a sensibilizar os indivíduos que hoje vivem dos horrores que aconteceram, de modo a não os repetir. Presta-se, portanto, à utilidade social, constituindo um legado intergeracional.

Isso não significa uma apologia à leviandade ou à incompetência na apresentação dos dados por parte dos profissionais do jornalismo. O mínimo que se espera de qualquer notícia é a verossimilhança, de modo a, concomitantemente, não importar em censura ao exercício da liberdade de imprensa ou em abuso do direito de informar. A suspeita de prática de uma violação aos direitos humanos, quando não se funde em nenhum elemento concreto, pode representar violação suficiente para ensejar a intervenção do Direito Privado na reparação da lesão provocada ou na retirada de conteúdos flagrantemente inverídicos.

É curioso que, enquanto na maioria dos acontecimentos o esquecimento é uma atitude que possibilita a superação dos traumas, nas viola-

ções de direitos humanos a ausência de memória provoca um incômodo intenso no meio social. No Brasil, a Comissão Nacional da Verdade foi criada justamente para satisfazer a necessidade de elucidar os delitos cometidos no período militar. Ao revisitar os eventos, exorcizam-se os demônios do passado e a reconciliação histórica acontece, mesmo que o processo penal não possa ser movido ou que a sanção não mais seja executável.

Ressalva-se, por óbvio, a necessidade de proteção da intimidade de pessoas envolvidas por razões superiores, como os programas de proteção a testemunhas. Justificar-se-ia, por exemplo, que nenhuma imagem de um indivíduo que presenciou determinados acontecimentos fosse veiculada nos meios de comunicação sempre que sua integridade deva ser garantida pelo Estado como contrapartida, mesmo depois do encerramento do processo.

Por outro lado, as infrações que não guardam qualquer especificidade que provoque perturbação extraordinária no meio social merecem algumas relativizações no tocante ao seu tratamento, considerando que tais situações, embora indesejadas e demandantes da intervenção da tutela penal, são repetidamente verificadas no contexto social.

A veiculação de notícias acerca de qualquer delito não pode ser impedida. Há interesse público na sua investigação, no seu processamento e no seu desfecho, por representar uma quebra da ordem pública. A utilidade social é latente: noticiar infrações penais representa construir um retrato da criminalidade, de modo a incentivar comportamentos por parte da população e do Poder Público. O direito ao esquecimento não pode significar a exclusão da liberdade jornalística e do papel cidadão da mídia.

A fórmula compatibiliza os direitos fundamentais em conflito de maneira bastante harmônica: a liberdade de imprensa é plena enquanto há interesse público na notícia, mas a ausência de historicidade (reservada às violações de direitos humanos) ou de contemporaneidade (quando a sanção ao crime tenha sido esgotada ou inexistente) impede que a notícia contenha informações irrelevantes para o direito de informar, como o serão o nome e a imagem dos envolvidos.

Resta investigar o que deve ser feito quanto às notícias passadas ainda disponíveis em bases de dados. O direito ao esquecimento vem sendo utilizado para fundamentar pedidos de exclusão de conteúdos na rede mundial de computadores, por exemplo, mesmo que tenham sido produzidos em um contexto de total licitude, como o é a liberdade jornalística. Noticiar

novamente um crime passado pode ser antijurídico, mas poderia haver uma espécie de ilicitude retroativa, que atinja notícias legitimamente produzidas, apenas porque a pena foi cumprida ou a acusação não foi admitida?

Ainda no que se refere ao acontecimento solitariamente considerado, o posicionamento aqui adotado é contrário à retirada de informações pretéritas relativas a infrações penais. O direito ao esquecimento deve tutelar sua nova exposição quando o interesse público não reclame a revisão do fato, mas não se pode exigir que as notícias anteriores disponíveis em certas bases de dados sejam excluídas. A retirada de informações dos mecanismos de busca da rede mundial de computadores, por exemplo, é um fenômeno recente, não se logrando precisar o quanto da história coletiva pode restar apagada. Considerando o incalculável volume de informações produzidas diariamente, pode-se estar diante de um desastre como o da biblioteca de Alexandria, em que boa parte dos conhecimentos clássicos foi incendiada, só que, desta feita, *digital*. O direito ao esquecimento busca proibir que o sentimento de desprezo pelos envolvidos seja reacendido, o que não significa um direito subjetivo a que se apaguem todos os registros do crime.

Referem-se, aqui, as percucientes palavras de Alexandre Fidalgo:

Registre-se também que não se pode aceitar que publicações realizadas ao tempo do fato possam ser objeto de censura, com a determinação de que nomes e registros sejam suprimidos ou mesmo abreviados da informação simplesmente pela facilidade de acesso deles pela rede mundial de computadores. A nosso ver, essa última hipótese não constitui aplicação da tese do direito ao esquecimento, mas sim uma nova versão da historicidade da vida<sup>23</sup>.

Além disso, as bases de dados podem servir a outros propósitos legítimos, como os científicos e os acadêmicos. O que se deve preservar é o esquecimento dos envolvidos com vistas à harmônica convivência social, mas não o olvido das ocorrências em si. O que se falou a respeito de um fato deve pertencer enterrado no passado, o que não significa que ninguém possa escavá-lo, desde que esteja imbuído de intenções lícitas. Como se sustentou tanto no caso Chacina da Candelária quanto no caso Lebach 1, fazia-se plenamente possível que a situação fosse integralmente retratada

---

23 FIDALGO, Alexandre. Direito ao esquecimento não pode ir contra evolução trazida pela tecnologia. **Consultor Jurídico**: São Paulo: 06 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-06/liberdade-expressao-direito-esquecimento-nao-ir-evolucao-tecnologia>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

do início ao fim da reportagem sem que se fizesse referência pessoal a qualquer dos investigados. Contudo, ao se apagar uma notícia sem critério, por requerimento ou por ordem judicial, informações importantíssimas podem ser obliteradas conjuntamente, o que não se mostra legítimo. O direito ao esquecimento não pode se reduzir a um direito de apagar (*right to erasure*) indistintamente<sup>24</sup>.

Nesse sentido, o direito ao esquecimento pode comportar uma face-ta oposta: *um direito à memória adequada*. O réu condenado por um delito não poderá requerer a retirada de todas as notícias sobre o crime que cometeu de determinado site, por exemplo, mas poderá pedir que se acrescente informação acerca do cumprimento posterior da pena, se for de seu interesse. Também o acusado que restar absolvido da imputação pode requerer o acréscimo desse dado em eventual reportagem que fizesse menção ao seu indiciamento. Caso o evento tenha sido noticiado em um jornal, é legítimo que solicite a inclusão de uma nota editorial nas mesmas proporções das reportagens que deram conta da propositura da ação penal. Os exemplos, enfim, são múltiplos. Abonando a posição que aqui se defende, referem-se as palavras de Manoel Pereira:

A preocupação com o outro (noticiado) nem sempre ganha o valor devido. Isso porque não é, *prima facie*, notícia de impacto. Consequentemente, de baixa audiência. Esse desleixe com o outro (noticiado) nem sempre é feito conscientemente, mas, sim, pela contingência do mercado de consumo e necessidade de mais e mais produção (...).

Em razão disso, não há que esperar que os jornalistas atualizem por conta própria notícias produzidas há anos. Não há, infelizmente, que esperar que o fato do mundo vinculado a uma pessoa, retratada no passado, seja lembrado pelo jornalista anos depois, caso não renove a repercussão social que o assunto anterior proporcionou. Para tanto, necessário se faz a atualização da notícia por mero pedido (direito constitucional de petição) da pessoa realizadora da conduta ou do legalmente interessado, ao responsável pelo site, decorrente da disponibilidade do direito invocado. Isso caso não seja feita a atualização espontaneamente pelo responsável pela veiculação da notícia<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados. Consultor Jurídico. São Paulo: 04 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>25</sup> PEREIRA, Manoel Messias Dias. Atualização equilibra liberdade de expressão e privacidade. Consultor Jurídico. São Paulo: 03 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-03/atualizacao-noticias-equilibra>>.

O caminho mais seguro consiste em estimular a retificação das informações incorretas, bem como a complementação das matérias disponíveis na internet, acrescentando-se, por exemplo, o desfecho do caso, de modo a atender plenamente os reclames da veracidade. Preserva-se a memória, ao mesmo tempo em que se mitiga eventual dano aos envolvidos, em vez de enveredar por uma via perigosa, que é a da remoção indiscriminada de conteúdos que podem se mostrar úteis no futuro.

Antes do tratamento direto das diferentes posições em que os envolvidos no crime podem se encontrar, mais um ponto merece análise: a notoriedade dos indivíduos poderia ser um elemento obstatante do seu esquecimento? Exemplificativamente, no processo movido pelos familiares de Aída Curi, o Min. Salomão sustentou que o caso havia caído em domínio público, razão pela qual não haveria de se cogitar do esquecimento dos sujeitos a ele relacionados. Questiona-se, contudo, se tal não teria ocorrido muito mais em virtude da abordagem do delito conferida pela mídia do que por qualquer particularidade do caso concreto ou pelo renome de qualquer pessoa. No caso, a vítima, até então, era desconhecida do grande público.

Noutra senda, conhecida atriz de Hollywood, com suposto quadro de cleptomania, cometeu furtos em lojas de roupas, evento de que a ávida indústria das celebridades jamais cogitou esquecer. Em um exame de consciência, não parece incorreto afirmar que ela terá de suportar o escárnio por um fato criminoso pretérito, considerada sua condição de pessoa pública. O mesmo raciocínio parece antinatural quando o leitor se coloca no lugar de um indivíduo qualquer que tenha cometido a mesma subtração. O que há no bom senso humano ou na tolerância social que torna tão óbvia a diferença entre ambos os crimes?

A resposta juridicamente admissível só pode ser uma: a notoriedade do sujeito (no caso, o delinquente, mas que também poderia ser o ofendido) era *prévia* à infração. A atriz havia estrelado diversas produções cinematográficas de repercussão mundial. O reconhecimento do seu nome e da sua imagem pelo público antecederiam qualquer ato que tivesse cometido. O interesse coletivo não foi fabricado: já existia em momento anterior, em virtude das atividades que desempenhava. Nesse caso, o delito integra o conjunto de elementos que compõem sua personalidade, tanto quanto seu histórico pessoal, seus trabalhos, suas palavras. O mesmo deve valer para

outros atores, políticos, desportistas de renome, apresentadores de televisão e demais pessoas de destaque.

Não sucede o mesmo quando a pessoa é propalada ao “estrelato” somente em virtude da cobertura midiática, sem que possua algum outro predicado que a tenha tornado conhecida. Inexistindo a limitação proposta, qualquer indivíduo, além de ter seus (piores) “quinze minutos de fama” transmitidos nos meios de comunicação, poderia ver sua imagem eternamente associada ao fato. Ao cabo, foi o que o Superior Tribunal de Justiça decidiu no caso Aída Curi, razão pela qual se reitera a crítica.

A notoriedade, aliás, deve ser um parâmetro individualizado. Dessa forma, se um deputado for o perpetrador de um homicídio, à vítima não se deve vedar a aplicação do direito ao esquecimento, ainda que o mandatário eleito deva suportar a menção a seu nome e imagem. Do contrário, estar-se-ia admitindo mais uma vez uma notoriedade artificial, que só surgiu a partir do momento em que houve vulneração do direito da vítima. É certo, contudo, que essa situação é a mais controversa, sendo tradicional que também o polo oposto acabe historicamente marcado pelo acontecimento.

Para as situações apresentadas a seguir, deverá vigor idêntico preceito: a concordância do indivíduo, que já teria direito a ser esquecido, em se ver novamente retratado nos meios de comunicação exclui eventual futuro interesse em vê-lo esquecido, dentro de uma fração razoável de tempo, em obediência ao adágio *venire contra factum proprium non potest*. Impõe-se, entretanto, observação no sentido de que o consentimento se restringe à parte que o concedeu: se o perpetrador aceita participar de uma reportagem especial sobre o crime, não significa que o nome e a imagem da vítima possam ser indiscriminadamente explorados (e vice-versa).

Considerando que a reinserção do egresso do sistema prisional ao meio externo já deveria ter sido atingida durante a execução da reprimenda, parece adequado afirmar que, se as ocorrências passadas não mais podem provocar efeitos sobre outros processos penais, é igualmente legítimo que se suscitem dúvidas quanto à sua utilização sob a alegação de um absoluto direito a informação após a extinção da sanção penal. Essa conclusão foi aceita pelo Tribunal Constitucional da Alemanha no caso Lebach 1.

Uma das funções da pena é a ressocialização. É inegável que o crime representa uma quebra da ordem pública. Os bens jurídicos reclamam preservação. Todavia, a sociedade deve compreender que o ciclo de retribuição deve ter um encerramento. A pena é imposta a um fato criminoso justa-

mente para que o delinquente suporte as consequências do seu ato e contribua para a cessação dos efeitos danosos que ocasionou na comunidade. Assim como a infração não foi jurídica, não há justiça na penalização eterna. Não se pune um mal com outro mal.

A solução do caso Irniger é a preferível, porquanto o Poder Judiciário agiu em antecipação à lesão. Salienta-se, apenas, que uma reportagem acerca do caso poderia ser exibida, desde que protegida a imagem do falecido. Caso se limitasse a afirmar o atual desuso e informar a data das últimas sentenças de morte, por exemplo, não haveria qualquer excesso, sendo plena a liberdade de noticiar.

Discorda-se do desfecho conferido ao caso Lebach 2, em que a passagem do tempo teria tornado lícito que se voltasse a falar do delito cometido. O caso, contudo, possui uma particularidade de relevo: a limitação da abordagem também constituiu um elemento de convencimento dos julgadores com a omissão de nomes verdadeiros ou de determinadas imagens. Esse é o risco de se importar conclusões prontas sem a interferência do contexto: não foi somente pelos anos transcorridos que a reportagem pode ser veiculada, mas também pela forma como o documentário foi dirigido, sem arroubos midiáticos punitivistas, razão pela qual se compreende que o caso não pode representar um passo atrás na proteção dos direitos da personalidade.

O esquecimento representa uma correção de rumos, um direito à esperança, expressão de humanidade que só o constitucionalismo contemporâneo poderia ter concebido. A condenação criminal pode retirar do ser o *status libertatis*, obrigá-lo à reparação, retirar-lhe os direitos políticos, mas o delinquente jamais deixa de ser pessoa, condição que reclama dignidade. Quando a sanção é esgotada, torna ao convívio externo (se é que algum dia o deixou), trabalha, estuda, relaciona-se com outros humanos, cuida da sua família e realiza as inúmeras atividades cotidianas de qualquer outra pessoa. O passado é inalterável, mas deve permanecer isolado; do contrário, constituirá uma recriminação eterna de um fato cuja lesividade já se exauriu juridicamente há muito tempo.

Por absolvido, pretende-se abordar, sob uma mesma palavra, todas as situações que culminem na ausência de imposição de sanção tipicamente penal ao acusado por quaisquer motivos, que podem incluir sua não participação no evento, a prescrição da pretensão punitiva estatal, a insuficiência das provas angariadas no decorrer da instrução ou a aplicação de institutos despenalizadores como a transação penal, por exemplo.

Visualiza-se sem dificuldades que uma nova reportagem acerca do crime pelo qual restou absolvido reabre na comunidade um sentimento de incerteza a respeito de seu caráter e de sua conduta social. É lícito, portanto, que pretenda impedir a veiculação de notícia que novamente o mostre como suspeito de ter incorrido em uma infração penal. Essa limitação é passível de ser exercida ainda que a reportagem informe corretamente que a reprimenda foi rejeitada por tal ou qual razão, já que a mera exposição incute nas demais pessoas a suspeita de que o abordado possa não ser realmente inocente.

Ora, até mesmo a um réu que tenha confessado a prática criminosa pode-se perfeitamente deixar de se proferir uma condenação, bastando que se verifique a prescrição ou a insuficiência probatória, por exemplo. Nem por isso deixará de merecer que seus pares respeitem integralmente sua condição de absolvido, em face do princípio constitucional da presunção de inocência, pretensão extensível às atividades jornalísticas da imprensa.

Caso seja de seu interesse, no exercício do direito constitucional de petição, poderá requerer que a reportagem que continha a informação acerca da investigação, da denúncia ou do processo seja complementada pela decisão superveniente. Ser-lhe-á facultado demandar que a absolvição seja propalada com publicidade semelhante àquela conferida à notícia do crime. É óbvio que não se pretende dizer que, se o delito foi investigado e noticiado por um ano inteiro, se deva exigir que a imprensa publique a informação dando conta da absolvição pelo mesmo período. Ocorre que, atualmente, a diferença é brutalmente desproporcional. Também aqui o direito ao esquecimento deve se converter em *memória adequada*. Assim, a solução do Superior Tribunal de Justiça para o caso Chacina da Candelária é elogiável em sua integralidade.

No tocante à vítima, a questão é mais delicada, posto que não existem referências concretas na legislação penal que sirvam como extinção de qualquer efeito, até porque dificilmente é parte no processo criminal, movido, na esmagadora maioria dos casos, pela Justiça Pública, reservando-lhe mínimas potencialidades de interferência. Deve-se verificar caso a caso eventual lesão aos direitos da personalidade.

Cabe discutir a afirmação feita no caso Aída Curi no sentido de que o nome da vítima é inerente à própria infração penal, tendo caído em domínio público. Como já se defendeu em ponto anterior, por não se tratar de violação aos direitos humanos ou de pessoa pública por circunstâncias

prévias, não se pode sustentar o acerto da posição do Superior Tribunal de Justiça. A notoriedade do caso foi claramente fabricada pela mídia, motivo pelo qual não se concorda com a negação do direito ao esquecimento no caso concreto.

Caso os sofrimentos que a vítima suportou sejam propalados, acaba sendo duplamente penalizada, pois submetida não apenas às consequências do crime, mas também novamente julgada nos ambientes que frequenta, deixando de receber oportunidades de emprego, sendo desprezada nos relacionamentos futuros, rejeitada nos templos que frequentava e uma infinidade de constrangimentos. A questão não é tão simples e só se torna explicável a partir da completa ausência de protagonismo que lhe é reservada no processo penal. O direito ao esquecimento é mais um mecanismo a serviço da correção dessa distorção.

Ainda quando se conclua que o delito não pode ser contado sem a vítima, parece que alguma medida sempre pode ser tomada para que o crime seja revisitado sem ferir suscetibilidades. Mesmo quando pareça ser impossível falar do caso sem fazer alusão a uma personagem, devem-se preferir soluções que a exponham à menor carga de vergonha alcançável, sem o uso de seu nome completo (o Estatuto da Criança e do Adolescente traz previsão nesse sentido, sem que por isso se julguem censurados os meios de comunicação) ou de recursos que possibilitem sua identificação física (sobretudo quando sejam de péssimo gosto, a exemplo de imagens do corpo recém-encontrado, das mutilações ocasionadas pelo crime, chamadas telefônicas que transmitam o desespero da vítima etc.).

Já se afirmou em momentos anteriores que a negação do direito ao esquecimento à vítima seria uma solução incoerente no sistema, porquanto ao réu condenado reserva-se o acolhimento dessa pretensão após o cumprimento da pena. Não haveria justiça em se conceder o beneplácito ao responsável pela quebra da ordem pública e simultaneamente negá-lo aquele que já teve de conviver com os efeitos do crime.

O que dizer, então, da vítima de um crime, noticiado sem contemporaneidade, a quem também socorre a proteção constitucional dos direitos da personalidade. Adotando-se a solução proposta, a sempre presente alegação de cerceamento da atividade jornalística não seria sequer cogitável. Não pode haver interesse público em mais uma invasão da intimidade daquele que sofreu as consequências da infração penal. As exceções já foram apresentadas: além do consentimento do prejudicado, sua incursão em

fato histórico (violação de direitos humanos) e a condição de pessoa notória (conquanto preexistente ao ilícito).

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho versou sobre o direito ao esquecimento de infrações penais, instituto que busca compatibilizar os direitos de liberdade de informação e de personalidade diante da ausência de contemporaneidade de notícias a respeito de crimes cometidos no passado. Procurou-se o equacionamento do problema a partir do Direito Público, especialmente do Direito Constitucional, rejeitando soluções reducionistas de índole privada, como a reparação posterior dos danos causados.

A partir de recursos doutrinários e de decisões judiciais nacionais e internacionais para casos reais, perseguiu-se o objetivo de encontrar parâmetros genéricos para a aplicação do direito ao esquecimento em diferentes situações que possam vir a se apresentar diante do intérprete, a partir dos conhecimentos e precedentes angariados ao longo do trabalho.

Concluiu-se que o direito ao esquecimento não é aplicável a graves violações de direitos humanos, assim entendidos atos terroristas, torturas, guerras, genocídios e desaparecimentos forçados, seja no que tange ao fato propriamente dito, seja com relação aos sujeitos envolvidos, por estarem intrinsecamente relacionados com a evolução da humanidade e dos direitos incorporados ao patrimônio individual e coletivo através de um processo histórico.

No que tange às infrações penais comuns fora do contexto de contemporaneidade, a incidência do direito ao esquecimento deve ser tendente à proteção da intimidade das pessoas envolvidas, diante da abordagem naturalmente sensacionalista conferida pelos meios de comunicação. Aduziu-se que os fatos simplesmente perdem importância, não sendo lícito que sejam revividos pela imprensa sem um propósito social.

Não se deve permitir, ademais, a imediata retirada de informações pretéritas disponíveis em bases de dados físicas ou informáticas, desde que verídicas e produzidas em um contexto de licitude, tendo em vista que o impacto social dessa atitude ainda é desconhecido. Defendeu-se, assim, a ideia de que o interessado possa requerer não a obliteração dos conteúdos existentes, mas a complementação dessas informações disponíveis a seu

respeito, exigindo a publicação de adendo referenciando sua absolvição, por exemplo, pelo que se converte o instituto em exame em um direito à memória adequada.

Ressalvam-se, outrossim, as situações em que o envolvido consinta com a exposição de sua imagem, por se tratar de parcela disponível de seu patrimônio jurídico, devendo ser relativizada igualmente quando se trate de pessoa previamente notória, como desportistas e políticos, que não tenha se tornado uma personalidade pública somente depois ou em razão da conduta perpetrada.

Com relação aos réus condenados pela prática de delitos, a ressocialização é o principal fundamento para a aplicação do direito ao esquecimento, tornando-se, para aqueles, um direito à esperança. Não é admissível que, depois de escoada a sanção imposta, que lhes foi destinada, sobretudo, em caráter retributivo, devam permanecer eternamente marcados como seres humanos menos dignos perante seus pares.

Relativamente àquelas pessoas noticiadas como investigados, indiciados ou imputados que posteriormente venham a ser excluídas dessa condição ao longo dos respectivos procedimentos, deve-se evitar a repetição da injustiça cometida, razão pela qual o direito ao esquecimento age de maneira a resguardá-las da vergonha de se verem novamente submetidas ao escrutínio de seus pares por uma circunstância da qual não decorreu punição alguma.

Quanto às vítimas das infrações penais, a não aplicação do esquecimento traduziria uma incoerência do sistema, já que idêntica pretensão é reconhecida em favor dos delinquentes. A proteção estatal que lhes é destinada deve ser reforçada nesse contexto, impedindo que sejam duplamente penalizados, ora com as consequências do crime, ora com a perene lembrança do sofrimento por parte de terceiros.

Com intenção oposta, aventou-se na jurisprudência ser impossível relatar o delito sem citar o nome do ofendido, formando-se um binômio indissociável. Não se concordou com esta afirmação, visto ser possível abordá-lo com sua omissão completa ou com sua substituição pelas iniciais, limitações determinadas pela lei e seguidas pelos meios de comunicação noutras situações, como as previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhecendo-se que também aqui há um direito fundamental a ser protegido.

Enfim, de tudo o que se expôs, observa-se que o direito ao esquecimento de infrações penais é compatível com a ordem constitucional, logrando equilibrar a balança entre a liberdade de informar e os direitos da personalidade no intuito de resolver os conflitos que inevitavelmente surgem no meio social. Não há um direito fundamental que prevaleça sobre todos os demais em qualquer situação que venha a se apresentar, motivo pelo qual cada caso reclamará certas adaptações de modo a contemplar ambos os valores (informar, sem invadir) de maneira satisfatória.

Nota-se que a Ciência Jurídica ainda não atingiu o perfeito equacionamento do fenômeno. Por um lado, deve-se proteger a história, não se podendo simplesmente apagar os feitos e o passado dos indivíduos, o que significaria a própria obliteração de seus passos sobre o planeta. Sob outra perspectiva, o Direito busca a pacificação social, constituindo seu dever assegurar que não haja injusta discriminação e garantir novas oportunidades àqueles que se viram envolvidos em infrações penais, qualquer que tenha sido a sua posição frente ao ilícito. As vidas das personagens devem seguir em frente e não cabe a terceiros vinculá-las indelevelmente a qualquer evento.

A velocidade da evolução social demonstra que o direito ao esquecimento mal alcançou o estágio da infância, o que exige dos operadores do Direito excepcional prudência e demorada meditação no manejo das informações disponíveis. É necessário estudá-lo profundamente, já que cada vez mais demandas acerca da tutela dos dados alcançarão o Poder Judiciário, sendo aqueles de natureza penal o ponto mais delicado da discussão.

## 6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153-RJ**. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097-RJ**. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Brasília: DF, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248-RJ**. Rel. Min. José Antônio Dias Toffoli. Brasília, DF, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4623869>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. **Doca Street não terá de ser indenizado pela Globo, confirma TJ-RJ**. São Paulo: 12 jun. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jun-12/doca\\_street\\_nao\\_indenizado\\_globo](http://www.conjur.com.br/2006-jun-12/doca_street_nao_indenizado_globo)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

FIDALGO, Alexandre. Direito ao esquecimento não pode ir contra evolução trazida pela tecnologia. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 06 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-06/liberdade-expressao-direito-esquecimento-nao-ir-evolucao-tecnologia>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

FREITAS, C.T. e MENEGUETTI, P. G. Direito fundamental ao esquecimento é insustentável. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-fundamental-esquecimento-afirmacao-insustentavel>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da Moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PEREIRA, Manoel Messias Dias. Atualização equilibra liberdade de expressão e privacidade. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 03 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-03/atualizacao-noticias-equilibra-liberdade-exp-ressao-privacidade>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Brasil debate o direito ao esquecimento desde 1990. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 04 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 25 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 25 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

# SÚMULA: UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO (?). A DITADURA DO PODER JUDICIÁRIO, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DEFENSORIA PÚBLICA COMO AGENTE GARANTIDOR

Camila Mollerke Santos<sup>1</sup>

*Que tal começarmos a exercer o jamais proclamado direito de sonhar? Que tal se delirarmos por um momentinho? Ao fim do milênio vamos fixar os olhos mais para lá da infâmia para adivinhar outro mundo possível.*

*Eduardo Galeano*

**RESUMO:** O presente trabalho tem por finalidade questionar se a atuação do Estado-Juiz, a pretexto de uniformizar o entendimento e trazer segurança jurídica por meio da edição de súmulas, em verdade não o engessa. É feita uma análise sobre dois temas recorrentes e sumulados atinentes ao Direito Penal, bem como a forma como vêm sendo tratados pelo Poder Judiciário. Perquire-se se todo o alardeado é próprio de um Estado Democrático de Direito que parece, no mais das vezes, dar azo a ilegalidades e inconstitucionalidades, sumulando em verdade, a subtração de direitos fundamentais. Por fim, demonstra-se a gritante necessidade de uma Defensoria Pública Independente e Autônoma à preservação das garantias **fundamentais**.

**PALAVRAS-CHAVE:** Súmula Vinculante. Estado Democrático de Direito. Defensoria Pública. Acesso à Justiça.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A função da jurisprudência em nosso Ordenamento Jurídico. 3 A Súmula e a subtração de Direitos Fundamentais. 3.1 Súmula Vinculante Nº 09 do Supremo Tribunal Federal: a não recepção constitucional do artigo 127 da Lei De Execução Penal. 3.2 A Súmula Nº 231 do Superior Tribunal de Justiça e a violação ao Código Penal. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter – Laureate International Universities. Advogada. Aprovada no IV Concurso para ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito, como Ciência Jurídica e Social, deve ser mais social do que jurídico, eis que existe para servir ao ser humano - o seu verdadeiro titular e a causa de sua criação. Aliás, a forma de organização Estatal resta tão impregnada de nuances humanas que inclusive a sua existência, de acordo com a Teoria Contratualista, é atribuída à filosofia. Remonta aos filósofos contratualistas o motivo pelo qual os homens teriam decidido se organizar em um corpo social, colocando, nos dizeres de Cesare Beccaria (2005)<sup>2</sup>, “*em depósito público*” parte de sua liberdade em troca da estimada segurança, abandonando, assim, o estado de natureza, em que homem é o predador do próprio homem. Nasce a figura de um Ente dotado de soberania e legitimado a regular as ingerências humanas (DALLARI, 2005).

Nos primeiros séculos de sua existência o Direito contava com a inteligência sacerdotal para manter a sua vigência, sendo estes reconhecidamente os primeiros juízes da história. Neste período se verifica o culto por uma tradição sagrada e divina, onde, invariavelmente, as decisões proferidas em determinado caso se repetiam sistematicamente, fazendo da Ciência um mero e costumeiro conjunto de decisões judiciais (GUSMÃO, 2005, p.291).

Mais tarde, inspirados pelos ideais iluministas, a humanidade vê a necessidade de codificar suas leis para que se tornassem imperativas e dotadas de força coercitiva. O que se pretendeu aqui, neste período da história, foi essencialmente garantir o cumprimento dos princípios de “igualdade”, “liberdade” e “fraternidade” em voga após a Revolução Francesa e previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>3</sup>. Assim, culmina o Código de Napoleão, que, embora não seja a primeira codificação normativa, é a que influencia a fase do Direito sistematizado em todo o mundo, tendo maior êxito que as codificações anteriores (GUSMÃO, 2005, p.310).

O sistema codificado de leis e adotado pelo nosso atual ordenamento jurídico se denomina *Civil-Law*, em que a Lei é a fonte direta e por excelência da Ciência Jurídica. Em contrapartida, encontra-se o sistema da

---

<sup>2</sup> “Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: ele está, portanto, certo de que qualquer um não quer entregar em depósito público senão a menor porção possível, somente aquela que baste a induzir os outros a defendê-lo. O conjunto desta mínima porção possível forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça é fato, mas não direito. [...]” (BECCARIA, 2005, p.41.)

<sup>3</sup> “Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”

*Common Law*, anglo-americano, que se baseia na reprodução de precedentes judiciais sendo, portanto, a jurisprudência a fonte direta do Direito, relegando à lei um papel secundário (GUSMÃO, 2005, p.311).

Pulando alguns séculos em nossa história, após longos e duros anos para o Brasil, é promulgada em 1988 nossa Carta Maior, a Constituição Federal, a quem todos devem respeito e quem para todos garante direitos. O coração desta Constituinte, artigo 5º, elenca um extenso – e parece inatingível – rol de direitos e garantias fundamentais. O inciso II do referido dispositivo traz de forma imperativa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Garante aqui o Princípio da Legalidade, fazendo-se imprescindível a lei para obrigar o indivíduo a determinado fazer ou não fazer. Para o sujeito, aquilo que não está proibido, está permitido, ainda que implicitamente. Aquilo que não lhe é imposto, não lhe é exigível. A regra é a liberdade.

Na esfera da Administração Pública e seus três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – o Princípio da Legalidade adota a forma inversa. O Poder Público apenas pode realizar atos que estejam previamente autorizados, necessitando, portanto, de lei prévia para o seu agir, de sorte que agir contra a lei, por certo, lhe é vedado. A Legalidade, direcionada à Administração, é forma de garantir o fiel e estrito cumprimento da norma. Ademais, reveste-se de meio de proteção do indivíduo contra ingerências indevidas do Estado.

Consagrado está, ainda, pela Constituição Federal, o Estado Democrático de Direito que guarda íntima e estreita correlação com o Princípio da Legalidade. Desta feita, a pergunta final que se pretende fazer com o presente trabalho é: o Poder Judiciário, ao editar suas súmulas, observa fielmente os preceitos de não atuar contra ou extra legem? A quem cabe a luta pela preservação das garantias subtraídas do indivíduo? Jamais com a pretensão de esgotar o tema – pensamento reducionista em demasia – tecem-se as seguintes linhas a respeito do assunto ora proposto.

## **2 A FUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO**

O vocábulo jurisprudência vem do latim. Composto pelos elementos *jus* e *prudencia*, traduz aquilo que é justo e prudente. Pela literalidade da língua portuguesa significa o “conjunto dos pareceres, soluções, etc, dados pelos tribunais” (ROCHA, 1996, p. 361).

A origem do termo *jurisprudencia* remonta a Roma antiga. Inicialmente o Direito vinha guardado pelos sacerdotes que, como já referido, foram os primeiros juízes da história e assim o fazendo mantinham privilégios e prestígios. (GUSMÃO, 2005, pg.291). Por volta do século IV, a.C., com a publicização do até então segredo sacerdotal – o Direito - surgiu a necessidade de intérpretes, que tiveram por função estudar as leis e responder às consultas que lhes eram feitas. Assim, à interpretação dada por estes Jurisconsultos aos casos que lhes eram apresentados se denominou chamar de jurisprudência (GUSMÃO, 2005, p.129).

Em nosso Ordenamento a Jurisprudência cumpre o importante papel de orientar o entendimento de determinada matéria através de reiteradas decisões. Presume-se que a recorrente discussão sobre os temas e o aprimoramento do conhecimento jurídico que isto traz ao julgador consolida de forma prudente o entendimento nos Tribunais. Paulatinamente se forma um banco jurisprudencial, onde casos semelhantes tendem a ser decididos de forma semelhante em prol do Princípio e Direito Fundamental da Segurança Jurídica e também em atenção à antiga regra de hermenêutica que diz *Ubi eadem ratio ibi idem jus* – onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito – e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* – onde houver a mesma razão de ser haverá de prevalecer a mesma razão de decidir.

A discussão reiterada da matéria posta em julgamento possibilita aos Tribunais que procedam à edição de súmulas. A condensação de julgamentos da mesma forma, sobre a mesma matéria, dá ensejo aos enunciados sumulares que proferem de forma resumida aquele entendimento já consolidado no âmbito do Tribunal. Configura-se, assim, a súmula “*numa expressão de entendimentos reiterados, consolidando uma posição sobre determinado tema, procedimento ou matéria*” (PACHECO, 2013, p. 270).

Com o advento da Emenda Constitucional número 45 se atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência e a prerrogativa para editar súmula com caráter vinculante. A teor do artigo 103-A da Constituição Federal, a Corte Suprema poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre a matéria e mediante a decisão de dois terços de seus membros aprovar súmula que, a partir da sua publicação, terá efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, bem como poderá proceder a sua revisão ou cancelamento.

Assim, após reiteradas discussões acerca da matéria é facultado ao Supremo Tribunal editar súmula capaz de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Direta e Indireta. A não observância do en-

tendimento sumulado de forma vinculante possibilita, inclusive, o manejo de recurso, pela via da Reclamação na forma do artigo 102, inciso I, alínea I, da Constituição Federal.

O objetivo da Súmula Vinculante é por fim à grave insegurança jurídica e à relevante multiplicação dos processos de sorte que ao definir a validade, a interpretação e a eficácia de normas sobre as quais pendam controvérsia atual, uniformizam em tese o entendimento.

Nesse sentido, oportunamente transcreve-se:

*As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária (MORAES, 2006, p.515).*

Note-se, então, que o Sistema Jurídico atual zela e perquire certa uniformidade. A Jurisprudência e, com mais razão ainda, as súmulas simples e as vinculantes exercem relevante papel na arte de dizer o direito. Pretensiosamente uniformizam o pensamento com o anseio de preservar a segurança jurídica e o tratamento igualitário aos seus indivíduos. No entanto merece guarida o questionamento: até que ponto a atividade do Julgador apenas põe fim à insegurança, trazendo uma maneira uníssona de interpretação da norma, sem engessá-la?

Uniformizar significa atribuir forma única. As súmulas têm por relevante função atribuir um único desencadear interpretativo ao entendimento. Contudo, tem-se que não devem ocupar o espaço, tampouco contrariar, a lei proveniente de um processo legislativo rígido ou a própria Constituição. *Assim não o deve ser em razão do atual sistema adotado do Civil Law em que a Lei é a fonte, por excelência, do Direito. Assim não o deve ser porque atenta contra o Estado Democrático de Direito e a separação dos Poderes. Assim não o deve ser porque vige de forma plena e como cláusula pétrea o caro Princípio democrático da Legalidade.*

Desta feita, ousa-se apontar que o sistema jurídico, desenhado como hoje se encontra, resta enraizado de trejeitos próprios de governos monocrá-

ticos que impõem o seu *sentire* de forma absoluta. A pretexto de uniformizar o entendimento as questões tornam-se, ao cabo, sedimentadas de forma quase que perpétuas. E, pior, muitas vezes sem lei prévia que autorize aquele entendimento exasperado – usurpando, o Poder Judiciário, competência Legislativa – ou então afrontando a Constituição Federal ou a Lei – decidindo contra *legem* – ferindo em qualquer caso a Legalidade Administrativa.

A exemplo do aludido, menciona-se a Súmula Vinculante nº 09 do Supremo Tribunal Federal que preceitua que o artigo 127 da Lei de Execução Penal foi recebido pela ordem constitucional vigente, quando em verdade, consoante se demonstrará, claramente não o foi. Ainda, outra grave ilegalidade vem sendo cometida a despeito de uniformizar o entendimento. A Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça aduz que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir a pena aquém do mínimo legal, legislando o Tribunal contra a própria lei federal que deveria resguardar.

A aplicação indiscriminada da súmula cada vez mais nos faz concluir que as peculiaridades do caso podem ser relegadas a nada. Que novos argumentos não terão a atenção das Cortes na medida em que se o entendimento se encontra sedimentado, sedimentado está e parece de nada ou muito pouco adiantar novos requerimentos ou recursos, ainda que se demonstre cientificamente que a lei está do lado oposto. Conclui-se aqui que, se por um lado a Jurisprudência vem cumprindo importante papel de modo a trazer segurança, por outro, promove não apenas a uniformização do entendimento, mas a sua conseqüente imutabilidade, no mais das vezes por longo período. Tristemente, enseja a indiscutibilidade daquilo que pacificou contra ou até mesmo extra lei – situação própria de regimes antidemocráticos.

### **3 A SÚMULA E A SUBTRAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dentro do contexto exarado trazem-se à baila situações recorrentes e importantes para o campo penal. Analisa-se, primordialmente, se o Princípio da Legalidade tem pautado a edição de súmulas que, por vezes, parecem assumir o papel da própria norma. Para tanto, aponta-se dois relevantes e atuais temas que, em que pese teóricos, possuem aplicação prática diuturnamente na lida forense.

O primeiro deles a ser exposto versa sobre a (*im*)possibilidade de perda da Remição de Pena em virtude da prática de falta grave durante a execução penal. Faz-se aqui um contraponto entre a antiga e a nova redação do artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 e a súmula vinculante nº 09 do Supremo

Tribunal Federal, perpassando-se, neste contexto, pela pertinente análise de preceitos constitucionais bem como dos princípios de Execução Penal.

Posteriormente, questiona-se a legalidade da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, que vem dando azo a invariáveis dosimetrias de pena ilegítimas e equivocadas. Aponta-se a violação fatal ao artigo 65 do Código Penal, a preceitos de ordem constitucional e aos princípios de Direito Penal.

A análise dos temas indicados, tratados de forma estanque pelo Poder Judiciário, ao menos até o presente momento, faz-nos crer que se vive em uma verdadeira Ditadura do Poder, onde às questões sobra apenas um ponto final, pretensiosamente querendo calar parte da comunidade jurídica. Critica-se aqui a postura do Estado-Judiciário que ora legislando, ora entendendo contra a lei ou a Constituição Federal, engessa o sistema e fecha os olhos ao processo que lhe cai nas mãos, esquecendo que um processo nada mais é do que uma vida por trás dos papéis.

### **3.1 SÚMULA VINCULANTE Nº 09 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A NÃO RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 127 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

A Execução Penal é ramo da ciência criminal que vem regulada pela Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal (LEP). Dentre os diversos institutos atinentes à Execução Penal se encontra a Remição de Pena. É dado ao condenado que cumpre pena remir, ou seja, descontar parte de sua reprimenda pelo estudo e/ou pelo trabalho.

O trabalho e o estudo configuram direitos e deveres do sujeito que se encontra preso. Cumpre referir que a lei impõe ao condenado, em linhas gerais, apenas um requisito para que faça jus ao seu direito à Remição, qual seja, o efetivo estudo ou o efetivo trabalho, salvo os casos de impossibilidade em razão de acidente, quando então gozará do benefício de forma ficta. Assim, diante do desenvolvimento da atividade laborativa ou didática, comprovado mediante os Atestados de Efetivo Estudo ou Efetivo Trabalho emitidos pelo Diretor da Casa Prisional em que o sujeito se encontra, cumpre ao juiz apenas homologar o pedido pela concessão do benefício, ouvido o Ministério Público. Adquirida e incorporada está a remição, sendo computada como pena cumprida para qualquer circunstância.

A antiga redação do artigo 127 da LEP previa que o indivíduo punido por falta disciplinar grave perderia o direito ao tempo remido. O preso, en-

tão, estava sujeito à perda integral do tempo de remição declarada. A violação aos princípios de execução penal e às garantias constitucionais fez com que incansáveis defensores refutassem a lei, anterior à Constituição Federal de 1988, alegando a não recepção do dispositivo.

Diante da grave controvérsia jurídica acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 09 que dá guarida à ilegal perda da remição. Decidiu que o disposto no artigo 127 da LEP foi recepcionado pela ordem constitucional vigente. Perceba-se que triste momento para a Democracia. Pelo guardião da Constituição é dado mais valor à lei anterior a sua vigência do que o que o próprio texto constitucional prega. Ainda, parece ignorar, o Egrégio Supremo Tribunal, os argumentos de grande parte da comunidade jurídica que bate às suas portas. Para tanto, vale-se da edição de súmula com efeito vinculante intentando por fim ou dificultar a discussão do caso concreto, uma vez que o seu efeito prático, repisa-se, é o de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário.

Anos após, em 2011, a Lei nº 12.433 promove importante, mas não suficiente reforma na Lei de Execução Penal. Estabelece um limite temporal para a perda da Remição. Agora o condenado por falta disciplinar grave poderá perder até 1/3 (um terço) do período remido. O dispositivo tem retroatividade para alcançar aqueles que, anteriormente, perderam em maior quantidade ou até mesmo a totalidade dos dias remidos, uma vez que se trata de lei penal mais benéfica.

Ocorre que o atual dispositivo, em que pese trazer um cenário jurídico mais brando, persiste na afronta a Constituição Federal e a princípios caros à execução penal, não bastando a edição de Súmula Vinculante para mudar a verdade dos fatos.

O artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, protegido inclusive pelo manto da Cláusula Pétreia, garante a todos os indivíduos a preservação do Direito Adquirido e do Ato Jurídico Perfeito. O disposto no artigo 127 da LEP afronta o referido comando constitucional, senão vejamos.

Por Direito Adquirido compreende-se um mecanismo de proteção do indivíduo contra a eventual retroatividade *in pejus* da lei. É espécie de direito subjetivo que compõe a esfera jurídica de seu titular, eis que reunidas as condições legais para tanto, ainda que penda de declaração oficial pelo órgão competente. Não importará, portanto, posterior revogação ou modifi-

cação da norma que lhe conferiu o direito anteriormente, uma vez que protegido está o seu direito, podendo gozar dos efeitos jurídicos pertinentes<sup>4</sup>.

De outra parte, o Ato Jurídico Perfeito é aquele que reuniu todos os elementos legais aptos à sua perfeita formação. Na vigência da lei, cumpriu os requisitos impostos à formação do Ato, de modo que, igualmente, lei posterior não lhe atingirá, tampouco lhe subtrairá os direitos que dele se extraem.

Veja-se, portanto, que a perda da remição afronta as garantias do Direito Adquirido e do Ato Jurídico Perfeito. A Lei de Execução Penal impõe ao acusado, para que alcance seu direito à remição, a condição de exercer trabalho ou estudar. Implementado o requisito, adquirido está o direito ao abatimento de pena. Ainda que pendente de manifestação judicial a respeito, o direito à remição já resta incorporado ao patrimônio jurídico do reeducando, uma vez que a condição necessária restou verificada. Assiste-lhe, portanto, o direito subjetivo ao abatimento dos dias – afinal, aquele que trabalha merece ser recompensado.

Não é possível que um fato posterior seja apto a desconstruir o alcance do benefício, isto porque o ato se perfectibilizou na forma previamente determinada em lei, ensejando a aquisição da benesse. Nesse sentido, importa colacionar lição de Célso César Paduani a respeito da inconstitucionalidade do artigo em análise:

A disposição da Carta Magna possui o patamar mais elevado na hierarquia das leis. À vista de que a norma em questão obstaculiza o direito adquirido – não apenas porque lesa obviamente antigos direitos objetivos ou já concretizados e, bem assim e principalmente, porquanto teoricamente inadmite que este venha a consumir-se e seja reconhecido – gera-se a convicção de que o sobredito art. 127 da Lei de Execução Penal engendra incontestemente incongruência diante do texto constitucional (PADUANI, 2002, p. 80).

Ademais à afronta constitucional destacada, imperioso perceber que coadunar com a perda da remição é convergir para uma série de violações aos Princípios insculpidos na Carta Maior, bem como atinentes à Execução Penal.

---

<sup>4</sup> Para Celso Bastos o Direito Adquirido é assim sintetizado: “Constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entretanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra.” (BASTOS, 1994, p.43.)

De início destacam-se os Princípios da Igualdade e da Individualização da Pena. O artigo 5º da Constituição, respectivamente, *caput* e inciso XLVI, os garantem de forma expressa.

Pela Igualdade se tem que todos deverão ser tratados de forma igualitária, na medida de suas igualdades, sem discriminações de qualquer natureza. Fala-se aqui na chamada igualdade material. Não basta mais para garantir a igualdade tratar os indivíduos de forma padronizada, senão que, reconhecendo nas suas diferenças fatores de aproximação. Explica-se: é necessário que haja tratamento igual àqueles que estejam inseridos dentro de um mesmo campo fático e tratamento diverso àqueles que apresentem peculiaridades. Assim é que *“as pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador”* (AVILA, 2009, p. 150). Deste modo, as diferenciações feitas apenas serão legítimas se servirem para, ao final, estabelecer os sujeitos em pé de igualdade, a exemplo das Ações Afirmativas<sup>5</sup>.

No que toca ao comando referente à individualização da pena - que encontra respaldo também na Lei de Execução Penal, artigo 5º - tem-se que configura como um dos meios de concretização do Princípio da Igualdade. No plano legislativo, orienta o Legislador para a fixação dos limites máximo e mínimo de pena cominada. Na esfera do Poder Judiciário norteia o Juiz para que fixe a “pena justa” e no plano executório ou administrativo atua sobre a execução da pena, legitimando as discriminações feitas sobre o condenado com base na natureza do delito, sexo e idade, por exemplo.

Infere-se, portanto, que ambos os princípios guardam íntimo entrelace, uma vez que diferenciar o tratamento e as condições destinadas ao sujeito que cumpre pena é também uma forma de igualá-los. Não há razão, portanto, para encontrar discriminação negativa entre condenados que, a despeito de cumprirem pena no mesmo regime e com mesmo quantum, tenha um deles alcançado a progressão de regime primeiro em razão da remição. Ora, este que primeiro a alcançou assim o fez porque apresentou uma qualidade diferente do outro: sujeitou-se ao trabalho ou ao estudo. Agora imaginemos que ambos se envolvam na prática de falta disciplinar grave. A ambos pesará a existência de um Procedimento Administrativo Disciplinar que poderá os sujeitar a sanções como regressão de regime, alteração de data base e perda da remição, mas apenas, é lógico, esta última para aquele que a implementou. Note-se que não é próprio da Igualdade, tampouco se coaduna com o sentido da Individualização da Pena, apenar

---

<sup>5</sup> Sobre Ações Afirmativas, consultar Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF/DF nº 186.

de forma mais grave aquele que, em princípio, vem atingindo a “ressocialização”, eis que o abandono do ócio pelo exercício de atividade laborativa ou didática é um indício da “recuperação” humana.

De outra banda, pelos ditames da Proporcionalidade e seu viés Proibição do Excesso não se configura proporcional que um fato negativo na vida carcerária do sujeito seja capaz de anular algo tão valioso quanto a recompensa pelo trabalho (ou estudo). Retirar aquilo que já foi implementado por esforço do próprio indivíduo que se encontra em situação hipossuficiente, mormente dentro de um sistema prisional tão carente, é fazer prevalecer o excesso sobre o mérito. É desvalorar sobremaneira uma conduta positiva e valorar de forma significativa algo negativo. Nesse sentido faz-se imperiosa a transcrição de parte do voto do Ministro Marco Aurélio proferido no RE 452.994-7/RS:

A dinâmica da vida é conducente a concluir-se que, passo a passo, com o trabalho e na proporção de um dia de pena por três trabalhados, dá-se em verdadeira ficção jurídica, o cumprimento da pena. Ora, esse aspecto já seria suficiente a ensejar o entendimento sobre a inviabilidade do retorno ao *status quo ante*, afastando-se do cenário jurídico algo já ocorrido e em relação ao qual a sociedade é a maior interessada. Da mesma forma em que a ordem natural das coisas impede a devolução da força despendida pelo preso, inviabilizado fica o cancelamento da retribuição, ainda que parcial. Mais do que isso, a remição é reconhecida mediante pronunciamento judicial, ouvido o Ministério Público. Surge então dado da maior importância e que há sempre de implicar segurança jurídica: a norma do artigo 127 da Lei de Execução Penal, a revelar a perda do direito ao tempo remido, começando novo período a partir da data da infração disciplinar, não se coaduna com a ordem natural das coisas, resultando em retrocesso que contraria as balizas inerentes à dignidade do homem. (RE 452994, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2005, DJ 29-09-2006 PP-00036 EMENT VOL-02249-11 PP-02010 LEXSTF v. 28, n. 335, 2006, p. 518-524)

Por fim, note-se que o sistema constitucional vem desenhado a partir dos pressupostos de Humanização das Penas, Solidariedade e Dignidade da Pessoa Humana. Alvejar o tempo de pena cumprido fictamente, no mais das vezes por meio de PAD's que já restam prescritos e que ensejam demais sanções administrativas é violar os preceitos referidos. *Ipsa facto*,

não se mostra digno e humano que após cumprir com o seu dever o Estado retire do condenado os dias de pena abatidos. Não há que se falar em cláusula *rebus sic stantibus* ou retorno ao *status quo ante*, uma vez que sabido é que o tempo não volta atrás e se ao apenado é possível voltar à situação anterior mais gravosa, não lhe é possível ter de volta o tempo empregado no trabalho ou estudo.

Forçoso concluir, portanto, que inconstitucional a previsão do artigo 127 da Lei de Execução Penal. Ainda, a existência de súmula vinculante também inconstitucional sobre o tema não pode inviabilizar o efetivo debate sobre a matéria – como corriqueiramente acontece dado o seu caráter vinculante. Comprovadamente saltam aos olhos as ilegalidades perpetradas pelo enunciado editado pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que não, o artigo 127 da LEP não restou recepcionado pela Ordem Constitucional vigente. O anseio por punição, a pena como fim e castigo em si mesma e o tratamento do indivíduo preso como uma res de propriedade do Estado são concepções que devem ser abandonadas, para, então, seguir-se à risca os comandos constitucionais e os preceitos de execução penal, fazendo valer o tão falado Estado Democrático de Direito e a Legalidade.

### **3.2 A SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A VIOLAÇÃO AO CÓDIGO PENAL**

O desenrolar da persecução penal enseja, via de regra, dois resultados práticos: a absolvição diante das circunstâncias do artigo 386 do Código de Processo Penal ou a condenação, quando então o Juiz declarará o acusado como incurso nas sanções do tipo penal, fixando a pena a ser cumprida, bem como observando as demais disposições do artigo 387 do mesmo diploma legal.

O método de fixação de pena adotado é o Trifásico, preconizado por Nélson Hungria, vem previsto no artigo 68 do Código Penal vigente. Assim, a pena será calculada em três escalas, quais sejam, pena-base, pena provisoría e pena definitiva, todas devidamente fundamentadas a seu tempo (93, IX, CF).

A pena-base é analisada na forma do artigo 59 do CP. Ao analisar as circunstâncias judiciais o Juiz chegará ao primeiro quantum da pena, partindo do limite mínimo e não excedendo ao máximo cominado em abstrato pelo legislador na fase da individualização legislativa. Em seguida, passa-se à análise das circunstâncias legais - as atenuantes previstas de forma exem-

plificativa ao passo que as agravantes devem sempre estar expressas. Por fim, incidem as causas de aumento e diminuição, conhecidas como majorantes e minorantes.

Importa referir, portanto, que para se obter a pena definitiva é imprescindível percorrer um caminho delineado previamente em lei. Cada fase apresenta suas peculiaridades e sua importância para que se chegue à desejada “pena justa”, não sendo dado ao órgão julgador cominá-la de forma aleatória ou arbitrária, senão que nos limites da Legalidade.

Observe-se de antemão que, se a Legalidade Constitucional garante a todos os indivíduos que apenas a lei lhe imporá deveres e restringirá direitos, a Legalidade em matéria penal possui um alcance específico, de sorte que apenas uma Lei Prévia, Escrita, Estrita e Certa poderá tipificar um fato punível ou justificar uma sanção criminal a maior.

O artigo 5º, XXXIX, CF e 1º do Estatuto Repressivo dispõem que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, expressando importante desdobramento do Princípio da Legalidade, a Reserva Legal. Assim, a lei que institui o crime e a pena deve ser prévia, ou seja, anterior ao fato punível, de forma que resta impossibilitada de retroagir. Aliás, a irretroatividade da lei penal é garantia constitucional (artigo 5º, inciso XL, CF), excepcionada apenas pela retroatividade benéfica. A lei, outrossim, deve ser escrita, vedando-se o uso de costumes para incriminar ou agravar a situação do sujeito. Deve ser, ainda, estrita, de forma que o seu texto legal preveja de forma taxativa a sua incidência, vedando-se ao juízo recorrer à analogia para resolver o caso concreto, a menos que seja in bonam partem. Por último, veja-se que deve ser certa, comando este direcionado ao legislador que necessariamente editará leis certas, garantindo ao jurisdicionado o pleno entendimento da norma, sendo proibida a edição de lei vaga ou indeterminada.

Neste contexto faz-se importante trazer a lume doutrina de Francisco de Assis Toledo:

O princípio da legalidade costuma ser enunciado por meio da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, está última construída por Feuerbach, no começo do século XIX. [...] Presentemente, essa concepção é obtida no quadro da denominada “função de garantia da lei penal” que provoca o desdobramento do princípio em exame em quatro outros princípios [...]. *Lex praevia* significa proibição de edição

de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. *Lex scripta*, a proibição de fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário. *Lex stricta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela Analogia (*analogia in malam partem*). *Lex certa*, a proibição de leis penais indeterminadas. (TOLDO, 1991, p. 21-22).

Assim, resta nítido e claro que apenas a Lei proveniente de um Procedimento Legislativo prévio, que seja anterior, escrita, estrita e certa pode influir na vida do indivíduo, mormente quando se trata da incidência do *jus puniendi* na esfera individual. Observe-se, portanto, que os órgãos julgadores, a despeito de exercerem o poder de julgar dentro de sua discricionariedade – e aí também de fixar a pena - estão limitados pela Legalidade/Reserva Legal, de modo que discricionariedade em nada pode ser confundida com arbitrariedade. O respeito à norma é implícito dever, obrigação, direito e próprio do Direito.

Dito tudo isto se volta à análise da fixação e dosimetria da pena. Após sopesar circunstâncias judiciais, é o momento de dosar a pena provisoría, considerando-se as legais. Porque a Legalidade vige e porque a Reserva Legal é também garantia do cidadão, a pena apenas pode ser agravada diante da existência explícita da agravante. Assim, os artigos 61 e 62 trazem de forma taxativa as circunstâncias agravantes que incidirão na segunda fase da dosimetria. A seu turno, os artigos 65 e 66 trazem rol exemplificativo, porém imperativo, fatos que, de qualquer modo, atenuarão a pena do agente.

Mais especificamente o artigo 65, CP, dispõe que a pena sempre será atenuada diante daquelas circunstâncias que elenca, tal qual menoridade e confissão. Ora, o advérbio *sempre* traduz a ideia de algo que acontece “*sem cessar; todo o tempo (o passado, o presente e o futuro)*” (RUTH, PERES, 1996, p. 563). Assim, com o perdão da redundância, tem-se que se a lei penal diz que a pena sempre será atenuada, ela sempre deverá ser atenuada naqueles moldes descritos. Não é permitido ao Juiz, quando da dosimetria da pena, olvidar a atenuação seja porque razão for, uma vez que se por um lado a lei descreve um comando ao julgador, por outro concede um direito subjetivo ao acusado.

Neste ponto reside atualmente grande e grave problemática instaurada no sistema judiciário e no cenário das garantias individuais. A edição da Súmula nº 231 pelo Superior Tribunal de Justiça viola o enunciado legal.

A referida súmula alude que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Ora, aqui se encontra exemplo claro de atuação do Tribunal Superior contra a lei, bem como de usurpação da competência legislativa pelo poder judiciário.

Em primeiro momento, é de perceber que a Lei plenamente vigente alude que a pena, não cansaremos de repetir, deve ser atenuada sempre. É questão de lógica simples perceber que se a Lei comanda que sempre deverá ser atenuada, assim sempre deverá o ser, não importando a que quantum de pena restará. A pena a que se pretende chegar é, em tese, à “pena justa”, de modo que subtrair direitos é subtrair a justiça.

Por outro lado, cria o Judiciário um novo dispositivo legal que, a despeito do artigo 65 plenamente em voga, revela para este uma exceção que pode se ler do seguinte modo: a pena não será atenuada, a menos que sua pena base se mantenha no mínimo legal ou venha a ser elevada. Ressalte-se que o dispositivo legal não cria condições ou exceções para a atenuação da reprimenda, senão que impõe o dever de observar a redução do quantum em razão das atenuantes ali previstas. Sempre.

O que se verifica na prática forense é que o *entendimento* sumulado ou como podemos chamar, “nova lei editada pelo STJ”, possibilita aberrações, para além da negação ilegal e inconstitucional de garantias fundamentais. É recorrente a percepção de lastimáveis situações em que o órgão julgador acaba por proceder a verdadeiros “estelionatos-jurídicos”, aumentando de forma injustificada e indevida a pena-base para posteriormente a minorar em razão da atenuante, evitando que se aponte eventual nulidade. Ou, ainda, a despeito de reconhecer a atenuante na decisão, não a releva na pena, adiantando de nada a concessão do direito. Pergunta-se: é assim que o Poder Judiciário, calcado pela Legalidade e pelo Estado Democrático de Direito, pretende chegar à “pena justa”?

Cezar Roberto Bittencourt traceja a matéria em debate sendo imprescindível colacioná-lo:

Enfim, deixar de aplicar uma *circunstância atenuante* para não trazer a pena aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o *direito público subjetivo* do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese,

não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art.65), peremptoriamente, a diminuição da pena em razão de um atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), somente para evitar nulidade, mas deixar de efetuar a sua atenuação é farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal. Seria igualmente desabonador fixar a pena-base acima do mínimo legal, ao contrário do que as circunstâncias judiciais estão a recomendar, somente para simular, na segunda fase, o reconhecimento de atenuante, previamente conhecida do julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica. Por fim, e a conclusão é inarredável, a súmula 231 do STJ, *venia concessa*, carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita. (BITENCOURT, 2014, p.9).

O não reconhecimento de circunstância atenuante com o aval do STJ configura nítido exemplo de um atuar do Poder Judiciário que usurpa a competência Legislativa, uma vez que ao se valer de sua função julgadora acaba por “legislar contra a própria lei” que pretensamente tem competência para guardar. Para tanto edita súmula que, ainda que não goze de caráter vinculante, acaba por ser relevante e, muitas vezes, determinante na função julgadora. Não reconhecer a incidência da atenuante é impedir ao sujeito a titularidade de seus direitos democráticos garantidos e coadunar com grave ameaça à separação dos poderes, aos princípios de Legalidade e Reserva Legal, Individualização e Humanização da Pena, bem como atentar contra o Estado Democrático de Direito. Ainda que exista súmula ou jurisprudência consolidada a respeito do tema, é factível perceber que a propagação do que é ilegal não tem o condão de revesti-lo de legalidade, a *fortiori* nos casos em que direitos são restringidos sem um mínimo de fundamento jurídico plausível, senão que apenas pela via do Poder (i) legitimado.

#### 4 CONCLUSÃO

A República Federativa do Brasil tem por estrutura o Estado Democrático de Direito em que a atuação Estatal, exercida mediante a observância do Princípio da Separação dos Poderes independentes e harmônicos entre si, deve pautar-se pela estrita Legalidade.

A Jurisprudência sumulada como fonte do Direito deve igualmente observar os limites impostos pela Lei e, a despeito da discricionariedade concedida aos Juízes e Tribunais na emissão do seu *sentire*, o seu atuar não deve ir contra ou extrapolar os limites da Lei.

Problemática atual reside no tratamento prático que os enunciados sumulares vêm ganhando, de forma que a matéria alvo de súmula, ainda que não vinculante, acaba por obter tratamento estanque pelos órgãos do Poder Judiciário. A situação se agrava quando, conforme visto, os entendimentos sumulados pelas mais altas Cortes, nítida e fortemente, contrariam a Constituição Federal e dispositivos de lei federal, subtraindo direitos caros e sensíveis aos indivíduos.

Sumular e uniformizar a jurisprudência não deve ser sinônimo de obstrução ao debate, uma vez que dialogar ideias é próprio da democracia, sendo a imposição de conceitos nítida característica dos regimes totalitários ou absolutistas. No que toca à súmula vinculante, não se desconhecem os benefícios que esta pode trazer ao Ordenamento Jurídico, tal como a preconização da Segurança Jurídica. Contudo o presente trabalho procurou demonstrar e alertar que, em verdade, no mais das vezes ela acaba por colocar um óbice à busca por direitos, já que como o próprio nome diz, vincula os demais órgãos do Poder Judiciário.

Ambos os temas trazidos – possibilidade de perda da remição de pena e não atenuação da pena caso esta reste aquém do mínimo legal – são temas que, a despeito de despertarem grave controvérsia na ordem jurídica atual, merecem ser discutidos caso a caso, principalmente em razão do fato de que grande parte da comunidade jurídica levanta argumentos contrários e de fundamento. Não pode ser dado a um Poder da República que, porque justamente detém o poder, baixe decisões e súmulas apenas para tentar “minimizar os recursos” e “uniformizar o entendimento”, mormente quando este entendimento, repetimos alhures, claramente vai de encontro à ordem constitucional e legal.

E aqui reside, inclusive, grave ameaça ao Estado Democrático de Direito e à Separação dos Poderes. Note-se que tem sido possibilitado ao Poder Judiciário atuar ora como Legislador ora como um Poder Reformador, na medida em que a interpretação da Constituição e das Leis e a sua (não) preservação são relegadas ao seu livre convencimento (i) motivado ou até mesmo contrário à norma expressa, valendo-se de instrumento por vezes

apto a vincular os demais para sedimentar aquilo que a sua vontade dita. Quanto ao tema, transcreve-se importante alerta trazido na doutrina por Ingo Wolfgang Salert:

Por outro lado, se é certo que no que diz com o efeito das decisões declaratórias de *inconstitucionalidade*, desde que venham a afastar o ato inconstitucional (ainda que com efeitos *ex nunc*, em determinadas hipóteses) existem razões fortes para se admitir a sua vinculatividade, não há como desconsiderar que tanto a declaração de *constitucionalidade* com efeito vinculante, quanto a vinculação de *decisões de cunho manifestamente interpretativo* (e a assim designada súmula vinculante se insere nesta categoria), tal qual oportunamente adverte Gomes CANOTILHO, acabam por conferir caráter normativo às decisões da jurisdição constitucional, transformando-o numa espécie de legislador positivo, de tal sorte que se vislumbra potencial ofensa aos princípios do Estado de Direito e da separação dos poderes, ambos agasalhados pela nossa atual Carta Magna.(SARLET, 2002, p.21).

Assim, o que se pode considerar é que a Súmula como fonte do Direito não deve receber a importância estanque que atualmente vem recebendo. Os mecanismos de uniformização da jurisprudência merecem atenção, destaque, respeito e consideração, mas não devem ser elevados a status de Lei, com mais razão ainda porque, por vezes, carentes de juridicidade, jamais bastando o crivo da caneta e do Poder para revesti-los da necessária constitucionalidade e legalidade. Aquilo que é ilegal assim continuará o sendo, ainda que sobrevenha súmula em sentido contrário – e cruel se revela quando esta súmula, contrária à Ordem Jurídica e Constitucional subtrai direitos fundamentais e garantidos até mesmo como cláusula pétreia.

A consagração e a busca pela efetiva proteção das garantias negadas diuturnamente pelo Poder Judiciário perpassam pela perpetração de uma Instituição Pública forte, independente e autônoma, a Defensoria Pública. A ela incumbe à assistência jurídica e integral e gratuita, judicial ou extrajudicial dos necessitados.

O autor Apparício Silva Rillo em sua obra poética *O Romance do Injustiçado* parece bem ilustrar a necessidade e imprescindibilidade de um Defensor Público, afinal àquele que não sobra “*plata pra pagar um bacharel*”, tampouco conta com “*a cancha livre e as costas quentes de um coronel*” sobra-lhe apenas a opção de ser “*bandido*”:

Bandido – porque seguido/ por milicada sequiosa/ de uma vingança total, /fugiu da estrada real/ para o mais fundo dos matos,/ carneando chibos alheios/ para o churrasco sem sal.

Bandido – porque enleiado/ na rudez da ignorância/ fez da fuga e da distância/ seu modo de mal viver./ Porque quis a sina ingrata/ que nunca tivesse prata/ pra pagar um bacharel./ Bandido – porque não teve/ a exemplo de tanta gente/ cancha livre e costas quentes/ a sombra de um coronel<sup>6</sup>.

Por todo exposto, fica fácil compreender que tem por função precípua, a Defensoria Pública, a proteção do necessitado economicamente, sendo que apenas assim é possível efetivar princípios e preceitos de dignidade humana, igualdade e paridade de armas. Protege, contudo, outras formas de necessitado, como o organizacional, tendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal a sua legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública. Assim, a legitimidade da Defensoria Pública na promoção dos direitos humanos e fundamentais se faz imprescindível dentro de um Estado Democrático de Direito, afinal a proteção e a preservação das garantias de todos os cidadãos é da Lei e está só pode ser cumprida mediante o livre e democratizado acesso à Justiça.

Desta feita, o Estado, pautado na legalidade estrita, deve seguir a lei acima de seus interesses – eis que outra não é a finalidade do Estado senão que a do bem comum, suprimindo desigualdades e oferecendo igualdade de oportunidade e tratamento<sup>7</sup>. No entanto, imperioso não olvidar que àquelas que não têm voz é preciso que se dê muito mais do que garantias previstas em papel, é preciso que se fortaleça uma instituição apta a ser “*a garantia das garantias jusfundamentais*” (SOUZA, 2011, p.304), de modo a instrumentalizar o efetivo acesso à justiça.

Conclui-se, por fim, que sim o Poder Judiciário ao se valer da prerrogativa de edição de súmulas tem procedido ao engessamento do debate. Há ameaça ao Estado Democrático de Direito quando um poder, a despeito de sua importância, trata de forma sedimentada aquilo que outrora entendera. Trouxe-se à baila dois temas de suma importância para a seara penal

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.paginadogaicho.com.br/poes/rinj.htm>

<sup>7</sup> Sobre a finalidade do Estado, oportuno transcrever Guilherme Peña de Moraes: “O Estado Social traduz-se na responsabilidade estatal de desenvolvimento econômico, social e cultural e na supressão das desigualdades previamente existentes, abrangendo a democracia econômica (coexistência de diversos setores econômicos, planejamento democrático da economia e autogestão ou controle da gestão econômica, pelos trabalhadores, de uma unidade de produção), a democracia social (igualdade de oportunidades e acesso às prestações oferecidas pelo Poder Público) e a democracia cultural (gestão democrática da cultura e da educação).” (MORAES,1999, p. 43.)

– uma das mais sensíveis, porque retira do sujeito o seu bem mais precioso, a liberdade – e se procurou apontar graves violações à constituição e a dispositivo de Lei. Importar frisar que o crivo de quem detém o poder não basta para revestir o ilegal de legalidade, sendo a Legalidade um dos mais importantes pilares para a preservação do Estado Democrático de Direito. E se garantias são subtraídas, assume importância latente o Defensor Público no resgate e na efetividade destes tão fundamentais direitos, democratizando o acesso universal à justiça<sup>8</sup>.

## 5 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BASTOS, Celso. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Limites da pena-base e a equivocada Súmula (231) do STJ**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 262, Setembro/2014. ISSN 1676-3661.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Peña. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

PACHECO, Antônio Marcelo. **Direito Constitucional**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PADUANI, Célio Cesar. **Da Remição na Lei de Execução Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

---

<sup>8</sup> A Defensoria Pública, segundo recente pesquisa elaborada pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE), é a segunda instituição de maior confiança para 47% dos gaúchos, ficando atrás apenas da Polícia Federal que registrou 50%. Dados disponíveis em <http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/22634>.

ROCHA, Ruth; PERES, Hindenburg da Silva. **Minidicionário Enciclopédico Escolar**. São Paulo: Scipione, 1996.

RILLO, Apparício Silva. **O Romance do Injustiçado**. Disponível em: <http://www.paginadogaicho.com.br/poes/rinj.htm>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Efeito vinculante e deforma do Judiciário**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 2, 2002.

SOUZA, Fábio Luís Mariani. **A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991.



DEFENSORIA PÚBLICA  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

---

SIGA-NOS





DEFENSORIA PÚBLICA  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 - Centro - Porto Alegre / RS - Brasil - CEP 90010-190

Telefone: (51) 3211-2233 - [www.defensoria.rs.gov.br](http://www.defensoria.rs.gov.br)

 [facebook/defensoriars](https://www.facebook.com/defensoriars)

 [@\\_defensoriars](https://twitter.com/_defensoriars)



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL